

# Europäisches und internationales Privatrecht

2022

ISBN 978-3-406-78870-3

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei

[beck-shop.de](https://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

ten und die weiteren Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 4 bis 6 ECRL erfüllen. Sie sind nur zulässig, sofern sie (1) zum Schutz der öffentlichen Ordnung, Sicherheit, Gesundheit oder zum Schutze der Verbraucher erforderlich sind, (2) einen bestimmten Dienst betreffen, der diese Schutzziele beeinträchtigt oder ernsthaft und schwerwiegend gefährdet und (3) verhältnismäßig sind.<sup>11</sup> Außerdem muss der Mitgliedstaat vor Ergreifen einer behördlichen Maßnahme zunächst die Behörden des Herkunftsstaates zum Handeln auffordern und die Europäische Kommission über seine Intention zum Ergreifen der Maßnahmen informieren.<sup>12</sup>

### III. Vorzüge und Nachteile des Herkunftslandprinzips

Vorzüge und Nachteile des Herkunftslandprinzips sind schnell berichtet: Für Diensteanbieter der Informationsgesellschaft hat das Herkunftslandprinzip den großen Vorteil der Rechtsklarheit, der Rechtssicherheit und der Verringerung des Rechtsanwendungsrisikos:<sup>13</sup> Jedenfalls grundsätzlich müssen diese Anbieter sich bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit ihrer Tätigkeiten allein an der Rechtsordnung ihres Herkunfts-Mitgliedstaates orientieren. Welche misslichen Konsequenzen ein Verzicht auf das Herkunftslandprinzip nach sich ziehen kann, zeigt sich am Beispiel des Urheberrechts, welches nach Art. 3 Abs. 3 ECRL i. V. m. deren Anhang nicht dem Herkunftslandprinzip unterliegt. Trotz des weitreichenden *acquis communautaire* im Urheberrecht gibt es große Unterschiede zwischen den Regelungen der Mitgliedstaaten. Dies betrifft unter anderem die Umsetzung des Art. 17 der Richtlinie über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt (DSM-RL). Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten unterliegen deshalb in jedem Mitgliedstaat unterschiedlichen Pflichten zur Aufnahme von Lizenzverhandlungen, zum Einsatz von Upload-Filtern und zur Gewährleistung der Nutzerrechte.<sup>14</sup> Für die Entwicklung eines einheitlichen digitalen Binnenmarkts ist dies nicht förderlich.

Neben diese wirtschaftlichen Erwägungen tritt auch eine grundlegende Komponente: In unserer heutigen Gesellschaft erfolgt ein bedeutender Anteil der privaten wie gesellschaftlichen Kommunikation auf elektronischem Wege, Diensteanbieter der Informationsgesellschaft leisten einen wichtigen Beitrag zur Meinungsvielfalt im öffentlichen Raum. Insbesondere in Anbetracht der Entwicklung einiger Mitgliedstaaten hin zu autoritären Regimen kann das Herkunftslandprinzip einen wesentlichen Beitrag zur Gewährleistung der Meinungs- und Informationsfreiheit innerhalb der Union leisten.

Das Herkunftslandprinzip steht freilich auch wegen gravierender Nachteile in der Kritik. So wird immer wieder beklagt, die Möglichkeit, das anwendbare Recht durch Wahl des Sitzortes zu beeinflussen, führe zu einem „race to the bottom“.<sup>15</sup> Zwar fällt die Wahl nicht-

<sup>11</sup> Art. 3 Abs. 4 lit. a ECRL.

<sup>12</sup> Art. 3 Abs. 4 lit. b ECRL; in dringenden Fällen kann diese Mitteilung nach Art. 3 Abs. 5 ECRL unterbleiben.

<sup>13</sup> *Marly* in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl. 2009, Art. 3 E-Commerce-RL, Rn. 16.

<sup>14</sup> Siehe nur beispielhaft die eher wortgetreue Umsetzung in Frankreich (Art. L137-1 bis L137-4, Art. L219-1 bis L219-4, Art. L331-12 bis L331-13 des Code de la propriété intellectuelle, umgesetzt durch Art. 1 bis 3 der Ordonnance n° 2021-580 vom 12.05.2021) und den Niederlanden (Art. 29c, 29d, 29e Auteurswet) im Gegensatz zu der sehr granularen Umsetzung im deutschen Urheberrechts-Diensteanbietersgesetz. Zur Klage Polens gegen Art. 17 DSM-RL siehe Schlussanträge des Generalanwalts Saugmandsgaard Øe v. 15.7.2021 – C-401/19, <https://curia.europa.eu>.

<sup>15</sup> *Ahrens*, Computer und Recht 2000, 835 (837); *Bodewig*, GRUR Int 2000, 475 (482); *Härtling*, Computer und Recht 2001, 271 (273); *Hoeren*, MMR 1999, 192 (194); *Holznapel*, CRi 2020, 103 (104); *Marly* in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl. 2009, Art. 3 E-Commerce-RL, Rn. 17.

europäischer Diensteanbieter regelmäßig aus steuerlichen Gründen auf Irland als Standort ihrer Europazentralen. Gleichwohl lässt sich für die Vergangenheit ein nicht übermäßig ausgeprägtes Rechtsdurchsetzungsinteresse der irischen Behörden gegenüber großen Diensteanbietern feststellen. Darüber hinaus zeigt sich auf dem Gebiet des Datenschutzes, dass die alleinige Zuständigkeit eines Mitgliedstaates für viele große Diensteanbieter (Facebook, Google, Twitter, TikTok) zu einer Überforderung der Behörden führen kann.<sup>16</sup>

Damit nicht genug: Behörden und Gerichte außerhalb des Sitzstaates verpflichtet das Herkunftslandprinzip entweder zu einer komplexen Doppelpflichtprüfung der Rechtslage oder zur Prüfung, ob eine Ausnahme nach Art. 3 Abs. 4 ECRL eingreift. Beides ist der Rechtssicherheit nicht zuträglich<sup>17</sup> und in dringlichen Situationen zu zeitaufwändig. Für das Privatrecht folgt aus alledem die Gefahr der Beeinträchtigung einer effektiven Rechtsdurchsetzung für die von rechtswidrigen Inhalten betroffenen Dritten.<sup>18</sup>

Angesichts dieser Nachteile ergreifen die Mitgliedstaaten im Bereich des öffentlichen Rechts zunehmend auch abstrakt-generelle Maßnahmen, um Vermittlungsdienste einem nationalen Regime zu unterwerfen.<sup>19</sup> Vorreiter dieser Entwicklung war das deutsche Netzwerkdurchsetzungsgesetz, dessen Vereinbarkeit mit dem Herkunftslandprinzips hoch umstritten ist.<sup>20</sup> Zahlreiche Regierungen dringen im Legislativverfahren zum Digital Services Act darauf, das Tor für solch nationale Sonderwege zu öffnen – bzw. (aus Sicht der deutschen Regierung): offen zu halten.<sup>21</sup> Die Diskussion konzentriert sich vor allem auf die Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Alleingänge der Mitgliedstaaten.

Demgegenüber ist es um das Herkunftslandprinzip im Privatrecht still geworden.

#### IV. Anvisierte Änderungen durch den Verordnungsentwurf

Der Verordnungsentwurf für den Digital Services Act lässt die Regelungen der eCommerce-Richtlinie grundsätzlich unberührt, wie sich aus Art. 1 Abs. 5 lit. a DSA-E ergibt. Eine Ausnahme gilt für die Haftungsprivilegien für Diensteanbieter der Informationsgesellschaft, welche in den Digital Services Act transferiert werden sollen.<sup>22</sup> Wie bereits angedeutet, enthält der Entwurf zudem Änderungen des Herkunftslandprinzips.

<sup>16</sup> *Dachwitz*, „So langsam müssen die mal in die Pötte kommen“, 22.5.2021, <https://netzpolitik.org/2021/dsgvo-kugelmann-datenschutzwueste-irland-so-langsam-muessen-die-mal-in-die-poette-kommen/>. Zur Zuständigkeit für TikTok siehe TikTok im Fokus der irischen Datenschutzbehörde, *Datenschutzticker v. 16.9.2021*, <https://www.datenschutzticker.de/2021/09/tiktok-im-fokus-der-irischen-datenschutzbehoerde/>.

<sup>17</sup> Vgl. dazu *Bodewig*, GRUR Int 2000, 475 (479–481); zustimmend *Marly* in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl. 2009, Art. 3 E-Commerce-RL, Rn. 19.

<sup>18</sup> *Holznapel*, CRi 2020, 103 (104f.); *Marly* in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl. 2009, Art. 3 E-Commerce-RL, Rn. 18.

<sup>19</sup> Siehe Schreiben der Europäischen Kommission an Außenminister Maas bzgl. Notification 2021/159/D, abrufbar unter: <https://cdn.netzpolitik.org/wp-upload/2021/07/Statutes-of-the-State-media-authorities-on-the-Regulation-of-media.pdf>, S. 4.

<sup>20</sup> Siehe Schreiben der Europäischen Kommission an Außenminister Maas bzgl. Notification 2021/159/D (vorige Fn.), S. 4. Von einer Unvereinbarkeit gehen aus *Giere*, Grundrechtliche Einordnung sozialer Netzwerke vor dem Hintergrund des NetzDG, 2021, S. 234–237; *Hoven/Gersdorf* in BeckOK Informations- und Medienrecht, 33. Edition 1.5.2021, NetzDG § 1, Rn. 9; *Liesching*, MMR 2018, 26 (29); *Wimmers/Heymann*, AfP 2017, 93 (96f.); *Spindler*, ZUM 2017, 473 (474ff.); *Feldmann*, K&R 2017, 292 (296); *Hain/Ferreau/Brings-Wiesen*, K&R 2017, 433 (433–434); *Spindler*, K&R 2017, 533 (535f.). Abwägend *Nölscher*, ZUM 2020, 301 (306–312).

<sup>21</sup> *Rudl*, Entfernung illegaler Inhalte entzweit EU-Länder, 22.3.2021, <https://netzpolitik.org/2021/digital-services-act-entfernung-illegaler-inhalte-entzweit-eu-laender/>.

<sup>22</sup> Art. 71, Art. 3 ff. DSA-E; hierzu *Janal*, ZEuP 2021, 227 (236ff.).

Dies betrifft zum einen sehr große Online-Plattformen, die über mehr als 45 Millionen monatliche Mitglieder in der Europäischen Union verfügen.<sup>23</sup> Zwar soll die behördliche Aufsicht gegenüber diesen Diensteanbietern weiterhin von den Behörden desjenigen Mitgliedstaates wahrgenommen werden, in dem sich die Hauptniederlassung des Diensteanbieters innerhalb der Europäischen Union befindet.<sup>24</sup> Doch kommt der Europäischen Kommission unter gewissen Bedingungen ein Eintrittsrecht zu, sofern sie von den Behörden des Herkunftsstaates hierum ersucht wird oder diese Behörden untätig geblieben sind.<sup>25</sup>

Für privatrechtliche Streitigkeiten von Bedeutung sind die in Erwägungsgrund 33 versteckten „Erwägungen“.<sup>26</sup> Dort wird zunächst in Satz 1 die Geltung des Herkunftslandprinzips auch für Anordnungen zum Vorgehen gegen illegale Inhalte und zur Informationsbereitstellung nach Art. 3 ECRL bekräftigt, allerdings nur, „sofern die Bedingungen des genannten Artikels erfüllt sind“. Im Anschluss findet sich sodann die zwei folgenden, kryptischen Sätze:

*„Da sich die betreffenden Anordnungen auf bestimmte illegale Inhalte bzw. bestimmte Informationen beziehen, beschränken Anordnungen, die an in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassene Anbieter gerichtet sind, grundsätzlich nicht die Freiheit dieser Anbieter, ihre Dienste grenzüberschreitend zu erbringen. Die Vorschriften des Artikels 3 der Richtlinie 2000/31/EG, einschließlich derer über die Notwendigkeit, Maßnahmen zu rechtfertigen, die aus bestimmten genau festgelegten Gründen eine Ausnahme von der Zuständigkeit des Mitgliedstaats, in dem der Anbieter niedergelassen ist, darstellen und über die Mitteilung solcher Maßnahmen, gelten daher nicht für diese Anordnungen.“*

Der Kompromissvorschlag der portugiesischen Ratspräsidentschaft enthält eine weitere Ergänzung in Erwägungsgrund 30 S. 1:<sup>27</sup>

*A Member State should be able to issue such orders against content considered illegal on the basis of Union or its national laws, in compliance with Union law, and address them to providers of intermediary services which are established in another Member State.*

Der Kompromissvorschlag der slowenischen Ratspräsidentschaft beschränkt die in Erwägungsgrund 30 S. 1 vorgeschlagene Option auf behördliche Anordnungen.<sup>28</sup>

Diese Vorschläge fordern sowohl methodische als auch inhaltliche Kritik heraus.

## V. Methodische Kritik

Unabhängig von der inhaltlichen Ausgestaltung des Herkunftslandprinzips ist zunächst die Vorgehensweise der Europäischen Kommission zu kritisieren: Das Herkunftslandprinzip der eCommerce-Richtlinie lässt sich nicht durch einen Erwägungsgrund des Digital Services Acts modifizieren. Der Versuch, dies gleichwohl zu tun, beeinträchtigt unweigerlich die Rechtssicherheit.

<sup>23</sup> Zur Kritik dieser Legaldefinition systemisch bedeutender Diensteanbieter siehe *Janal*, K&R 2021, Beilage 1, 6 (9).

<sup>24</sup> Art. 40 Abs. 1 DSA-E. Mangels Niederlassung innerhalb der EU ist auf einen benannten Rechtsvertreter abzustellen, vgl. Art. 40 Abs. 2 DSA-E.

<sup>25</sup> Art. 40 Abs. 4, 50 Abs. 4 UAbs. 2, 51 Abs. 2 UAbs. 2 DSA-E; siehe hierzu *Holznapel*, Ireland cannot do it alone, 27. 4. 2021, <https://verfassungsblog.de/dsa-ireland>.

<sup>26</sup> Dass sich Erwägungsgrund 33 auf gerichtliche ebenso wie behördliche Anordnungen erstreckt, ergibt sich aus dem Gesamtkontext der Erwägungsgründe 29 ff. i. V. m. Art. 3 Abs. 3, 4 Abs. 2 und 5 Abs. 4 DSA-E. Im Ergebnis ebenso *Spindler*, GRUR 2021, 545 (546).

<sup>27</sup> Kompromissvorschlag der portugiesischen EU-Ratspräsidentschaft vom 16.1.2021, Dok-Nr. 9288/1/21.

<sup>28</sup> Kompromissvorschlag der slowenischen Ratspräsidentschaft v. 2.9.2021, 9288/1/21 REV 1.

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH kommt den Erwägungsgründen eines Sekundärrechtsakts keine verfügende Wirkung zu.<sup>29</sup> Vielmehr sind die verfügenden Teile des Rechtsakts „erforderlichenfalls unter Berücksichtigung der Gründe auszulegen, die zu seinem Erlass geführt haben.“<sup>30</sup> Erwägungsgrund 33 S. 2 DSA-E eignet sich also nicht, um das in Art. 3 Abs. 2 DSA-E enthaltene Herkunftslandprinzip zu ändern. Ein solche Änderung würde zudem der Aussage des Art. 1 Abs. 5 lit. a DSA-E widersprechen, wonach die Regelungen der eCommerce-Richtlinie unberührt bleiben.

Damit lässt sich Erwägungsgrund 33 S. 2 allenfalls noch als Auslegungsregel zu Art. 3 Abs. 2 ECRL interpretieren. Dies legt auch die Formulierung nahe, wonach eine Anordnung zum Entfernen und Löschen von Inhalten sowie zur Informationserteilung das Herkunftslandprinzip nicht berühre, weil eine solche Anordnung „grundsätzlich nicht die Freiheit dieser Anbieter [beschränkt], ihre Dienste grenzüberschreitend zu erbringen“. Mit anderen Worten: die Anordnung einer Sperre oder Auskunft im Einzelfall soll nichts daran ändern, dass der Diensteanbieter sich generell nur an der Rechtsordnung des Herkunftsstaates zu orientieren hat.

Diese Interpretation steht freilich in diametralem Widerspruch zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. In der Entscheidung *eDate-Advertising*, welche einen Unterlassungsanspruch gegen einen Inhalteanbieter betraf, hat sich der EuGH einschränkunglos für die Anwendung des Herkunftslandprinzips auch auf zivilgerichtliche Unterlassungsanordnungen ausgesprochen. In der Entscheidungsbegründung heißt es:

„Aus Art. 3 Abs. 1 und 2 [ECRL] ergibt sich [...], dass die in der Richtlinie vorgesehene Regelung die Erfüllung der Anforderungen des im Sitzmitgliedstaat des Diensteanbieters geltenden Sachrechts auch für den Bereich des Zivilrechts vorschreibt. Mangels zwingender Harmonisierungsbestimmungen auf Unionsebene kann nämlich nur die Anerkennung des zwingenden Charakters der nationalen Regelung, der die Anbieter und ihre Dienste nach dem Willen des Gesetzgebers unterworfen sind, die volle Wirksamkeit der Freiheit zur Erbringung dieser Dienste gewährleisten.“<sup>31</sup>

Vollkommen zu Recht weist der Europäische Gerichtshof zudem darauf hin, dass die in Art. 3 Abs. 4 ECRL abschließend formulierten Voraussetzungen für konkret-individuelle Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip entbehrlich wären, wenn das Herkunftslandprinzip auf gerichtliche Einzelanordnungen keine Anwendung fände.<sup>32</sup> Da die Auslegungshoheit für Sekundärrechtsakte der Europäischen Union beim EuGH liegt, kann diese Rechtsprechung nicht einfach durch einen Erwägungsgrund des DSA-Entwurfs beiseitegeschoben werden. Als Erläuterung des Umfangs von Art. 3 Abs. 2 ECRL kommt ein über 20 Jahre später, in einem anderen Sekundärrechtsakt nachgeschobener Erwägungsgrund nicht in Betracht.

## VI. Sinnhaftigkeit der vorgeschlagenen Änderung

Auch wenn eine Änderung oder „Klarstellung“ von Art. 3 Abs. 2 ECRL durch einen Erwägungsgrund des Digital Services Acts ausscheidet, schließt dies selbstverständlich die Befugnis des Unionsgesetzgebers nicht aus, das Herkunftslandprinzip durch eine verfügende Regelung zu modifizieren. Im Folgenden werde ich deshalb erläutern, weshalb eine Ände-

<sup>29</sup> Zuletzt EuGH v. 19.6.2014 – C-345/13, ECLI:EU:C:2014:2013 – *Karen Millen Fashions*, Rn. 31. Siehe dazu auch EuGH v. 24.11.2005 – C-136/04, BeckRS 70929 – *Deutsches Milch-Kontor GmbH* mit umfangreichen weiteren Nachweisen in Rn. 32.

<sup>30</sup> EuGH v. 25.10.2011 – C-509/09, NJW 2012, 137 – *eDate Advertising*, Rn. 55; EuGH v. 29.04.2004 – C-298/00 P, BeckRS 2004, 76116 – *Italien/Kommission*, Rn. 97.

<sup>31</sup> EuGH v. 25.10.2011 – C-509/09, NJW 2012, 137 – *eDate Advertising*, Rn. 68.

<sup>32</sup> EuGH v. 25.10.2011 – C-509/09, NJW 2012, 137 – *eDate Advertising*, Rn. 59.

zung des Herkunftslandprinzips in der vorgeschlagenen Weise nicht sinnvoll ist und welche alternativen Optionen bestehen. Hierfür ist zunächst zu klären, welche Art zivilgerichtlicher Anordnungen unter die in Erwägungsgrund 33 anvisierten Ausnahmen fallen würden.

### 1. Keine generelle Ausnahme für Einzelfallanordnungen

Erwägungsgrund 33 erwähnt Anordnungen, die sich „auf bestimmte illegale Inhalte bzw. bestimmte Informationen beziehen“ und ist eingebettet in den Gesamtzusammenhang der Erwägungsgründe 29ff., welche der Erläuterung von Art. 3 Abs. 3, 4 Abs. 2 und 5 Abs. 4 sowie Art. 8 und 9 DSA-E dienen. Zum Verständnis ist Folgendes wichtig: Diensteanbieter der Informationsgesellschaft werden nach Art. 3ff. DSA-E (ebenso wie gegenwärtig nach Art. 12ff. ECRL) weitgehend von der Haftung für die von ihnen vermittelten Inhalte Dritter freigestellt. Davon unberührt bleibt jedoch die Möglichkeit, „dass ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde nach den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten vom Diensteanbieter verlangt, eine Zuwiderhandlung abzustellen oder zu verhindern.“<sup>33</sup> Für solche Anordnungen zum Vorgehen gegen illegale Inhalte normiert Art. 8 DSA-E bestimmte Voraussetzungen, während Art. 9 DSA-E ähnliche Anforderungen für Auskunftsanordnungen regelt.

Nun lässt sich Erwägungsgrund 33 S. 2 einerseits so verstehen, dass die Kategorie der Einzelfallanordnungen nach Auffassung der Kommission bereits allgemein vom Herkunftslandprinzip ausgenommen sein soll und Anordnungen nach Art. 8 und 9 DSA-E nur beispielhaft erwähnt werden. Wäre dies gewünscht, sollte allerdings der Ausnahmetatbestand des Art. 3 Abs. 4 ECRL mit all seinen Sicherungsvorkehrungen zum Schutze des Herkunftslandprinzips modifiziert werden. Denn da Art. 3 Abs. 4 ECRL ohnehin nur konkret-individuelle Maßnahmen erfasst, wäre er bei einem solch weiten Verständnis der neuen Ausnahme in Erwägungsgrund 33 S. 2 DSA-E für Vermittlungsdienste vollständig seines Anwendungsbereichs beraubt.

### 2. Ausnahmen für Lösch-, Sperr und Auskunftsanordnungen

Ziel der Kommission ist es wohl eher, konkret für gerichtliche und behördliche Anordnungen im Sinne des Art. 8 und 9 DSA-E eine Ausnahme vom Herkunftslandprinzip anzuordnen.<sup>34</sup> Damit wären folgende zivilgerichtliche Anordnungen erfasst: Erstens, Anordnungen, mit denen einem Diensteanbieter aufgegeben wird, bestimmte Rechtsverstöße abzustellen oder zu verhindern. Aus deutscher Sicht sind dies insbesondere Anordnungen gegenüber Access-Providern, ihren Kund:innen den Zugang zu bestimmten Webseiten nicht mehr zu vermitteln (§ 7 Abs. 4 TMG analog<sup>35</sup>). Ferner handelt es sich um Unterlassungsurteile bzw. -verfügungen gegenüber Host-Providern (soziale Netzwerke, Online-Marktplätze oder Webhoster) auf Basis der so genannten Störerhaftung<sup>36</sup> bzw. wegen der Verletzung lauterkeitsrechtlicher Verkehrspflichten.<sup>37</sup> Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs können solche Anordnungen den Diensteanbieter nicht nur zur Sperrung des konkret beanstandeten Inhalts verpflichten, sondern auch zur Verhinderung künftiger „kerngleicher“ Rechtsverletzungen.<sup>38</sup> Allerdings sind die Grenzen möglicher Präventionspflichten

<sup>33</sup> Art. 3 Abs. 3, 4 Abs. 2 und 5 Abs. 4 ECRL.

<sup>34</sup> Ähnlich lässt sich Erwägungsgrund 30 S. 1 des Kompromissvorschlags der portugiesischen EU-Ratspräsidentschaft vom 16.1.2021 verstehen, Dok-Nr. 9288/1/21.

<sup>35</sup> Zur entsprechenden Anwendung siehe BGH v. 26.7.2018 – I ZR 64/1, ZUM 2018, 705 – *Dead Island*, Rn. 49.

<sup>36</sup> Siehe etwa BGH v. 17.8.2011 – I ZR 57/09, GRUR 2011, 1038ff. – *Stiftparfum* m. w. N.; BGH v. 25.10.2011 – VI ZR 93/10, GRUR 2012, 311ff. – *Blog-Eintrag*.

<sup>37</sup> Grundlegend BGH v. 12.7.2007 – I ZR 18/04, GRUR 2007, 890ff. – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*.

<sup>38</sup> EuGH v. 12.7.2011 – C-324/09, K&R 2011, 567, Rn. 139 – *L'Oréal/eBay*; EuGH v. 3.10.2019 – C-18/18, K&R 2019, 719, Rn. 37 – *Glawischmig-Piesczek*.



in Anbetracht des Verbots einer allgemeinen Überwachungspflicht (Art. 15 ECRL bzw. Art. 7 DSA-E) unklar und noch nicht vollständig ausgelotet.<sup>39</sup>

Zweitens bezieht sich Erwägungsgrund 33 auf Auskunftsanordnungen i. S. d. Art. 9 DSA-E, die sich „auf eine bestimmte Einzelinformation über einen oder mehrere bestimmte einzelne Nutzer“ erstrecken. Insoweit enthält Art. 9 Abs. 2 lit. a DSA-E freilich gegenwärtig die Einschränkung, dass nur solche Auskunftsanordnungen erfasst sind, die „erforderlich und verhältnismäßig ist, um festzustellen, ob die Nutzer des Vermittlungsdienstes das geltende Unionsrecht oder nationale Recht einhalten“. Dies weckt Zweifel, ob auch Auskunftsansprüche gemeint sind, bei denen die Rechtsverletzung bereits feststeht und nur die Identität der Verletzer:in, deren Kontaktdaten oder das Ausmaß der Rechtsverletzung ermittelt werden sollen. Das Bedürfnis nach Rechtsdurchsetzung spricht für eine weite Auslegung des Art. 9 DSA-E bzw. für eine Streichung der soeben zitierten Einschränkung. Gerade im Falle klarer Rechtsverletzungen bedarf es eines Auskunftsanspruchs gegenüber Diensteanbietern über die Identität des Inhalteanbieters.

### 3. Konsequenzen der vorgeschlagenen Änderung

Für zivilrechtliche Streitigkeiten über die Entfernung oder Prävention rechtswidriger Inhalte hätte dies folgende Konsequenz: Auf ein (nichtvertragliches<sup>40</sup>) Rechtsverhältnis gegenüber einem Diensteanbieter fände die *lex causae* Anwendung (i. d. R. das über die Rom II-VO ermittelte Deliktsstatut), und wie nach gegenwärtiger Rechtslage würde das Recht des Herkunfts-Mitgliedstaates eine Grenze für die Inanspruchnahme eines Diensteanbieters bilden. Doch würde dies nicht bedeuten, dass eine gerichtliche Inanspruchnahme des Diensteanbieters auf Löschen oder Sperre eines Inhalts oder Erteilung von Information zum Scheitern verurteilt wäre. Denn im Zuge des Gerichtsverfahrens fände das Herkunftslandprinzip auf einmal keine Anwendung mehr. Demgegenüber wäre ein – ggf. gleichzeitig mit dem Unterlassungsanspruch geltend gemachter – Schadensersatzanspruch wiederum zusätzlich nach dem Recht des Herkunftsstaates zu beurteilen, weil die Ausnahme des Erwägungsgrunds 33 nicht mehr eingreifen würde. Ein solcher Wechsel der relevanten Rechtsordnungen in Abhängigkeit davon, ob der Rechtsstreit vor Gericht oder außergerichtlich geführt wird, ist dem Privatrecht allerdings fremd. Die drohende Belastung mit Gerichtskosten höhlt das Herkunftslandprinzip zudem erheblich aus.

Merkwürdig wäre auch eine weitere Konsequenz: Während die eCommerce-Richtlinie auf alle Diensteanbieter der Informationsgesellschaft Anwendung findet, d. h. auch auf Inhalteanbieter, erfasst der Digital Services Act nach der gegenwärtigen Entwurfsfassung nur Vermittlungsdienste. Inhalteanbieter könnten sich also gegenüber Begehren auf Löschung und Sperre vermeintlich illegaler Inhalte weiterhin ungehindert auf das Herkunftslandprinzip berufen und auf die Rechtmäßigkeit der Inhalte nach ihrem Sitzstaat verweisen. Diensteanbieter, die den beanstandeten Inhalt lediglich vermitteln, hätten dieses Privileg vor Gericht nicht. Nur mit Blick auf Inhalteanbieter hätte schließlich Art. 3 Abs. 4 ECRL auf dem Gebiet des Zivilrechts überhaupt noch einen Anwendungsbereich.<sup>41</sup> Für privatrechtliche Streitigkeiten bietet die in Erwägungsgrund 33 anvisierte Änderung meines Erachtens deshalb keine überzeugende Lösung.

<sup>39</sup> Näher Janal, ZEuP 2021, 227 (248ff.); Spindler, GRUR 2021, 545 (548); Holznagel, CR 2021, 123 (126ff.).

<sup>40</sup> Für Verträge gilt: Das Herkunftslandprinzip tangiert weder den Verbraucherschutz (Art. 1 Abs. 3 ECRL) noch eine Rechtswahl (Art. 3 Abs. 3 i. V. m. Anhang ECRL).

<sup>41</sup> Ähnlich Holznagel, CR 2021, 123 (131).



## VII. Alternative Optionen

Meine Kritik an Erwägungsgrund 33 DSA-E ist nicht als generelle Absage an eine Modifikation des Herkunftslandprinzips zu verstehen. So ist für das Öffentliche Recht die Initiative des DSA-Entwurfs, die behördliche Kontrolle jedenfalls sehr großer Online-Plattformen auf mehrere Schultern zu verteilen, uneingeschränkt zu begrüßen.<sup>42</sup> Auch für privatrechtliche Streitigkeiten erscheint eine Auflockerung des Herkunftslandprinzips zum Zwecke des Betroffenen schutzes durchaus sinnvoll. Die Durchsetzung von Ansprüchen auf Unterlassung des Bereithaltens rechtswidriger Inhalte ist regelmäßig dringlich, und eine Doppelprüfung von *lex causae* und Recht des Herkunftsstaates im einstweiligen Verfahren verzögert die Gewährung von Rechtsschutz. Die Frage ist, wie eine Modifikation des Herkunftslandprinzips mit dem Ziel vereinbart werden kann, Vermittlungsdienste der Informationsgesellschaft vor einer übermäßigen Inanspruchnahme zu schützen. Hierfür stehen aus meiner Sicht zwei Optionen zur Verfügung.

### 1. Kostenfreistellung der Diensteanbieter

Eine Option wäre es, zivilgerichtliche Anordnungen zur Entfernung und Verhinderung konkreter rechtswidriger Inhalte ohne Berücksichtigung des Herkunftslandprinzips vorzusehen, wie dies Erwägungsgrund 33 DSA-E vorschlägt, dabei allerdings die Diensteanbieter von den Kosten des Gerichtsverfahrens freizustellen. Auf diese Weise würde der Vermittlungsdienst, welcher für den konkreten Drittinhalt nicht verantwortlich ist, von der Aufgabe befreit, die Rechtmäßigkeit des Inhalts sowohl nach dem Recht des Herkunftsstaates als auch nach der *lex causae* zu prüfen. Eine ähnliche Regelung enthält bereits gegenwärtig § 7 Abs. 4 TMG für Access Provider, die den Zugang zu Immaterialgüterrechtsverletzungen vermitteln (allerdings beschränkt auf die vor- und außergerichtlichen Kosten der Rechtsdurchsetzung). Verbunden mit einer solchen Lösung wäre freilich die Gefahr des *overblocking*, da Vermittlungsdienste wenig Anreiz hätten, im Gerichtsverfahren die Rechtmäßigkeit des vorgeblich rechtsverletzenden Inhalts zu verteidigen.

### 2. Einschränkung des Herkunftslandprinzips für sehr große Diensteanbieter

Eine andere Möglichkeit bestünde darin, nicht nur für die behördliche Rechtsdurchsetzung, sondern auch für zivilrechtliche Einzelmaßnahmen eine Differenzierung anhand der Größe und der systemischen Bedeutung des Vermittlungsdienstes vorzunehmen. Ziel des Herkunftslandprinzips war es unter anderem, die Weiterentwicklung von Diensten der Informationsgesellschaft innerhalb der Europäischen Union zu stärken.<sup>43</sup> Eines solchen Schutzes bedürfen freilich weder die marktmächtigen „Big Five“ der US-amerikanischen Tech-Konzerne noch der chinesische Internetriese ByteDance als Mutterkonzern des Unternehmens TikTok. Wie die Praxis zeigt, entwickeln diese Konzerne ohnehin spezifisch auf einzelne Mitgliedstaaten abgestimmte Richtlinien und Geschäftspraktiken.<sup>44</sup> In Anbetracht der erheblichen Nutzerzahlen und Gewinne dieser Unternehmen erscheint es ihnen durchaus zumutbar, die rechtliche Prüfung eines Inhalts nach der *lex causae* vorzunehmen – zumal

---

<sup>42</sup> Zur Kritik im Detail siehe *Holznapel*, Ireland cannot do it alone, 27. 4. 2021, <https://verfassungsblog.de/dsa-ireland>. Ferner *Jaurisch*, Der DSA-Entwurf: Ehrgeizige Regeln, schwache Durchsetzungsmechanismen – Warum eine europäische Plattformaufsicht sinnvoll ist, [https://www.stiftung-nv.de/sites/default/files/snv\\_dsa-aufsicht.pdf](https://www.stiftung-nv.de/sites/default/files/snv_dsa-aufsicht.pdf), S. 17ff. Zur Kritik an der Legaldefinition sehr großer Online-Plattformen siehe *Janal*, K&R 2021, Beilage 1, 6 (9).

<sup>43</sup> Vgl. Erwägungsgrund 5 ECRL.

<sup>44</sup> So ist beispielsweise Google News in Spanien nicht verfügbar, damit keine Lizenzen für das spanische Leistungsschutzrecht für Presseverleger erworben werden müssen, vgl. <https://support.google.com/news/publisher-center/answer/9609687?hl=de>.

die Haftungsprivilegien der Art. 3ff. DSA-E weitgehend vor einer übermäßigen Inanspruchnahme schützen. Kleinere Diensteanbieter könnten in diesem Fall weiterhin von der uneingeschränkten Anwendung des Herkunftslandprinzips profitieren, und zwar unabhängig davon, ob es sich bei ihnen um Inhalteanbieter oder Vermittlungsdienste handelt. Gleichzeitig würde der Schutz der Betroffenen gestärkt, weil ein wesentlicher Teil der elektronischen Kommunikation – und damit auch der rechtswidrigen Inhalte – über sehr große Diensteanbieter vermittelt wird.

### 3. Beschränkung der Kognitionsbefugnis

Allerdings sollte jede Auflockerung des Herkunftslandprinzips mit einer Beschränkung der Kognitionsbefugnis des Gerichts verbunden werden.<sup>45</sup> Für Zurückhaltung bei der Bestimmung der territorialen Reichweite von Löschan- und Sperranordnungen plädiert der Verordnungsvorschlag der Kommission bereits in Art. 8 II lit. b DSA-E. Danach darf der „räumliche Geltungsbereich der Anordnung [...] nicht über das zur Erreichung ihres Ziels unbedingt erforderliche Maß hinausgehen.“ Zivilgerichtliche Anordnungen, die ohne Berücksichtigung des Herkunftslandprinzips ergehen, sollten sich auf das Territorium des Forumstaates beschränken. Praktisch lassen sich Sperr- und Löschanordnungen, die sich allein auf einen Mitgliedstaat beschränken, freilich nicht von allen Diensteanbietern ähnlich effektiv umsetzen.<sup>46</sup> Auch dies spricht dafür, bei der Anwendung des Herkunftslandprinzips nach der Größe des Vermittlungsdienstes zu differenzieren.

### 4. Haftungsfreistellung der Diensteanbieter im Verhältnis zu Nutzer:innen

Unabhängig von der genauen Ausgestaltung des Herkunftslandprinzips ist es bei Löschan-, Sperr- und Informationsanordnungen zudem wichtig, das Verhältnis der Diensteanbieter zu den Inhalteanbieter:innen bzw. Nutzer:innen im Blick zu behalten. Aufgrund ihrer Vermittlungsposition stehen die Diensteanbieter in einer Sandwich-Position zwischen den Inhalteanbieter:innen und den von diesen Inhalten betroffenen Personen, die eine Löschung, Sperre oder Auskunft fordern. Diese Sandwich-Position äußert sich auch in den unterschiedlichen Rechtsordnungen, die für die jeweiligen Ansprüche relevant werden können.

Das Vertragsverhältnis zwischen Host Providern und den Nutzer:innen, deren Inhalte gespeichert werden, wird regelmäßig aufgrund einer Rechtswahl dem Recht des Herkunfts-Mitgliedstaates unterliegen. Handelt es sich bei diesen Inhalteanbieter:innen um Verbraucher:innen, wird das gewählte Recht ggf. ergänzt um die zwingenden Verbraucherschutzvorschriften des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts der Verbraucher:innen (Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO). Auch im Falle einer fehlenden oder unwirksamen Rechtswahl<sup>47</sup> bestimmt sich das Nutzungsverhältnis nach dem Aufenthaltsstaat der Verbraucher:in.<sup>48</sup> Das Rechtsverhältnis zwischen Access Provider und Inhalteanbieter:innen, die von einer Webseitensperre betroffen sind, unterliegt hingegen dem jeweiligen Deliktsstatut. Egal, welche Rechtsordnungen bei Erlass einer gerichtlichen Löschan-, Sperr- oder Informationsanordnung

<sup>45</sup> So auch Erwägungsgrund 31 S. 3 des Kompromissvorschlags der slowenischen Ratspräsidentin vom 2.9.2021, 9288/1/21 REV 1.

<sup>46</sup> Skeptisch deshalb die deutsche Bundesregierung, vgl. *Rudl*, Entfernung illegaler Inhalte entzweit EU-Länder, 22.3.2021, <https://netzpolitik.org/2021/digital-services-act-entfernung-illegaler-inhalte-entzweit-eu-laender/>. Siehe zur Beschränkung der Zuständigkeit nach Art. 7 Nr. 2 EuGVVO deshalb EuGH v. 17.10.2017 – C-149/16, NJW 2017, 3433 – *Svensk Handel*, Rn. 48.

<sup>47</sup> Zu den besonderen Voraussetzungen der Rechtswahl in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die gegenüber Verbrauchern verwendet werden, siehe EuGH v. 28.7.2016 – C-191/15, NJW 2016, 2727 – *Verein für Konsumenteninformation/Amazon*, Rn. 71.

<sup>48</sup> Art. 6 I Rom I-VO. Auf „vertragliche Schuldverhältnisse in Bezug auf Verbraucherverträge“ findet das Herkunftslandprinzip laut dem Anhang der eCommerce-RL keine Anwendung.