



Impulse aus dem EMR

Die Vorschläge der EU-Kommission für einen Digital Services Act und einen Digital Markets Act

Darstellung von und erste Überlegungen zu zentralen Bausteinen für eine digitale Grundordnung der EU

Von Dr. Jörg Ukrow

Geschäftsführendes Vorstandsmitglied des EMR

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	4
II. Grundsätzliche Aspekte der Regelungsvorschläge	6
1. Weitere Durchbrechungen des Herkunftslandprinzips	6
2. Zum Anwendungsbereich, den Gegenständen und Zielen von DSA und DMA.....	7
3. Zur Vereinbarkeit von DSA und DMA mit Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.....	8
a) Die Vorschläge der Kommission und das Subsidiaritätsprinzip.....	8
b) Internetrecht als subsidiaritätsfreies Rechtsgebiet?.....	9
c) Die Vorschläge der Kommission als mögliche Anknüpfungspunkte einer Subsidiaritätsrüge 10	
d) Die Vorschläge der Kommission und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.....	10
e) Verordnung vs. Richtlinie – Zur Wahl des Rechtsakts bei DMA und DSA im Lichte der Strukturprinzipien des Art. 5 EUV.....	11
4. Good Governance, Ko-Regulierung und Standards	13
III. Personeller Anwendungsbereich – Abgrenzungen	14
1. Einleitung.....	14
2. „Vermittlungsdienst“	14
3. "Hosting"-Dienst	14
4. „Online-Plattform“	14
5. „Sehr große Online-Plattform“	16
a) Allgemeines.....	16
b) Das Problem delegierte Rechtsakte	16
6. „Gatekeeper“	17
7. Die Verpflichtungen nach dem Digital Services Act-E im Überblick	19
IV. Die Reform der Regelungen zur Verantwortlichkeit von Providern	19
1. Einleitung.....	19
2. Haftungsbefreiungen nach dem DSA-E	20
3. Vorgaben für Anordnungen, namentlich zum Vorgehen gegen illegale Inhalte.....	22
V. Sorgfaltspflichten für eine transparente und sichere Online-Umgebung	24
1. Einleitung.....	24
2. Zentrale Kontaktstelle	25
3. Gesetzlicher Vertreter	25

4.	Allgemeine Geschäftsbedingungen und Konditionen	25
5.	Recht auf Einreichung einer Beschwerde	26
VI. Vorgehen von Host-Providern gegen illegale Inhalte – Notice and Action		
Mechanismen		26
1.	Einleitung.....	26
2.	Illegale Inhalt.....	27
3.	Mechanismen	28
4.	Verhältnis zum NetzDG.....	29
VII. Besondere Verpflichtungen für Online-Plattformen		
29		29
1.	Einleitung.....	29
2.	Internes Beschwerdemanagementsystem.....	30
3.	Außergerichtliche Streitbeilegung	30
4.	Trusted Flagger	31
5.	Maßnahmen und Schutz vor Missbrauch	32
6.	Meldung des Verdachts auf eine Straftat.....	33
7.	Krisenprotokolle.....	33
VIII. Besondere Verpflichtungen für sehr große Online-Plattformen		
34		34
1.	Umgang mit Systemrisiken.....	34
a)	<i>Einführung – Das Vorbild der Finanzmarktregulierung.....</i>	<i>34</i>
b)	<i>Risikobewertung</i>	<i>34</i>
c)	<i>Abschwächung der Risiken.....</i>	<i>35</i>
d)	<i>Datenzugriff zu Forschungszwecken.....</i>	<i>36</i>
2.	Unabhängiges Auditing	36
3.	Empfehlungssysteme	36
a)	<i>Einleitung.....</i>	<i>36</i>
b)	<i>Empfehlungssystembezogene Verpflichtungen.....</i>	<i>37</i>
c)	<i>Verhältnis zum Medienstaatsvertrag.....</i>	<i>37</i>
4.	Compliance-Beauftragte	37
IX. Besondere Verpflichtungen für Gatekeeper		
38		38
1.	Einleitung.....	38
2.	Allgemeine Verpflichtungen	38
3.	Verpflichtungen, die durch die Kommission konkretisiert werden können	40
4.	Umgehungsschutz	42
5.	Aussetzung von Verpflichtungen.....	42
6.	Freistellung aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses.....	43
7.	Zur Unionsrechtswidrigkeit der geplanten Regelung zur Aktualisierung der Verpflichtungen für Gatekeeper	43
8.	Pflicht zur Unterrichtung über Zusammenschlüsse	43
9.	Auditing	44
X. Der DSA-E im Gefüge des bestehenden sekundären Unionsrechts		
44		44
1.	Einleitung.....	44
2.	DSA und Verbraucherschutz.....	45
a)	<i>Einleitung.....</i>	<i>45</i>
b)	<i>Rückverfolgbarkeit von Gewerbetreibenden</i>	<i>46</i>
c)	<i>Transparenz der Online-Werbung.....</i>	<i>47</i>
3.	DSA und Datenschutz.....	48
XI. Transparenzpflichten.....		
48		48
XII. DSA, DMA und das Recht der Vielfaltssicherung		
49		49
XIII. Das Aufsichtssystem und Sanktionsmöglichkeiten nach den Vorschlägen		
50		50
1.	Einleitung.....	50

2.	Digital Services Coordinator	51
3.	Europäischer Ausschuss für digitale Dienste.....	53
4.	Aufsicht durch die Kommission.....	53
	a) <i>Die Aufsichtsbefugnisse nach dem DSA-E</i>	53
	b) <i>Marktuntersuchungen seitens der Kommission auf der Grundlage des vorgeschlagenen</i>	
	<i>DMA – ein Überblick</i>	54
	(1) Die Vermeidungskompetenz der Kommission im Hinblick auf das Entstehen einer Gatekeeper-	
	Position.....	54
	(2) Die Entflechtungskompetenz der Kommission	55
	(3) Die Anpassungskompetenz der Kommission	55
5.	Sanktionsmöglichkeiten	56
	a) <i>Sanktionen nach dem vorgeschlagenen Digital Services Act</i>	56
	b) <i>Sanktionen nach dem vorgeschlagenen Digital Markets Act</i>	56
XIV.	Ausblick	57

I. Einleitung

Schon in ihren „Politischen Leitlinien für die künftige Europäische Kommission 2019-2024“ unter dem Titel „Eine Union, die mehr erreichen will“¹ hatte die damals noch designierte Kommissionspräsidentin *Ursula von der Leyen* betont,

„Europa muss beim Übergang hin zu einem gesunden Planeten und auf dem Weg in eine neue digitale Welt die Führung übernehmen.“²

und damit die zentrale Bedeutung von Digitalpolitik für die Arbeit der neuen Kommission unterstrichen. Zu den sechs übergreifenden Zielen für Europa in den kommenden fünf Jahren „und weit darüber hinaus“, die im Zentrum der Politischen Leitlinien der Präsidentin stehen, zählt

„[e]in Europa, das für das digitale Zeitalter gerüstet ist“³

In dem diesem Ziel gewidmeten Kapitel hatte von der Leyen u.a. angekündigt:

„Mit einem neuen Gesetz über digitale Dienste müssen bessere Haftungs- und Sicherheitsvorschriften für digitale Plattformen, Dienste und Produkte geschaffen und der digitale Binnenmarkt vollendet werden.“⁴

In Umsetzung dieser Leitlinie übermittelte die Kommission zunächst am 19. Februar 2020 eine Mitteilung an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen zur „Gestaltung der digitalen Zukunft Europas“.⁵ In dieser Mitteilung identifizierte die Kommission als eine „Schlüsselmaßnahme“

„[n]eue und überarbeitete Vorschriften zur Vertiefung des Binnenmarkts für digitale Dienste durch Ausweitung und Harmonisierung der Pflichten von Online-Plattformen und Informationsdienstleistern sowie Stärkung der Aufsicht über die Inhaltepolitik der Plattformen in der EU“⁶

Aufbauend auf dieser Mitteilung startete die Kommission am 2. Juni 2020 eine öffentliche Konsultation mit dem Ziel, „die zwanzig Jahre alte EU-Gesetzgebung für digitale Dienste und Online-Plattformen (zu) modernisieren“, die durch die E-Commerce-Richtlinie geprägt ist. Bis zum 8. September hatten Bürgerinnen und Bürger, Unternehmen, Online-Plattformen, Wissenschaft, Zivilgesellschaft und alle Interessenträger die Möglichkeit, ihre Beiträge zu dem geplanten Gesetz über digitale Dienste (Digital Services Act) einzureichen.⁷ Von dieser

Die Reihe „Impulse aus dem EMR“ trägt dessen Rolle als Forum insbesondere für medien- und informationsrechtliche Debatten an der Schnittstelle von Rechtspolitik und Rechtsdogmatik Rechnung. Auf der Grundlage eigenständiger Erfahrungen und Expertise der Impulsegeber werden hier persönliche Diskussionsbeiträge veröffentlicht. Die Beiträge geben keine Position des Instituts wieder und binden nicht dessen Mitglieder.

¹ Abrufbar unter https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/political-guidelines-next-commission_de.pdf

² Ibidem, S. 4

³ Ibidem, S. 5

⁴ Ibidem, S. 16

⁵ COM(2020) 67 final

⁶ Ibidem, S. 14

⁷ https://ec.europa.eu/germany/news/20200602_digitale-dienste-und-online-plattformen_de

Möglichkeit machte eine Vielzahl von Bürgerinnen und Bürgern sowie Akteuren aus der EU, aber auch aus Drittstaaten Gebrauch.⁸

Im Ergebnis dieser Vorarbeiten legte die Europäische Kommission am 15. Dezember 2020 (zunächst nur in englischer Sprache)⁹ zwei Vorschläge für Verordnungen vor:

- einen Vorschlag für ein „Gesetz über digitale Dienste“¹⁰ (Digital Services Act, DSA-E) und
- einen Vorschlag für ein „Gesetz über digitale Märkte“ (Digital Markets Act, DMA-E).¹¹

Dabei konnte die Kommission auch Überlegungen des Europäischen Parlaments berücksichtigen, wie sie sich in dessen Entschließung vom 20. Oktober 2020 mit Empfehlungen an die Kommission zum Gesetz über digitale Dienste finden.¹²

Schon die Bezeichnung der beiden Rechtsakte drückt deren grundlegende Bedeutung in der sich entwickelnden Rechtsordnung der EU für das digitale Zeitalter aus. Denn weder ist der Terminus „Act“ der englischsprachigen noch der Begriff „Gesetz“ der deutschsprachigen Fassung der Rechtsakt-Typologie der Gründungsverträge der EU vertraut. Die Begrifflichkeit „Act“¹³ ist der EU-Integrationsgeschichte allerdings aus dem Titel der Einheitlichen Europäischen Akte „Single European Act“ vertraut, mit der das Binnenmarkt-Projekt der EU gestartet wurde. Insofern sprechen die Bezeichnung von DMA und DSA für deren Bedeutung als zentrale Pfeiler einer Grundordnung der EU für das digitale Zeitalter.¹⁴

Diese Grundordnung¹⁵ trägt nicht nur der Erwägung Rechnung, dass digitale Dienstleistungen als Eckpfeiler der Wirtschaft der EU und als Existenzgrundlage zahlreicher Unionsbürger so reguliert werden müssen, dass die Grundrechte und andere Bürgerrechte geachtet werden, wobei die Entwicklung und der wirtschaftliche Fortschritt zu unterstützen sind, das Vertrauen im Internet zu fördern ist und die Interessen der Nutzer und aller Marktteilnehmer, insbesondere von Kleinunternehmen, KMU und Start-up-Unternehmen, zu berücksichtigen sind.¹⁶ DMA und DSA konstituieren insoweit Fundamente eines gemeinwohlverträglichen, Wettbewerb stimulierenden und digitale Souveränität der EU fördernden digitalen Binnenmarktes, der sich im Hinblick auf die Prägung der digitalen Ordnung durch das Geschäftsgebaren von nicht in der EU

⁸ Vgl. „Summary Report on the open public consultation on the Digital Services Act Package“, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/summary-report-open-public-consultation-digital-services-act-package>

⁹ Die Vorschläge der Kommission stehen bislang nur in englischer Sprache zur Verfügung. Bei nachfolgenden Zitierungen aus Bestimmungen und Erwägungsgründen der Entwürfe im Rahmen dieses Beitrages handelt es sich daher um die eigene Übersetzung des Verfassers.

¹⁰ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC, COM/2020/825 final

¹¹ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act), COM/2020/842 final

¹² Die Entschließung liegt bislang nur in englischer Sprache vor: P9_TA(2020)0273 - Digital Services Act: adapting commercial and civil law rules for commercial entities operating online. European Parliament resolution of 20 October 2020 with recommendations to the Commission on a Digital Services Act: adapting commercial and civil law rules for commercial entities operating online (2020/2019(INL)); Abrufbar unter https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0273_EN.pdf.

¹³ Auf diese Terminologie greift auch die englischsprachige Fassung der „Verordnung (EU) 2019/881 vom 17. April 2019 über die ENISA (Agentur der Europäischen Union für Cybersicherheit) und über die Zertifizierung der Cybersicherheit von Informations- und Kommunikationstechnik und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 526/2013 (Rechtsakt zur Cybersicherheit)“ als „Cybersecurity Act“ zurück, die sekundärrechtliche Grundnorm eines weiteren zentralen Bausteins, um die EU fit für die Herausforderungen des Digitalzeitalters zu machen.

¹⁴ Eine Art EU-Grundgesetz für das Digitalzeitalter kann mit dem Ansatz einer Harmonisierung für einzelne Rechtsfragen, der DMA-E und DSA-E gemeinsam ist, bereits deshalb nicht geschaffen werden, weil im Rahmen des digitalen Binnenmarkt-Projekts der EU schon eine Vielzahl von Einzelregelungen, von der Novelle der AVMD-Richtlinie über die DSM-Richtlinie zum Urheberrecht bis zum Verbraucherrecht und zur Geoblocking-Verordnung geschaffen wurden. Zudem beschränken sich DMA-E wie DSA-E nicht auf die Festlegung von Grundsätzen, sondern enthalten detaillierte Verhaltenspflichten für Online-Anbieter.

¹⁵ Zum (auch für DSA und DMA bedeutsamen) Grundrechtswandel durch Digitalisierung vgl. *Peuker*, Verfassungswandel durch Digitalisierung, 2020, S. 295 ff.

¹⁶ Vgl. die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 20. Oktober 2020, P9_TA(2020)0273, Buchst. A.

gesteuerten Internet-Giganten weiter von einem zentralen Pfeiler der analogen Binnenmarkt-Regulierung, dem Prinzip der Herkunftslandkontrolle, löst. Damit sind auch Fragen handelsrechtlicher und –politischer Art im Hinblick auf die durch das GATS geprägte Welthandelsordnung verbunden.

Die Grundordnung soll nicht zuletzt aber auch eine wehrhafte Verfassung in der Verteidigung der Grundwerte der EU nach Art. 2 EUV, namentlich der Demokratie, sein.¹⁷ Insoweit ergänzen die beiden vorgeschlagenen Rechtsakte den Europäischen Aktionsplan für Demokratie.¹⁸

Die Vorschläge von DSA und DMA enthalten zudem neben materiell-rechtlichen auch organisatorische und prozedurale Vorkehrungen wie z.B. die Pflicht zur Benennung nationaler Koordinatoren der Aufsicht über das materiell-rechtliche Regelungsregime sowie die Einrichtung eines institutionalisierten Austausches zwischen diesen Koordinatoren, die das digitale Verwaltungsverfahren der Mitgliedstaaten und deren Kooperation im Interesse der Durchsetzung von Gemeinwohlinteressen erheblich beeinflussen können. Auch die Rolle der Kommission selbst als Hüter der digitalen Grundordnung der EU wird gestärkt. Auch diese Facetten der Vorschläge werden im Beitrag abschließend kursorisch beleuchtet.

II. Grundsätzliche Aspekte der Regelungsvorschläge

1. Weitere Durchbrechungen des Herkunftslandprinzips

Nach Art. 1 Abs. 3 des DSA-E gilt diese Verordnung für Vermittlungsdienstleistungen, die für Dienstleistungsempfänger¹⁹ erbracht werden, die ihren Sitz oder Wohnsitz in der Union haben, unabhängig vom Ort der Niederlassung der Erbringer dieser Dienstleistungen.

Parallel dazu soll der Digital Markets Act nach Art. 1 Abs. 2 des DMA-E für Kernplattformdienste gelten, die von Gate-Keepern für in der Union niedergelassene gewerbliche Nutzer oder in der Union niedergelassene oder ansässige Endnutzer erbracht oder angeboten werden, unabhängig vom Ort der Niederlassung oder des Wohnsitzes der Gate-Keeper und ungeachtet des ansonsten für die Erbringung der Dienste geltenden Rechts. Damit nehmen beide Vorschläge Abschied vom Herkunftsland- und wenden sich dem Marktortprinzip zu. Sie folgen insoweit z.B. den Ansätzen in der Datenschutz-Grundverordnung der EU²⁰ und im EU-Finanzmarktrecht.²¹

Um die Wirksamkeit der in dieser Verordnung festgelegten Regeln und gleiche Wettbewerbsbedingungen im Binnenmarkt zu gewährleisten, sollen die Regeln des DSA für Erbringer von Vermittlungsdiensten unabhängig von ihrem Niederlassungs- oder Wohnsitzort gelten, sofern sie Dienstleistungen in der Union erbringen, was durch eine wesentliche Verbindung (*substantial connection*) zur EU nachgewiesen werden kann.²² Mit diesem Verbindungs-Kriterium trägt die Ausgestaltung des Marktortprinzips dem *genuine-link*-Erfordernis des Völkerrechts bei der Regulierung ausländischer Anbieter als Durchbrechung traditioneller Souveränitätskonzeptionen Rechnung. Eine vergleichbare Bezugnahme auf völkerrechtliche Anknüpfungspunkte für den Zugriff auf Regelungsadressaten außerhalb der EU weist der DMA-E bislang nicht auf. Dies könnte auch mit Blick auf die Vermeidung etwaiger handelspolitischer

¹⁷ Vgl. hierzu auch *Ukrow*, Wehrhafte Demokratie 4.0, ZEuS 1/2021 (im Erscheinen).

¹⁸ COM (2020) 790 final.

Insbesondere könnten die in dem Digital Services Act festgelegten Regeln für Verhaltenskodizes nach dem DSA-E durch einen überarbeiteten und verstärkten Verhaltenskodex für Desinformation ergänzt werden, vgl. COM (2020) 825 final, S. 5.

¹⁹ „Empfänger des Dienstes“ ist nach der Begriffsbestimmung in Art. 2 Buchst. b) DSA-E jede natürliche oder juristische Person, die den betreffenden Vermittlungsdienst nutzt.

²⁰ Vgl. Art. 3 Abs. 2 DSGVO.

²¹ Vgl. Art. 44 der RL (2013/36/EU); hierzu *Ukrow/Res*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 2021, Art. 63 AEUV Rn. 477.

²² Vgl. den 7. Erwägungsgrund des DSA-E.

bzw. welthandelsrechtlicher Streitigkeiten im Prozess der DMA-Rechtsetzung nachgesteuert werden.

Bei der Ausgestaltung des Kriteriums der *substantial connection* im Einzelnen zeigen sich im DSA-E deutliche konzeptionelle Parallelitäten zu der Herangehensweise der Länder in § 1 Abs. 8 Satz 2 MStV:²³ Nach dem 8. Erwägungsgrund des DSA-E soll eine wesentliche Verbindung zur EU nicht nur dann als gegeben angesehen werden, wenn der Diensteanbieter über eine Niederlassung in der Union verfügt, sondern - in Ermangelung einer solchen - auch aufgrund des Vorhandenseins einer erheblichen Zahl von Nutzern in einem oder mehreren Mitgliedstaaten oder der Ausrichtung der Tätigkeiten auf einen oder mehrere Mitgliedstaaten. Die Ausrichtung der Tätigkeiten auf einen oder mehrere Mitgliedstaaten kann auf der Grundlage aller relevanten Umstände bestimmt werden, einschließlich Faktoren wie

- der Verwendung einer Sprache oder einer Währung, die in diesem Mitgliedstaat allgemein gebräuchlich sind, oder
- der Möglichkeit,
 - Produkte oder Dienstleistungen zu bestellen oder
 - eine nationale Domäne oberster Stufe zu verwenden.

Die Ausrichtung der Tätigkeiten auf einen Mitgliedstaat kann auch aus

- der Verfügbarkeit einer Anwendung in dem betreffenden nationalen Anwendungsspeicher,
- der Bereitstellung lokaler Werbung oder Werbung in der in diesem Mitgliedstaat verwendeten Sprache oder
- der Abwicklung von Kundenbeziehungen, z. B. durch Bereitstellung des Kundendienstes in der in diesem Mitgliedstaat allgemein verwendeten Sprache, abgeleitet werden.

Eine wesentliche Verbindung sollte auch angenommen werden, wenn ein Diensteanbieter seine Tätigkeiten auf einen oder mehrere Mitgliedstaaten ausrichtet, wie in Art. 17 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung (EU) Nr. 1215/2012²⁴ dargelegt.

Wie der Kriterienkatalog in § 1 Abs. 8 Satz 2 MStV ist auch der Kriterienkatalog im 8. Erwägungsgrund des DSA-E nicht abschließend. Andererseits kann die bloße technische Erreichbarkeit einer Website von der EU aus nicht allein aus diesem Grund als Begründung für eine wesentliche Verbindung zur Union angesehen werden.

2. Zum Anwendungsbereich, den Gegenständen und Zielen von DSA und DMA

Die Vorschläge der Kommission für einen DMA und einen DSA verzichten jeweils auf eine ausdrückliche Regelung zur Zielsetzung des betreffenden Rechtsaktes. Damit unterscheiden sich beide Vorschläge von der e-Commerce-Richtlinie²⁵ wie der Richtlinie über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation,²⁶ die solche Zielsetzungen *expressis verbis* beinhalten. Mit Blick auf die Auslegungsrelevanz solcher Ziele sollte im Rechtsetzungsverfahren in Bezug auf DMA wie DSA erwogen werden, eine solche, die teleologische Interpretation der Rechtsakte erleichternde Ziel-Klausel jeweils aufzunehmen, um auf eine Auslegung der Zielsetzungen aus dem Zusammenhang dritter Regelungen verzichten und damit Anwendungs- und Auslegungssicherheit befördern zu können.

Auch in Bezug auf die negative Abgrenzung des Anwendungsbereichs der Rechtsakte erscheint im weiteren Rechtsetzungsverfahren für DMA und DSA eine klarstellende Ergänzung unter

²³ Nach dieser Bestimmung sind Medienintermediäre, Medienplattformen sowie Benutzeroberflächen dann „als zur Nutzung in Deutschland bestimmt anzusehen, wenn sie sich in der Gesamtschau, insbesondere durch die verwendete Sprache, die angebotenen Inhalte oder Marketingaktivitäten, an Nutzer in Deutschland richten oder in Deutschland einen nicht unwesentlichen Teil ihrer Refinanzierung erzielen“.

²⁴ Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (ABl. L 351 vom 20.12.2012, S.1).

²⁵ Vgl. Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31/EG vom 8. Juni 2000 (ABl. EG Nr. L 178/1).

²⁶ Vgl. Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie (EU) 2018/1972 vom 11. Dezember 2018 (ABl. EU 2018 Nr. L 321/36).

Rückgriff auf die Richtlinie über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation zumindest erwägenswert. Nach Art. 1 Abs. 3 Buchst. a) und b) dieser Richtlinie bleiben von ihr Verpflichtungen, die durch nationales Recht aufgrund des Unionsrechts oder durch Rechtsvorschriften der EU für Dienste auferlegt werden, die mit Hilfe elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste erbracht werden, ebenso unberührt wie die von der EU oder deren im Einklang mit dem Unionsrecht getroffenen Maßnahmen zur Verfolgung von Zielen, die im Interesse der Allgemeinheit liegen, insbesondere in Bezug auf den Schutz personenbezogener Daten und der Privatsphäre, die Regulierung von Inhalten und die audiovisuelle Politik.

Nach Art. 1 Abs. 1 des DMA-E sollen mit diesem Rechtsakt harmonisierte Regeln festgelegt werden, die wettbewerbsfähige und faire Märkte im digitalen Sektor in der gesamten Union gewährleisten, in denen Gatekeeper vorhanden sind.

Der DSA legt nach Art. 1 Abs. 1 des Vorschlags harmonisierte Regeln für die Erbringung von Vermittlungsdienstleistungen im Binnenmarkt fest. Hierzu zählen insbesondere:

- (a) ein Rahmen für die bedingte Haftungsbefreiung von Anbietern von Vermittlungsdienstleistungen;
- (b) Regeln für spezifische Sorgfaltspflichten, die auf bestimmte Kategorien von Anbietern von Vermittlungsdienstleistungen zugeschnitten sind
- (c) Vorschriften für die Durchführung und Durchsetzung dieser Verordnung, auch im Hinblick auf die Zusammenarbeit und Koordinierung zwischen den zuständigen Behörden.

Mit dem DSA soll nach Art. 1 Abs. 2 des Vorschlags zum reibungslosen Funktionieren des Binnenmarktes für Vermittlungsdienste beigetragen und sollen einheitliche Regeln für ein sicheres, berechenbares und vertrauenswürdiges Online-Umfeld festgelegt werden, in dem die in der Charta verankerten Grundrechte wirksam geschützt werden.

Der DSA soll nach dem Vorschlag der Kommission keine Inhalteregulierung enthalten: Nach Art. 1 Abs. 3 des Vorschlags gilt die Verordnung nicht für Dienste, die keine Vermittlungsdienste sind, oder für Anforderungen, die in Bezug auf einen solchen Dienst gestellt werden, unabhängig davon, ob der Dienst unter Inanspruchnahme eines Vermittlungsdienstes erbracht wird. Nach dem 6. Erwägungsgrund des DSA-E, der diese Regelung erläutert, soll der DSA nicht die Anforderungen berühren, die im Unionsrecht oder im nationalen Recht in Bezug auf Produkte oder Dienstleistungen festgelegt sind, die über Vermittlungsdienste vermittelt werden - auch nicht in Fällen, in denen der Vermittlungsdienst einen integralen Bestandteil eines anderen Dienstes darstellt, der kein Vermittlungsdienst im Sinne der Rechtsprechung des EuGH ist.

3. Zur Vereinbarkeit von DSA und DMA mit Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

a) Die Vorschläge der Kommission und das Subsidiaritätsprinzip

Da sowohl der DSA wie auch der DMA sich außerhalb des rein wettbewerbsbezogenen Binnenmarkt-Kompetenz bewegen, was selbst die Kommission anerkennt, indem sie die Rechtsakte auf Art. 114 AEUV als die grundsätzliche Klausel zur Rechtsharmonisierung im Binnenmarkt stützt, erfolgt diese Digitalregulierung außerhalb ausschließlicher Zuständigkeiten der EU nach Art. 3 AEUV. Deshalb ist beim Erlass dieser Digitalregulierung nach Art. 5 Abs. 1, 3 EUV das Subsidiaritätsprinzip zu beachten.

Zur Wahrung des Subsidiaritätsprinzips führt die Kommission im Vorschlag eines DSA unter Bezugnahme auf von mehreren Mitgliedstaaten bereits erlassene oder geplante Gesetze zu Themen wie Entfernung illegaler Inhalte im Internet, Sorgfaltspflichten, Melde- und Aktionsverfahren und Transparenz aus:

In Anbetracht der Tatsache, dass das Internet seinem Wesen nach grenzüberschreitend ist, behindern die ... gesetzgeberischen Bemühungen auf nationaler Ebene die Bereitstellung und den Empfang von Diensten in der gesamten Union und sind unwirksam, wenn es darum geht, die Sicherheit und den einheitlichen Schutz der Rechte der Unionsbürger und Unternehmen im

Internet zu gewährleisten. Die Harmonisierung der Bedingungen für die Entwicklung innovativer grenzüberschreitender digitaler Dienste in der Union bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung eines sicheren Online-Umfelds kann nur auf Unionsebene erfolgen.

Maßnahmen auf Unionsebene bieten Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit und verringern die Kosten für die Einhaltung der Vorschriften in der gesamten Union. Gleichzeitig wird der gleiche Schutz aller Unionsbürger gefördert, indem sichergestellt wird, dass die Anbieter von Vermittlungsdiensten unabhängig von ihrem Niederlassungsort einheitlich gegen illegale Online-Inhalte vorgehen. Ein gut koordiniertes und auf Unionsebene gestärktes Aufsichtssystem gewährleistet auch ein kohärentes Vorgehen gegenüber Anbietern von Vermittlungsdiensten, die in allen Mitgliedstaaten tätig sind.

Um die Nutzer online wirksam zu schützen und zu vermeiden, dass Anbieter digitaler Dienste mit Sitz in der Union einen Wettbewerbsnachteil erleiden, müssen auch einschlägige Diensteanbieter mit Sitz außerhalb der Union, die im Binnenmarkt tätig sind, erfasst werden.

In die gleiche Richtung weisen die Ausführungen der Kommission im Vorschlag eines DMA:

Die Ziele des Vorschlags können nicht von den Mitgliedstaaten allein erreicht werden, da die Probleme grenzüberschreitender Natur sind und sich nicht auf einzelne Mitgliedstaaten oder eine Untergruppe von Mitgliedstaaten beschränken. Der digitale Sektor als solcher und insbesondere die von Gatekeepern erbrachten oder angebotenen zentralen Plattformdienste sind grenzüberschreitender Natur, wie das Volumen des grenzüberschreitenden Handels und das noch ungenutzte Potenzial für künftiges Wachstum zeigen, das durch die Struktur und das Volumen des von digitalen Plattformen vermittelten grenzüberschreitenden Handels veranschaulicht wird.

Unterschiedliche nationale Rechtsvorschriften innerhalb der EU seien nicht nur unzureichend wirksam, sondern könnten auch zu einer stärkeren Fragmentierung und zu höheren Befolgungskosten für große Marktteilnehmer und die geschäftlichen Nutzer führen, die auf sie angewiesen sind. Gleichzeitig wirke sich diese Situation auch negativ auf Start-ups und kleinere Unternehmen aus, da sie daran gehindert werden, zu skalieren und grenzüberschreitend zu expandieren und dadurch neue Märkte zu erreichen, bessere und diversifizierte Produkte zu wettbewerbsfähigeren Preisen anzubieten und sich gegebenenfalls zu Herausforderern etablierter Akteure im digitalen Sektor zu entwickeln. Indem gegen unlautere Praktiken in Bezug auf von Gatekeepern betriebene Kernplattformdienste auf Unionsebene vorgegangen wird, werde das Funktionieren des Binnenmarkts durch klare Verhaltensregeln, die allen Beteiligten Rechtsklarheit verschaffen, und durch einen EU-weiten Interventionsrahmen, der es ermöglicht, rechtzeitig und wirksam gegen schädliche Praktiken vorzugehen, verbessert werden.

b) Internetrecht als subsidiaritätsfreies Rechtsgebiet?

Schon die spartanische Behandlung der Wahrung des Subsidiaritätsprinzips durch die Vorschläge für einen DSA und einen DMA erwecken den Eindruck, dass die Kommission dieses Prinzip nur bedingt als die eigenen Rechtsetzungsinitiativen steuernde Maxime akzeptiert. Eine präzise Subsumption der Vorschläge unter die vertraglich verankerten Prüfkriterien des Art. 5 Abs. 3 EUV²⁷ findet (auch bei diesen Vorschlägen) nicht statt.

Der Ausgangspunkt der Subsidiaritätsprüfung seitens der Kommission, „dass das Internet seinem Wesen nach grenzüberschreitend ist“, weist in Richtung auf eine automatische Beachtung des

²⁷ Nach dem Subsidiaritätsprinzip wird die EU gemäß Art. 5 Abs. 3 EUV in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig, „sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind“.

Prinzips bei Rechtsetzung in Bezug auf Tätigkeiten im oder über das Internet. Ein solches weites Verständnis der Handlungsmöglichkeiten der EU widerspricht dem kompetenzbegrenzenden Charakter des Prinzips. Es spricht in dem konkreten Bezug auf mitgliedstaatliche Gesetzgebungsinitiativen für ein Aushöhlen der Zuständigkeitssystematik des EUV. Denn es läuft auf eine Missachtung der lediglich geteilten Zuständigkeit für die EU in den Bereichen des (auch digitalen) Binnenmarktes nach Art. 4 Abs. 2 Buchst. a) AEUV und des Verbraucherschutzes nach Art. 4 Abs. 2 Buchst. f) AEUV hinaus.

c) Die Vorschläge der Kommission als mögliche Anknüpfungspunkte einer Subsidiaritätsrüge

Vor diesem Hintergrund eröffnen die Vorschläge bereits verfahrensrechtlich die Möglichkeit zu einer Subsidiaritätsrüge. Diese zielt nach Art. 12 Buchst. b) EUV auf die Kontrolle der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips durch die mitgliedstaatlichen Parlamente, wozu auch der Bundesrat zählt, wobei das Verfahren der Rüge im Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, dem sog. Subsidiaritätsprotokoll, geregelt ist, das nach Art. 51 EUV rechtsverbindlicher Bestandteil des EU-Primärrechts ist. Nach Art. 6 dieses Protokolls können mitgliedstaatliche Parlamente gegenüber der Kommission darlegen, dass ein geplanter Rechtsakt nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip vereinbar ist. Die Rechtsfolge einer solchen Rüge ist, sofern sie isoliert durch wenige Parlamente erfolgt, zwar begrenzt:

Gemäß Art. 7 Abs. 1 des Protokolls berücksichtigen die EU-Organe, die den Entwurf eines Gesetzgebungsakts vorgelegt haben, solche begründeten Stellungnahmen der Mitgliedsstaaten. Erst wenn die Anzahl begründeter Stellungnahmen, wonach der Entwurf eines Gesetzgebungsaktes nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip im Einklang steht, mindestens ein Drittel der den mitgliedstaatlichen Parlamenten insgesamt zugewiesenen Stimmen – beziehungsweise ein Viertel, wenn das Vorhaben den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts betrifft – erreicht, so muss der Entwurf gemäß Art. 7 Abs. 2 des Subsidiaritätsprotokolls überprüft werden.

Im Rahmen des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens, das auch bei der Binnenmarktrechtsetzung nach Art. 114 AEUV greift, ist zudem durch Art. 7 Abs. 3 des Protokolls geregelt, dass für den Fall, dass die Anzahl begründeter (negativer) Stellungnahmen, mindestens ein Quorum von 50 % der Gesamtzahl der Stimmen erreicht und die Kommission nach Abschluss der Überprüfung des Vorschlags beschließt, an diesem festzuhalten, die Kommission in einer begründeten Stellungnahme darlegen muss, weshalb der Vorschlag ihres Erachtens mit dem Subsidiaritätsprinzip im Einklang steht. Ihre begründete Stellungnahme muss sie dem Unionsgesetzgeber gemeinsam mit den begründeten Stellungnahmen der nationalen Parlamente zur Berücksichtigung im Rahmen des Verfahrens vorlegen. Sofern im EU-Parlament oder im Rat eine Mehrheit von 55 % der Stimmen der Ansicht ist, dass der Vorschlag nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip im Einklang steht, wird der Gesetzgebungsvorschlag nicht weiter verhandelt.

Die Subsidiaritätsrüge als „Frühwarnsystem“ ist mithin ein nicht zuletzt politisches Instrument, dass es mitgliedstaatlichen Parlamenten gestattet, in einem durch einen Kommissionsvorschlag ausgelösten Rechtsetzungsverfahren frühzeitig darauf aufmerksam zu machen, dass ein bestimmter Regelungsbereich in mitgliedstaatlicher Verantwortung bleiben soll oder dass es einer stärkeren Koordination inhaltlicher bzw. prozeduraler Art an der Schnittstelle von EU-Kompetenz und mitgliedstaatlicher Kompetenzen bedarf.

d) Die Vorschläge der Kommission und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Wesentliche Merkmale des DSA-E beschränken aus Sicht der Kommission diesen Rechtsakt auf das, was zur Erreichung dieser Ziele unbedingt erforderlich ist.

„Insbesondere sieht der Vorschlag asymmetrische Sorgfaltspflichten für verschiedene Arten von Anbietern digitaler Dienste vor, je nach Art ihrer Dienste und ihrer Größe, um sicherzustellen, dass ihre Dienste nicht für illegale Tätigkeiten missbraucht werden und die Anbieter verantwortungsbewusst handeln. Mit diesem Ansatz werden bestimmte festgestellte Probleme nur dort angegangen, wo sie auftreten, während Anbieter, die von diesen Problemen nicht betroffen sind, nicht übermäßig belastet werden. Bestimmte materielle Verpflichtungen sind nur auf sehr große Online-Plattformen beschränkt, die aufgrund ihrer Reichweite eine zentrale, systemische Rolle bei der Erleichterung der öffentlichen Debatte und wirtschaftlicher Transaktionen erlangt haben. Sehr kleine Anbieter sind von den Verpflichtungen gänzlich ausgenommen.“

Nach dem 365. Erwägungsgrund des DMA-E sind die in dieser Verordnung festgelegten Verpflichtungen notwendig, um festgestellten Belangen der öffentlichen Ordnung Rechnung zu tragen, da es keine alternativen und weniger restriktiven Maßnahmen gibt, mit denen das gleiche Ergebnis erzielt werden könnte, wobei die Notwendigkeit der Wahrung der öffentlichen Ordnung, des Schutzes der Privatsphäre und der Bekämpfung betrügerischer und irreführender Geschäftspraktiken zu berücksichtigen ist.

Dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird – diesem rechtspolitischen Anspruch, der zugleich nach Art. 5 Abs. 1 und 2 EUV eine primärrechtliche Verpflichtung ist, entsprechend – durch eine ganze Reihe von im jeweiligen Verordnungsvorschlag vorgegebenen Abwägungsprozessen Rechnung getragen. Die Vorschläge der Kommission dürften damit nicht zuletzt auch auf die Kritik reagieren, der das deutsche Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG) ausgesetzt war und ist.

e) Verordnung vs. Richtlinie – Zur Wahl des Rechtsakts bei DMA und DSA im Lichte der Strukturprinzipien des Art. 5 EUV

Die Vorschläge von DSA wie DMA sind auf Art. 114 AEUV als Rechtsgrundlage gestützt. Anders als vielfach erwartet soll es sich mithin auch beim DMA nicht um einen wettbewerbsrechtlichen Rechtsakt i.S. des Art. 103 AEUV, sondern um Binnenmarktrecht handeln. Die Regelungen des DMA sollen damit nicht die kartellrechtlichen Vorgaben der Art. 101 und 102 AEUV konkretisieren, die vielmehr – ebenso nationales Kartellrecht – neben dem DMA anwendbar bleiben. Spannungen materiell- und verfahrensrechtlicher Art sind damit nicht ausgeschlossen.

Artikel 114 AEUV gibt dem Gesetzgeber die Möglichkeit, Verordnungen und Richtlinien zu erlassen. Die Kommission hat in Bezug auf den DSA beschlossen, einen Vorschlag für eine Verordnung vorzulegen, um ein einheitliches Schutzniveau in der gesamten Union zu gewährleisten und Abweichungen zu verhindern, die die freie Erbringung der betreffenden Dienstleistungen im Binnenmarkt behindern, sowie einen einheitlichen Schutz der Rechte und einheitliche Pflichten für Unternehmen und Verbraucher im gesamten Binnenmarkt zu garantieren. Dies ist notwendig, um Rechtssicherheit und Transparenz für Wirtschaftsteilnehmer und Verbraucher gleichermaßen zu schaffen. Die vorgeschlagene Verordnung gewährleistet auch eine einheitliche Überwachung der Rechte und Pflichten und gleichwertige Sanktionen in allen Mitgliedstaaten sowie eine wirksame Zusammenarbeit zwischen den Aufsichtsbehörden der verschiedenen Mitgliedstaaten und auf Unionsebene. In Bezug auf den DMA hat die Kommission beschlossen, einen Vorschlag für eine Verordnung vorzulegen, da sie das gleiche Maß an Rechten und Pflichten für private Parteien festlegt und eine kohärente und wirksame Anwendung der Regeln in dem inhärent grenzüberschreitenden Online-Vermittlungshandel ermöglicht, der in der Online-Plattformwirtschaft entsteht. Dies ist aus Sicht der Kommission am besten geeignet, die festgestellten Probleme der Fairness und der Anfechtbarkeit zu lösen und eine Fragmentierung des Binnenmarktes für zentrale Plattformdienste, die von einem Gatekeeper bereitgestellt oder angeboten werden, zu verhindern.

Als Verordnungen hätten Digital Services Act und Digital Markets Act nach Art. 288 Abs. 2 Satz 1 AEUV „allgemeine Geltung“. Sie wären nach Satz 2 dieser Regelung „in allen ihren Teilen verbindlich“ und würden „unmittelbar in jedem Mitgliedstaat (gelten)“. Eine Umsetzung in nationales Recht wäre danach – anders als beim Erlass der Rechtsakte als Richtlinien - nicht erforderlich. Mit dem Ziel, bestmögliche Grundlagen für die Einhaltung des Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsgebots zu schaffen und Überregulierung zu vermeiden, sprechen allerdings gewichtige Gründe für einen grundsätzlichen Vorrang für die Verabschiedung von Richtlinien vor Verordnungen – nicht zuletzt auch bei Rechtsakten, die einen erheblichen Bezug zur freiheitlich-demokratischen Verfasstheit der und kulturellen Vielfalt in den Mitgliedstaaten aufweisen, was bei den Vorschlägen zu DSA wie DMA der Fall ist.

Das Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit zum Vertrag von Amsterdam enthielt noch die Verpflichtung zur Wahl der am wenigsten in nationales Recht eingreifenden Form („einfachste Form“) einer Maßnahme. Diese ist mit dem Vertrag von Lissabon aus dem aktuellen Protokoll Nr. 2 weggefallen, da der Vertrag von Lissabon in den einzelnen Politikbereichen bereits relativ genau festlegt, welche Form (Richtlinie oder Verordnung) ein Rechtsakt haben darf. In jenen Bereichen, die dem Unionsgesetzgeber Wahlfreiheit über die Form lassen, wäre allerdings im Sinne der Verhältnismäßigkeit und der Subsidiarität ein Vorrang von Richtlinie gegenüber Verordnung zielführend.²⁸

Dass ein einheitliches Schutzniveau mit Blick auf die Schutzziele von DMA und DSA in der gesamten Union auch über eine Richtlinie zu gewährleisten wäre und Abweichungen, die die freie Erbringung der betreffenden Dienstleistungen im Binnenmarkt behindern, auch über eine Richtlinie verhinderbar wären, zeigen die Beispiele der AVMD- wie der e-Commerce-Richtlinie. Auch die Kommission selbst erkennt dies inzident an, indem sie die Richtlinien-Qualität der ECRL in Bezug auf wesentliche Teile dieses Rechtsakts jenseits der Regelungen zur Verantwortlichkeit von Providern unverändert lässt. Auch dass – um beispielhaft eine weitere, nicht überzeugende Facette in der Begründung der Rechtsaktwahl herauszugreifen – ein einheitlicher Schutz der Rechte und einheitliche Pflichten für Unternehmen und Verbraucher im gesamten Binnenmarkt mittels Richtlinien garantiert werden können, zeigt eine Vielzahl von – auch neueren – Rechtsakten der EU in deren Verbraucherschutzrecht. Gleiches gilt für eine mittels Richtlinienrecht begründete wirksame Zusammenarbeit zwischen den Aufsichtsbehörden der verschiedenen Mitgliedstaaten und auf Unionsebene, wie sie z.B. durch die AVMD-Richtlinie mit der ERGA und der Richtlinie über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation mit der BEREK begründet wurde.

Für eine Prüfung, ob bei DMA und DSA im weiteren Rechtsetzungsverfahren jeweils auf die Richtlinienform umgestellt wird, sprechen nicht zuletzt – jenseits der aufgezeigten argumentativen Schwächen bei der Herleitung eines Verordnungs-Erfordernisses – die besseren Möglichkeiten einer Berücksichtigung fortbestehender mitgliedstaatlicher, namentlich audiovisueller und auf die Pluralismussicherung bezogener Kompetenzen bei der Verwirklichung der Zielsetzungen von DSA und DMA. Dem hat die EU z.B. bei der Novelle der AVMD-Richtlinie 2018 Rechnung getragen, indem sie es – trotz Ausdehnung des audiovisuellen Integrationsprogramms – bei der Rechtsform der Richtlinie beließ.

²⁸ Vgl. *Lopatka*, Die EU und die Mitgliedstaaten: Subsidiarität. Proportionalität. Weniger, aber effizienteres Handeln. 2018, S. 23.

Auch eine Differenzierung in der Wahl des Rechtsaktstypus zwischen DSA und DMA erscheint vorstellbar. Der DMA ist als Wettbewerbsregulierungsinstrument – verglichen mit dem DSA - als verordnungsnäher einzustufen.

4. Good Governance, Ko-Regulierung und Standards

Zwar wird die Selbstregulierung in den Vorschlägen für den DSA und den DMA an verschiedenen Stellen im Ansatz positiv gewürdigt. So berücksichtigt z.B. der DSA-E die Erfahrungen mit den von der Kommission unterstützten Selbstregulierungsbemühungen, wie dem Product Safety Pledge,²⁹ der Absichtserklärung gegen gefälschte Waren,³⁰ dem Verhaltenskodex gegen illegale Hassrede,³¹ dem EU-Internetforum in Bezug auf terroristische Inhalte und dem Verhaltenskodex für Desinformation.³²

Im Unterschied zur AVMD-Richtlinie³³ fehlt es aber im Text der Rechtsakte selbst an einer Bezugnahme auf Systeme der Ko- und Selbstregulierung. Dies kann als Ausdruck einer (stillschweigend bestehenden, nicht offen kommunizierten) Unzufriedenheit der Kommission³⁴ mit den bisherigen Ergebnissen der freiwilligen Selbstregulierung in der Bekämpfung von Desinformation und Hassrede gewertet werden.

Eine Absage an das *Good-Governance*-Konzept ist damit aber erkennbar nicht verbunden. Denn die Kommission soll nach Art. 34 DSA-E die Entwicklung und Umsetzung freiwilliger Industriestandards unterstützen und fördern, die von den einschlägigen europäischen und internationalen Normungsgremien festgelegt werden,³⁵ und zudem die Aktualisierung der Normen im Lichte der technologischen Entwicklungen und des Verhaltens der Empfänger der betreffenden Dienste unterstützen.

Nach Art. 35 DSA-E sollen die Kommission und der Europäische Ausschuss für digitale Dienste die Ausarbeitung von Verhaltenskodizes auf Unionsebene fördern und erleichtern, um zur ordnungsgemäßen Anwendung dieser Verordnung beizutragen, wobei sie insbesondere den besonderen Herausforderungen bei der Bekämpfung verschiedener Arten illegaler Inhalte und systemischer Risiken im Einklang mit dem Unionsrecht, insbesondere in Bezug auf den Wettbewerb und den Schutz personenbezogener Daten, Rechnung tragen müssen. Zudem soll die Kommission nach Art. 36 DSA-E die Ausarbeitung von Verhaltenskodizes auf Unionsebene zwischen Online-Plattformen und anderen einschlägigen Diensteanbietern, wie Anbietern von Vermittlungsdiensten für Online-Werbung, oder Organisationen, die die Empfänger des Dienstes vertreten, und Organisationen der Zivilgesellschaft oder einschlägigen Behörden fördern und

²⁹ https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/product-safety-and-requirements/product-safety/product-safety-pledge_de

³⁰ https://ec.europa.eu/growth/industry/policy/intellectual-property/enforcement/memorandum-understanding-sale-counterfeit-goods-internet_de

³¹ https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online_en

³² <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/code-practice-disinformation>

Insbesondere für letzteren will die Kommission Leitlinien zur Stärkung des Verhaltenskodex für Desinformation herausgeben, wie im Europäischen Aktionsplan für Demokratie angekündigt. Vgl. zum Ganzen den 69. Erwägungsgrund des DSA-E.

³³ Nach Art. 4a Abs. 1 und 2 der novellierten AVMD-Richtlinie unterstützen die Mitgliedstaaten die Nutzung der Koregulierung und die Förderung der Selbstregulierung mithilfe von Verhaltenskodizes, die auf nationaler Ebene in den von dieser Richtlinie koordinierten Bereichen angenommen werden, soweit das nach ihrem jeweiligen Rechtssystem zulässig ist. Die Mitgliedstaaten und die Kommission können die Selbstregulierung durch Verhaltenskodizes der Union fördern, die von Mediendiensteanbietern, Video-Sharing-Plattform-Anbietern oder Organisationen, die solche Anbieter vertreten, erforderlichenfalls in Zusammenarbeit mit anderen Sektoren wie Industrie-, Handels-, Berufs- und Verbraucherverbänden oder -organisationen aufgestellt werden. In Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten erleichtert die Kommission im Einklang mit den Grundsätzen der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit gegebenenfalls die Erstellung von Verhaltenskodizes der Union.

³⁴ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1568.

³⁵ Diese Standards sollen zumindest die elektronische Übermittlung von Bekanntmachungen gemäß Art. 14 DSA-E und Art. 19 DSA-E, spezifische Schnittstellen, einschließlich Anwendungsprogrammierschnittstellen, zur Erleichterung der Einhaltung der in den Art. 30 und 31 DSA-E genannten Verpflichtungen, die Prüfung sehr großer Online-Plattformen gemäß Art. 28 DSA-E, die Interoperabilität der in Art. 30 Abs. 2 DSA-E genannten Werbedatenbanken sowie die Übermittlung von Daten zwischen Werbemittlern zur Unterstützung der Transparenzpflichten gemäß Art. 24 Buchst. b und c DSA-E erfassen.

erleichtern um über die Anforderungen der Art. 24 und 30 DSA-E hinaus zu mehr Transparenz in der Online-Werbung beizutragen.

III. Personeller Anwendungsbereich – Abgrenzungen

1. Einleitung

Das Gesetz über digitale Dienste enthält Vorschriften für vermittelnde Online-Dienste, die täglich von Millionen von Menschen in Europa genutzt werden. Die durch den DSA auferlegten Pflichten der Online-Unternehmen variieren je nach Rolle, Größe und Auswirkung im Online-Umfeld. Der DSA-E unterscheidet dabei vier Kategorien von Diensten, die jeweils – dem Aufbauprinzip einer russischen Matrjoschka vergleichbar – eine Teilmenge des zuvor dargestellten Dienste-Typs sind: Vermittlungsdienste (*intermediary services*), „Hosting-Dienste“, „Online-Plattformen“ und „sehr große Online-Plattformen“.³⁶

Das Gesetz über digitale Märkte knüpft demgegenüber an keinen dieser Begriffe an, sondern reguliert „Gatekeeper“. Zwischen diesem Typ von Regelungsadressaten und einzelnen Typen von Adressaten der DSA gibt es Überschneidungen. Gemeinsam ist namentlich „sehr großen Online-Plattformen“ und „Gatekeepern“, dass es sich bei ihnen im Schwerpunkt um Unternehmen handeln dürfte, die aus Staaten außerhalb der EU, namentlich den USA, aber auch der Volksrepublik China gesteuert werden.

2. „Vermittlungsdienst“

Ein „Vermittlungsdienst“ ist nach der Begriffsbestimmung in Art. 2 Buchst. f) des DSA-E – neben einem „Hosting“-Dienst – auch einer der folgenden Dienste:

(a) ein „reiner Durchleitungsdienst“, der in der Übertragung von Informationen, die von einem Empfänger des Dienstes bereitgestellt werden, in einem Kommunikationsnetz oder in der Bereitstellung des Zugangs zu einem Kommunikationsnetz besteht sowie

(b) ein "Zwischenspeicherdienst", der in der Übertragung von Informationen, die von einem Empfänger des Dienstes bereitgestellt werden, in einem Kommunikationsnetz besteht und die automatische, zeitlich begrenzte Zwischenspeicherung dieser Informationen zum alleinigen Zweck der effizienteren Weiterleitung der Informationen an andere Empfänger auf deren Anfrage beinhaltet.

Zu diesen Diensten können z.B. je nach Konstellation drahtlose lokale Netze (*wireless local area networks*), domain name system (DNS)-Dienste, top-level domain name-Registriere, Zertifizierungsstellen, die digitale Zertifikate ausstellen, oder Content-Delivery-Netzwerke (CDN), die die Funktionen anderer Anbieter von Vermittlungsdiensten ermöglichen oder verbessern, ebenso zählen wie Voice over IP-, Messaging- und webbasierte E-Mail-Dienste.³⁷

3. "Hosting"-Dienst

Ein "Hosting"-Dienst, für den ergänzend die Regelungen des Abschnitts 2 des Kapitels 3 (Art. 14 und 15) des DSA-E (hinsichtlich Melde-, Abhilfe- und Unterrichtungspflichten) gelten, ist nach der Begriffsbestimmung in Art. 2 Buchst. f) dritter Spiegelstrich des DSA-E ein Vermittlungsdienst, der in der Speicherung von Informationen besteht, die von einem Nutzer des Dienstes auf dessen Anfrage hin bereitgestellt werden.

4. „Online-Plattform“

³⁶ Vgl. auch den 35. Erwägungsgrund des DSA-E.

³⁷ Vgl. den 27. Erwägungsgrund des DSA-E.

Eine „Online-Plattform“ wie z. B. ein soziales Netzwerk oder ein Online-Marktplatz,³⁸ für die – mit Ausnahme solcher Plattformen, die als Klein- oder Kleinunternehmen im Sinne des Anhangs der Empfehlung 2003/361/EG³⁹ einzustufen sind⁴⁰ – ergänzend die Regelungen des Abschnitts 3 des Kapitels 3 (Art. 16 bis 24) des DSA-E (hinsichtlich Beschwerde- und Rechtsbehelfsmechanismen, außergerichtlicher Streitbeilegung, vertrauenswürdiger Hinweisgeber, Maßnahmen gegen missbräuchliche Meldungen sowie Gegendarstellungen, Sicherheitsüberprüfungen von Drittanbietern, Transparenz von Online-Werbung gegenüber Nutzern, Meldung von Straftaten, Risikomanagement-Pflichten und Compliance-Beauftragter) gelten, ist nach der Begriffsbestimmung in Art. 2 Buchst. h) des Vorschlags – ein Anbieter eines Hosting-Dienstes, der auf Anfrage eines Empfängers des Dienstes Informationen speichert und - wiederum auf deren Wunsch - öffentlich verbreitet, es sei denn, diese Tätigkeit ist ein untergeordnetes und rein ergänzendes Merkmal eines anderen Dienstes und kann aus objektiven und technischen Gründen nicht ohne diesen anderen Dienst genutzt werden, und die Integration des Merkmals in den anderen Dienst ist kein Mittel zur Umgehung der Anwendbarkeit dieser Verordnung.⁴¹

Diese Regelungen greifen auf, dass Hosting-Plattformen für Inhalte bestimmen können, welche Inhalte ihren Nutzern gezeigt werden, und dadurch die Art und Weise, wie Informations- und Kommunikationsflüsse erfolgen, in einem Maße beeinflusst haben, dass diese Plattformen de facto zu öffentlichen Räumen in der digitalen Welt geworden sind. Solche öffentlichen Räume müssen aus Sicht des Europäischen Parlaments in seiner Entschließung vom 20. Oktober 2020 in einer Weise gemanagt werden, die öffentliche Interessen schützt und die Grundrechte und die Rechte der Nutzer aus dem Zivilrecht, insbesondere das Recht auf Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit achtet.⁴² Einer solchen grundrechtsdogmatischen Betrachtungsweise scheint auch das BVerfG zuzuneigen, wie sich aus dessen „III.-Weg“-Entscheidung vom 22. Mai 2019⁴³ ergibt. Ob und gegebenenfalls welche rechtlichen Forderungen sich aus einer möglichen mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten auch für Betreiber sozialer Netzwerke im Internet – etwa in Abhängigkeit vom Grad deren marktbeherrschender Stellung, der Ausrichtung der Plattform, des Grads der Angewiesenheit auf eben jene Plattform und den betroffenen Interessen der Plattformbetreiber und sonstiger Dritter – ergeben, ist zwar weiterhin höchststrichterlich in Deutschland ungeklärt. Gerade auch für die Verbreitung von politischen Programmen und Ideen ist der Zugang zu sozialen Netzwerken mangels Substituierbarkeit aber ggf. von überragender, auch grundrechtsdogmatischer Bedeutung. So kann durch den Ausschluss von einem solchen sozialen Netzwerk eine wesentliche Möglichkeit versagt werden, politische Botschaften zu verbreiten und mit Nutzern des sozialen Netzwerks aktiv in Diskurs zu treten.⁴⁴

³⁸ Vgl. zu diesen Beispielen den 13. Erwägungsgrund des DSA-E.

³⁹ Empfehlung der Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen, ABl. 2003 L 124/36. Die in dieser Empfehlung festgelegten Konsolidierungsregeln tragen nach dem 43. Erwägungsgrund des DSA-E dazu bei, dass eine Umgehung dieser zusätzlichen Verpflichtungen durch die Ausnahmeregelung verhindert wird.

⁴⁰ Vgl. Art. 16 DSA-E. Nach dem 43. Erwägungsgrund des DSA-E gibt es allerdings eine Rückausnahme für solche unter diese Empfehlung fallende Unternehmen, die ihrerseits sehr große Online-Plattformen i.S. des Art. 25 DSA-E sind.

Diskutiert wird, die Ausnahmeklausel für Kleinunternehmen auf Nichtunternehmen auszudehnen; vgl. hierzu *Reda*, Der Digital Services Act steht für einen Sinneswandel in Brüssel, 5.1.2021, <https://netzpolitik.org/2021/edit-policy-der-digital-services-act-steht-fuer-einen-sinneswandel-in-bruessel/>.

⁴¹ Vgl. den 38. Erwägungsgrund des DSA-E

⁴² Als Beispiel wird im 13. Erwägungsgrund des DSA-E aufgeführt, dass der Kommentarbereich in einer Online-Zeitung ein solches Leistungsmerkmal darstellen könnte, wenn klar ist, dass er eine Ergänzung zu dem Hauptdienst ist, der durch die Veröffentlichung von Nachrichten unter der redaktionellen Verantwortung des Herausgebers dargestellt wird.

⁴³ Vgl. die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 20. Oktober 2020, P9_TA(2020)0273, Buchst. F.

⁴⁴ Vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 22. Mai 2019 - 1 BvQ 42/19 - Rn.15.

⁴⁴ Vgl. zur Einordnung *Ukrov*, Die Schnittstellen von Wahl- und Medienrecht im digitalen Wandel, 2019, S. 8 ff. (abrufbar unter <https://emr-sb.de/wp-content/uploads/2019/06/EMR-Impulse-MedienR-WahlR-1906-01.pdf>); *ders.*, Wehrhafte Demokratie 4.0, ZEuS 1/2021 (im Erscheinen).

5. „Sehr große Online-Plattform“

a) Allgemeines

Für „sehr große Online-Plattformen“ gelten ergänzend die Vorschriften des 4. Abschnitts des 3. Kapitels (Art. 26 bis 33) des DSA-E zum Management von Systemrisiken. Mit dem Begriff der „Systemrisiken“ greift der DSA-E dabei einen Begriff auf, der aus dem Finanzmarktrecht (auch) der EU vertraut ist. Sehr große Online-Plattformen („*very large platforms*“) bergen besondere Risiken für die Verbreitung illegaler Inhalte und für Schäden in der Gesellschaft.

Nach der Begriffsbestimmung in Art. 25 Abs. 1 des DSA-E handelt es sich bei diesen „sehr großen Online-Plattformen“ um Online-Plattformen, die ihre Dienste für eine Zahl von durchschnittlich monatlich aktiven Empfängern des Dienstes in der EU von 45 Millionen oder mehr erbringen“. Dies entspricht aktuell ca. 10 % der Bevölkerung der EU.

Angesichts der Netzwerkeffekte, die die Plattformökonomie kennzeichnen,⁴⁵ kann die Nutzerbasis einer Online-Plattform schnell wachsen und die Dimension einer sehr großen Online-Plattform erreichen, mit den entsprechenden Auswirkungen auf den Binnenmarkt. Dies kann der Fall sein bei exponentiellem Wachstum in kurzen Zeiträumen oder bei einer großen globalen Präsenz und einem großen Umsatz, die es der Online-Plattform ermöglichen, Netzwerkeffekte und Größen- und Verbundvorteile voll auszunutzen. Ein hoher Jahresumsatz oder eine hohe Marktkapitalisierung kann insbesondere ein Indiz für eine schnelle Skalierbarkeit in Bezug auf die Nutzerreichweite sein. In diesen Fällen ist der Koordinator für digitale Dienste nach dem DSA-daher berechtigt, von der Plattform häufigere Berichte über die Nutzerbasis anzufordern, um den Zeitpunkt, zu dem diese Plattform für die Zwecke dieser Verordnung als sehr große Online-Plattform einzustufen ist, rechtzeitig zu ermitteln.⁴⁶

b) Das Problem delegierte Rechtsakte

Die steigende Anzahl von delegierten Rechtsakten fördert eine Kompetenzerosion zu Ungunsten von Mitgliedstaaten und Regionen. Delegierte Rechtsakte beruhen auf einer Basis-Rechtsetzung von Rat und Europäischem Parlament und räumen der Kommission faktisch Gesetzgebungsbefugnisse ein, mit denen das institutionelle Gleichgewicht in der EU verschoben zu werden droht. Mitgestaltungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten bestehen kaum mehr. In der Lehre wird daher ein restriktiverer Einsatz dieses Rechtsetzungsinstruments für „dringend notwendig“ erachtet.⁴⁷

Diesem rechtspolitischen Appell tragen der DSA- wie der DMA-E nicht Rechnung. Vielmehr enthalten beide Vorschläge eine Vielzahl von Klauseln zu delegierten Rechtsakten, die die demokratische Rückkopplung der Fortentwicklung des Digitalrechts der EU belasten. So sieht z.B. Art. 25 Abs. 2 und 3 DSA-E sowohl für die Methodik der Berechnung der Anzahl der Nutzer/innen⁴⁸ als auch für die Anpassung des vorgenannten Schwellenwertes⁴⁹ den Rückgriff auf delegierte Rechtsakte der Kommission vor.⁵⁰

⁴⁵ Vgl. hierzu z.B. auch *Homann*, Zur Regulierung digitaler Plattformen, VERNETZT 3/2020, 6 (7).

Das Europäische Parlament weist in seiner Entschließung vom 20. Oktober 2020 (P9_TA(2020)0273, Buchst. C) in diesem Zusammenhang darauf hin, dass „einige Unternehmen, die digitale Dienste anbieten, aufgrund starker datengesteuerter Netzwerkeffekte eine beträchtliche Marktmacht genießen und Nutzern ihre Geschäftspraktiken diktieren – ein Aspekt, der es für andere Akteure, insbesondere Start-up-Unternehmen und KMU, immer schwieriger macht, im Wettbewerb zu bestehen oder gar als neues Unternehmen in den Markt einzutreten“.

⁴⁶ Vgl. den 55. Erwägungsgrund des DSA-E.

⁴⁷ Allerdings wird damit zumindest ein dem EU-Primärrecht vertrauter Rechtsakttypus gewählt, während bei der AVMD-Richtlinie mit „Leitlinien“ eine nicht im AEUV erwähnte Rechtsform genutzt wird. Solche Leitlinien steuern in der Praxis die Auslegung und Anwendung des EU-Rechts maßgeblich, ohne dass dies primärrechtlich vorgegeben und durch Mitwirkungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten beeinflusst wäre.

⁴⁸ In der Methodik wird nach Art. 25 Abs. 3 „insbesondere festgelegt, wie die Bevölkerung der Union zu bestimmen ist und nach welchen Kriterien die durchschnittlichen monatlichen aktiven Empfänger des Dienstes

Delegierte Rechtsakte dürfen sich nach Art. 290 Abs. 1 Unterabs. 1 Satz 1 AEUV nur auf die „Ergänzung oder Änderung bestimmter nicht wesentlicher“ Bestimmungen in dem Grund-Rechtsakt beziehen. Die „wesentlichen Aspekte eines Bereichs“ sind nach Art. 290 Abs. 1 Unterabs. 2 Satz 2 AEUV dem Gesetzgebungsakt vorbehalten und „eine Befugnisübertragung ist für sie deshalb ausgeschlossen“.

Es erscheint mit Blick auf die Offenheit der Methodik der Berechnung der Anzahl von Empfängern höchst fraglich, ob diesem unionsrechtlichen Wesentlichkeitsgrundsatz durch den DSA-E angemessen Rechnung getragen wird. Denn an die präzise Definition dieser Anzahl knüpfen die spezifischen zusätzlichen Pflichten in Bezug auf Systemrisiken an.

Diese Zweifel an der Vereinbarkeit von Art. 25 DSA mit dem EU-Primärrecht werden auch nicht dadurch beseitigt, dass der Vorschlag in Art. 69 Abs. 3 und 5 – anknüpfend an Art. 290 Abs. 2 AEUV - die Möglichkeiten eines Einspruchs zur oder eines Widerrufs der Befugnis zur delegierten Rechtsetzung enthält. Diese Europäischen Parlament und Rat jeweils eigenständig eingeräumten Möglichkeiten vermögen das institutionelle Gleichgewicht nicht wiederherzustellen wie auch die demokratisch und rechtsstaatlich gebotene Vorhersehbarkeit von Pflichten nicht zu begründen.

6. „Gatekeeper“

"Gatekeeper" ist nach der Begriffsbestimmung in Art. 2 Abs. 1 DMA-E ein gemäß Art. 3 DMA-E bestimmter Anbieter von zentralen Plattformdiensten. Bei solchen „zentralen Plattformdiensten“ handelt es sich nach Art. 2 Abs. 2 DMA-E um einen der folgenden, abschließend katalogisierten Dienste: (a) Online-Vermittlungsdienste; (b) Online-Suchmaschinen; (c) Online-Dienste zur sozialen Vernetzung; (d) Video-Sharing-Plattformdienste; (e) nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste; (f) Betriebssysteme; (g) Cloud-Computing-Dienste; (h) Werbedienste, einschließlich Werbenetzwerke, Werbebörsen und andere Werbungsvermittlungsdienste, die von einem Anbieter der unter den vorgenannten Buchstaben (a) bis (g) aufgeführten zentralen Plattformdienste bereitgestellt werden.

Ein Anbieter von zentralen Plattformdiensten wird nach Art. 3 Abs. 1 DMA-E als Gatekeeper benannt, wenn er kumulativ

- a) einen erheblichen Einfluss auf den Binnenmarkt hat. Hiervon wird nach Abs. 2 Buchst. a) DMA-E ausgegangen, wenn das Unternehmen, zu dem der Anbieter von zentralen Plattformdiensten gehört, in den letzten drei Geschäftsjahren einen EWR-Jahresumsatz von mindestens 6,5 Mrd. EUR erzielt hat oder wenn die durchschnittliche Marktkapitalisierung oder der entsprechende Marktwert des Unternehmens, zu dem er gehört, im letzten Geschäftsjahr mindestens 65 Mrd. EUR betrug und er in mindestens drei Mitgliedstaaten einen zentralen Plattformdienst anbietet;
- b) einen zentralen Plattformdienst betreibt, der für gewerbliche Nutzer als wichtiges Tor zu den Endnutzern dient. Hiervon wird nach Abs. 2 Buchst. b) DMA-E ausgegangen, wenn der Anbieter einen zentralen Plattformdienst anbietet, der im letzten Geschäftsjahr mehr als 45

in der Union zu ermitteln sind, wobei verschiedene Merkmale der Zugänglichkeit berücksichtigt werden.“ Eine präzise Handlungsanleitung ist mit diesen Vorgaben erkennbar nicht verbunden.

⁴⁹ Die Kommission erlässt nach Art. 25 Abs. 2 delegierte Rechtsakte gemäß Art. 69 DSA, um die Zahl der durchschnittlichen monatlichen Empfänger des Dienstes in der Union gemäß Absatz 1 anzupassen, wenn die Bevölkerung der Union im Vergleich zu ihrer Bevölkerung im Jahr 2020 oder, nach Anpassung mittels eines delegierten Rechtsakts, zu ihrer Bevölkerung in dem Jahr, in dem der letzte delegierte Rechtsakt erlassen wurde, um mindestens 5 % steigt oder sinkt. In diesem Fall passt sie die Zahl so an, dass sie 10 % der Bevölkerung der Union in dem Jahr entspricht, in dem sie den delegierten Rechtsakt erlässt, wobei sie auf- oder abrundet, damit die Zahl in Millionen ausgedrückt werden kann.

⁵⁰ Vgl. Lopatka, Die EU und die Mitgliedstaaten: Subsidiarität. Proportionalität. Weniger, aber effizienteres Handeln. 2018, S. 24

Mio. monatlich aktive Endnutzer mit Sitz oder Standort in der EU⁵¹ und mehr als 10 000 jährlich aktive gewerbliche Nutzer mit Sitz in der Union hatte;

- c) eine gefestigte und dauerhafte Stellung in seinem Betrieb hat oder es absehbar ist, dass er in naher Zukunft eine solche Stellung haben wird. Hiervon wird nach Abs. 2 Buchst. c) DMA-E ausgegangen, wenn ein Anbieter von zentralen Plattformdiensten die Schwellenwerte nach Abs. 2 Buchst. b in jedem der letzten drei Geschäftsjahre erreicht hat.

Der Kommission wird durch Art. 3 Abs. 5 DMA-E die Befugnis übertragen, delegierte Rechtsakte gemäß Art. 37 DMA-E zu erlassen, um die Methode zur Feststellung, ob die in Art. 3 Abs. 2 DMA-E festgelegten quantitativen Schwellenwerte eingehalten werden, zu präzisieren und sie erforderlichenfalls regelmäßig an Markt- und Technologieentwicklungen anzupassen, insbesondere in Bezug auf den Schwellenwert in Abs. 2 Buchst. a.

Die Schwellenwerte nach Art. 3 Abs. 2 stellen, wie sich aus Absatz 4 der Regelung ergibt, widerlegbare Vermutungen für das Bestehen der in Absatz 1 genannten Kriterien dar. Im Ergebnis erfolgt die Identifikation als „Gatekeeper“ durch eine konstitutive Entscheidung der Kommission. Diese Entscheidung kann im Einzelfall eine Identifikation als Gatekeeper nach Art. 3 Abs. 6 DMA-E auch dann vornehmen, wenn zwar nicht die Schwellenwerte nach Art. 3 Abs. 2 DMA-E erreicht sind, die Kommission in einem Verfahren der Marktuntersuchung nach Art. 15 DMA-E. aber festgestellt hat, dass die Kriterien nach Art. 3 Abs. 1 DMA-E erfüllt sind. Dabei trägt die Kommission nach Art. 3 Abs. 6 Unterabs. 2 DMA-E den folgenden Elementen Rechnung: (a) Größe, einschließlich Umsatz und Marktkapitalisierung, Geschäftstätigkeit und Stellung des Anbieters von zentralen Plattformdiensten; (b) Zahl der gewerblichen Nutzer, die auf den zentralen Plattformdienst angewiesen sind, um Endnutzer zu erreichen, und Zahl der Endnutzer; (c) Marktzutrittsschranken, die sich aus Netzwerkeffekten und datenbedingten Vorteilen ergeben, insbesondere in Bezug auf den Zugang des Anbieters zu und die Sammlung von personenbezogenen und nicht personenbezogenen Daten oder Analysefähigkeiten; (d) Größen- und Umfangseffekte, von denen der Anbieter profitiert, auch in Bezug auf Daten; (e) Bindung von Geschäfts- oder Endnutzern; (f) anderen strukturellen Marktmerkmale. Bei ihrer Bewertung berücksichtigt die Kommission die vorhersehbaren Entwicklungen dieser Elemente. Unabhängig davon, ob die Identifikation als „Gatekeeper“ auf der Grundlage der Vermutungstatbestände des Art. 3 Abs. 2 oder der Marktbeurteilung nach Art. 3 Abs. 6 DMA-E erfolgt, dürften Startup-Plattformen in der EU von den Regelungen des Digital Markets Act nicht erfasst sein, da von diesen weder die Schwellenwerte nach Abs. 2 erreicht werden noch Marktzutrittsschranken errichtbar sein dürften.

⁵¹ Dabei bezieht sich die Zahl der monatlich aktiven Endnutzer nach Art. 3 Abs. 2 Unterabs. 2 DMA-E auf die durchschnittliche Zahl der monatlich aktiven Endnutzer während des größten Teils des letzten Geschäftsjahres.

7. Die Verpflichtungen nach dem Digital Services Act-E im Überblick

Die Kommission hat bei der Vorstellung des Vorschlags für einen Digital Services Act folgende tabellarische Übersicht zu den, je nach Anbietertyp differenzierten Pflichten, veröffentlicht:⁵²

	VD	HD	OP	SGP
Berichterstattung zu Transparenz	x	x	x	x
Berücksichtigung der Grundrechte in den Nutzungsbedingungen	x	x	x	x
Zusammenarbeit mit nationalen Behörden bei Anordnungen	x	x	x	x
Kontaktstellen und gegebenenfalls gesetzliche Vertretung	x	x	x	x
Meldung und Abhilfe sowie Pflicht zur Unterrichtung der Nutzer/innen		x	x	x
Beschwerde- und Rechtsbehelfsmechanismus sowie außergerichtliche Streitbeilegung			x	x
Vertrauenswürdige Hinweisgeber			x	x
Maßnahmen gegen missbräuchliche Meldungen sowie Gegendarstellungen			x	x
Sicherheitsüberprüfung von Drittanbietern („Mit wem habe ich zu tun?“)			x	x
Transparenz von Online-Werbung gegenüber Nutzerinnen und Nutzern			x	x
Meldung von Straftaten			x	x
Risikomanagement-Pflichten und Compliance-Beauftragte/r				x
Externe Risikoprüfungen und öffentliche Rechenschaftspflicht				x
Transparenz der Empfehlungssysteme und Wahlmöglichkeiten für Nutzer/innen beim Zugriff auf Informationen				x
Datenaustausch mit Behörden und der Forschung				x
Verhaltenskodizes				x
Zusammenarbeit im Krisenfall				x

IV. Die Reform der Regelungen zur Verantwortlichkeit von Providern

1. Einleitung

Wie durch die DSM-Richtlinie⁵³ soll auch durch den Digital Services Act das durch die e-Commerce-Richtlinie 2000 eingeführte System von Haftungsfreistellungen nicht abgeschafft werden. Wie durch die DSM-Richtlinie soll dieses System allerdings deutlich reformiert werden. Im Zentrum der rechtspolitischen Debatte um die DSM-RL stand neben dem Leistungsschutzrecht an Presseveröffentlichungen die urheberrechtliche Verantwortlichkeit von Upload-Plattformen (ehemals Art. 13, nunmehr Art. 17):

- Die Inhaber von Urheberrechten hatten gefordert, fair an der Wertschöpfung beteiligt zu werden, die Upload-Plattformen generieren. Wie andere Verwerter geschützter Inhalte müssten sie grundsätzlich Lizenzen erwerben, oder den Zugang unterbinden.

⁵² VD = Vermittlungsdienst; HD = „Hosting“-Dienst; OP = Online-Plattform; SGP = sehr große Online-Plattform.

⁵³ Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG, EU ABl. 130, 17.5.2019, S. 92-125.

- Die Nutzer hatten verlangt, dass ihre Meinungs-, Kunst- und Kommunikationsfreiheiten (Stichwort: „*user generated content*“) gewahrt bleiben, und ihre Befürchtungen gegen ein strukturelles „Overblocking“ artikuliert.

Upload-Plattformen sind nach der DSM-Richtlinie für alle Inhalte, die sie zugänglich machen, urheberrechtlich verantwortlich: Sie müssen für diese Inhalte entweder Lizenzen erwerben oder dafür sorgen, dass Inhalte, deren Nutzung auch nicht gesetzlich erlaubt ist, nicht verfügbar sind („*take down*“ und „*stay down*“). Plattformen können sich also nicht auf das Hostprovider- Privileg („*Safe Harbour*“) berufen.

Eine uneingeschränkte Übernahme dieses Ansatzes auch für sonstige Online-Plattformen und sonstige Inhalte erfolgt durch den Vorschlag des DSA nicht. Stattdessen wird durch *Notice-and-Action*-Vorgaben in Bezug auf rechtswidrigen Content das Haftungsregime der EU in neuer Form grundlegend novelliert. Dabei soll zwar an einem wichtigen Grundsatz weiterhin festgehalten werden: Auch künftig sollen Anbieter nur für solche Inhalte Verantwortung tragen, von denen sie überhaupt wissen; eine proaktive Prüfpflicht gibt es nicht. Allerdings finden sich u.a. in Bezug auf die Frage, wann von einer Kenntnis des Anbieters von einem Inhalt ausgegangen werden darf, bedeutende Neujustierungen.

2. Haftungsbefreiungen nach dem DSA-E

Nach Art. 72 Abs. 1 DSA-E werden die Art. 12 bis 15 e-Commerce-Richtlinie gestrichen;⁵⁴ die betreffenden Vorschriften werden in die Verordnung – in Bezug auf die Regelungen zur reinen Durchleitung (Art. 12 e-Commerce-Richtlinie – Art. 3 DSA-E) und zum Caching (Art. 13 e-Commerce-Richtlinie – Art. 4 DSA-E) jenseits der Anpassung an den Verordnungsscharakter redaktionell unverändert - übernommen, wobei die Haftungsbefreiungen für solche Anbieter in der Auslegung des Gerichtshofs der Europäischen Union beibehalten werden sollen.

In Bezug auf die Regelungen zum Hosting in Art. 5 DSA-E erfolgt – im Vergleich zum Ausgangspunkt in Art. 14 e-Commerce-Richtlinie – eine ergänzende Regelung in einem neu aufgenommenen Absatz 3 dahin, dass die Haftungsfreistellung nach Absatz 1 dieser Regelung nicht für die verbraucherrechtliche Haftung von Online-Plattformen gilt, die Verbrauchern den Abschluss von Fernabsatzverträgen mit Unternehmen ermöglichen, wenn eine solche Online-Plattform die betreffende Information in einer Weise präsentiert oder die betreffende Transaktion in anderer Weise ermöglicht, die einen durchschnittlichen und angemessen informierten Verbraucher zu der Annahme verleiten würde, dass die Information oder die Ware oder Dienstleistung, die Gegenstand der Transaktion ist, entweder von der Online-Plattform selbst oder von einem Empfänger der Dienstleistung, der unter ihrer Aufsicht oder Kontrolle handelt, bereitgestellt wird. In Art. 5 Abs. 4 DSA-E, der an die Stelle von Art. 14 Abs. 3 ECRL treten soll, soll zudem die Klausel gestrichen werden, dass dieser Artikel die Möglichkeit unberührt lässt, dass die Mitgliedstaaten Verfahren für die Entfernung einer Information oder die Sperrung des Zugangs zu ihr festlegen. Diese Streichung trägt den diesbezüglichen Regelungsvorschlägen in dem DSA Rechnung.

In den Erwägungsgründen zum DSA-E stellt die Kommission klar, dass ein Hosting-Anbieter, um in den Genuss der Haftungsbefreiung für Hosting-Dienste zu kommen, unverzüglich handeln sollte, sobald er tatsächliche Kenntnis von rechtswidrigen Inhalten erlangt, um diese Inhalte zu entfernen oder den Zugang dazu zu sperren. Die Entfernung oder Sperrung des Zugangs sollte unter Wahrung des Grundsatzes der freien Meinungsäußerung erfolgen. Der Anbieter kann eine solche tatsächliche Kenntnis oder ein solches Bewusstsein insbesondere durch Untersuchungen von Amts wegen oder durch Mitteilungen erlangen, die ihm übermittelt werden, sofern diese Mitteilungen hinreichend präzise und hinreichend begründet sind, um es

⁵⁴ Verweise auf die Art. 12 bis 15 ECRL gelten nach Art. 72 Abs. 2 DSA-E als Verweise auf die Art. 3, 4, 5 bzw. 7 des DSA. Eine präzisere Gegenüberstellung wäre aus Gründen der Rechtssicherheit hilfreich.

einem sorgfältigen Wirtschaftsteilnehmer zu ermöglichen, die mutmaßlich illegalen Inhalte in angemessener Weise zu ermitteln, zu bewerten und ggf. dagegen vorzugehen.⁵⁵

Je nach dem Rechtssystem des jeweiligen Mitgliedstaats und dem betreffenden Rechtsgebiet können die nationalen Justiz- oder Verwaltungsbehörden die Anbieter von Vermittlungsdiensten anweisen, gegen bestimmte illegale Inhalte vorzugehen. Solche Anordnungen, insbesondere wenn sie den Anbieter verpflichten, das erneute Auftauchen illegaler Inhalte zu verhindern, müssen im Einklang mit dem Unionsrecht stehen, insbesondere mit dem Verbot allgemeiner Überwachungspflichten in der Auslegung des Gerichtshofs der Europäischen Union stehen.⁵⁶

Art. 14 Abs. 3 DSA-E regelt nunmehr, dass bei Meldungen von illegalem Inhalt, die die in Absatz 2 dieser Regelung genannten Elemente enthalten, davon ausgegangen wird, dass sie für die Zwecke des Art. 5 DSA-E in Bezug auf die betreffende Information zu tatsächlicher Kenntnis oder Bewusstsein führen.

Freiwillige Untersuchungen aus eigener Initiative oder andere Tätigkeiten von Anbietern von Vermittlungsdiensten, die darauf abzielen, illegale Inhalte aufzuspüren, zu identifizieren und zu entfernen oder den Zugang zu ihnen zu sperren, stehen als solche nach Art. 6 des DSA-E einer der in den Art. 3, 4 und 5 des DSA-E genannten Haftungsbefreiungen nicht entgegen, sofern diese Tätigkeiten – was der 15. Erwägungsgrund des Vorschlags präzisiert - in gutem Glauben und mit der gebotenen Sorgfalt durchgeführt werden. Mit dieser im Vergleich zum Haftungsregime der ECRL neuen Regelung soll Rechtssicherheit geschaffen und ein *chilling effect* in Bezug auf Aktivitäten, die auf die Herstellung eines rechtskonformen Internet gerichtet sind, vermieden werden.⁵⁷

Ein Rekurs auf die Haftungsbefreiungen der Art. 3 bis 5 des DSA-E soll zudem – in Anlehnung an den *good samaritan*- Ansatz des US-Rechts - nach der 2. Alternative des Art. 6 des DSA-E auch dann nicht per se ausscheiden, wenn Anbieter von Vermittlungsdiensten (nach Treu und Glauben) die erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um den Anforderungen des Unionsrechts, einschließlich der in dieser Verordnung festgelegten Anforderungen, nachzukommen.

Daher sollten solche Tätigkeiten und Maßnahmen, die ein bestimmter Anbieter möglicherweise ergriffen hat, bei der Feststellung, ob sich der Anbieter auf eine Haftungsbefreiung berufen kann, nicht berücksichtigt werden, insbesondere im Hinblick darauf, ob der Anbieter seine Dienstleistung neutral erbringt und daher in den Anwendungsbereich der einschlägigen Bestimmung fallen kann, ohne dass diese Regel jedoch impliziert, dass sich der Anbieter unbedingt darauf berufen kann.⁵⁸

Art. 7 des DSA-E greift textidentisch das bislang in Art. 15 Abs. 1 ECRL enthaltene Verbot allgemeiner Überwachungs- oder aktiver Ermittlungspflichten für Anbieter von Vermittlungsdiensten auf.⁵⁹

Je nach Rechtssystem des jeweiligen Mitgliedstaats und dem betreffenden Rechtsgebiet können nationale Justiz- oder Verwaltungsbehörden Anbieter von Vermittlungsdiensten anweisen, gegen bestimmte spezifische illegale Inhalte vorzugehen oder bestimmte Informationen bereitzustellen.⁶⁰ Die mitgliedstaatlichen Regelungen, auf deren Grundlage solche Anordnungen

⁵⁵ Vgl. den 22. Erwägungsgrund des DSA-E.

⁵⁶ Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-18/18, Urt. v. 3. 10. 2019, *Glawischnig-Piesczek*.

⁵⁷ Vgl. den 15. Erwägungsgrund des DSA -E.

⁵⁸ Vgl. den 15. Erwägungsgrund des DSA-E.

⁵⁹ Die bislang in Art. 15 Abs. 2 ECRL enthaltene Regelung, dass Mitgliedstaaten Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft dazu verpflichten können, die zuständigen Behörden unverzüglich über mutmaßliche rechtswidrige Tätigkeiten oder Informationen der Nutzer ihres Dienstes zu unterrichten, oder dazu verpflichten können, den zuständigen Behörden auf Verlangen Informationen zu übermitteln, anhand deren die Nutzer ihres Dienstes, mit denen sie Vereinbarungen über die Speicherung geschlossen haben, ermittelt werden können, wird im DSA-E durch eine Reihe detaillierterer Verpflichtungen abgelöst.

⁶⁰ In Deutschland sind solche Anordnungen z.B. auf der Grundlage des MStV, des JMStV und des NetzDG möglich, ohne dass dies immer auf der Grundlage einer Regelung erfolgen müsste, die ihren Ausgangspunkt in EU-Recht hat.

erlassen werden können, unterscheiden sich nichtg unerheblich, und die Anordnungen werden seit einiger Zeit auch in grenzüberschreitenden Situationen erlassen.⁶¹

3. Vorgaben für Anordnungen, namentlich zum Vorgehen gegen illegale Inhalte

Um sicherzustellen, dass diesen Anordnungen wirksam und effizient nachgekommen werden kann, so dass die betreffenden Behörden ihre Aufgaben erfüllen können und die Anbieter nicht unverhältnismäßig belastet werden, ohne dass die Rechte und berechtigten Interessen Dritter in unzulässiger Weise beeinträchtigt werden, ist es aus Sicht der Kommission erforderlich, bestimmte Bedingungen, die diese Anordnungen erfüllen sollten, und bestimmte ergänzende Anforderungen an die Verarbeitung dieser Anordnungen festzulegen.⁶² Dem tragen die Art. 8 und 9 des Vorschlags Rechnung.⁶³ Anordnungen im Anwendungsbereich dieser Artikel müssen im Einklang mit dem übrigen Unionsrecht, insbesondere der Verordnung (EU) 2016/679 und dem in dieser Verordnung festgelegten Verbot allgemeiner Verpflichtungen zur Überwachung von Informationen oder zur aktiven Suche nach Tatsachen oder Umständen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hindeuten, erteilt werden.⁶⁴

Während Art. 8 des DSA-E Regelungen in Bezug auf Anordnungen zum Vorgehen gegen illegale Inhalte zum Gegenstand hat, regelt Art. 9 des DSA-E Anordnungen zur Bereitstellung von Informationen. Dabei berühren die in diesen Artikel festgelegten Bedingungen und Anforderungen jeweils nicht die Anforderungen des nationalen Strafprozessrechts im Einklang mit dem Unionsrecht.⁶⁵

Die in dem DSA-E festgelegten Bedingungen und Anforderungen, die für Anordnungen zum Vorgehen gegen illegale Inhalte gelten, sollen ergänzend zu den inhaltlichen Vorgaben bestehen, wie sie die im Entstehen begriffene Verordnung zur „Verhinderung der Verbreitung terroristischer Inhalte im Internet“ (TERREG-Verordnung) enthalten soll und die Verordnung (EU) 2017/239, die den Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten spezifische Befugnisse zur Anordnung der Bereitstellung von Informationen überträgt, enthält.⁶⁶

Anbieter von Vermittlungsdiensten unterrichten nach Art. 8 Abs. 1 bzw. Art. 9 Abs. 1 des Vorschlags bei Erhalt einer Anordnung

- zum Vorgehen gegen einen bestimmten illegalen Inhalt oder
- zur Bereitstellung einer bestimmten Information über einen oder mehrere bestimmte einzelne Empfänger des Dienstes,

⁶¹ Besondere Aufmerksamkeit hat in Deutschland insoweit in jüngerer Zeit das Vorgehen gegen ausländische Internet-Service-Provider wegen Verletzungen von Vorgaben des JMStV gefunden.

⁶² Vgl. den 29. Erwägungsgrund des DSA-E.

⁶³ Hierbei handelt es sich um Neuerungen im Haftungsregime der EU, die die e-Commerce-Richtlinie bislang nicht kannte. Art. 8 des Vorschlags kann insoweit nur an den 47. Erwägungsgrund der e-Commerce-Richtlinie anknüpfen. Danach sind die Mitgliedstaaten nur dann gehindert, den Diensteanbietern Überwachungspflichten aufzuerlegen, wenn diese allgemeiner Art sind. Dies betrifft nicht Überwachungspflichten in spezifischen Fällen „und berührt insbesondere nicht Anordnungen, die von einzelstaatlichen Behörden nach innerstaatlichem Recht getroffen werden“.

⁶⁴ Da sich die fraglichen Anordnungen auf bestimmte illegale Inhalte bzw. Informationen beziehen, wenn sie an in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassene Anbieter von Vermittlungsdiensten gerichtet sind, schränken sie aus Sicht der Kommission die Freiheit dieser Anbieter, ihre Dienste grenzüberschreitend zu erbringen, grundsätzlich nicht ein. Daher finden nach dem 33. Erwägungsgrund des DSA-E die Vorschriften des Art. 3 der e-Commerce-Richtlinie in Bezug auf diese Anordnungen keine Anwendung.

⁶⁵ Vgl. Art. 8 Abs. 4 und Art. 9 Abs. 4 des DSA-E.

Für die beiden in Art. 8 und 9 geregelten Typen von Anordnungen ist zudem in identischer Weise geregelt, dass der Koordinator für digitale Dienste aus dem Mitgliedstaat der Justiz- oder Verwaltungsbehörde, die die Anordnung erlässt, allen anderen Koordinatoren für digitale Dienste über das gemäß Art. 67 eingerichtete System unverzüglich eine Kopie der jeweiligen Anordnung übermittelt; vgl. Art. 8 Abs. 3 und Art. 9 Abs. 3 des DSA-E.

⁶⁶ Die nach Art. 8 und 9 des DSA-E vorgesehenen Bedingungen und Anforderungen sollen nach dem 30. Erwägungsgrund des Vorschlags zudem unbeschadet der Vorschriften über die Aufbewahrung und Speicherung nach geltendem nationalem Recht im Einklang mit dem Unionsrecht und unbeschadet der Vertraulichkeitsanforderungen der Strafverfolgungsbehörden im Zusammenhang mit der Nichtweitergabe von Informationen gelten.

die von den zuständigen nationalen Justiz- oder Verwaltungsbehörden auf der Grundlage des anwendbaren Unionsrechts oder des nationalen Rechts im Einklang mit dem Unionsrecht erlassen wurde, die anordnende Behörde unverzüglich

- im Anwendungsbereich des Art. 8 über die Durchführung der Anordnungen unter Angabe der getroffenen Maßnahmen und des Zeitpunkts, zu dem die Maßnahmen getroffen wurden bzw.
- im Anwendungsbereich des Art. 9 über den Erhalt der Anordnung und die Wirkung der Anordnung.

Die Mitgliedstaaten stellen nach Art. 8 Abs. 2 Buchst. a) bzw. Art. Art. 9 Abs. 2 Buchst. a) des Vorschlags als Ausformung der als allgemeiner verwaltungsverfahrenrechtlicher Grundsatz des europäischen Verwaltungsrechts anerkannten Begründungspflicht (zumindest) für belastende Verwaltungsakte sicher, dass die in im jeweiligen Absatz 1 genannten Anordnungen eine Begründung enthalten, aus der

- im Anwendungsbereich des Art. 8 hervorgeht, warum es sich bei den Informationen um illegale Inhalte handelt, unter Bezugnahme auf die spezifische Bestimmung des Unionsrechts oder des nationalen Rechts, gegen die verstoßen wurde;
- im Anwendungsbereich des Art. 9 hervorgeht, zu welchem Zweck die Informationen angefordert werden.

Eine Anordnung nach Art. 9 muss ferner eine Begründung umfassen, aus der hervorgeht, zu welchem Zweck die Informationen angefordert werden und warum die Anforderung der Informationen notwendig und verhältnismäßig ist, um festzustellen, ob die Empfänger der Vermittlungsdienste die geltenden Vorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten einhalten, es sei denn, eine solche Begründung kann aus Gründen der Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten nicht gegeben werden.

Die Anordnungen müssen im Falle von Anordnungen nach Art. 8 zudem eine oder mehrere genaue URLs und erforderlichenfalls zusätzliche Informationen enthalten, die die Identifizierung des betreffenden illegalen Inhalts ermöglichen.

Für Anordnungen nach Art. 8 und 9 ist zudem in gleicher Weise vorgegeben, dass diese Informationen über Rechtsbehelfe enthalten, die dem Anbieter des Dienstes und dem Empfänger des Dienstes, der den Inhalt bereitgestellt hat, zur Verfügung stehen.

Der räumliche Geltungsbereich der Anordnung darf nach Art. 8 Abs. 2 Buchst. b) des Vorschlags als Ausformung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf der Grundlage der geltenden Vorschriften des Unionsrechts und des nationalen Rechts, einschließlich der Charta, und gegebenenfalls der allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts nicht über das zur Erreichung des Ziels unbedingt erforderliche Maß hinaus. In dieser Hinsicht sollte die mitgliedstaatliche Behörde, die die Anordnung erlässt, das Ziel, das mit der Anordnung erreicht werden soll, mit den Rechten und berechtigten Interessen aller Dritten, die von der Anordnung betroffen sein können, insbesondere ihren Grundrechten nach der Charta, abwägen. Wenn die Anordnung, die sich auf die spezifischen Informationen bezieht, Auswirkungen über das Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats der betreffenden Behörde hinaus haben kann, sollte die Behörde nach dem 31. Erwägungsgrund des DSA-E darüber hinaus prüfen, ob die fraglichen Informationen in anderen betroffenen Mitgliedstaaten wahrscheinlich illegale Inhalte darstellen, und gegebenenfalls die einschlägigen Vorschriften des Unionsrechts oder des Völkerrechts sowie die Interessen der internationalen Gemeinschaft berücksichtigen.⁶⁷ In diesen ermessensleitenden Vorgaben spiegelt sich die Völkerrechtsfreundlichkeit (auch des Digitalen Binnenmarkt-Projekts) der EU ebenso wieder wie die Öffnung im Integrationsverbund EU für alternative Gemeinwohlverständnisse.

Art. 9 Abs. 2 Buchst. b) des DSA-E begrenzt die Zulässigkeit einer Anordnung zudem dahin, dass diese vom Dienstleistungserbringer nur die Bereitstellung von Informationen verlangen darf,

⁶⁷ Die jeweilige Anordnung muss zudem nach Art. 8 Abs. 2 Buchst. c) und Art. 9 Abs. 2 Buchst. c) in der vom Anbieter angegebenen Sprache abgefasst sein und wird an die vom Anbieter benannte Kontaktstelle gemäß Art. 10 des Vorschlags übermittelt.

die bereits für die Zwecke der Erbringung der Dienstleistung erhoben wurden und die in seiner Kontrolle liegen.

Art. 8 des Vorschlags soll aus Sicht der Kommission die geeignete Grundlage für die Entwicklung robuster Technologien zur Verhinderung des erneuten Auftauchens rechtswidriger Informationen bilden, die mit den höchsten Sicherheitsvorkehrungen einhergehen, um zu verhindern, dass rechtmäßige Inhalte fälschlicherweise entfernt werden; solche Instrumente könnten auf der Grundlage freiwilliger Vereinbarungen zwischen allen betroffenen Parteien entwickelt werden und sollten von den Mitgliedstaaten gefördert werden. Es liegt aus Sicht der Kommission im Interesse aller an der Erbringung von Vermittlungsdiensten beteiligten Parteien, solche Verfahren anzunehmen und umzusetzen; die Bestimmungen dieser Verordnung über die Haftung sollten die Entwicklung und den wirksamen Einsatz technischer Schutz- und Identifizierungssysteme sowie automatischer Erkennungssysteme, die durch die Digitaltechnik innerhalb der durch die Verordnung (EU) 2016/679 gesetzten Grenzen ermöglicht werden, durch die verschiedenen betroffenen Parteien nicht ausschließen.

Die in Art. 9 des DSA-E geregelten Anordnungen zur Bereitstellung von Informationen betreffen nach dem 32. Erwägungsgrund des Vorschlags ausschließlich die Vorlage spezifischer Informationen über einzelne Empfänger des betreffenden Vermittlungsdienstes. Daher sollen Anordnungen über Informationen über eine Gruppe von Empfängern des Dienstes, die nicht spezifisch identifiziert sind, einschließlich Anordnungen zur Bereitstellung aggregierter Informationen, die für statistische Zwecke oder eine evidenzbasierte Politikgestaltung benötigt werden, nach diesem Erwägungsgrund von den Vorschriften des DSA-E über die Bereitstellung von Informationen unberührt bleiben. Insoweit enthält der DSA-E mithin keinen abschließenden Pflichtenkatalog.

V. Sorgfaltspflichten für eine transparente und sichere Online-Umgebung

1. Einleitung

Um die Ziele des Digital Services Act zu erreichen und insbesondere das Funktionieren des Binnenmarkts zu verbessern und ein sicheres und transparentes Online-Umfeld zu gewährleisten, ist es aus Sicht der Kommission notwendig, ein klares und ausgewogenes Paket harmonisierter Sorgfaltspflichten für Anbieter von Vermittlungsdiensten festzulegen. Diese Verpflichtungen sollten insbesondere darauf abzielen, verschiedene Ziele der öffentlichen Ordnung wie die Sicherheit und das Vertrauen der Empfänger des Dienstes, einschließlich Minderjähriger und schutzbedürftiger Nutzer, zu gewährleisten, die in der Charta verankerten einschlägigen Grundrechte zu schützen, eine sinnvolle Rechenschaftspflicht dieser Anbieter zu gewährleisten und die Empfänger und andere Betroffene zu befähigen, während gleichzeitig die notwendige Aufsicht durch die zuständigen Behörden erleichtert wird.⁶⁸

Die Sorgfaltspflichten sind dabei an die Art und Beschaffenheit des betreffenden Vermittlungsdienstes angepasst werden. In dem DSA-E werden daher grundlegende Verpflichtungen festgelegt, die für alle Anbieter von Vermittlungsdiensten gelten, sowie zusätzliche Verpflichtungen für Anbieter von Hosting-Diensten und insbesondere für Online-Plattformen und sehr große Online-Plattformen. Diese harmonisierten Sorgfaltspflichten sind aus Sicht der Kommission erforderlich, um die festgestellten öffentlichen Anliegen wie die Wahrung der berechtigten Interessen der Dienstleistungsempfänger, die Bekämpfung illegaler Praktiken und den Schutz der Online-Grundrechte zu erreichen.⁶⁹

⁶⁸ Vgl. den 34. und 35. Erwägungsgrund des DSA-E.

⁶⁹ Vgl. den 35. Erwägungsgrund des DSA-E.

2. Zentrale Kontaktstelle

Um eine reibungslose und effiziente Kommunikation in Bezug auf Angelegenheiten, die unter den Digital Services Act fallen, zu erleichtern,⁷⁰ müssen die Anbieter von Vermittlungsdiensten nach Art. 10 Abs. 1 DSA-E eine zentrale Kontaktstelle einrichten, die eine direkte Kommunikation mit den Behörden der Mitgliedstaaten, der Kommission und dem in Art. 47 DSA-E genannten Ausschuss für die Anwendung dieser Verordnung auf elektronischem Wege ermöglicht. Die Anbieter von Vermittlungsdiensten veröffentlichen nach Absatz 2 der Regelung die Informationen, die erforderlich sind, um ihre einheitlichen Ansprechpartner leicht ermitteln und mit ihnen kommunizieren zu können - einschließlich der Sprachen, die in dieser Kommunikation zu verwenden sind. Die Kontaktstelle kann auch von Vertrauenspersonen und von Berufsverbänden genutzt werden, die in einer besonderen Beziehung zu dem Anbieter von Vermittlungsdiensten stehen. Im Gegensatz zum gesetzlichen Vertreter sollte die Kontaktstelle operativen Zwecken dienen und nicht unbedingt einen physischen Standort haben müssen.⁷¹

3. Gesetzlicher Vertreter

Anbieter von Vermittlungsdiensten, die keine Niederlassung in der EU haben, aber Dienstleistungen in der EU anbieten, sind zudem nach Art. 11 Abs. 1 DSA-E verpflichtet, schriftlich eine juristische oder natürliche Person als ihren gesetzlichen Vertreter in einem der Mitgliedstaaten, in denen der Erbringer seine Dienstleistungen anbietet, zu bestimmen.⁷² Damit knüpft der Vorschlag an das Modell des inländischen Zustellungsbevollmächtigten an, dessen Bestellung in § 5 NetzDG sowie § 92 MStV und § 21 Abs. 2 JMStV vorgegeben ist. Auch im Rahmen des DSA soll diese organisatorische Pflicht dazu beitragen, im Verhältnis zu Drittstaaten, namentlich Nicht-EU-Staaten, eine wirksame Aufsicht und erforderlichenfalls die Durchsetzung von in Rechtspflichten aufgegriffenen Gemeinwohlinteressen zu gewährleisten.

Der gesetzliche Vertreter soll auch als zentrale Kontaktstelle fungieren können, sofern die einschlägigen Anforderungen dieser Verordnung eingehalten werden.⁷³ Die Anbieter von Vermittlungsdiensten müssen nach Art. 11 Abs. 2 Satz 1 DSA-E diese rechtlichen Vertreter bevollmächtigen, sich in allen Fragen, die für den Erhalt, die Einhaltung und die Durchsetzung der im Zusammenhang mit dem DSA erlassenen Entscheidungen erforderlich sind, zusätzlich zu dem Anbieter oder an seiner Stelle an die Behörden der Mitgliedstaaten, die Kommission und den Ausschuss zu wenden. Nach Absatz 2 Satz 2 haben die Anbieter von Vermittlungsdiensten ihren rechtlichen Vertreter mit den erforderlichen Befugnissen und Ressourcen auszustatten, um mit den Behörden der Mitgliedstaaten, der Kommission und dem Ausschuss zusammenzuarbeiten und diesen Entscheidungen nachzukommen.

Der benannte gesetzliche Vertreter kann nach Art. 11 Abs. 3 DSA-E für die Nichteinhaltung der Verpflichtungen aus dieser Verordnung haftbar gemacht werden, unbeschadet der Haftung und der rechtlichen Schritte, die gegen den Anbieter von Vermittlungsdiensten eingeleitet werden könnten.

4. Allgemeine Geschäftsbedingungen und Konditionen

Mit dem DSA-E trägt die Kommission im Ergebnis in vielfältiger Weise auch der Entwicklung Rechnung, dass die Meinungs- und Informationsfreiheit erheblich dadurch beeinflusst werden kann, dass soziale Netzwerke für die politische Partizipation und den ökonomischen Erfolg

⁷⁰ Vgl. den 36. Erwägungsgrund des DSA-E.

⁷¹ Vgl. den 36. Erwägungsgrund des DSA-E.

⁷² Die Anbieter von Vermittlungsdiensten haben dem Koordinator für digitale Dienste in dem Mitgliedstaat, in dem der gesetzliche Vertreter wohnt oder niedergelassen ist, nach Art. 11 Abs. 4 DSA-E den Namen, die Anschrift, die E-Mail-Adresse und die Telefonnummer ihres gesetzlichen Vertreters mitzuteilen und sicherzustellen, dass diese Informationen auf dem neuesten Stand sind.

⁷³ Vgl. den 37. Erwägungsgrund des DSA-E.

immer wichtiger werden und vom Ausgangspunkt her völlig frei und damit ggf. willkürlich bestimmte Inhalte löschen oder Accounts sperren dürfen.⁷⁴ Zwar sollte die Vertragsfreiheit der Anbieter von Vermittlungsdiensten aus Sicht der Kommission grundsätzlich respektiert werden, doch ist es ihres Erachtens im Interesse der Transparenz, des Schutzes der Dienstleistungsempfänger und der Vermeidung unfairer oder willkürlicher Ergebnisse angebracht, bestimmte Regeln für den Inhalt, die Anwendung und die Durchsetzung der Geschäftsbedingungen dieser Anbieter festzulegen.⁷⁵

Anbieter von Vermittlungsdiensten sind dementsprechend nach Art. 12 Abs. 1 DSA-E verpflichtet, Informationen über etwaige Beschränkungen, die sie in Bezug auf die Nutzung ihres Dienstes in Bezug auf die von den Empfängern des Dienstes bereitgestellten Informationen auferlegen, in ihre Geschäftsbedingungen aufzunehmen. Diese Informationen müssen Angaben zu allen Strategien, Verfahren, Maßnahmen und Werkzeugen enthalten, die zum Zweck der Inhaltmoderation eingesetzt werden, einschließlich algorithmischer Entscheidungsfindung und menschlicher Überprüfung. Sie sind in klarer und unmissverständlicher Sprache zu formulieren und in einem leicht zugänglichen Format öffentlich zugänglich zu machen.

Die Anbieter von Vermittlungsdiensten müssen bei der Anwendung und Durchsetzung der vorgenannten Beschränkungen nach Art. 12 Abs. 2 DSA-E sorgfältig, objektiv und verhältnismäßig handeln und dabei die Rechte und berechtigten Interessen aller Beteiligten, einschließlich der geltenden Grundrechte der Empfänger des Dienstes, wie sie in der EU-Grundrechtecharta verankert sind, berücksichtigen.

5. Recht auf Einreichung einer Beschwerde

Dienstleistungsempfänger haben nach Art. 43 DSA-E das Recht, beim Koordinator für digitale Dienste des Mitgliedstaats, in dem der Dienstleistungsempfänger ansässig oder niedergelassen ist, eine Beschwerde gegen Anbieter von Vermittlungsdiensten wegen eines Verstoßes gegen diese Verordnung einzureichen.⁷⁶

VI. Vorgehen von Host-Providern gegen illegale Inhalte – Notice and Action Mechanismen

1. Einleitung

Anbieter von Hosting-Diensten spielen eine besonders wichtige Rolle bei der Bekämpfung illegaler Online-Inhalte, da sie Informationen speichern, die von den Empfängern des Dienstes und auf deren Wunsch bereitgestellt werden, und typischerweise anderen Empfängern Zugang dazu gewähren, manchmal in großem Umfang. Es ist daher aus Sicht der Kommission wichtig, dass alle Anbieter von Hosting-Diensten unabhängig von ihrer Größe benutzerfreundliche Melde- und Aktionsmechanismen einrichten, die es ermöglichen, dem betreffenden Anbieter von Hosting-Diensten bestimmte Informationen, die der Meldepflichtige für illegale Inhalte hält, zu melden („Meldung“), woraufhin dieser Anbieter entscheiden kann, ob er dieser Einschätzung zustimmt und den Zugang zu diesen Inhalten entfernen oder sperren will („Aktion“).⁷⁷

Die Vorschriften über solche Melde- und Aktionsmechanismen sollten aus Sicht der Kommission auf Unionsebene harmonisiert werden, um eine rechtzeitige, sorgfältige und

⁷⁴ Vgl. hierzu auch *Reda*, Der Digital Services Act steht für einen Sinneswandel in Brüssel, 5.1.2021, <https://netzpolitik.org/2021/edit-policy-der-digital-services-act-steht-fuer-einen-sinneswandel-in-bruessel/>.

⁷⁵ Vgl. den 38. Erwägungsgrund des DSA-E.

⁷⁶ Nach dem Vorschlag prüft der Koordinator für digitale Dienste die Beschwerde und leitet sie ggf. an den Koordinator für digitale Dienste der Niederlassung weiter. Fällt die Beschwerde in die Zuständigkeit einer anderen zuständigen Behörde in seinem Mitgliedstaat, leitet der Koordinator für digitale Dienste, bei dem die Beschwerde eingeht, sie an diese Behörde weiter.

⁷⁷ Vgl. den 40. Erwägungsgrund des DSA-E.

objektive Bearbeitung von Meldungen auf der Grundlage einheitlicher, transparenter und klarer Vorschriften zu gewährleisten, die solide Garantien zum Schutz der Rechte und berechtigten Interessen aller betroffenen Parteien, insbesondere ihrer durch die EU-Grundrechtecharta garantierten Rechte, vorsehen - unabhängig davon, in welchem Mitgliedstaat diese Parteien niedergelassen oder ansässig sind und um welchen Rechtsbereich es geht. Zu den danach verfahrensrechtlich geschützten Grundrechten⁷⁸ gehören ggf. das Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit, das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, das Recht auf Schutz personenbezogener Daten, das Recht auf Nichtdiskriminierung und das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf der Empfänger des Dienstes, die unternehmerische Freiheit, einschließlich der Vertragsfreiheit, der Diensteanbieter sowie das Recht auf Menschenwürde, die Rechte des Kindes, das Recht auf Schutz des Eigentums, einschließlich des geistigen Eigentums, und das Recht auf Nichtdiskriminierung der von illegalen Inhalten betroffenen Parteien.⁷⁹

Durch die Schaffung eines EU-weiten Rahmens könnte im globalen Wettbewerb der Rechtsordnungen ein Gegenmodell zum Notice-and-Take-down-System des US-amerikanischen Digital Millennium Copyright Act befördert werden, dass weltweit zur Sperrung von missliebigen Inhalten genutzt wird, was es insbesondere nicht-amerikanischen Nutzern erschwert, gegen fälschliche Sperrungen ihrer Inhalte vorzugehen.⁸⁰

2. Illegale Inhalt

Was ein illegaler Inhalt im Internet ist, wird auch zukünftig von jedem Mitgliedstaat grundsätzlich eigenständig bestimmt. Weder DMA noch DSA fügen insoweit dem rechtsverbindlichen *aquis communautaire*, der nicht zuletzt in der AVMD-Richtlinie unionsweit als illegal eingestufte Inhalte bestimmt,⁸¹ zusätzliche rechtsharmonisierende Elemente hinzu. Die vorgeschlagenen Verordnungen bauen auf der Empfehlung zu illegalen Inhalten von 2018⁸² auf. Sie berücksichtigen zudem die Erfahrungen mit den von der Kommission unterstützten Selbstregulierungsbemühungen wie dem *Product Safety Pledge*,⁸³ dem Memorandum of Understanding gegen gefälschte Waren,⁸⁴ dem Verhaltenskodex gegen illegale Hassreden⁸⁵ und dem EU-Internetforum in Bezug auf terroristische Inhalte.

Diesem Ansatz entsprechend wird der Begriff „illegaler Inhalt“ nicht inhaltlich-präzisierend, sondern funktional-verweisend bestimmt: Nach der Definition in Art. 2 Buchst. g) DSA-E wird hierunter im Anwendungsbereich der Verordnung „jede Information (verstanden), die als solche oder durch ihre Bezugnahme auf eine Tätigkeit, einschließlich des Verkaufs von Produkten oder der Erbringung von Dienstleistungen, nicht mit dem Unionsrecht oder dem Recht eines Mitgliedstaats im Einklang steht, unabhängig vom genauen Gegenstand oder der Art dieses Rechts“. Um das Ziel der Gewährleistung eines sicheren, vorhersehbaren und vertrauenswürdigen Online-Umfelds zu erreichen, wird der Begriff "illegaler Inhalt" für die

⁷⁸ Zum Konzept des Grundrechtsschutzes durch Verfahren vgl. BVerfGE 35, 79 und BVerfGE 53, 30.

⁷⁹ Vgl. den 41. Erwägungsgrund des DSA-E.

⁸⁰ Vgl. hierzu *Reda*, Der Digital Services Act steht für einen Sinneswandel in Brüssel, 5.1.2021, <https://netzpolitik.org/2021/edit-policy-der-digital-services-act-steht-fuer-einen-sinneswandel-in-bruessel/>.

⁸⁰ Vgl. den 38. Erwägungsgrund des DSA-E und den 41. Erwägungsgrund des DSA-E.

⁸¹ Regelungen zu illegalen Inhalten finden sich zudem in sektorspezifischen Regelungen in Bezug auf Urheberrechtsverletzungen, terroristische Inhalte, Material über sexuellen Kindesmissbrauch oder illegale Hassreden sowie einige illegale Produkte.

⁸² Empfehlung (EU) 2018/334 der Kommission vom 1. März 2018 für wirksame Maßnahmen im Umgang mit illegalen Online-Inhalten, ABl. EU 2018 L 63/50

⁸³ https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/product-safety-and-requirements/product-safety/product-safety-pledge_en

⁸⁴ https://ec.europa.eu/growth/industry/policy/intellectual-property/enforcement/memorandum-understanding-sale-counterfeit-goods-internet_en

⁸⁵ https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-counteracting-illegal-hate-speech-online_en

Zwecke dieser Verordnung mithin weit gefasst: Er nimmt sowohl Informationen in den Blick, die nach geltendem Recht selbst illegal sind, wie illegale Hassreden oder terroristische Inhalte und rechtswidrige diskriminierende Inhalte, als auch Informationen, die sich auf Aktivitäten beziehen, die illegal sind, wie das Teilen von Bildern, die den sexuellen Missbrauch von Kindern zeigen, das rechtswidrige, nicht einvernehmliche Teilen privater Bilder, Online-Stalking, den Verkauf nicht konformer oder gefälschter Produkte, die nicht genehmigte Nutzung von urheberrechtlich geschütztem Material oder Aktivitäten, die Verstöße gegen das Verbraucherschutzrecht beinhalten.⁸⁶

3. Mechanismen

Anbieter von Hosting-Diensten sind nach Art. 14 Abs. 1 DSA-E verpflichtet, Mechanismen einzurichten, die es jeder natürlichen oder juristischen Person ermöglichen, sie über das Vorhandensein bestimmter Informationen in ihrem Dienst zu benachrichtigen, die diese Person als illegalen Inhalt betrachtet.⁸⁷ Diese Mechanismen müssen leicht zugänglich und benutzerfreundlich sein und die Einreichung von Meldungen ausschließlich auf elektronischem Wege ermöglichen. Sofern die Anforderungen an die Benachrichtigung erfüllt sind, sollte es dabei nach dem 40. Erwägungsgrund des DSA-E möglich sein, mit einer einzigen Benachrichtigung mehrere mutmaßlich illegale Inhalte zu melden.

Die Meldemechanismen müssen nach Art. 14 Abs. 2 DSA-E so beschaffen sein, dass sie die Übermittlung hinreichend präziser und hinreichend begründeter Hinweise erleichtern, anhand deren ein sorgfältiger Wirtschaftsteilnehmer die Rechtswidrigkeit des betreffenden Inhalts feststellen kann. Die Meldesysteme müssen

- (a) eine Erläuterung der Gründe, warum die betreffende Information als illegaler Inhalt eingestuft wird,
- b) eine eindeutige Angabe des elektronischen Standorts dieser Information, insbesondere die genaue(n) URL(s), sowie erforderlichenfalls zusätzliche Informationen, die die Identifizierung des illegalen Inhalts ermöglichen,
- c) die Angabe von Namen und E-Mail-Adresse der Person, die die Meldung einreicht,⁸⁸ und
- d) eine Erklärung, die bestätigt, dass die Person, die die Mitteilung einreicht, in gutem Glauben davon ausgeht, dass die darin enthaltenen Informationen und Behauptungen richtig und vollständig sind,

ermöglichen.

Neben einer Pflicht zur unverzüglichen Eingangsbestätigung⁸⁹ besteht gemäß Art. 14 Abs. 5 DSA-E eine Pflicht des Providers, der meldenden Person unverzüglich seine Entscheidung in Bezug auf die Informationen mitzuteilen, auf die sich die Mitteilung bezieht, und sie über die Rechtsbehelfsmöglichkeiten in Bezug auf diese Entscheidung zu informieren.

Die Entscheidungen in Bezug auf die Informationen, auf die sich die Hinweise beziehen, müssen nach Art. 14 Abs. 6 Satz 1 DSA-E rechtzeitig, sorgfältig und objektiv erfolgen.

Beschließt ein Anbieter von Hosting-Diensten, den Zugang zu bestimmten Informationen, die von den Empfängern des Dienstes bereitgestellt werden, zu entfernen oder zu sperren, so muss er nach Art. 15 Abs. 1 DSA-E den Empfänger spätestens zum Zeitpunkt der Entfernung oder

⁸⁶ Dabei ist es unerheblich, ob sich die Rechtswidrigkeit der Informationen oder Tätigkeiten aus dem Unionsrecht oder aus dem mit dem Unionsrecht in Einklang stehenden nationalen Recht ergibt und welche Art oder welchen Gegenstand das betreffende Recht genau hat. Vgl. zum Ganzen den 12. Erwägungsgrund des DSA-E.

⁸⁷ Diese Pflichten gelten nach dem 40. Erwägungsgrund DSA-E z.B. auch für Dateispeicher- und -freigabedienste, Webhosting-Dienste, Werbeserver und Paste-Bins, sofern sie als Anbieter von Hosting-Diensten im Sinne des DSA gelten.

⁸⁸ Dieser Namensangabe bedarf es nach Art. 14 Abs. 2 Buchst. c) 2. Halbsatz DSA-E nicht im Falle von Informationen, bei denen davon ausgegangen wird, dass sie eine der in den Art. 3 bis 7 der Richtlinie 2011/93/EU genannten Straftaten betreffen.

⁸⁹ Vgl. Art. 14 Abs. 4 DSA-E. Setzen Provider für die Verarbeitung der Meldungen oder ihre Entscheidung zu dieser Meldung automatisierte Mittel ein, so müssen sie in der Eingangsbestätigung nach Art. 14 Abs. 6 Satz 2 DSA-E Angaben zu dieser Verwendung machen.

Sperrung des Zugangs von dieser Entscheidung unterrichten und eine klare und spezifische Begründung für diese Entscheidung abgeben.⁹⁰ Diese Verpflichtung besteht unabhängig von den Mitteln, die zum Aufspüren, zur Identifizierung oder zur Entfernung oder Sperrung des Zugangs zu den Informationen verwendet werden, und von den Gründen für die Entscheidung des Hosters. Die von den Anbietern von Hosting-Diensten gemäß Art. 15 DSA-E bereitgestellten Informationen müssen nach dessen Absatz 3 und 4 klar und leicht verständlich sowie so präzise und spezifisch sein, wie dies unter den gegebenen Umständen vernünftigerweise möglich ist. Die Informationen müssen insbesondere so beschaffen sein, dass sie es dem Empfänger der betreffenden Dienstleistung in zumutbarer Weise ermöglichen, Rechtsbehelfsmöglichkeiten, die dem Nutzer des Dienstes in Bezug auf die Entscheidung zur Verfügung stehen (insbesondere durch interne Mechanismen zur Bearbeitung von Beschwerden, außergerichtliche Streitbeilegung und gerichtliche Rechtsbehelfe), wirksam wahrzunehmen.⁹¹

4. Verhältnis zum NetzDG

Mit den DSA-Vorgaben wären im Falle des Inkrafttretens die Vorgaben z.B. des NetzDG⁹² abzugleichen. Sollten die NetzDG-Regelungen mit dem DSA in Widerspruch stehen, wären diese Regelungen im Hinblick auf den Anwendungsvorrang des Unionsrechts unanwendbar; der Bund wäre im Übrigen verpflichtet, diese Kollision durch eine Aufhebung dem DSDA widersprechender NetzDG-Regelungen zu beheben.

VII. Besondere Verpflichtungen für Online-Plattformen

1. Einleitung

Indem der DSA-E Nutzern von Online-Plattformen Zugang zu Beschwerdeverfahren sowie Schlichtungsstellen eröffnet, kann die Verordnung einen Beitrag dazu leisten zu verhindern, dass Plattformen allzu großzügig Inhalte löschen und so die Meinungsfreiheit gefährden.⁹³

⁹⁰ Die Begründung der Löscho- oder Sperrentscheidung muss nach Art. 15 Abs. 2 DSA-E mindestens enthalten (a) ob die Entscheidung die Entfernung der Informationen oder die Sperrung des Zugangs zu ihnen zur Folge hat und gegebenenfalls den räumlichen Geltungsbereich der Sperrung des Zugangs; (b) die Tatsachen und Umstände, auf die sich die Entscheidung stützt, gegebenenfalls einschließlich der Angabe, ob die Entscheidung aufgrund einer Mitteilung gemäß Art. 14 DSA-E getroffen wurde; (c) ggf. Angaben über den Einsatz automatisierter Mittel bei der Entscheidung, einschließlich der Fälle, in denen die Entscheidung in Bezug auf Inhalte getroffen wurde, die mit Hilfe automatisierter Mittel aufgespürt oder identifiziert wurden; (d) wenn die Entscheidung angeblich rechtswidrige Inhalte betrifft, einen Verweis auf den geltend gemachten Rechtsgrund und Erläuterungen dazu, warum die Informationen aus diesem Grund als rechtswidrige Inhalte angesehen werden; (e) wenn die Entscheidung auf der angeblichen Unvereinbarkeit der Information mit den Geschäftsbedingungen des Anbieters beruht, einen Verweis auf den geltend gemachten vertraglichen Grund und Erläuterungen, warum die Information als unvereinbar mit diesem Grund angesehen wird; (f) Informationen über die Rechtsbehelfsmöglichkeiten, die dem Nutzer des Dienstes in Bezug auf die Entscheidung zur Verfügung stehen, insbesondere durch interne Mechanismen zur Bearbeitung von Beschwerden, außergerichtliche Streitbeilegung und gerichtliche Rechtsbehelfe.

⁹¹ Anbieter von Hosting-Diensten sollen zudem nach Art. 15 Abs. 4 DSA-E verpflichtet sein, ihre Entscheidungen i.S. dieses Artikels und deren Begründungen in einer von der Kommission verwalteten öffentlich zugänglichen Datenbank zu veröffentlichen. Diese Informationen dürfen keine personenbezogenen Daten enthalten.

⁹² Zur juristischen Evaluation des NetzDG vgl. jüngst *Eifert/von Landenberg-Roberg/Theß/Wienfort*, *Netzwerkdurchsetzungsgesetz in der Bewährung. Juristische Evaluation und Optimierungspotenzial*, 2020.

⁹³ Anbieter von Hosting-Diensten sollen zudem nach Art. 15 Abs. 4 DSA-E verpflichtet sein, ihre Entscheidungen i.S. dieses Artikels und deren Begründungen in einer von der Kommission verwalteten öffentlich zugänglichen Datenbank zu veröffentlichen. Diese Informationen dürfen keine personenbezogenen Daten enthalten.

2. Internes Beschwerdemanagementsystem

Die Empfänger des Dienstes sollten aus Sicht der Kommission in der Lage sein, bestimmte Entscheidungen von Online-Plattformen, die sich negativ auf sie auswirken, einfach und effektiv anzufechten.⁹⁴ Online-Plattformen müssen deshalb nach Art. 17 Abs. 1 DSA-E den Empfängern des Dienstes während eines Zeitraums von mindestens sechs Monaten nach der in diesem Absatz genannten Entscheidung den Zugang zu einem wirksamen internen Beschwerdesystem anbieten, das es ermöglicht, auf elektronischem Wege und kostenlos Beschwerden gegen folgende Entscheidungen der Online-Plattform einzureichen, die mit der Begründung getroffen wurden, dass die von den Empfängern bereitgestellten Informationen rechtswidrige Inhalte darstellen oder nicht mit den Nutzungsbedingungen vereinbar sind:

- (a) Entscheidungen, den Zugang zu den Informationen zu entfernen oder zu sperren;
- (b) Entscheidungen, die Bereitstellung des Dienstes für die Empfänger ganz oder teilweise auszusetzen oder zu beenden;
- (c) Entscheidungen, das Konto der Empfänger auszusetzen oder zu kündigen.

Ein solches Beschwerdesystem muss nach Art. 17 Abs.- 2 DSA-E leicht zugänglich und benutzerfreundlich sein und die Einreichung hinreichend präziser und angemessen begründeter Beschwerden ermöglichen und erleichtern.

Die Online-Plattformen sind nach Art. 17 Abs. 3 DSA-E verpflichtet, Beschwerden, die über ihr internes Beschwerdemanagementsystem eingereicht werden, zeitnah, sorgfältig und objektiv zu bearbeiten. Enthält eine Beschwerde hinreichende Gründe für die Online-Plattform, zu der Auffassung zu gelangen, dass die Informationen, auf die sich die Beschwerde bezieht, nicht rechtswidrig und nicht unvereinbar mit ihren Geschäftsbedingungen sind, oder enthält sie Informationen, die darauf hindeuten, dass das Verhalten des Beschwerdeführers die Aussetzung oder Kündigung des Dienstes oder des Kontos nicht rechtfertigt, so hebt sie ihre den Beschwerdeführer beeinträchtigende Entscheidung unverzüglich auf.

Die Online-Plattformen unterrichten die Beschwerdeführer gemäß Art. 17 Abs. 4 DSA-E unverzüglich über die Entscheidung, die sie in Bezug auf die Informationen, auf die sich die Beschwerde bezieht, getroffen haben, und informieren die Beschwerdeführer über die Möglichkeit der außergerichtlichen Streitbeilegung gemäß Art. 18 DSA-E und andere verfügbare Rechtsbehelfsmöglichkeiten. Nach Art. 17 Abs. 5 DSA-E müssen die Online-Plattformen zudem sicherstellen, dass die Entscheidung zu einer Beschwerde nicht ausschließlich auf der Grundlage automatisierter Mittel getroffen wird.

Mit letztgenanntem Gebot greift die Kommission im Ergebnis die Bedenken des Europäischen Parlaments in seiner Entschließung vom 20. Oktober 2020 auf. Dieses hatte betont, dass automatisierte Tools derzeit nicht in der Lage seien, illegale Inhalte von Inhalten zu unterscheiden, die in einem bestimmten Kontext rechtmäßig sind, und dass daher Verfahren für die automatische Erkennung und Entfernung von Inhalten berechtigterweise rechtliche Bedenken aufwerfen können, insbesondere im Hinblick auf mögliche Einschränkungen der in Art. 11 der EU-Grundrechtecharta geschützten Freiheit der Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit.⁹⁵

3. Außergerichtliche Streitbeilegung

Die Empfänger des Dienstes, an den sich die in Art. 17 Abs. 1 DSA-E genannten Entscheidungen richten, sind nach Art. 18 Abs. 1 Unterabs. 1 DSA-E berechtigt, eine gemäß Absatz 2 dieser Regelung zertifizierte außergerichtliche Streitbeilegungsstelle⁹⁶ auszuwählen, um

⁹⁴ Vgl. den 44. Erwägungsgrund des DSA-E.

⁹⁵ Vgl. die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 20. Oktober 2020, P9_TA(2020)0273, Buchst. H.

⁹⁶ Der Koordinator für digitale Dienste des Mitgliedstaats, in dem die Stelle für die außergerichtliche Streitbeilegung eingerichtet ist, zertifiziert die Stelle auf deren Antrag, wenn die Stelle nachgewiesen hat, dass sie alle in Art. 18 Abs. 2 DSA-E genannten Bedingungen erfüllt, zu denen insbesondere deren Unparteilichkeit, Unabhängigkeit von Online-Plattformen und Empfängern der von den Online-Plattformen erbrachten Dienstleistung,

Streitigkeiten im Zusammenhang mit diesen Entscheidungen beizulegen, einschließlich Beschwerden, die nicht über das interne Beschwerdeverfahren beigelegt werden konnten. Die Online-Plattformen setzen sich nach Treu und Glauben mit der ausgewählten Stelle in Verbindung, um die Streitigkeit beizulegen, und sind an die von der Stelle getroffene Entscheidung gebunden. Das Recht des betroffenen Empfängers, gegen die Entscheidung vor einem Gericht gemäß dem geltenden Recht Rechtsmittel einzulegen, wird durch dieses außergerichtliche Streitbelegungsverfahren nach Art. 18 Abs. 1 Unterabs. 2 DSA-E nicht berührt.⁹⁷

Die Mitgliedstaaten können nach Art. 18 Abs. 4 Unterabs. 1 DSA-E außergerichtliche Streitbelegungsstellen für die Zwecke des Art. 18 Abs. 1 einrichten oder die Tätigkeit einiger oder aller außergerichtlichen Streitbelegungsstellen, die sie gemäß Art. 18 Abs. 2 zertifiziert haben, unterstützen.⁹⁸

Dieser außergerichtliche Streitbelegungsmechanismus gilt gemäß Art. 18 Abs. 6 DSA-E unbeschadet der Richtlinie 2013/11/EU und der gemäß jener Richtlinie eingerichteten alternativen Streitbelegungsverfahren und Stellen für Verbraucher.

4. Trusted Flagger

Maßnahmen gegen illegale Inhalte können schneller und zuverlässiger ergriffen werden, wenn Online-Plattformen die erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um sicherzustellen, dass Meldungen, die von einem Trusted Flagger über die in dem DSA-E vorgeschriebenen Melde- und Aktionsmechanismen eingereicht werden, prioritär behandelt werden - unbeschadet der Anforderung, alle im Rahmen dieser Mechanismen eingereichten Meldungen zeitnah, sorgfältig und objektiv zu bearbeiten und zu entscheiden.⁹⁹ Online-Plattformen müssen deshalb nach Art. 19 Abs. 1 DSA-E die erforderlichen technischen und organisatorischen Maßnahmen ergreifen, um sicherzustellen, dass Bekanntmachungen, die von einem Trusted Flagger über die Meldemechanismen nach Art. 14 DSA-E eingereicht werden, vorrangig und unverzüglich bearbeitet und entschieden werden.

Der Status eines Trusted Flagger soll nach Art. 19 Abs. 2 DSA-E auf Antrag einer Einrichtung vom Koordinator für digitale Dienste des Mitgliedstaats, in dem der Antragsteller niedergelassen ist, verliehen werden, wenn der Antragsteller nachweislich kumulativ

- über besondere Sachkenntnis und Kompetenz für die Zwecke der Erkennung, Identifizierung und Meldung illegaler Inhalte verfügt;
- kollektive Interessen vertritt und von jeder Online-Plattform unabhängig ist und
- seine Tätigkeit für die Zwecke der Übermittlung von Meldungen rechtzeitig, sorgfältig und objektiv ausübt.¹⁰⁰

Der Status eines Trusted Flagger kann mithin nicht an Einzelpersonen vergeben werden. Die Verleihung des Status kann demgegenüber sowohl an private Einrichtungen als auch an öffentliche Stellen in rein nationaler, bi- oder multilateraler Trägerschaft erfolgen, wie z. B. die nationalen Strafverfolgungsbehörden oder die Agentur der Europäischen Union für die Zusammenarbeit der Strafverfolgungsbehörden („Europol“), Nichtregierungsorganisationen und halböffentliche Einrichtungen, wie z. B. die Organisationen des INHOPE-Netztes von Hotlines

erforderliche Sachkenntnis sowie eine leicht durch elektronische Kommunikationstechnologie zugängliche, schnelle, effiziente und kostengünstige Streitbeilegung, nach einer klaren und fairen Verfahrensordnung zählen.

⁹⁷ Vgl. auch den 44. Erwägungsgrund des DSA-E.

⁹⁸ Die Mitgliedstaaten stellen nach Art. 18 Abs. 4 Unterabs. 2 DSA-E sicher, dass ihre Tätigkeiten gemäß Unterabsatz 1 nicht die Fähigkeit ihrer Koordinatoren für digitale Dienste beeinträchtigen, die betreffenden Stellen zu zertifizieren.

⁹⁹ Vgl. den 46. Erwägungsgrund des DSA-E.

¹⁰⁰ Die Koordinatoren für digitale Dienste teilen der Kommission und dem Vorstand die Namen, Anschriften und E-Mail-Adressen der Einrichtungen mit, denen sie den Status des Trusted Flagger verliehen haben. Die Kommission veröffentlicht diese Informationen in einer öffentlich zugänglichen Datenbank und hält diese Datenbank auf dem neuesten Stand; vgl. Art. 19 Abs. 3 u. 4 DSA-E.

zur Meldung von Material über sexuellen Kindesmissbrauch und Organisationen, die sich für die Meldung illegaler rassistischer und fremdenfeindlicher Äußerungen im Internet einsetzen. Bei Rechten des geistigen Eigentums könnte Organisationen der Industrie und von Rechteinhabern der Status eines Trusted Flaggers verliehen werden, wenn sie nachgewiesen haben, dass sie die geltenden Bedingungen erfüllen.¹⁰¹ Auch Landesmedienanstalten oder von diesen (mit-) getragene Einrichtungen wie z.B. jugendschutz.net könnten nach dem Vorschlag als Trusted Flagger bestellt werden.

Verfügt eine Online-Plattform über Informationen, die darauf hindeuten, dass ein Trusted Flagger eine erhebliche Anzahl unzureichend präziser oder unzureichend begründeter Meldungen über die Meldemechanismen nach Art. 14 DSA-E eingereicht hat, so teilt sie diese Informationen nach Art. 19 Abs. 5 DSA-E dem Koordinator für digitale Dienste, der den Status eines Trusted Flagger des vertrauenswürdigen Flaggenführers zuerkannt hat, mit. Dieser Koordinator für digitale Dienste widerruft gemäß Art. 19 Abs. 6 DSA-E den Status, wenn er nach einer Untersuchung entweder auf eigene Initiative oder auf der Grundlage von Informationen, die er von Dritten, z.B. einer Online-Plattform, erhalten hat, nach Anhörung des betreffenden Unternehmens feststellt, dass die Stelle die in Art. 19 Abs. 2 DSA-E genannten Bedingungen nicht mehr erfüllt.¹⁰²

5. Maßnahmen und Schutz vor Missbrauch

Die missbräuchliche Nutzung von Diensten von Online-Plattformen durch häufiges Bereitstellen offensichtlich illegaler Inhalte oder durch häufiges Einreichen offensichtlich unbegründeter Hinweise oder Beschwerden im Rahmen der gemäß dem DSA-E eingerichteten Mechanismen bzw. Systeme würde das Vertrauen untergraben und den Rechten und berechtigten Interessen der betroffenen Parteien schaden. Daher ist es aus Sicht der Kommission notwendig, geeignete und verhältnismäßige Schutzmaßnahmen gegen einen solchen Missbrauch zu ergreifen.¹⁰³

Online-Plattformen sind daher nach Art. 20 Abs. 1 DSA-E verpflichtet, für einen angemessenen Zeitraum und nach vorheriger Abmahnung die Erbringung ihrer Dienste für Empfänger des Dienstes auszusetzen, die häufig offensichtlich rechtswidrige Inhalte bereitstellen. Nach Art. 20 Abs. 2 DSA-E sind sie zudem verpflichtet, für einen angemessenen Zeitraum und nach vorheriger Verwarnung die Bearbeitung von Hinweisen und Beschwerden auszusetzen, die über die in den Art. 14 und 17 DSA-E genannten Hinweis- und Aktionsmechanismen und internen Beschwerdebearbeitungssysteme von natürlichen oder juristischen Personen oder von Beschwerdeführern eingereicht werden, die häufig Hinweise oder Beschwerden einreichen, die offensichtlich unbegründet sind. In Bezug auf die „Offensichtlichkeit“ sollte nach dem 47. Erwägungsgrund des DSA-E darauf abgestellt werden, ob es für einen Laien ohne inhaltliche Prüfung offensichtlich ist, dass die Inhalte rechtswidrig sind bzw. die Hinweise oder Beschwerden unbegründet sind.

Die Online-Plattformen müssen nach Art. 20 Abs. 3 DSA-E einzelfallbezogen zeitnah, sorgfältig, objektiv und unter Berücksichtigung aller relevanten Tatsachen und Umstände beurteilen, ob ein solcher Missbrauch begangen wird. Zu den zu berücksichtigenden Umständen zählen zumindest (a) die absolute Zahl der im vergangenen Jahr eingereichten offensichtlich rechtswidrigen Inhalte oder offensichtlich unbegründeten Hinweise oder Beschwerden, (b) deren relativer Anteil im Verhältnis zur Gesamtzahl der im vergangenen Jahr übermittelten Informationen oder Hinweise, (c) die Schwere der Missbräuche und deren Folgen sowie (d) die Absicht der betreffenden Person.¹⁰⁴

¹⁰¹ Vgl. den 46. Erwägungsgrund des DSA-E.

¹⁰² Die Kommission kann gemäß Art. 19 Abs. 7 DSA-E nach Konsultation des Verwaltungsrats Leitlinien herausgeben, um Online-Plattformen und Koordinatoren für digitale Dienste bei der Anwendung von Art. 19 Abs. 5 und 6 zu unterstützen.

¹⁰³ Vgl. den 47. Erwägungsgrund des DSA-E.

¹⁰⁴ Online-Plattformen sind nach Art. 20 Abs. 4 DSA-E aus Transparenzgründen verpflichtet ihr Vorgehen in möglichen Missbrauchsfällen in ihren Geschäftsbedingungen klar und detailliert darzustellen – auch in Bezug auf

Gegen die Entscheidungen der Online-Plattformen zur Aussetzung nach Art. 20 Abs. 1 und 2 DSA-E muss ein Rechtsbehelf eröffnet sein; sie unterliegen zudem der Aufsicht durch den zuständigen Koordinator für digitale Dienste. Art. 20 DSA-E hindert Online-Plattformen zudem nicht daran, im Einklang mit dem geltenden Unionsrecht und dem nationalen Recht andere Maßnahmen zu ergreifen, um gegen die Bereitstellung rechtswidriger Inhalte durch Empfänger ihres Dienstes oder gegen einen sonstigen Missbrauch ihrer Dienste vorzugehen. Diese Vorschriften berühren nicht die im Unionsrecht oder im nationalen Recht vorgesehene Möglichkeit, die am Missbrauch beteiligten Personen, auch für Schäden, haftbar zu machen.¹⁰⁵

6. Meldung des Verdachts auf eine Straftat

Eine Online-Plattform kann unter Umständen Kenntnis von Informationen über bestimmte Aktivitäten eines Empfängers des Dienstes, wie z. B. die Bereitstellung bestimmter Arten illegaler Inhalte, erlangen, die unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände, die der Online-Plattform bekannt sind, den Verdacht rechtfertigen, dass der Empfänger eine schwere Straftat, die eine Bedrohung für das Leben oder die Sicherheit von Personen darstellt, wie z. B. die in der Richtlinie 2011/93/EU¹⁰⁶ zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie aufgeführten Straftaten, begangen haben könnte, begehen könnte oder wahrscheinlich begehen wird.

In solchen Fällen muss die Online-Plattform gemäß Art. 21 Abs. 1 DSA-E – unter Berücksichtigung unionsrechtlicher und mitgliedstaatlicher Vorschriften zum Schutz der Rechte und Freiheiten natürlicher Personen¹⁰⁷ – unverzüglich die Strafverfolgungs- oder Justizbehörden des betreffenden Mitgliedstaats¹⁰⁸ oder der betreffenden Mitgliedstaaten über ihren Verdacht unterrichten und alle verfügbaren einschlägigen Informationen - ggf. einschließlich der fraglichen Inhalte und einer Erläuterung ihres Verdachts¹⁰⁹ - zur Verfügung stellen.

Diese Pflicht bietet aber keine Rechtsgrundlage für die Erstellung von Profilen von Empfängern der Dienste im Hinblick auf die mögliche Identifizierung von Straftaten durch Online-Plattformen.¹¹⁰

7. Krisenprotokolle

Bei außergewöhnlichen Umständen, die die öffentliche Sicherheit oder die öffentliche Gesundheit betreffen, kann die Kommission nach Art. 37 DSA-E die Erstellung von Krisenprotokollen durch Online-Plattformen veranlassen, um eine schnelle, kollektive und grenzüberschreitende Reaktion im Online-Umfeld zu koordinieren. Außergewöhnliche Umstände können jedes unvorhersehbare Ereignis sein, wie Erdbeben, Wirbelstürme, Pandemien und andere schwerwiegende grenzüberschreitende Bedrohungen der öffentlichen Gesundheit, Krieg und Terrorakte, bei denen Online-Plattformen für die rasche Verbreitung illegaler Inhalte oder Desinformationen missbraucht werden können oder bei denen eine rasche Verbreitung zuverlässiger Informationen erforderlich ist. Solche Krisenprotokolle sollten nur für einen

die Tatsachen und Umstände, die sie bei der Beurteilung, ob ein bestimmtes Verhalten einen Missbrauch darstellt, und die Dauer der Sperrung berücksichtigen.

¹⁰⁵ Vgl. den 47. Erwägungsgrund des DSA-E.

¹⁰⁶ ABl. EU 2011 Nr. L 335/1.

¹⁰⁷ Vgl. den 48. Erwägungsgrund des DSA-E.

¹⁰⁸ Der betreffende Mitgliedstaat ist nach Art. 21 Abs. 3 DSA-E der Mitgliedstaat, in dem die Straftat mutmaßlich begangen wurde, begangen wird oder wahrscheinlich begangen wird, oder der Mitgliedstaat, in dem der mutmaßliche Täter seinen Wohnsitz oder Aufenthaltsort hat, oder der Mitgliedstaat, in dem das Opfer der mutmaßlichen Straftat seinen Wohnsitz oder Aufenthaltsort hat. Kann die Online-Plattform den betreffenden Mitgliedstaat nicht mit hinreichender Sicherheit ermitteln, so unterrichtet sie nach Art. 21 Abs. 2 DSA-E die Strafverfolgungsbehörden des Mitgliedstaats, in dem sie niedergelassen ist oder ihren gesetzlichen Vertreter hat, oder sie informiert Europol.

¹⁰⁹ Vgl. den 48. Erwägungsgrund des DSA-E.

¹¹⁰ Vgl. den 48. Erwägungsgrund des DSA-E.

begrenzten Zeitraum aktiviert werden, und die ergriffenen Maßnahmen sollten auch auf das beschränkt sein, was unbedingt notwendig ist, um den außergewöhnlichen Umstand zu bewältigen. Diese Maßnahmen sollten nicht auf eine allgemeine Verpflichtung für die teilnehmenden sehr großen Online-Plattformen hinauslaufen, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder aktiv nach Tatsachen oder Umständen zu suchen, die auf illegale Inhalte hinweisen.

VIII. Besondere Verpflichtungen für sehr große Online-Plattformen

1. Umgang mit Systemrisiken

a) Einführung – Das Vorbild der Finanzmarktregulierung

Sehr große Online-Plattformen werden in einer Weise genutzt, die die Sicherheit im Netz, die öffentliche Meinungsbildung und den demokratischen Diskurs sowie den Online-Handel stark beeinflusst. Die Art und Weise, wie solche Plattformen ihre Dienste gestalten, ist in der Regel zum Vorteil ihrer oft werbegetriebenen Geschäftsmodelle optimiert und damit nicht zuletzt auch aus Perspektive des Verbraucherschutzes nicht unbedenklich und auch Gegenstand kritischer gesellschaftlicher Debatten. In Ermangelung einer wirksamen Regulierung und Durchsetzung können diese Plattformen die Spielregeln der Digitalwirtschaft und des digitalen Dialogs bestimmen, ohne die Risiken und den gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Schaden, den sie verursachen können, wirksam zu ermitteln und abzumildern. Diesen aktuellen und potentiellen Fehlentwicklungen will die Kommission mit dem vorgeschlagenen Digital Services Act dadurch gegensteuern, dass die Plattformen verpflichtet werden, systemische Risiken zu bewerten, die sich aus der Funktionsweise und der Nutzung ihres Dienstes sowie aus dem potenziellen Missbrauch durch die Empfänger des Dienstes ergeben, und geeignete Abhilfemaßnahmen zu ergreifen.¹¹¹

Mit dem Begriff des systemischen Risikos knüpft der DSA-E an die im Nachgang zur globalen Finanzkrise entwickelte Finanzmarktregulierung der EU an. Als „Systemrisiken“ werden in Art. 2 Buchst. c) der Verordnung (EU) Nr. 1092/2010 über die Finanzaufsicht der Europäischen Union auf Makroebene und zur Errichtung eines Europäischen Ausschusses für Systemrisiken¹¹² „Risiken einer Beeinträchtigung des Finanzsystems, die das Potenzial schwerwiegender negativer Folgen für den Binnenmarkt und die Realwirtschaft beinhalten“, legaldefiniert.

Zwar verzichtet der DSA-E auf eine Begriffsbestimmung für „Systemrisiken“, in Anlehnung an die vorgenannte Definition hat der DSA-E aber erkennbar Risiken einer Beeinträchtigung des Kommunikations- und/oder Wirtschaftssystems im Blick, die das Potenzial schwerwiegender negativer Folgen für den Binnenmarkt, die Grundwerte und die demokratische Ordnung der EU beinhalten.¹¹³

b) Risikobewertung

Sehr große Online-Plattformen sind nach Art. 26 Abs. 1 DSA-E verpflichtet, ab dem Zeitpunkt der Anwendung gemäß Artikel 25 Absatz 4 Unterabsatz 2 und danach mindestens einmal jährlich alle wesentlichen Systemrisiken, die sich aus dem Betrieb und der Nutzung ihrer Dienste in der Union ergeben, zu ermitteln, zu analysieren und zu bewerten. Diese Risikobewertung muss spezifisch für ihre Dienste sein und die folgenden Systemrisiken umfassen:

(a) die Verbreitung illegaler Inhalte über ihre Dienste

Im 57. Erwägungsgrund des DSA-E – und nur an dieser Stelle, nicht im Verordnungstext selbst – wird insoweit (neben der Verbreitung von Material über sexuellen

¹¹¹ Vgl. den 56. Erwägungsgrund des DSA-E.

¹¹² ABl. EU 2010 Nr. L 331/1.

¹¹³ Zu interdisziplinären Handlungserfordernissen und strukturellen Anforderungen an eine Systemrisiken entdeckende und eindämmende Aufsicht vgl. *Kaufbold*, Systemaufsicht, 2016, S. 20 ff., 151 ff.

Kindesmissbrauch) auch illegale Hassrede thematisiert. In diesem Erwägungsgrund wird zudem beispielhaft als erhebliches systemisches Risiko identifiziert, dass über eine solche Verbreitung der Zugang zu solchen Inhalten über Konten mit besonders großer Reichweite verstärkt werden kann.

- (b) etwaige negative Auswirkungen auf die Ausübung der Grundrechte auf Achtung des Privat- und Familienlebens, auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit, auf das Verbot der Diskriminierung und auf die Rechte des Kindes, wie sie in den Art. 7, 11, 21 bzw. 24 der EU-Grundrechtecharta verankert sind

Solche systemischen Risiken können nach dem 57. Erwägungsgrund des DSA-E z. B. in Bezug auf die Gestaltung der von der sehr großen Online-Plattform verwendeten algorithmischen Systeme oder den Missbrauch ihres Dienstes durch die Einreichung missbräuchlicher Mitteilungen oder andere Methoden zur Unterdrückung freier Meinungsäußerung oder zur Behinderung des Wettbewerbs entstehen.

- c) die vorsätzliche Manipulation ihres Dienstes, einschließlich der nicht authentischen Nutzung oder der automatisierten Nutzung des Dienstes, mit einer tatsächlichen oder vorhersehbaren negativen Auswirkung auf den Schutz der öffentlichen Gesundheit, von Minderjährigen, des zivilgesellschaftlichen Diskurses oder tatsächlichen oder vorhersehbaren Auswirkungen im Zusammenhang mit Wahlvorgängen und der öffentlichen Sicherheit.

Solche systemischen Risiken können nach dem 57. Erwägungsgrund des DSA-E z. B. durch die Erstellung von Fake-Accounts, den Einsatz von Bots und andere automatisierte oder teilautomatisierte Verhaltensweisen entstehen, die zu einer schnellen und weit verbreiteten Verbreitung von Informationen führen können, die illegale Inhalte darstellen oder nicht mit den Geschäftsbedingungen einer Online-Plattform vereinbar sind.

Bei der Durchführung von Risikobewertungen ist nach Art. 26 Abs. 2 DSA-E insbesondere zu berücksichtigen, wie die Systeme zur Moderation von Inhalten, Empfehlungssysteme und Systeme zur Auswahl und Anzeige von Werbung eines der genannten systemischen Risiken beeinflussen, einschließlich der potenziell schnellen und weiten Verbreitung illegaler Inhalte und von Informationen, die nicht mit den Geschäftsbedingungen der Plattformen vereinbar sind.

c) Abschwächung der Risiken

Nach Art. 27 Abs. 1 Satz 1 DSA-E sind sehr große Online-Plattformen verpflichtet, angemessene, verhältnismäßige und wirksame Maßnahmen zur Risikominderung zu ergreifen, die auf die ermittelten spezifischen Systemrisiken zugeschnitten sind. Diese Maßnahmen können nach Art. 27 Abs. 1 Satz 2 DSA-E i.V.m. dem 58. Erwägungsgrund des DSA-E ggf. u.a. umfassen:¹¹⁴

- (a) die Verbesserung oder anderweitige Anpassung der Gestaltung und Funktionsweise ihrer Inhaltsmoderation, ihrer algorithmischen Empfehlungssysteme und ihrer Online-Schnittstellen, damit sie von der Verbreitung illegaler Inhalte abhalten und diese einschränken sowie die Anpassung ihrer Entscheidungsprozesse, der Merkmale oder der Funktionsweise ihrer Dienste oder ihrer Geschäftsbedingungen;
- (b) gezielte Maßnahmen zur Begrenzung der Anzeige von Werbung in Verbindung mit dem von ihnen angebotenen Dienste, wie z. B. die Einstellung von Werbeeinnahmen für bestimmte Inhalte,
- (c) die Einleitung oder Anpassung der Zusammenarbeit mit Trusted Flaggern gemäß Art. 19 DSA-E, u.a. mittels Schulungen,

¹¹⁴ Der Verwaltungsrat veröffentlicht in Zusammenarbeit mit der Kommission einmal jährlich nach Art. 27 Abs. 2 DSA-E umfassende Berichte, die eine Bewertung der auffälligsten und wiederkehrenden Systemrisiken, die von sehr großen Online-Plattformen gemeldet oder anhand anderer Informationsquellen ermittelt wurden sowie bewährte Verfahren für sehr große Online-Plattformen zur Minderung der ermittelten Systemrisiken enthalten. Nach Art. 27 Abs. 3 DSA-E kann die Kommission in Zusammenarbeit mit den Koordinatoren für digitale Dienste allgemeine Leitlinien für die Anwendung von Art. 27 Abs. 1 DSA-E in Bezug auf bestimmte Risiken herausgeben, um insbesondere bewährte Verfahren vorzustellen und mögliche Maßnahmen zu empfehlen.

- (d) die Verbesserung der Sichtbarkeit von maßgeblichen Informationsquellen,
- (e) die Einführung von oder den Beitritt zu bestehenden Verhaltenskodizes oder anderen Selbstregulierungsmaßnahmen.

d) Datenzugriff zu Forschungszwecken

Auf begründeten Antrag des Koordinators für digitale Dienste der Einrichtung oder der Kommission haben sehr große Online-Plattformen gemäß Art. 31 Abs. 2 DSA-E überprüften Forschern¹¹⁵ ausschließlich zum Zweck der Durchführung von Forschungsarbeiten, die zur Ermittlung und zum Verständnis von Systemrisiken gemäß Art. 26 Abs. 1 DSA-E beitragen, Zugang zu Daten zu gewähren.¹¹⁶

2. Unabhängiges Auditing

Sehr große Online-Plattformen werden nach Art. 28 Abs. 1 DSA-E auf eigene Kosten und mindestens einmal jährlich Audits unterzogen, um zu überprüfen, ob diese die in Kapitel III des DSA-E genannten Verpflichtungen sowie alle Verpflichtungen, die gemäß den in den Art. 35 und 36 genannten Verhaltenskodizes und den in Art. 37 genannten Krisenprotokollen eingegangen wurden, einhalten.¹¹⁷ Plattformen, die einen nicht positiven Audit-Prüfbericht erhalten, müssen nach Absatz 4 des Regelungsvorschlags allen an sie gerichteten operativen Empfehlungen gebührend Rechnung tragen, um die erforderlichen Maßnahmen zu deren Umsetzung zu ergreifen. Sie nehmen innerhalb eines Monats nach Erhalt dieser Empfehlungen einen Audit-Durchführungsbericht an, in dem diese Maßnahmen dargelegt werden. Setzen sie die operativen Empfehlungen nicht um, so begründen sie im Auditdurchführungsbericht, warum sie dies nicht getan haben, und legen alle alternativen Maßnahmen dar, die sie zur Behebung der festgestellten Verstöße ergriffen haben.

3. Empfehlungssysteme

a) Einleitung

Ein Kernbestandteil des Geschäftsmodells (nicht nur) einer sehr großen Online-Plattform ist, wie die Kommission im 62. Erwägungsgrund des DSA-E zutreffend betont, die Art und Weise, wie Informationen priorisiert und auf ihrer Online-Oberfläche präsentiert werden, um den Zugang zu Informationen für die Empfänger des Dienstes zu erleichtern und zu optimieren. Dies geschieht z. B. durch algorithmisches Vorschlagen, Ranking und Priorisierung von Informationen, Unterscheidung durch Text oder andere visuelle Darstellungen oder anderweitige Kuratierung der von den Empfängern bereitgestellten Informationen. Solche Empfehlungssysteme können einen erheblichen Einfluss auf die Fähigkeit der Empfänger haben, Informationen online abzurufen und mit ihnen zu interagieren. Sie spielen auch eine wichtige Rolle bei der Verstärkung bestimmter Nachrichten, der viralen Verbreitung von Informationen und der Stimulierung des Online-Verhaltens.

¹¹⁵ Um geprüft zu werden, müssen die Forscher nach Art. 31 Abs. 4 DSA-E akademischen Einrichtungen angehören, von kommerziellen Interessen unabhängig sein, nachweislich über Fachwissen in den Bereichen verfügen, die mit den untersuchten Risiken oder den entsprechenden Forschungsmethoden zusammenhängen, und sich verpflichten und in der Lage sein, die spezifischen Anforderungen an die Datensicherheit und die Vertraulichkeit zu wahren, die jeder Anfrage entsprechen.

¹¹⁶ Einzelheiten sollen nach Art. 31 Abs. 5 DSA-E in delegierten Rechtsakten der Kommission festgelegt werden. Hierzu zählen die besonderen Bedingungen, unter denen eine gemeinsame Nutzung von Daten mit geprüften Forschern im Einklang mit der Datenschutz-Grundverordnung der EU erfolgen kann, wobei die Rechte und Interessen der sehr großen Online-Plattformen und der Empfänger des betreffenden Dienstes, einschließlich des Schutzes vertraulicher Informationen, insbesondere von Geschäftsgeheimnissen, und der Aufrechterhaltung der Sicherheit ihres Dienstes, berücksichtigt werden.

¹¹⁷ Vgl. zur Gestaltung des Auditing auch den 60. und 61. Erwägungsgrund des DSA-E.

Vor diesem Hintergrund sieht der DSA-E für sehr große Online-Plattformen Transparenzpflichten und Pflichten zur empfängerseitigen Abänderungsmöglichkeit vor. Anknüpfungspunkt für diese Pflichten ist ein „Empfehlungssystem“ i.S. des DSA-E. Dieses wird in Art. 2 Buchst. o) des Vorschlags legaldefiniert als „ein vollständig oder teilweise automatisiertes System, das von einer Online-Plattform verwendet wird, um den Empfängern des Dienstes in ihrer Online-Oberfläche bestimmte Informationen vorzuschlagen, auch als Ergebnis einer vom Empfänger initiierten Suche oder zur anderweitigen Bestimmung der relativen Reihenfolge oder Hervorhebung der angezeigten Informationen“.

b) Empfehlungssystembezogene Verpflichtungen

Sehr große Online-Plattformen, die Empfehlungssysteme verwenden, sind nach Art. 29 Abs. 1 Satz 1 des DSA-E verpflichtet, in ihren Geschäftsbedingungen in klarer, zugänglicher und leicht verständlicher Weise die wichtigsten Parameter darzustellen, die in ihren Empfehlungssystemen verwendet werden, sowie alle Optionen darzulegen, die sie den Empfängern des Dienstes zur Verfügung stellen, um diese wichtigsten Parameter zu ändern oder zu beeinflussen. Zu diesen Optionen muss nach Satz 2 der Regelung mindestens eine zählen, die nicht auf Profiling im Sinne von Art. 4 Abs. 4 der DS-GVO (Verordnung (EU) 2016/679) basiert.

Datenschutzfreundlich wäre es, wenn diese Variante prominent platziert werden müsste; eine solche Verpflichtung sieht der Vorschlag nicht vor. Ebenso wenig besteht bislang eine Transparenzverpflichtung dahingehend, dass bei Optionen, die auf Profiling i.S. des Art. 4 Abs. 4 DS-GVO basieren, dieser Umstand kenntlich gemacht werden muss. Ob vor diesem Hintergrund aus Sicht des Europäischen Parlaments dessen kritische Haltung zu profilorientierten Empfehlungssystemen hinreichend aufgegriffen ist, wird sich im weiteren Rechtsetzungsverfahren erweisen.¹¹⁸

Stehen mehrere Optionen gemäß Art. 29 Abs. 1 des DSA-E zur Verfügung, müssen sehr große Online-Plattformen nach Absatz 2 dieser Regelung auf ihrer Online-Schnittstelle eine leicht zugängliche Funktion bereitstellen, die es den Empfängern des Dienstes ermöglicht, jederzeit ihre bevorzugte Option für jedes der Empfehlungssysteme auszuwählen und zu ändern, die die relative Reihenfolge der ihnen präsentierten Informationen bestimmt. Eine Vorfestlegung der Option ist durch diese Verpflichtung – anders als beim Einwilligungserfordernis nach der DS-GVO, bei dem eine automatische Einwilligungserklärung mit bloßer Widerrufsmöglichkeit unzureichend ist - nicht ausgeschlossen.

c) Verhältnis zum Medienstaatsvertrag

Die Verpflichtungen nach dem DSA-E sind vom personellen Anwendungsbereich her enger, vom sachlichen Pflichtenkatalog her weiter gefasst als die Pflichten nach dem MStV. Gleiches gilt in Bezug auf den personellen Anwendungsbereich für die Verpflichtungen nach dem DMA-E.

4. Compliance-Beauftragte

Sehr große Online-Plattformen sollen nach Art. 32 Abs. 1 DSA-E schließlich auch verpflichtet sein, einen oder mehrere Compliance-Beauftragte zu bestellen, die für die Überwachung der Einhaltung dieser Verordnung durch sie verantwortlich sind.

¹¹⁸ Das Europäische Parlament geht davon aus, dass das derzeitige Geschäftsmodell bestimmter Hosting-Plattformen für Inhalte darin bestehe, „Inhalte zu fördern, die die Aufmerksamkeit der Nutzer wecken und daher mehr Profilerstellungsdaten generieren, um effektivere und gezielte Werbung anbieten zu können und damit die Gewinne zu steigern“. Diese Profilerstellung könne in Verbindung mit gezielter Werbung „zu einer Hervorhebung von Inhalten führt, die Emotionen ansprechen, was häufig die Sensationslust in Nachrichten-Feeds und Empfehlungssystemen ankurbelt und begünstigt und zur Manipulation der Nutzer führen kann“; vgl. die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 20. Oktober 2020, P9_TA(2020)0273, Buchst. K.

Diese Compliance-Beauftragten müssen über die zur Erfüllung der ihnen obliegenden Aufgaben ¹¹⁹ erforderlichen beruflichen Qualifikationen, Kenntnisse, Erfahrungen und Fähigkeiten verfügen. Sie können entweder Mitarbeiter der betreffenden sehr großen Online-Plattform sein oder diese Aufgaben auf der Grundlage eines Vertrags mit dieser Plattform erfüllen.

Die Plattformen haben nach Art. 32 Abs. 4 DSA-E sicherzustellen, dass die Compliance-Beauftragten ihre Aufgaben unabhängig wahrnehmen können. Sie müssen nach Art. 32 Abs. 6 DSA-E den Compliance-Beauftragten bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben unterstützen und ihm die zur angemessenen Erfüllung dieser Aufgaben erforderlichen Ressourcen zur Verfügung stellen. Der Compliance-Beauftragte berichtet nach Art. 32 Abs. 7 DSA-E direkt an die höchste Führungsebene der Plattform.

IX. Besondere Verpflichtungen für Gatekeeper

1. Einleitung

Der DMA-E soll Gatekeepern wie Google und Amazon Verhaltensvorschriften machen. Diese Plattformen, die für viele Bürger der Einstieg ins Internet oder zum Online-Einkauf sind, sollen sich mit ihrer Marktmacht und ihrem Datenschutz keine unfairen Vorteile zulasten kleinerer Wettbewerber verschaffen. Dabei reagiert die Kommission auf die besonderen Herausforderungen der Plattformökonomie. Ziel ist es, - abweichend von der klassischen *ex-post*-Wettbewerbskontrolle der EU - im Sinne einer *ex-ante*-Regulierung von vorneherein zu verhindern, dass solche *global player* ihre Stellung missbrauchen. Denn mit einer bloß nachträglichen Durchsetzung des Wettbewerbsrechts allein kann im Ergebnis der Netzwerkeffekte der digitalen Plattformökonomie, was auch das Europäische Parlament in seiner Entschließung vom 20. Oktober 2020¹²⁰ betont hat, nicht wirksam gegen die Auswirkungen, auch auf den fairen Wettbewerb im digitalen Binnenmarkt, vorgegangen werden, die durch die Marktmacht bestimmter Online-Plattformen verursacht werden.

2. Allgemeine Verpflichtungen

In Bezug auf jeden seiner gemäß Art. 3 Abs. 7 DMA-E identifizierten zentralen Plattformdienste muss ein Gatekeeper gemäß Art. 5 Abs. 1 DMA-E

- a) es unterlassen, personenbezogene Daten aus diesen zentralen Plattformdiensten mit personenbezogenen Daten aus anderen vom Gatekeeper angebotenen Diensten oder mit personenbezogenen Daten aus Diensten Dritter zu kombinieren und Endnutzer bei anderen Diensten des Gatekeepers anzumelden, um personenbezogene Daten zu kombinieren, es sei denn, der Endnutzer wurde vor die Wahl gestellt und hat seine Einwilligung im Sinne der Datenschutz-Grundverordnung gegeben;¹²¹

¹¹⁹ Die Compliance-Beauftragten haben nach Art. 32 Abs. 3 DSA-E u.a. mit dem Koordinator für digitale Dienste der Einrichtung und der Kommission für die Zwecke dieser Verordnung zusammenzuarbeiten, die Tätigkeiten der sehr großen Online-Plattform im Zusammenhang mit dem Auditing gemäß Art. 28 DSA-E zu organisieren und zu beaufsichtigen und die Einhaltung der Verpflichtungen der sehr großen Online-Plattform im Rahmen dieser Verordnung zu überwachen.

¹²⁰ Vgl. die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 20. Oktober 2020, P9_TA(2020)0273, Buchst. D.

¹²¹ Bei diesem Verbot berücksichtigt die Kommission nach dem 36. Erwägungsgrund des DMA-E, dass das Verhalten, Endnutzerdaten aus verschiedenen Quellen zu kombinieren oder Nutzer bei verschiedenen Diensten von Gatekeepern anzumelden, diese potenzielle Vorteile in Bezug auf die Anhäufung von Daten verschafft und damit die Eintrittsbarrieren erhöht. Um sicherzustellen, dass Gatekeeper die Anfechtbarkeit der wichtigsten Plattformdienste nicht in unlauterer Weise untergraben, sollten sie ihren Endnutzern die Möglichkeit geben, sich frei für eine solche Geschäftspraxis zu entscheiden, indem sie eine weniger personalisierte Alternative anbieten. Diese Möglichkeit sollte dem Endnutzer proaktiv in ausdrücklicher, klarer und unkomplizierter Weise präsentiert werden.

- b) den geschäftlichen Nutzern erlauben, den Endnutzern dieselben Produkte oder Dienstleistungen über Online-Vermittlungsdienste Dritter zu Preisen oder Bedingungen anzubieten, die sich von denen unterscheiden, die über die Online-Vermittlungsdienste des Gatekeepers angeboten werden;¹²²
- c) es den geschäftlichen Nutzern gestatten, Angebote an Endnutzer, die über den zentralen Plattformdienst akquiriert wurden, zu bewerben und Verträge mit diesen Endnutzern abzuschließen, und es den Endnutzern gestatten, über die zentralen Plattformdienste des Gatekeepers auf Inhalte, Abonnements, Funktionen oder andere Gegenstände zuzugreifen und diese zu nutzen, indem sie die Softwareanwendung eines geschäftlichen Nutzers verwenden, wenn diese Gegenstände von den Endnutzern von dem betreffenden geschäftlichen Nutzer erworben wurden, ohne die zentralen Plattformdienste des Gatekeepers zu nutzen;
- (d) es unterlassen, geschäftlichen Nutzer daran zu hindern oder einzuschränken, bei einer zuständigen Behörde Probleme im Zusammenhang mit den Praktiken von Gatekeepern vorzubringen;¹²³
- e) es unterlassen, von geschäftlichen Nutzern zu verlangen, einen Identifizierungsdienst¹²⁴ des Gatekeepers im Zusammenhang mit Diensten, die von den geschäftlichen Nutzern unter Nutzung der zentralen Plattformdienste des Gatekeepers angeboten werden, zu nutzen, anzubieten oder damit zu interagieren;
- f) es unterlassen, von geschäftlichen Nutzern oder Endnutzern zu verlangen, dass sie sich als Bedingung für den Zugang zu einem ihrer zentralen Plattformdienste oder für die Erreichung der Schwellenwerte in Art. 3 Abs. 2 Buchst. b) DMA-E anzumelden oder zu registrieren;¹²⁵
- g) Werbetreibenden und Verleger, denen er Werbedienstleistungen erbringt, auf Anfrage Informationen über den vom Werbetreibenden und Verleger gezahlten Preis sowie den an den Verleger gezahlten Betrag oder die an ihn gezahlte Vergütung für die Veröffentlichung

¹²² Damit reagiert die Kommission nach dem 37. Erwägungsgrund des DMA-E darauf, dass Gatekeeper aufgrund ihrer Stellung in bestimmten Fällen die Fähigkeit der gewerblichen Nutzer ihrer Online-Vermittlungsdienste einschränken können, ihre Waren oder Dienstleistungen den Endnutzern zu günstigeren Bedingungen, einschließlich des Preises, über andere Online-Vermittlungsdienste anzubieten. Solche Beschränkungen haben eine erhebliche abschreckende Wirkung auf die geschäftlichen Nutzer von Gatekeepern in Bezug auf die Nutzung alternativer Online-Vermittlungsdienste und schränken den Wettbewerb zwischen den Plattformen ein, was wiederum die Auswahl an alternativen Online-Vermittlungskanälen für die Endnutzer einschränkt. Gatekeeper dürfen nach dieser Regelung den gewerblichen Nutzer in der Wahl differenzierter Geschäftsbedingungen, einschließlich des Preises, nicht beschränken. Ein solches Beschränkungsverbot gilt auch für jede Maßnahme mit gleicher Wirkung, wie z. B. erhöhte Provisionssätze oder ein De-Listing der Angebote von gewerblichen Nutzern.

¹²³ Geschäftskunden können sich z.B. über unlautere Praktiken beschweren, wie diskriminierende Zugangsbedingungen, eine ungerechtfertigte Schließung von Geschäftskundenkonten oder unklare Gründe für ein De-Listing von Produkten beschweren. Jede Praxis, die eine solche Beschwerdemöglichkeit oder die Inanspruchnahme von diesbezüglichen Rechtsschutzmöglichkeiten verhindert, beispielsweise durch Vertraulichkeitsklauseln in Vereinbarungen oder andere schriftliche Bestimmungen, ist durch diese Regelung im Lichte des 39. Erwägungsgrundes des DMA-E verboten. Davon bleibt das Recht der gewerblichen Nutzer und der Gatekeeper unberührt, in ihren Vereinbarungen die Nutzungsbedingungen festzulegen, einschließlich der Nutzung rechtmäßiger Mechanismen für die Bearbeitung von Beschwerden, einschließlich der Nutzung alternativer Streitbeilegungsmechanismen oder der Zuständigkeit bestimmter Gerichte im Einklang mit dem jeweiligen Unionsrecht und dem nationalen Recht.

¹²⁴ Identifizierungsdienste sind nach dem 40. Erwägungsgrund des DMA-E für geschäftliche Nutzer von entscheidender Bedeutung, da sie ihnen nicht nur die unionsrechtskonforme Optimierung von Diensten ermöglichen, sondern auch das Vertrauen in rechtmäßige Online-Transaktionen stärken.

¹²⁵ Gatekeeper sollten nach dem 41. Erwägungsgrund des DMA-E die freie Wahl der Endnutzer nicht dadurch einschränken, dass sie den Wechsel zwischen verschiedenen Softwareanwendungen und -diensten oder deren Abonnement technisch verhindern. Gatekeeper sollten daher eine freie Wahl unabhängig davon gewährleisten, ob sie der Hersteller von Hardware sind, über die auf solche Softwareanwendungen oder Dienste zugegriffen wird, und sollten keine künstlichen technischen Hindernisse errichten, die einen Wechsel unmöglich oder unwirksam machen. Das bloße Angebot eines bestimmten Produkts oder Dienstes an die Endnutzer, auch in Form einer Vorinstallation, würde nach diesem Erwägungsgrund kein Hindernis für einen Wechsel darstellen.

einer bestimmten Anzeige und für jede der vom Gatekeeper erbrachten einschlägigen Werbedienstleistungen zur Verfügung stellen.¹²⁶

3. Verpflichtungen, die durch die Kommission konkretisiert werden können

In Bezug auf jeden seiner gemäß Art. 3 Abs. 7 DMA-E festgelegten zentralen Plattformdienste muss ein Gatekeeper gemäß Art. 6 Abs. 1 DMA-E zudem (was die Pflichten nach Art. 5 Abs. 1 DMA-E konkretisierend wie ergänzend zu verstehen ist)

- a) es unterlassen, im Wettbewerb mit gewerblichen Nutzern alle nicht öffentlich zugänglichen Daten¹²⁷ zu nutzen, die durch Aktivitäten dieser gewerblichen Nutzer, einschließlich der Endnutzer dieser gewerblichen Nutzer, seiner zentralen Plattformdienste erzeugt oder von diesen gewerblichen Nutzern seiner zentralen Plattformdienste oder den Endnutzern dieser gewerblichen Nutzer bereitgestellt werden;¹²⁸
- b) den Endnutzern die Deinstallation vorinstallierter Softwareanwendungen auf seinem zentralen Plattformdienst gestatten;¹²⁹
- c) die Installation und tatsächliche Nutzung von Softwareanwendungen oder Softwareanwendungsspeichern Dritter, die Betriebssysteme dieses Gatekeepers verwenden oder mit diesen interagieren, gestatten und den Zugriff auf diese Softwareanwendungen oder

¹²⁶ Hintergrund dieser Informationspflicht ist nach dem 42. Erwägungsgrund des DMA-E, dass die Bedingungen, unter denen Gatekeeper Online-Werbedienstleistungen für geschäftliche Nutzer bereitstellen, oft intransparent und undurchsichtig sind. Diese Undurchsichtigkeit ist auch auf die schiere Komplexität des modernen *programmatic advertising* zurückzuführen. Es wird davon ausgegangen, dass der Sektor nach der Einführung der neuen Datenschutzgesetze noch undurchsichtiger geworden ist und mit der angekündigten Abschaffung der Cookies von Drittanbietern noch undurchsichtiger werden wird. Darüber hinaus sind die Kosten für Online-Werbung wahrscheinlich höher, als sie es in einem faireren, transparenteren und wettbewerbsfähigen Plattformumfeld wären. Diese höheren Kosten werden sich wahrscheinlich in den Preisen niederschlagen, die die Endnutzer für viele Produkte und Dienstleistungen des täglichen Lebens zahlen, die auf der Nutzung von Online-Werbung beruhen.

¹²⁷ Für die Zwecke dieser Verpflichtung umfassen nicht öffentlich zugängliche Daten gemäß Art. 6 Abs. 2 DMA-E alle von geschäftlichen Nutzern generierten aggregierten und nicht aggregierten Daten, die aus den kommerziellen Aktivitäten der geschäftlichen Nutzer oder ihrer Kunden auf dem zentralen Plattformdienst des Gatekeepers abgeleitet oder durch diese erhoben werden können.

¹²⁸ Ein Gatekeeper kann unter bestimmten Umständen eine Doppelrolle als Anbieter von zentralen Plattformdiensten einnehmen, indem er seinen Geschäftsnutzern einen zentralen Plattformdienst zur Verfügung stellt und gleichzeitig mit denselben Geschäftsnutzern bei der Bereitstellung derselben oder ähnlicher Dienste oder Produkte für dieselben Endnutzer konkurriert. Unter diesen Umständen kann ein Gatekeeper seine Doppelrolle nutzen, um Daten, die aus Transaktionen seiner geschäftlichen Nutzer auf der zentralen Plattform stammen, für seine eigenen Dienste zu verwenden, die ähnliche Dienste wie die seiner geschäftlichen Nutzer anbieten. Dies kann z. B. der Fall sein, wenn ein Gatekeeper einen Online-Marktplatz oder App-Store für geschäftliche Nutzer bereitstellt und gleichzeitig Dienste als Online-Händler oder Anbieter von Anwendungssoftware gegenüber diesen geschäftlichen Nutzern anbietet. Um zu verhindern, dass Gatekeeper in unlauterer Weise von ihrer Doppelrolle profitieren, sollte nach dem 43. Erwägungsgrund des DMA-E sichergestellt werden, dass sie keine aggregierten oder nicht aggregierten Daten, zu denen auch anonymisierte und personenbezogene Daten gehören können, die nicht öffentlich zugänglich sind, verwenden, um ähnliche Dienste wie ihre gewerblichen Nutzer anzubieten.

¹²⁹ Ein Gatekeeper kann verschiedene Mittel einsetzen, um seine eigenen Dienste oder Produkte auf seinem zentralen Plattformdienst zu begünstigen, zum Nachteil derselben oder ähnlicher Dienste, die Endnutzer über Dritte beziehen könnten. Dies kann, worauf die Kommission im 46. Erwägungsgrund des DMA-E hinweist, z. B. der Fall sein, wenn bestimmte Softwareanwendungen oder Dienste von einem Gatekeeper vorinstalliert werden. Um den Endnutzern die Wahl zu ermöglichen, sollten Gatekeeper die Endnutzer nicht daran hindern, vorinstallierte Softwareanwendungen auf ihrem zentralen Plattformdienst zu deinstallieren und dadurch ihre eigenen Softwareanwendungen zu bevorzugen.

Die Möglichkeit eines Gatekeepers, eine solche Deinstallation in Bezug auf Softwareanwendungen einzuschränken, die für das Funktionieren des Betriebssystems oder des Geräts unerlässlich sind und die von Dritten technisch nicht eigenständig angeboten werden können, bleibt von der Pflicht im Übrigen unberührt.

Softwareanwendungsspeicher über andere Mittel als die zentralen Plattformdienste dieses Gatekeepers ermöglichen.¹³⁰

- d) es unterlassen, Dienste und Produkte, die vom Gatekeeper selbst oder von einem Dritten, der zum selben Unternehmen gehört, angeboten werden, in der Rangfolge günstiger zu behandeln als ähnliche Dienste oder Produkte Dritter, und faire und nicht diskriminierende Bedingungen für diese Rangfolge anwenden. Dieses Diskriminierungsverbot¹³¹ geht über die in § 94 MStV geregelte Diskriminierungsfreiheit hinaus.
- e) die Möglichkeit der Endnutzer, zwischen verschiedenen Softwareanwendungen und Diensten, auf die über das Betriebssystem des Gatekeepers zugegriffen werden kann, zu wechseln und diese zu abonnieren, technisch nicht einschränken, auch nicht in Bezug auf die Wahl des Internetzugangsanbieters für die Endnutzer;¹³²
- f) geschäftlichen Nutzern und Anbietern von Zusatzdiensten den Zugang zu und die Interoperabilität mit denselben Betriebssystemen, Hardware- oder Softwarefunktionen ermöglichen, die bei der Bereitstellung von Zusatzdiensten durch den Gatekeeper verfügbar sind oder verwendet werden;¹³³
- g) Werbetreibenden und Verlegern auf Anfrage kostenlos Zugang zu den Leistungsmessungstools des Gatekeepers und zu den Informationen gewähren, die Werbetreibende und Verleger benötigen, um ihre eigene unabhängige Überprüfung des Werbeinventars durchzuführen;
- h) eine wirksame Übertragbarkeit von Daten, die durch die Tätigkeit eines geschäftlichen Nutzers oder Endnutzers erzeugt wurden, bereitstellen und insbesondere Tools für Endnutzer bereitstellen, um die Ausübung der Datenübertragbarkeit im Einklang mit der Datenschutz-Grundverordnung zu erleichtern;¹³⁴
- i) geschäftlichen Nutzern oder von einem geschäftlichen Nutzer beauftragten Dritten unentgeltlich einen effektiven, hochwertigen, kontinuierlichen und Echtzeit-Zugang zu und die Nutzung von aggregierten oder nicht aggregierten Daten, die im Zusammenhang mit der Nutzung der jeweiligen zentralen Plattformdienste durch diese geschäftlichen Nutzer und die Endnutzer, die sich mit den von diesen Geschäftsnutzern bereitgestellten Produkten oder Diensten beschäftigen, bereitgestellt oder erzeugt werden, zu ermöglichen;¹³⁵
- j) Drittanbietern von Online-Suchmaschinen auf deren Anfrage zu fairen, angemessenen und diskriminierungsfreien Bedingungen Zugang zu Ranking-, Anfrage-, Klick- und Ansichtsdaten in Bezug auf die kostenlose und bezahlte Suche gewähren, die von Endnutzern auf Online-Suchmaschinen des Gatekeepers generiert werden, vorbehaltlich der Anonymisierung der Anfrage-, Klick- und Ansichtsdaten, die personenbezogene Daten darstellen;¹³⁶

¹³⁰ Der Gatekeeper ist hierdurch nicht daran gehindert, verhältnismäßige Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass Softwareanwendungen oder Softwareanwendungsspeicher Dritter die Integrität der vom Gatekeeper bereitgestellten Hardware oder des Betriebssystems nicht gefährden.

¹³¹ Zu Hintergründen und Einzelheiten dieses Verbots vgl. den 48. und 49. Erwägungsgrund des DMA-E.

¹³² Zu Einzelheiten und Zielen dieses Verbots vgl. den 50. Erwägungsgrund des DMA-E.

¹³³ Zu Hintergründen und Einzelheiten dieses Verbots vgl. den 51 u. 52. Erwägungsgrund des DMA-E.

¹³⁴ Zu Einzelheiten dieses Verbots, auch mit Blick auf das Innovationspotential im dynamischen Digitalsektor, vgl. den 54. Erwägungsgrund des DMA-E.

¹³⁵ Zu Hintergründen und Einzelheiten dieses Gebots vgl. den 55. Erwägungsgrund des DMA-E. Für personenbezogene Daten ist der Zugriff und die Nutzung nur dann zu ermöglichen, wenn dies in direktem Zusammenhang mit der Nutzung steht, die der Endnutzer in Bezug auf die vom jeweiligen geschäftlichen Nutzer über den jeweiligen zentralen Plattformdienst angebotenen Produkte oder Dienstleistungen vornimmt, und wenn der Endnutzer einer solchen Weitergabe mit einer Einwilligung i.S. der DS-GVO zustimmt.

¹³⁶ Der Wert von Online-Suchmaschinen für ihre jeweiligen Geschäftskunden und Endkunden steigt, wie die Kommission im 56. Erwägungsgrund des DMA-E aufzeigt, mit der Gesamtzahl dieser Nutzer. Anbieter von Online-Suchmaschinen sammeln und speichern aggregierte Datensätze, die Informationen darüber enthalten, wonach die Nutzer gesucht haben und wie sie mit den Ergebnissen, die ihnen angezeigt wurden, interagiert haben. Die Anbieter von Online-Suchmaschinendiensten sammeln diese Daten aus Suchanfragen, die über ihren eigenen Online-Suchmaschinendienst durchgeführt wurden, und gegebenenfalls aus Suchanfragen, die über die Plattformen ihrer nachgelagerten kommerziellen Partner durchgeführt wurden. Der Zugang von Gatekeepern zu

k) faire und nichtdiskriminierende allgemeine Bedingungen für den Zugang gewerblicher Nutzer zu seinem Software-Anwendungsspeicher anwenden.¹³⁷

Die Gatekeeper sollten die Einhaltung der Verpflichtungen nach den Art. 5 und 6 DMA-E auch durch positive Ausgestaltung der Regeln sicherstellen. Die erforderlichen Maßnahmen sollten daher so weit wie möglich in das von den Gatekeepern verwendete technische Design integriert werden.¹³⁸

Stellt die Kommission fest, dass die Maßnahmen, die ein Gatekeeper durchzuführen beabsichtigt oder durchgeführt hat, die wirksame Einhaltung der einschlägigen Verpflichtungen gemäß Art. 6 DMA-E nicht gewährleisten, kann sie nach Art. 7 Abs. 2 DMA-E durch Beschluss die Maßnahmen festlegen, die der betreffende Gatekeeper durchzuführen hat. Dabei stellt die Kommission nach Art. 7 Abs. 5 DMA-E sicher, dass die Maßnahmen unter den besonderen Umständen des Gatekeepers und des betreffenden Dienstes verhältnismäßig sind. Bei der Festlegung der Verpflichtungen nach Art. 6 Abs. 1 Buchst. j und k DMA-E prüft die Kommission nach Art. 7 Abs. 6 DMA-E auch, ob die beabsichtigten oder durchgeführten Maßnahmen sicherstellen, dass kein Ungleichgewicht der Rechte und Pflichten der gewerblichen Nutzer verbleibt und dass die Maßnahmen dem Gatekeeper nicht selbst einen Vorteil verschaffen, der in keinem Verhältnis zu dem Dienst steht, den der Gatekeeper für die gewerblichen Nutzer erbringt.

4. Umgehungsschutz

Die Einhaltung der Verpflichtungen nach Art. 5 und 6 DMA-E darf nach Art. 11 Abs. 1 DMA-E nicht durch ein Verhalten des Unternehmens, zu dem der Gatekeeper gehört, unterlaufen werden, unabhängig davon, ob dieses Verhalten vertraglicher, kommerzieller, technischer oder sonstiger Art ist. Ein Gatekeeper darf zudem die Bedingungen oder die Qualität der zentralen Plattformdienste, die den gewerblichen Nutzern oder Endnutzern, die von den in den Art. 5 und 6 DMA-E festgelegten Rechten oder Wahlmöglichkeiten Gebrauch machen, zur Verfügung gestellt werden, nicht verschlechtern oder die Ausübung dieser Rechte oder Wahlmöglichkeiten unangemessen erschweren.

5. Aussetzung von Verpflichtungen

Die Kommission kann nach Art. 8 Abs. 1 DMA-E auf begründeten Antrag des Gatekeepers eine in den Art. 5 und 6 DMA-E festgelegte spezifische Verpflichtung für einen Plattform-Kerndienst ausnahmsweise durch eine Entscheidung¹³⁹ ganz oder teilweise aussetzen, wenn der Gatekeeper nachweist, dass die Einhaltung dieser spezifischen Verpflichtung aufgrund außergewöhnlicher Umstände, auf die er keinen Einfluss hat, die wirtschaftliche Lebensfähigkeit seines Betriebs in der EU gefährden würde, und zwar nur insoweit, als dies erforderlich ist, um dieser Gefährdung

solchen Ranking-, Abfrage-, Klick- und Anzeigedaten stellt eine wichtige Schranke für den Markteintritt und die Expansion dar, die die Wettbewerbsfähigkeit von Online-Suchmaschinendiensten untergräbt.

¹³⁷ Die Preisgestaltung oder andere allgemeine Zugangsbedingungen sollten nach dem 57. Erwägungsgrund des DMA-E als unbillig angesehen werden, wenn sie zu einem Ungleichgewicht der Rechte und Pflichten der geschäftlichen Nutzer führen oder dem Gatekeeper einen Vorteil verschaffen, der in keinem Verhältnis zu dem Dienst steht, den er für die geschäftlichen Nutzer erbringt, oder zu einer Benachteiligung der geschäftlichen Nutzer bei der Erbringung der gleichen oder ähnlicher Dienste wie der Gatekeeper führen.

Die Verpflichtung nach Art. 6 Abs. 1 Buchst. k) DMA-E soll nach dem Erwägungsgrund die Fähigkeit der Anbieter von Software-Anwendungsspeichern, die erforderliche Verantwortung im Kampf gegen illegale und unerwünschte Inhalte gemäß dem DSA-E zu übernehmen, unberührt lassen.

¹³⁸ Vgl. den 58. Erwägungsgrund des DMA-E.

¹³⁹ Die Kommission kann auf begründeten Antrag eines Gatekeepers nach Art. 8 Abs. 3 DMA-E schon vor dieser Entscheidung eine vorläufige Aussetzungsentscheidung treffen, wobei die Aussetzung von Bedingungen und Auflagen abhängig gemacht werden kann, die von der Kommission festzulegen sind, um einen gerechten Ausgleich zwischen diesen Interessen und den Zielen dieser Verordnung zu gewährleisten.

seiner Lebensfähigkeit zu begegnen. Diese Entscheidung unterliegt nach Art. 8 Abs. 2 DMA-E einer jährlichen Überprüfung.

6. Freistellung aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses

Die Kommission kann nach Art. 9 Abs. 1 u. 2 DMA-E zudem auf dessen begründeten Antrag oder von Amts wegen durch eine Entscheidung¹⁴⁰ einen Gatekeeper ganz oder teilweise von einer bestimmten Verpflichtung gemäß den Art. 5 und 6 DMA-E in Bezug auf einen einzelnen, gemäß Art. 3 Abs. 7 ermittelten Plattform-Kerndienst befreien, wenn eine solche Befreiung aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, der öffentlichen Gesundheit oder der öffentlichen Sicherheit gerechtfertigt ist.

7. Zur Unionsrechtswidrigkeit der geplanten Regelung zur Aktualisierung der Verpflichtungen für Gatekeeper

Der Kommission soll nach Art. 10 Abs. 1 DMA-E die Befugnis übertragen werden, delegierte Rechtsakte gemäß Art. 34 DMA-E¹⁴¹ zu erlassen, um die in den Art. 5 und 6 festgelegten Verpflichtungen zu aktualisieren, wenn sie auf der Grundlage einer Marktuntersuchung gemäß Art. 17 DMA-E festgestellt hat, dass neue Verpflichtungen erforderlich sind, die sich auf Praktiken beziehen, die den Marktzutritt zu zentralen Plattformdiensten einschränken oder in gleicher Weise unlauter sind wie die Praktiken, die Gegenstand der in den Art. 5 und 6 DMA-E festgelegten Verpflichtungen sind.

Eine Praxis gilt dabei nach Art. 10 Abs. 2 DMA-E dann als unlauter oder als Einschränkung der Anfechtbarkeit von zentralen Plattformdiensten, wenn:

- a) ein Ungleichgewicht der Rechte und Pflichten der gewerblichen Nutzer besteht und der „Gatekeeper“ von den gewerblichen Nutzern einen Vorteil erlangt, der in keinem Verhältnis zu der Leistung steht, die der „Gatekeeper“ für die gewerblichen Nutzer erbringt, oder
- b) die Marktzutrittsmöglichkeiten (*contestability of markets*) infolge einer solchen Praxis von Gatekeepern geschwächt wird.

Eine solche delegierte Rechtsetzungskompetenz würde im Blick auf den breiten Beurteilungsspielraum der Kommission in Bezug auf die Auferlegung neuer Verpflichtungen die durch Art. 290 Abs. 1 AEUV gesetzten Schranken erkennbar überschreiten, da sie nicht mehr nur „nicht wesentliche“ Ergänzungen oder Änderungen von Art. 5 und 6 DMA-E ermöglichen würden.

8. Pflicht zur Unterrichtung über Zusammenschlüsse

Ein Gatekeeper muss nach Art. 12 Abs. 1 DMA-E die Kommission über jeden beabsichtigten Zusammenschluss im Sinne von Art. 3 der EG-Fusionskontrollverordnung (FKVO) unterrichten, an dem ein anderer Anbieter von zentralen Plattformdiensten oder sonstigen Diensten des digitalen Sektors beteiligt ist. Diese Pflicht soll unabhängig davon gelten, ob der Gatekeeper bei einer Wettbewerbsbehörde der EU gemäß der FKVO oder bei einer zuständigen nationalen Wettbewerbsbehörde gemäß den nationalen Fusionskontrollvorschriften anmeldepflichtig ist.¹⁴²

¹⁴⁰ Auch insoweit ist nach Art. 9 Abs. 3 DMA-E eine vorläufige Aussetzungsentscheidung möglich.

¹⁴¹ Gemeint sein dürfte Art. 36 DMA-E, da Art. 34 DMA-E sich auf die Veröffentlichung von Einzelentscheidungen bezieht.

¹⁴² Die Informationspflicht besteht vor dem Vollzug der Fusion und nach dem Abschluss der Vereinbarung, der Ankündigung des öffentlichen Übernahmeangebots oder dem Erwerb einer kontrollierenden Beteiligung. In der Anmeldung sind nach Art. 12 Abs. 2 DMA-E für die Übernahmeziele zumindest deren EWR- und weltweiter Jahresumsatz, für relevante zentrale Plattformdienste deren jeweiliger EWR-Jahresumsatz, die Zahl der jährlich aktiven gewerblichen Nutzer und die Zahl der monatlich aktiven Endnutzer sowie die Gründe für den geplanten Zusammenschluss anzugeben.

9. Auditing

Innerhalb von sechs Monaten nach seiner Benennung legt ein Gatekeeper nach Art. 13 DMA-E der Kommission eine von unabhängiger Seite geprüfte Beschreibung aller Techniken zur Erstellung von Verbraucherprofilen vor, die er auf seine zentralen Plattformdienste oder über diese hinweg anwendet. Diese Beschreibung ist mindestens einmal jährlich zu aktualisieren.

X. Der DSA-E im Gefüge des bestehenden sekundären Unionsrechts

1. Einleitung

Mit der vorgeschlagenen DSA-Verordnung soll ein horizontaler Rahmen für alle Kategorien von Inhalten, Produkten, Diensten und Tätigkeiten auf Vermittlungsdiensten eingeführt werden. Durch den Vorschlag werden aus Sicht der Kommission „weder die sektorspezifischen Rechtsvorschriften noch die darin festgelegten Durchsetzungs- und Governance-Mechanismen geändert, sondern es wird ein horizontaler Rahmen geschaffen, auf den man sich stützen kann, wenn es um Aspekte geht, die über bestimmte Inhalte oder Unterkategorien von Diensten hinausgehen, die in sektorspezifischen Rechtsakten geregelt sind.“¹⁴³

Art. 1 Abs. 5 des DSA-E sieht dementsprechend vor, dass der DSA nicht die Vorschriften der folgenden Rechtsakte berührt:

- (a) der e-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG;
- (b) der AVMD-Richtlinie 2010/13/EG;
- (c) des Unionsrechts zum Urheberrecht und zu verwandten Schutzrechten; wozu insbesondere die DSM-Richtlinie und die Geo-Blocking-Verordnung zählen,
- (d) der (im Rechtsetzungsprozess befindlichen) Verordnung über die Verhinderung der Verbreitung terroristischer Inhalte im Internet;
- (e) der (ebenfalls jeweils im Rechtsetzungsprozess befindlichen) Verordnung über Europäische Produktions- und Aufbewahrungsanordnungen für elektronische Beweismittel in Strafsachen und der Richtlinie zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für die Ernennung von gesetzlichen Vertretern zum Zwecke der Beweiserhebung in Strafverfahren;
- (f) der Verordnung (EU) 2019/1148 über die Vermarktung und Verwendung von Ausgangsstoffen für Explosivstoffe;
- (g) der Verordnung (EU) 2019/1150 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten;
- (h) des Unionsrechts zum Verbraucherschutz und zur Produktsicherheit, einschließlich der Verordnung (EU) 2017/2394 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden sowie
- (i) des Unionsrechts zum Schutz personenbezogener Daten, insbesondere der DS-GVO und der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation.

Diese sektorspezifischen Rechtsakte sind in Bezug auf ihren Geltungsbereich aus zwei Perspektiven begrenzt. Erstens behandeln die sektorspezifischen Maßnahmen nur eine kleine Teilmenge von Problemen (z. B. Urheberrechtsverletzungen, terroristische Inhalte, Material über sexuellen Kindesmissbrauch oder illegale Hassreden, einige illegale Produkte). Zweitens decken sie nur die Verbreitung solcher Inhalte auf bestimmten Arten von Diensten ab (z. B. eine Teilmenge von Online-Plattformen für Urheberrechtsverletzungen, nur Video-Sharing-Plattformen und nur in Bezug auf audiovisuelle terroristische Inhalte oder Hassreden).

Der in dem DSA-E verwendete Begriff der „Verbreitung an die Öffentlichkeit“ schließt aus Sicht der Kommission nach dem 14. Erwägungsgrund des DSA-E die Verbreitung von Informationen innerhalb geschlossener Gruppen, die aus einer endlichen Anzahl vorher festgelegter Personen

¹⁴³ Vgl. hierzu die Ausführungen zur Verhältnismäßigkeit innerhalb des DSA-E.

bestehen, aus. Ob damit Kommunikation innerhalb geschlossener Benutzergruppen, auf die § 4 Abs. 2 JMStV abstellt, vom Anwendungsbereich des DSA ausgeschlossen wäre, erscheint deshalb fraglich, weil der Vorschlag nicht präzisiert, wann ein Personenkreis vorher festgelegt ist. Im Interesse eines effektiven Jugendmedienschutzes wäre eine Haftungsprivilegierung, die geschlossene Benutzergruppen erfasst, erkennbar nicht.

Interpersonelle Kommunikationsdienste, wie sie in der Richtlinie (EU) 2018/1772, dem Europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation,¹⁴⁴ definiert sind, wie E-Mails oder private Nachrichtendienste, fallen nach dem DSA-E ebenfalls nicht in den Anwendungsbereich dieser Verordnung. Informationen sollten nur dann als im Sinne dieser Verordnung an die Öffentlichkeit verbreitet angesehen werden, wenn dies auf direkte Anfrage des Empfängers des Dienstes, der die Informationen bereitgestellt hat, geschieht.

Die vorgeschlagene DSA-Verordnung ergänzt aus Sicht der Kommission die bestehenden sektorspezifischen Rechtsvorschriften und berührt nicht die Anwendung der bestehenden EU-Rechtsvorschriften, die bestimmte Aspekte der Bereitstellung von Diensten der Informationsgesellschaft regeln und als *lex specialis* gelten. So gelten beispielsweise die in der AVMD-Richtlinie in der durch die Richtlinie (EU) 2018/1808 geänderten Fassung festgelegten Verpflichtungen für Anbieter von Video-Sharing-Plattformen in Bezug auf audiovisuelle Inhalte und audiovisuelle kommerzielle Kommunikation weiterhin. Der DSA soll jedoch für diese Anbieter gelten, soweit die AVMD-Richtlinie oder andere Rechtsakte der Union, wie etwa der Vorschlag für eine Verordnung über die Bekämpfung der Verbreitung terroristischer Inhalte im Internet, keine spezifischeren Bestimmungen für sie enthalten.

Ein solches *lex specialis*-Verhältnis mit Ergänzungsfunktion des DSA würde auch in Bezug auf den in der Verordnung (EU) 2019/1150 über die Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten festgelegten Rahmen gelten, mit dem sichergestellt werden soll, dass gewerblichen Nutzern solcher Dienste und Nutzern von Unternehmenswebsites in Bezug auf Online-Suchmaschinen angemessene Transparenz, Fairness und wirksame Rechtsbehelfsmöglichkeiten gewährt werden.

2. DSA und Verbraucherschutz

a) Einleitung

Schon der Ansatz des vorgeschlagenen Digital Services Act, das Internet zu einem Raum des Rechts zu gestalten, in dem illegale Inhalte zurückgedrängt werden, weist eine auch verbraucherschützerische Schutzrichtung auf. Gleiches gilt für die Bemühungen, dem Verbraucher mehr Einfluss darauf einzuräumen, welche Inhalte ihm über algorithmische Prozesse vorrangig präsentiert werden. Auch die im DSA-E für sehr große Online-Plattformen vorgesehene Verpflichtung, in ihren Vorschlagssystemen mindestens eine Option vorzusehen, die nicht auf datengestütztem Profiling basiert, sowie die Bekämpfung „systemischer Risiken“ sind verbraucherschützend – um nur zwei weitere Beispiele zu erwähnen, dass der DSA-E der verbraucherschützerischen Querschnittsklausel des Art. 12 AEUV Beachtung zukommen lässt.¹⁴⁵

Mit dem geplanten Digital Services Act soll allerdings auch der unionsrechtliche Besitzstand im Bereich des originären Verbraucherschutzes ergänzt werden, insbesondere im Hinblick auf die Richtlinie (EU) 2019/2161 zur Änderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinien 98/6/EG, 2005/29/EG und 2011/83/EU, die spezifische Vorschriften zur

¹⁴⁴ ABl. EU 2018 Nr. L 321/36.

¹⁴⁵ Nach dieser Klausel wird den Erfordernissen des Verbraucherschutzes bei der Festlegung und Durchführung der anderen Unionspolitiken und -maßnahmen Rechnung getragen. Die Compliance-Beauftragten haben nach Art. 32 Abs. 3 DSA-E u.a. mit dem Koordinator für digitale Dienste der Einrichtung und der Kommission für die Zwecke dieser Verordnung zusammenzuarbeiten, die Tätigkeiten der sehr großen Online-Plattform im Zusammenhang mit dem Auditing gemäß Art. 28 DSA-E zu organisieren und zu beaufsichtigen und die Einhaltung der Verpflichtungen der sehr großen Online-Plattform im Rahmen dieser Verordnung zu überwachen.

Erhöhung der Transparenz in Bezug auf bestimmte Merkmale bestimmter Dienste der Informationsgesellschaft festlegen.

b) Rückverfolgbarkeit von Gewerbetreibenden

Um zu einem sicheren, vertrauenswürdigen und transparenten Online-Umfeld für Verbraucher sowie für andere interessierte Parteien wie konkurrierende Gewerbetreibende und Inhaber von Rechten des geistigen Eigentums beizutragen und um Gewerbetreibende davon abzuhalten, Produkte oder Dienstleistungen unter Verstoß gegen die geltenden Vorschriften zu verkaufen, sollten Online-Plattformen, die Verbrauchern den Abschluss von Fernabsatzverträgen mit Gewerbetreibenden ermöglichen, sicherstellen, dass diese Gewerbetreibenden rückverfolgbar sind.¹⁴⁶

Ermöglicht eine Online-Plattform Verbrauchern den Abschluss von Fernabsatzverträgen mit Gewerbetreibenden, so sind sie daher nach Art. 22 Abs. 1 DSA-E verpflichtet sicherzustellen, dass Gewerbetreibende ihre Dienste nur dann nutzen können, um Nachrichten über in der EU ansässige Verbraucher zu verbreiten oder ihnen Produkte oder Dienstleistungen anzubieten, wenn die Online-Plattform vor der Nutzung ihrer Dienste

- a) den Namen, die Anschrift, die Telefonnummer und die elektronische Postanschrift des Händlers,
- b) eine Kopie des Ausweises des Gewerbetreibenden oder eine andere elektronische Identifizierung,¹⁴⁷
- c) die Bankverbindung des Gewerbetreibenden, sofern es sich bei dem Gewerbetreibenden um eine natürliche Person handelt,
- d) den Namen, die Anschrift, die Telefonnummer und die E-Mail-Adresse des Wirtschaftsteilnehmers,¹⁴⁸
- e) falls der Unternehmer in ein Handelsregister oder ein ähnliches öffentliches Register eingetragen ist, das Handelsregister, in das der Unternehmer eingetragen ist, und seine Registernummer oder ein gleichwertiges Identifikationsmerkmal in diesem Register,
- f) eine Selbstzertifizierung des Gewerbetreibenden, in der er sich verpflichtet, nur Produkte oder Dienstleistungen anzubieten, die den geltenden Vorschriften des Unionsrechts entsprechen, erhalten hat.¹⁴⁹

Die Online-Plattform muss gemäß Art. 22 Abs. 2 DSA-E nach Erhalt dieser Informationen angemessene Anstrengungen unternehmen, um zu bewerten, ob die in Absatz 1 Buchstaben a, d und e genannten Informationen zuverlässig sind, indem sie jede frei zugängliche offizielle Online-Datenbank oder Online-Schnittstelle¹⁵⁰ nutzt, die von einem Mitgliedstaat oder der EU zur Verfügung gestellt wird, oder indem sie den Händler auffordert, Belege aus zuverlässigen Quellen vorzulegen. Von den erfassten Online-Plattformen sollte allerdings nach dem 50.

¹⁴⁶ Vgl. den 49. Erwägungsgrund des DSA-E.

¹⁴⁷ Der DSA-E verweist insoweit auf die Vorgaben des Art. 3 der Verordnung (EU) Nr. 910/2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt, ABl. EU 2014 Nr. L 257/73.

¹⁴⁸ Zu dessen Begriffsbestimmung verweist der DSA-E auf Art. 3 Nr. 13 und Art. 4 der Verordnung (EU) 2019/1020 über Marktüberwachung und die Konformität von Produkten, ABl. EU 2019 Nr. L 169/1.

¹⁴⁹ Datenschutzrechtlich motiviert ist, dass die Online-Plattform die gemäß Art. 22 Abs. 1 u. 2 DSA-E erhaltenen Informationen auf sichere Weise für die Dauer ihrer Vertragsbeziehung mit dem betreffenden Unternehmer nach Art. 22 Abs. 4 DSA-E speichern und anschließend löschen muss und nach Art. 22 Abs. 5 DSA-E die Informationen nur dann an Dritte weitergeben darf, wenn dies nach geltendem Recht erforderlich ist.

¹⁵⁰ Der 50. Erwägungsgrund des DSA-E erwähnt insoweit beispielhaft nationale Handelsregister und das Mehrwertsteuer-Informationsaustauschsystem. Datenschutzrechtlich motiviert ist, dass die Online-Plattform die gemäß Art. 22 Abs. 1 u. 2 DSA-E erhaltenen Informationen auf sichere Weise für die Dauer ihrer Vertragsbeziehung mit dem betreffenden Unternehmer nach Art. 22 Abs. 4 DSA-E speichern und anschließend löschen muss und nach Art. 22 Abs. 5 DSA-E die Informationen nur dann an Dritte weitergeben darf, wenn dies nach geltendem Recht erforderlich ist.

Erwägungsgrund des DSA-E nicht verlangt werden, dass sie übermäßige oder kostspielige Online-Faktenermittlungen durchführen oder Überprüfungen vor Ort vornehmen. Auch sollten solche Online-Plattformen, die die in dieser Verordnung geforderten angemessenen Anstrengungen unternommen haben, nicht als Garantie für die Zuverlässigkeit der Informationen gegenüber Verbrauchern oder anderen interessierten Parteien verstanden werden. Erhält die Online-Plattform Hinweise darauf, dass eine der in Absatz 1 genannten Informationen, die sie von dem betreffenden Händler erhalten hat, unrichtig oder unvollständig ist, so fordert sie gemäß Art. 22 Abs. 3 DSA-E den Händler auf, die Informationen unverzüglich oder innerhalb der im Unionsrecht und im nationalen Recht festgelegten Frist zu korrigieren, soweit dies erforderlich ist, um sicherzustellen, dass alle Informationen richtig und vollständig sind. Korrigiert oder vervollständigt der Händler diese Informationen nicht, so setzt die Online-Plattform die Erbringung ihrer Dienstleistung für den Händler aus, bis der Aufforderung nachgekommen wird.

Die Online-Plattform ist nach Art. 22 Abs. 6 u. 7 DSA-E verpflichtet, die in Absatz 1 Buchstaben a, d, e und f genannten Informationen den Nutzern des Dienstes in klarer, leicht zugänglicher und verständlicher Form zur Verfügung zu stellen und ihre Online-Schnittstelle in einer Weise zu gestalten und zu organisieren, die es den Unternehmern ermöglicht, ihren Verpflichtungen in Bezug auf vorvertragliche Angaben und Produktsicherheitsinformationen nach geltendem Unionsrecht¹⁵¹ nachzukommen.

c) Transparenz der Online-Werbung

Online-Werbung spielt eine wichtige Rolle in der Online-Umgebung, auch in Bezug auf die Bereitstellung der Dienste von Online-Plattformen. Online-Werbung kann jedoch zu erheblichen Risiken beitragen, die von Werbung, die selbst illegale Inhalte darstellt, über einen Beitrag zu finanziellen Anreizen für die Veröffentlichung oder Verstärkung illegaler oder anderweitig schädlicher Inhalte und Aktivitäten im Internet bis hin zur diskriminierenden Anzeige von Werbung mit Auswirkungen auf die Gleichbehandlung und Chancengleichheit der Bürger reichen.¹⁵²

Zusätzlich zu den Anforderungen, die sich für sie aus Art. 6 e-Commerce-Richtlinie ergeben, haben Online-Plattformen, die auf ihren Online-Schnittstellen Werbung anzeigen, nach Art. 24 DSA-E sicherzustellen, dass die Empfänger des Dienstes für jede spezifische Werbung, die jedem einzelnen Empfänger angezeigt wird, klar und unmissverständlich und in Echtzeit erkennen können:

- (a) dass es sich bei der angezeigten Information um eine Werbung handelt,
- (b) die natürliche oder juristische Person, in deren Namen die Werbung angezeigt wird,
- (c) aussagekräftige Informationen über die wichtigsten Parameter, die zur Bestimmung des Empfängers, dem die Werbung angezeigt wird, verwendet werden. Dabei soll die zu diesem Zweck verwendete Logik sinnvoll erläutert werden, auch wenn diese auf Profiling beruht.¹⁵³

Die Plattformen müssen mithin weder ihre auf personalisierte Werbung bezogenen Algorithmen veröffentlichen noch ist solche personalisierte Werbung durch den DSA-E untersagt.

Die Anforderungen des DSA-E an die Bereitstellung von Informationen im Zusammenhang mit Werbung gelten nach dessen 52. Erwägungsgrund unbeschadet datenschutzrechtlicher Vorgaben.¹⁵⁴

¹⁵¹ Hierzu zählen nach dem 50. Erwägungsgrund des DSA-E insbesondere die Anforderungen nach den Art. 6 und 8 der Richtlinie 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher (ABl. 2011 Nr. L 304/64), des Art. 7 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern (ABl. 2005 Nr. L 149/22) und des Art. 3 der Richtlinie 98/6/EG über den Schutz der Verbraucher bei der Angabe der Preise der ihnen angebotenen Erzeugnisse (ABl. 1998 Nr. L 80/27).

¹⁵² Vgl. den 52. Erwägungsgrund des DSA-E.

¹⁵³ Vgl. den 52. Erwägungsgrund des DSA-E.

¹⁵⁴ Anwendbar bleiben danach namentlich die einschlägigen Bestimmungen (a) der EU-Datenschutz-Grundverordnung, insbesondere in Bezug auf das Widerspruchsrecht, die automatisierte individuelle

3. DSA und Datenschutz

Der DSA-E soll nach dem Vorschlag unbeschadet der DS-GVO und anderer Unionsvorschriften zum Schutz personenbezogener Daten und der Privatsphäre in der Kommunikation. So ergänzen die Maßnahmen in Bezug auf Werbung auf Online-Plattformen die bestehenden Vorschriften über die Einwilligung und das Recht auf Widerspruch gegen die Verarbeitung personenbezogener Daten, ändern diese aber nicht. Sie erlegen den Nutzern von Online-Plattformen Transparenzverpflichtungen auf, die es ihnen auch ermöglichen, von ihren Rechten als Betroffene Gebrauch zu machen. Sie ermöglichen auch eine Überprüfung durch Behörden und geprüfte Forscher, wie Werbung angezeigt wird und wie sie gezielt eingesetzt wird.

XI. Transparenzpflichten

Um ein angemessenes Maß an Transparenz und Rechenschaftspflicht sicherzustellen¹⁵⁵ sieht Art. 13 DSA-E für sämtliche Anbieter von Vermittlungsdiensten – mit Ausnahme von Kleinst- oder Kleinunternehmen im Sinne des Anhangs der Empfehlung 2003/361/EG – die Pflicht vor, mindestens einmal jährlich klare, leicht verständliche und ausführliche Berichte über die von ihnen während des betreffenden Zeitraums durchgeführte Inhaltsmoderation veröffentlichen.¹⁵⁶ Für sehr große Online-Plattformen besteht insoweit gemäß Art. 33 Abs. 1 DSA-E eine halbjährliche Berichtspflicht. Sehr große Online-Plattformen veröffentlichen die in Artikel 13 genannten Berichte innerhalb von sechs Monaten ab dem Zeitpunkt der Anwendung gemäß Artikel 25 Absatz 4 und danach alle sechs Monate.

Diese allgemeinen Transparenzpflichten werden in Art. 23 DSA-E für Anbieter von Online-Plattformen ergänzt. Sie müssen nach Absatz 1 dieser Regelung zusätzlich in ihren Berichten nach Art. 13 DSA-E Angaben zu

- der Anzahl der Streitfälle, die den in Art. 18 DSA-E genannten Stellen für die außergerichtliche Streitbeilegung vorgelegt wurden, die Ergebnisse der Streitbeilegung und die durchschnittlich benötigte Zeit für den Abschluss der Streitbeilegungsverfahren;
- die Zahl der gemäß Art. 20 DSA-E verhängten Aussetzungen, differenziert zwischen den Fällen offensichtlich rechtswidriger Inhalte, offensichtlich unbegründeter Mitteilungen und offensichtlich unbegründeter Beschwerden nach Absatz 1 und 2 dieser Regelung, sowie

Entscheidungsfindung, einschließlich Profiling, und insbesondere die Notwendigkeit, die Einwilligung der betroffenen Person vor der Verarbeitung personenbezogener Daten für gezielte Werbung einzuholen, sowie (b) der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, ABl. 2002 Nr. L 201/37), insbesondere die Bestimmungen über die Speicherung von Informationen in Endgeräten und den Zugang zu darin gespeicherten Informationen.

¹⁵⁵ Vgl. den 39. Erwägungsgrund des DSA-E.

¹⁵⁶ Diese Berichte haben nach Art. 13 Abs. 2 DSA-E insbesondere Angaben zu folgenden Punkten zu veröffentlichen: (a) die Anzahl der von den Behörden der Mitgliedstaaten eingegangenen Anordnungen, aufgeschlüsselt nach der Art der betreffenden illegalen Inhalte, einschließlich der gemäß den Art. 8 und 9 DSA-E erteilten Anordnungen, und die durchschnittliche Zeit, die für die Durchführung der in diesen Anordnungen genannten Maßnahmen benötigt wurde; (b) die Anzahl der gemäß Art. 14 DSA-E übermittelten Meldungen, aufgeschlüsselt nach der Art der betreffenden mutmaßlich illegalen Inhalte, die aufgrund der Meldungen ergriffenen Maßnahmen, wobei danach zu unterscheiden ist, ob die Maßnahmen auf der Grundlage des DSA oder der Geschäftsbedingungen des Anbieters ergriffen wurden, sowie die für die Ergreifung der Maßnahmen durchschnittlich benötigte Zeit; (c) die von den Anbietern von sich aus vorgenommene Inhaltsmoderation, einschließlich der Anzahl und der Art der getroffenen Maßnahmen, die sich auf die Verfügbarkeit, Sichtbarkeit und Zugänglichkeit der von den Nutzern des Dienstes bereitgestellten Informationen und auf die Möglichkeit der Nutzer, Informationen bereitzustellen, auswirken, aufgeschlüsselt nach der Art des Grundes und der Grundlage für das Ergreifen dieser Maßnahmen; (d) die Zahl der Beschwerden, die im Rahmen des in Art. 17 DSA-E genannten internen Systems zur Bearbeitung von Beschwerden eingegangen sind, die Grundlage für diese Beschwerden, die aufgrund dieser Beschwerden getroffenen Entscheidungen, die für diese Entscheidungen durchschnittlich benötigte Zeit und die Zahl der Fälle, in denen diese Entscheidungen aufgehoben wurden.

- jeder Verwendung automatischer Mittel zum Zweck der Inhaltsmoderation, einschließlich einer Spezifizierung der genauen Zwecke, Indikatoren für die Genauigkeit der automatisierten Mittel bei der Erfüllung dieser Zwecke und aller angewandten Schutzmaßnahmen machen.¹⁵⁷

Online-Plattformen sind ferner nach Art. 23 Abs. 2 DSA-E verpflichtet, mindestens einmal halbjährlich Informationen über die durchschnittlichen monatlichen aktiven Empfänger des Dienstes in jedem Mitgliedstaat zu veröffentlichen.¹⁵⁸

Zusätzliche Transparenzpflichten gelten für sehr große Online-Plattformen: Solche Plattformen müssen nach Art. 33 Abs. 2 DSA-E grundsätzlich¹⁵⁹ zusätzlich mindestens einmal jährlich und innerhalb von 30 Tagen nach Annahme des Audit-Durchführungsberichts gemäß Art. 28 Abs. 4 DSA-E

- a) einen Bericht, in dem die Ergebnisse der Risikobewertung gemäß Art. 26 DSA-E dargelegt werden
- b) die gemäß Art. 27 DSA-E ermittelten und umgesetzten Maßnahmen zur Risikominderung;
- c) den Auditbericht gemäß Art. 28 Abs. 3 DSA-E sowie
- d) den Bericht über die Durchführung des Audits gemäß Artikel 28 Abs. 4 DSA-E.

öffentlich zugänglich machen und dem Koordinator für digitale Dienste der Einrichtung und der Kommission übermitteln.

Solche sehr große Online-Plattformen, die auf ihren Online-Schnittstellen Werbung anzeigen, sind zudem nach Art. 30 DSA-E verpflichtet einen Speicher zu erstellen, der mindestens

- (a) den Inhalt der Anzeige;
- (b) die Person, in deren Namen die Werbung angezeigt wird;
- (c) den Zeitraum, in dem die Werbung angezeigt wurde;
- (d) die Angabe, ob die Werbung speziell für eine oder mehrere bestimmte Gruppen von Empfängern des Dienstes angezeigt werden sollte, und wenn ja, die wichtigsten Parameter, die zu diesem Zweck verwendet wurden, sowie
- (e) die Gesamtzahl der erreichten Empfänger des Dienstes und ggf. die Gesamtzahlen für die Gruppe(n) von Empfängern, auf die die Werbung speziell ausgerichtet war, enthält.

Die Plattformen sind zudem verpflichtet, diesen Speicher über Anwendungsprogrammierschnittstellen öffentlich zugänglich zu machen - und zwar bis zu einem Jahr, nachdem die Werbung zum letzten Mal auf ihren Online-Schnittstellen angezeigt wurde. Sie stellen sicher, dass der Datenspeicher keine personenbezogenen Daten der Empfänger des Dienstes enthält, denen die Anzeige angezeigt wurde oder hätte angezeigt werden können.

XII. DSA, DMA und das Recht der Vielfaltssicherung

Im Unterschied zur AVMD-Richtlinie¹⁶⁰ enthalten weder der DSA-E noch der DMA-E eine Regelung, dass die Mitgliedstaaten der EU befugt sind, strengere Regelungen zu erlassen.

¹⁵⁷ Die Kommission kann nach Art. 23 Abs. 4 DSA-E Durchführungsrechtsakte erlassen, um Vorlagen für die Form, den Inhalt und andere Einzelheiten der Berichte gemäß Absatz 1 festzulegen.

¹⁵⁸ Berechnet werden soll dabei der Durchschnitt über den Zeitraum der letzten sechs Monate gemäß der Methodik, die in den gemäß Art. 25 Abs. 2 erlassenen delegierten Rechtsakten festgelegt ist.

¹⁵⁹ Ist eine sehr große Online-Plattform der Auffassung, dass die Veröffentlichung der nachfolgend bezeichneten Informationen zur Offenlegung vertraulicher Informationen dieser Plattform oder der Empfänger des Dienstes führen, erhebliche Schwachstellen für die Sicherheit ihres Dienstes verursachen, die öffentliche Sicherheit untergraben oder den Empfängern schaden kann, kann die Plattform gemäß Art. 33 Abs. 3 DSA-E diese Informationen aus den Berichten entfernen. In diesem Fall übermittelt diese Plattform die vollständigen Berichte an den Koordinator für digitale Dienste der Einrichtung und die Kommission, zusammen mit einer Erklärung der Gründe für die Entfernung der Informationen aus den öffentlichen Berichten.

¹⁶⁰ Nach Art. 4a Abs. 3 dieser Richtlinie steht es den Mitgliedstaaten weiterhin frei, ihrer Rechtshoheit unterworfenen Mediendienstanbieter zu verpflichten, ausführlicheren oder strengeren Bestimmungen nachzukommen, die mit dieser Richtlinie und dem Unionsrecht in Einklang stehen, einschließlich wenn ihre unabhängigen nationalen

Nach Art. 1 Abs. 5 Satz 1 DMA-E dürfen die Mitgliedstaaten der EU den "Gatekeepern" keine weiteren Verpflichtungen durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften auferlegen, um wettbewerbsfähige und faire Märkte zu gewährleisten. Im Bereich der verbraucher- und wettbewerbsrechtlichen Zielsetzung des DMA sind dessen Regelungen mithin als abschließend zu verstehen. An einer solchen ausdrücklichen Regelung fehlt es zwar beim DSA-Vorschlag; dessen Zielsetzung spricht allerdings für eine gleiche Sperrwirkung in Bezug auf haftungs- und wirtschaftsrechtlich ausgerichtete mitgliedstaatliche Regelungen im Anwendungsbereich des DSA.

Die Sperrklausel nach Art. 1 Abs. 5 Satz 1 DMA-E gilt allerdings nach Art. 1 Abs. 5 Satz 2 und 3 DMA-E „unbeschadet von Vorschriften zur Verfolgung anderer legitimer öffentlicher Interessen im Einklang mit dem Unionsrecht. Insbesondere hindert diese Verordnung die Mitgliedstaaten nicht daran, Unternehmen, einschließlich Anbietern von zentralen Plattformdiensten, Verpflichtungen aufzuerlegen, die mit dem Unionsrecht vereinbar sind, wenn diese Verpflichtungen in keinem Zusammenhang damit stehen, dass die betreffenden Unternehmen einen Status als „Gatekeeper“ im Sinne dieser Verordnung haben, um die Verbraucher zu schützen oder unlautere Wettbewerbshandlungen zu bekämpfen.“ Dass die Auferlegung von Verpflichtungen mit dem Ziel der Vielfaltssicherung mit dem Unionsrecht grundsätzlich vereinbar ist, ergibt sich aus einer Gesamtschau von Grundwerten der EU, Strukturprinzipien des Unionsrechts und der Grundrechtecharta der EU und ist auch in der Judikatur des EuGH anerkannt.¹⁶¹

Eine solche Unberührtheitsklausel fehlt (zumindest bislang) im DSA-E. Auch im Anwendungsbereich des Digital Services Act scheidet indessen eine Sperrwirkung dieser Verordnung in Bezug auf mitgliedstaatliche Regelungen aus, die nicht eine binnenmarkt-, sondern eine vielfaltssichernde Zielsetzung entfalten. Denn auch der DSA muss unter Berücksichtigung der aufgezeigten primärrechtlichen Vorgaben und in Anknüpfung an diesbezügliche Judikatur des EuGH mitgliedstaatliche Gestaltungsspielräume in der Vielfaltssicherung schonend interpretiert werden.

Es liegt vor diesem Hintergrund nahe, im weiteren DSA-Rechtsetzungsprozess die Klausel in Art. 1 Abs. 5 DMA-E entsprechend aufzugreifen.

XIII. Das Aufsichtssystem und Sanktionsmöglichkeiten nach den Vorschlägen

1. Einleitung

Im Verhältnis zu den Verpflichtungen und unter Berücksichtigung des grenzüberschreitenden Charakters digitaler Dienste wird mit dem Vorschlag ein Mechanismus für die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten mit einer verstärkten Aufsicht auf Unionsebene über sehr große Online-Plattformen eingeführt. Dieses Modell erinnert an das System der Datenschutz-, aber auch der Finanzmarktaufsicht. Zwar wird durch DSA und DMA weder ein Europäisches Digitalaufsichtssystem ähnlich dem Europäischen Finanzaufsichtssystem (*European System of Financial Supervision, ESFS*) oder gar ein einheitlicher Digitalaufsichtsmechanismus unter Anknüpfung an das Regelungsmodell des einheitlichen Bankenaufsichtsmechanismus (*Single Supervisory Mechanism, SSM*)¹⁶² konstituiert. Indessen zeichnet sich ein Aufsichtsverbund für

Regulierungsbehörden oder -stellen zu dem Schluss gelangen, dass sich ein Verhaltenskodex oder Teile desselben als nicht wirksam genug erwiesen haben.

¹⁶¹ Vgl. hierzu jüngst grundlegend *Cole/Ukrow/Etteldorf*, Zur Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten im Mediensektor, 2020 (abrufbar unter https://www.rlp.de/fileadmin/rlp-stk/pdf-Dateien/Medienspolitik/EMR_Gutachten_Zur_Kompetenzverteilung_im_Mediensektor.pdf)

¹⁶² Vgl. Verordnung (EU) Nr. 1024/2013 des Rates vom 15. Oktober 2013 zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute auf die Europäische Zentralbank (ABl. EU Nr. L 287/63); Verordnung (EU) Nr. 468/2014 der Europäischen Zentralbank vom 16. April 2014 zur Einrichtung

digitale Regulierung im Werden ab, bei dem die Schnittstellen zwischen den einzelnen Aufsichtsmechanismen und –behörden, erst recht aber auch deren Zusammenspiel mit dritten, für die Digitalregulierung bedeutsamen Akteuren auf mitgliedstaatlicher wie EU-Ebene allerdings noch präziser konturierungsbedürftig sind.

2. Digital Services Coordinator

Die Mitgliedstaaten benennen nach Art. 38 DSA-E eine oder mehrere zuständige Behörden, die für die Anwendung und Durchsetzung dieser Verordnung verantwortlich sind ("zuständige Behörden"), wobei sie eine dieser Behörden als ihren „Koordinator für digitale Dienste“ benennen. Dieser ist für alle Angelegenheiten im Zusammenhang mit der Anwendung und Durchsetzung des DSA-E in diesem Mitgliedstaat zuständig, es sei denn, der betreffende Mitgliedstaat hat bestimmte spezifische Aufgaben oder Sektoren anderen zuständigen Behörden zugewiesen. Der Koordinator für digitale Dienste ist in jedem Fall dafür verantwortlich, die Koordinierung dieser Angelegenheiten auf nationaler Ebene sicherzustellen und zur wirksamen und einheitlichen Anwendung und Durchsetzung dieser Verordnung in der gesamten Union beizutragen. Zu diesem Zweck arbeiten die Koordinatoren für digitale Dienste untereinander,¹⁶³ mit anderen zuständigen nationalen Behörden, dem Ausschuss und der Kommission zusammen. Die Mitgliedstaaten müssen nach Art. 39 Abs. 1 DSA-E sicherstellen, dass ihre Koordinatoren für digitale Dienste ihre Aufgaben im Rahmen dieser Verordnung unparteiisch, transparent und fristgerecht wahrnehmen und über angemessene technische, finanzielle und personelle Ressourcen verfügen, um ihre Aufgaben wahrnehmen zu können. Bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben und Befugnisse im Rahmen dieser Verordnung handeln die Koordinatoren für digitale Dienste gemäß Art. 39 Abs. 2 DSA-E völlig unabhängig. Sie sind frei von jeglicher direkter oder indirekter Einflussnahme von außen und dürfen von keiner anderen Behörde oder privaten Partei Weisungen einholen oder entgegennehmen.¹⁶⁴ Diese Vorgaben erinnern an die Vorgaben aus der novellierten AVMD-Richtlinie für die Aufsicht über Anbieter audiovisueller Mediendienste – nicht zuletzt auch in Bezug auf die Staatsferne der Aufsichtsstruktur.¹⁶⁵ Damit sollten für den Fall der Verabschiedung dieser Vorgaben des DSA-E die Bedenken der Kommission, die diese mit Blick auf die bundesseitig vorgesehene Umsetzung der novellierten AVMD-Richtlinie geäußert hat,¹⁶⁶ bei der Bestimmung des Koordinators für digitale Dienste Beachtung finden, um einem etwaigen Vertragsverletzungsverfahren vorzubeugen. Soweit dies zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist, haben die Koordinatoren für digitale Dienste zumindest die Ermittlungsbefugnisse nach Art. 41 Abs. 1 DSA-E und die Durchsetzungsbefugnisse nach Art. 41 Abs. 2 DSA-E in Bezug auf Anbieter von Vermittlungsdiensten, die der Rechtshoheit ihres Mitgliedstaats unterliegen.¹⁶⁷

eines Rahmenwerks für die Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Zentralbank und den nationalen zuständigen Behörden und den nationalen benannten Behörden innerhalb des einheitlichen Aufsichtsmechanismus (SSM-Rahmenverordnung) (ABl. EU 2014 Nr. L 141/1).

¹⁶³ Zu Einzelheiten der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit der Koordinatoren vgl. Art. 45 DSA-E.

¹⁶⁴ Dies steht nach Art. 39 Abs. 4 DSA-E einer Beaufsichtigung der betreffenden Behörden im Einklang mit dem nationalen Verfassungsrecht nicht entgegen.

¹⁶⁵ Gemäß Art. 30 Abs. 1 der AVMD-Richtlinie haben die „Mitgliedstaaten dafür Sorge zu tragen, dass die Regulierungsbehörden rechtlich von den Regierungsstellen getrennt und funktionell von ihren Regierungen unabhängig sind“.

¹⁶⁶ Die genannten Voraussetzungen der AVMD-RL dürften bei der geplanten Bundeszentrale für Kinder und Jugendmedienschutz nicht gegeben sein. Diese Stelle soll nicht nur beratend tätig sein, sondern auch beurteilen, ob ein Diensteanbieter der Verpflichtung zum Vorhalten von Vorsorgemaßnahmen nach §§ 24a, b JuSchG-E in Verbindung mit § 10a Absatz 1 und 2, § 10b Absätze 1 bis 3 Satz 2 JuSchG-E unterfällt. Eine solche Beurteilung bedarf grundsätzlich aber einer staatlich unabhängigen Überprüfung. Vgl. hierzu auch die Stellungnahme des Bundesrates zur geplanten Novelle des JuSchG vom 27. 11.2020, Drs. 618/20 (Beschluss), S. 10 f.

¹⁶⁷ Nur sehr große Online-Plattformen sind nach Art. 31 Abs. 1 DSA-E verpflichtet dem Koordinator für digitale Dienste oder der Kommission auf deren begründeten Antrag und innerhalb einer in dem Antrag angegebenen angemessenen Frist Zugang zu Daten, die für die Überwachung und Bewertung der Einhaltung dieser Verordnung erforderlich sind, zu verschaffen. Der Koordinator für digitale Dienste und die Kommission dürfen

Zu den Durchsetzungsbefugnissen zählen u.a. die Befugnis,

- die Einstellung von Verstößen anzuordnen und ggf. Abhilfemaßnahmen aufzuerlegen, die in einem angemessenen Verhältnis zu dem Verstoß stehen und zur wirksamen Beendigung des Verstoßes erforderlich sind,
- die Befugnis, bei Nichteinhaltung des DSA Geldbußen und ein Zwangsgeld zu verhängen sowie
- die Befugnis, einstweilige Maßnahmen zu ergreifen, um die Gefahr eines ernsthaften Schadens abzuwenden.

Soweit dies für die Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist, sind die Koordinatoren für digitale Dienste in Bezug auf Anbieter von Vermittlungsdiensten, die der Rechtshoheit ihres Mitgliedstaats unterliegen, gemäß Art. 41 Abs. 3 DSA-E auch befugt, die folgenden Maßnahmen zu ergreifen, wenn alle anderen Befugnisse nach diesem Artikel zur Beendigung eines Verstoßes ausgeschöpft sind, der Verstoß andauert und einen schweren Schaden verursacht, der nicht durch die Ausübung anderer nach dem Unionsrecht oder dem nationalen Recht verfügbarer Befugnisse verhindert werden kann:

- a) das Leitungsorgan des Anbieters aufzufordern, innerhalb einer angemessenen Frist die Situation zu prüfen, einen Aktionsplan mit den zur Beendigung des Verstoßes erforderlichen Maßnahmen anzunehmen und vorzulegen, sicherzustellen, dass der Anbieter diese Maßnahmen ergreift, und über die ergriffenen Maßnahmen zu berichten;
- b) wenn der Koordinator für digitale Dienste der Auffassung ist, dass der Anbieter den vorgenannten Anforderungen nicht hinreichend nachgekommen ist, dass die Rechtsverletzung andauert und einen schweren Schaden verursacht und dass die Rechtsverletzung eine schwere Straftat darstellt, die eine Bedrohung für das Leben oder die Sicherheit von Personen darstellt, die zuständige Justizbehörde des betreffenden Mitgliedstaats ersuchen, die vorübergehende Beschränkung des Zugangs von Empfängern des von der Rechtsverletzung betroffenen Dienstes oder, nur wenn dies technisch nicht möglich ist, der Online-Schnittstelle des Anbieters von Vermittlungsdiensten, auf der die Rechtsverletzung stattfindet, anzuordnen.¹⁶⁸

Die Maßnahmen, die die Koordinatoren für digitale Dienste in Ausübung ihrer Befugnisse nach Art. 41 Abs. 1 bis 3 DSA-E ergreifen, müssen gemäß Art. 41 Abs. 5 DSA-E wirksam, abschreckend und verhältnismäßig sein, wobei insbesondere die Art, die Schwere, die Häufigkeit und die Dauer des Verstoßes oder des mutmaßlichen Verstoßes, auf den sich diese Maßnahmen beziehen, sowie gegebenenfalls die wirtschaftliche, technische und betriebliche Leistungsfähigkeit des Anbieters der betreffenden Vermittlungsdienste zu berücksichtigen sind. Die Mitgliedstaaten haben zudem nach Art. 41 Abs. 6 DSA-E sicherzustellen, dass jede Ausübung der Befugnisse nach Art. 41 Abs. 1 bis 3 DSA-E angemessenen Schutzmaßnahmen unterliegt, die im geltenden nationalen Recht im Einklang mit der Grundrechte-Charta und den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts festgelegt sind. Insbesondere dürfen diese Maßnahmen nur unter Wahrung des Rechts auf Achtung des Privatlebens und der Verteidigungsrechte, einschließlich des Rechts auf Anhörung und Akteneinsicht, und vorbehaltlich des Rechts aller betroffenen Parteien auf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf ergriffen werden.

Erlässt ein Koordinator für digitale Dienste eine Entscheidung, in der er feststellt, dass eine sehr große Online-Plattform gegen eine der Bestimmungen von Kapitel III Abschnitt 4 (Art. 25 bis 33) des DSA-E verstoßen hat, so wendet er das in Art. 50 DSA-E festgelegte System der verstärkten Aufsicht an. Dabei fordert er die Plattform auf, innerhalb eines Monats nach dieser Entscheidung einen Aktionsplan zu erstellen, in dem angegeben ist, wie die Plattform den Verstoß zu beenden oder abzustellen gedenkt. Hat der Koordinator für digitale Dienste

diese Daten nur für diese Zwecke verwenden. Eine entsprechende Pflicht ist für sonstige Anbieter nicht vorgesehen, was eine effektive Aufsicht erheblich erschweren könnte.

¹⁶⁸ Jede angeordnete Maßnahme muss nach der Regelung in einem angemessenen Verhältnis zu Art, Schwere, Häufigkeit und Dauer des Verstoßes stehen, ohne den Zugang der Empfänger des betreffenden Dienstes zu rechtmäßigen Informationen unangemessen zu beschränken.

Bedenken, ob die Maßnahmen geeignet sind, den Verstoß zu beenden oder abzustellen, kann er die betreffende sehr große Online-Plattform auffordern, sich einer zusätzlichen, unabhängigen Prüfung zu unterziehen, um die Wirksamkeit dieser Maßnahmen bei der Beendigung oder Abstellung des Verstoßes zu bewerten. Der Koordinator für digitale Dienste teilt im Anschluss an die Übermittlung dieses Prüfberichts der Kommission, dem Europäischen Ausschuss für digitale Dienste und der betreffenden sehr großen Online-Plattform seine Auffassung darüber mit, ob die Plattform den Verstoß eingestellt oder abgestellt hat, sowie die Gründe hierfür. Nach dieser Mitteilung ist der Koordinator für digitale Dienste grundsätzlich nicht mehr berechtigt, Untersuchungs- oder Durchsetzungsmaßnahmen in Bezug auf das betreffende Verhalten der betreffenden sehr großen Online-Plattform zu ergreifen.

3. Europäischer Ausschuss für digitale Dienste

Nach Art. 47, 48 DSA-E soll mit dem „Europäischen Ausschuss für digitale Dienste“ ein unabhängiges, aus den Koordinatoren für digitale Dienste zusammengesetztes Beratungsgremium für die Koordinatoren für die Beaufsichtigung von Anbietern von Vermittlungsdiensten eingerichtet werden. Dieser Ausschuss soll die Koordinatoren für digitale Dienste und die Kommission beraten, um die folgenden Ziele zu erreichen

- a) einen Beitrag zur einheitlichen Anwendung dieser Verordnung und zur wirksamen Zusammenarbeit der Koordinatoren für digitale Dienste und der Kommission in den von dieser Verordnung erfassten Angelegenheiten zu leisten;
- b) Leitlinien und Analysen der Kommission und der Koordinatoren für digitale Dienste sowie anderer zuständiger Behörden zu neu auftretenden Fragen im gesamten Binnenmarkt in Bezug auf Angelegenheiten, die unter diese Verordnung fallen, zu koordinieren und
- c) die Koordinatoren für digitale Dienste und der Kommission bei der Aufsicht über sehr große Online-Plattformen zu unterstützen.

Soweit dies zur Erreichung dieser Ziele erforderlich ist, soll der Ausschuss nach Art. 49 DSA-E die Koordinierung von gemeinsamen Ermittlungen und die zuständigen Behörden bei der Analyse der Berichte und Ergebnisse von Prüfungen sehr großer Online-Plattformen unterstützen. Er soll ferner Stellungnahmen, Empfehlungen oder Ratschläge an die Koordinatoren für digitale Dienste gemäß dem DSA abgeben und die Kommission in ihrer Aufsicht über sehr große Online-Plattformen beraten.

Das Verhältnis dieses Boards zur ERGA ist im DSA-E nicht geregelt, was im Hinblick auf die Medienkonvergenz, digitale Herausforderungen, die sich im Bereich klassischer Medienaufsicht wie der Aufsicht über neue Medienplayer in vergleichbarer Weise stellen, und die Berührungspunkte zwischen AVMD- und DSA-Regime mit Blick auf einen effektiven Jugendmedienschutz stellen, im weiteren Rechtssetzungsverfahren nachjustiert werden sollte. Das Verhältnis muss weiter präzisiert werden, wobei z.B. auch geklärt werden sollte, ob eine Personenidentität zwischen Board- und ERGA-Mitgliedern möglich ist.

4. Aufsicht durch die Kommission

a) Die Aufsichtsbefugnisse nach dem DSA-E

Die Kommission soll nach Art. 58 DSA-E befugt sein, nach Anhörung dieser Plattform eine Entscheidung über die Nichteinhaltung zu erlassen, wenn sie im Ergebnis eines Untersuchungsverfahrens¹⁶⁹ feststellt, dass eine sehr große Online-Plattform die einschlägigen

¹⁶⁹ Die Kommission kann gemäß Art. 51 Abs. 1 DSA-E entweder auf Empfehlung des Europäischen Ausschusses für digitale Dienste oder von sich aus nach Anhörung des Ausschusses ein Verfahren im Hinblick auf den möglichen Erlass von Entscheidungen gemäß den Art. 58 und 59 DSA-E in Bezug auf das betreffende Verhalten der sehr großen Online-Plattform einleiten,

(a) die im Verdacht steht, gegen eine der Bestimmungen dieser Verordnung verstoßen zu haben, und der zuständige Koordinator für digitale Dienste

Bestimmungen dieser Verordnung, die gemäß Art. 55 DSA-E angeordneten einstweiligen Maßnahmen und/oder gemäß Art. 56 DSA-E für bindend erklärte Verpflichtungen nicht einhält. In der Entscheidung muss die Kommission anordnen, dass die betreffende sehr große Online-Plattform die erforderlichen Maßnahmen ergreift, um der Entscheidung innerhalb einer angemessenen Frist nachzukommen, und Informationen über die Maßnahmen vorlegt, die diese Plattform zu ergreifen gedenkt, um der Entscheidung nachzukommen.

b) Marktuntersuchungen seitens der Kommission auf der Grundlage des vorgeschlagenen DMA – ein Überblick

Die Kommission soll nach Kapitel 4 des geplanten DMA Marktuntersuchungen zur Bestimmung von Gatekeepern (Art. 15 DMA-E), bei systematischer Nichteinhaltung von Verpflichtungen nach dem DMA durch einen Gatekeeper (Art. 16 DMA-E) und über neue Dienste und neue Praktiken (Art. 17 DMA-E) durchführen können.¹⁷⁰ Dabei kann die Kommission eine von ihr abgeschlossene Marktuntersuchung nach Art. 14 Abs. 3 DMA-E wieder aufnehmen, wenn sich der Sachverhalt, auf dem die Entscheidung beruhte, wesentlich geändert hat oder die Entscheidung auf unvollständigen, unrichtigen oder irreführenden Angaben der beteiligten Unternehmen beruhte. Das Verhältnis der nachfolgend skizzierten Untersuchungen zu den Sektoruntersuchungen nach Art. 17 der Kartell-VO sollte dabei im weiteren Rechtsetzungsverfahren einer praxistauglichen Klärung zugeführt werden.

(1) Die Vermeidungskompetenz der Kommission im Hinblick auf das Entstehen einer Gatekeeper-Position

Nach Art. 15 DMA-E, in dem Einzelheiten des Verfahrens geregelt sind, kann die Kommission eine Marktuntersuchung durchführen, um zu prüfen, ob ein Anbieter von zentralen Plattformdiensten als Gatekeeper benannt werden sollte, oder um Kernplattformdienste für einen Gatekeeper zu ermitteln. Der Prophylaxe zur Vermeidung des Entstehens einer Gatekeeper-Position soll dabei das Verfahren nach Art. 15 Abs. 4 DMA-E dienen: Benennt die Kommission gemäß Art. 3 Abs. 6 DMA-E einen Anbieter von zentralen Plattformdiensten, der noch keine gefestigte und dauerhafte Stellung mit seinem Unternehmen hat, bei dem aber absehbar ist, dass er eine solche Stellung in naher Zukunft erlangen wird, als Gatekeeper, so erklärt sie nach Art. 15 Abs. 4 DMA-E nur einzelne oder alle der in Art. 5 Buchst. b und Art. 6 Absatz 1 Buchst. e, f, h und i DMA-E festgelegten Verpflichtungen für diesen Gatekeeper für anwendbar, die angemessen und notwendig sind, um zu verhindern, dass der betreffende Gatekeeper mit unlauteren Mitteln eine gefestigte und dauerhafte Stellung bei seinen Tätigkeiten erlangt.

(1.) nach Ablauf der in der Aufforderung der Kommission gemäß Art. 45 Abs. 7 DSA-E gesetzten Frist keine Ermittlungs- oder Durchsetzungsmaßnahmen ergriffen hat oder

(2.) die Kommission aufgefordert hat, tätig zu werden, oder

(b) in Bezug auf die bei Ablauf der für eine Mitteilung gemäß Art. 50 Abs. 4 maßgeblichen Frist ein Verstoß gegen eine der Bestimmungen des Kapitels III Abschnitt 4 für sehr große Plattformen festgestellt wurde.

Der Kommission sollen in diesem Verfahren Auskunftsrechte nach Maßgabe des Art. 53 DSA-E und Durchsuchungsbefugnisse nach Maßgabe des Art. 54 DSA-E zustehen. Parallele Auskunfts- und Durchsuchungsrechte der Kommission sind auch in Art. 20 und 21 DMA-E vorgesehen.

¹⁷⁰ Schon im Juni 2020 hatte die Kommission solche Marktuntersuchungsinstrumente unter dem Terminus „New Competition Tool“ zur Diskussion gestellt, die bestimmte strukturelle Wettbewerbsprobleme adressieren sollen, die nach Einschätzung der Kommission mit den bestehenden Wettbewerbsregeln nicht zuletzt im Blick auf Netzwerkeffekte der digitalen Plattformökonomie nicht oder nicht wirksam gelöst werden könnten. Vgl. European Commission, Single Market – new complementary tool to strengthen competition enforcement, <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-New-competition-tool>.

(2) Die Entflechtungskompetenz der Kommission

Ergibt die Marktuntersuchung, dass ein Gatekeeper systematisch gegen die in den Art. 5 und 6 DMA-E festgelegten Verpflichtungen verstoßen¹⁷¹ und seine Stellung als Gatekeeper in Bezug auf die Merkmale nach Art. 3 Absatz 1 DMA-E weiter gefestigt oder ausgebaut hat,¹⁷² kann die Kommission diesem Gatekeeper nach Art. 16 Abs. 1 DMA verhaltensbezogene oder strukturelle Abhilfemaßnahmen auferlegen, die in einem angemessenen Verhältnis zu dem begangenen Verstoß stehen und erforderlich sind, um die Einhaltung dieser Verordnung zu gewährleisten. Dabei soll ein Vorrang verhaltensbezogener vor strukturellen Abhilfemaßnahmen gelten: Letztere kommen nach Art. 16 Abs. 2 DMA-E nur in Betracht, wenn es entweder keine ebenso wirksame verhaltensbezogene Abhilfemaßnahme gibt oder wenn eine ebenso wirksame verhaltensbezogene Abhilfemaßnahme für den betreffenden Gatekeeper mit einem größeren Aufwand verbunden wäre als die strukturelle Abhilfemaßnahme.¹⁷³

Diese strukturellen Überlegungen der Kommission weisen in eine vergleichbare Richtung wie diejenigen des deutschen Gesetzgebers, mit der sogenannten GWB-Digitalisierungsnovelle die nationale Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Digitalunternehmen zu verschärfen und im Übrigen Marktmacht unter den Bedingungen der Plattformökonomie weiter zu verstehen. Die Bedeutung der im DMA-E vorgesehenen strukturellen Abhilfemöglichkeit ist dabei nicht zu unterschätzen, da sie nach dem 64. Erwägungsgrund des DMA-E auch „die rechtliche, funktionale oder strukturelle Trennung, einschließlich der Veräußerung eines Geschäfts oder von Teilen davon“, umfasst. In historischer Perspektive und mit Blick auf die rechtspolitische Bedeutung erinnert dieser Regelungsvorschlag an den *Glass-Steagall Act* in Reaktion auf die Bankenkrise im Rahmen der Großen Depression in den USA. Die vorgesehene Entflechtungskompetenz der Kommission, die allerdings kein europarechtliches Novum darstellen würde, sondern sich an Art. 7 der Kartellverordnung der EU orientieren kann, wäre sehr eingriffsintensiv, zumal sie keinen Verstoß gegen das Kartellverbot voraussetzen würde und unterhalb der Marktbeherrschung greifen könnte. Ihre Vereinbarkeit mit EU-Primärrecht im Zusammenspiel von Binnenmarkt- und Wettbewerbsrecht erscheint daher fraglich. Offen ist zudem, ob ein solcher massiver Sanktionsrahmen der Entwicklung des digitalen Marktes in der EU in einer Gesamtschau mit Blick auf eine etwaige Abschreckung von Investoren im Gatekeeper-Markt stärker nutzt oder schadet.

(3) Die Anpassungskompetenz der Kommission

Nach Art. 17 DMA-E kann die Kommission schließlich auch eine Marktuntersuchung durchführen, um zu prüfen, ob ein oder mehrere Dienste innerhalb des digitalen Sektors in die Liste der zentralen Plattformdienste aufgenommen werden sollten, oder um Arten von Praktiken zu ermitteln, die den Marktzutritt in Bezug auf Kernplattformdienste einschränken oder unlauter sein könnten und die durch diese Verordnung nicht wirksam geregelt werden. Die Kommission legt nach dem Vorschlag spätestens binnen zwei Jahren nach Einleitung der Marktuntersuchung einen öffentlichen Bericht vor. Dieser kann ggf. einen Vorschlag zur Ergänzung des DMA der Liste der zentralen Plattformdienste gemäß Art. 2 Nr. 2 DMA-E um zusätzliche Dienste im digitalen Bereich enthalten oder einen delegierten Rechtsakt zur Änderung der Art. 5 oder 6 DMA-E beifügen. Letzteres wäre im Hinblick auf die primärrechtlichen Vorgaben des Art. 290

¹⁷¹ Es wird nach Art. 16 Abs. 3 DMA-E davon ausgegangen, dass ein Gatekeeper systematisch gegen diese Verpflichtungen verstoßen hat, wenn die Kommission innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren vor dem Erlass der Entscheidung zur Einleitung einer Marktuntersuchung mindestens drei Entscheidungen über die Nichteinhaltung oder Geldbußen gemäß Art. 25 bzw. 26 DMA-E gegen einen Gatekeeper in Bezug auf einen seiner zentralen Plattformdienste erlassen hat.

¹⁷² Es wird nach Art. 16 Abs. 4 DMA-E davon ausgegangen, dass eine solche Festigung seiner Position erreicht hat, wenn sein Einfluss auf den Binnenmarkt weiter zugenommen hat, seine Bedeutung als Gateway für gewerbliche Nutzer, um Endnutzer zu erreichen, weiter zugenommen hat oder der Gatekeeper eine weiter gefestigte und dauerhafte Position in seiner Geschäftstätigkeit einnimmt.

¹⁷³ Zu Einzelheiten des Verfahrens der Marktuntersuchung vgl. Art. 16 Abs. 1, 5 und 6 DMA-E.

AEUV problematisch, da es an einem hinreichend präzisen Rechtsetzungsprogramm für die Änderung der Art. 5 oder 6 DMA-E fehlt.

5. Sanktionsmöglichkeiten

a) Sanktionen nach dem vorgeschlagenen Digital Services Act

Die Sanktionen, die nach Art. 42 DSA-E durch die Mitgliedstaaten bei Verstößen gegen diese Verordnung durch die ihrer Rechtshoheit unterliegenden Erbringer von Vermittlungsdiensten zu verhängen sind, müssen nach Absatz 2 dieser Regelung wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. Der Höchstbetrag der Geldbußen, die wegen eines Verstoßes gegen die in dieser Verordnung festgelegten Verpflichtungen verhängt werden, darf gemäß Art. 42 Abs. 3 DSA-E grundsätzlich 6 % der Jahreseinkünfte oder des Jahresumsatzes des betreffenden Anbieters von Vermittlungsdienstleistungen nicht übersteigen.¹⁷⁴ Der Höchstbetrag eines Zwangsgelds beträgt nach Art. 42 Abs. 4 DSA-E 5 % des durchschnittlichen Tagesumsatzes des betreffenden Anbieters von Vermittlungsdiensten im vorangegangenen Geschäftsjahr pro Tag, berechnet ab dem in der betreffenden Entscheidung angegebenen Datum.

Die Kommission kann gemäß Art. 59 DSA-E in einer auf Art. 58 DSA-E gestützten Entscheidung gegen die betreffende sehr große Online-Plattform Geldbußen in Höhe von bis zu 6 % ihres Gesamtumsatzes im vorangegangenen Geschäftsjahr verhängen. Im Falle einer von Verletzung von Informations- und Mitwirkungspflichten reduziert sich dieser Höchstbetrag auf 1 % des Gesamtumsatzes im vorangegangenen Geschäftsjahr. Bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße berücksichtigt die Kommission die Art, die Schwere, die Dauer und die Häufigkeit des Verstoßes sowie bei Geldbußen, die wegen Verletzung von Informations- und Mitwirkungspflichten verhängt werden, die Verzögerung des Verfahrens.¹⁷⁵ Nach Art. 60 DSA-E kann die Kommission gegen die betreffende sehr große Online-Plattform durch Entscheidung Zwangsgelder bis zu einem Höchstbetrag von 5 % des durchschnittlichen Tagesumsatzes im vorangegangenen Geschäftsjahr pro Tag verhängen, um (korrekte) Auskünfte, eine Nachprüfung vor Ort bzw. die Beachtung einer Entscheidung zur Anordnung einstweiliger Maßnahmen gemäß Art. 55 Abs. 1 DSA-E, einer durch eine Entscheidung gemäß Art. 56 Abs. 1 DSA-E rechtsverbindlich gemachten Verpflichtung der Plattform oder einer Entscheidung der Kommission nach Art. 58 Abs. 1 DSA-E zu erzwingen.¹⁷⁶

Die Sanktions-Kenngrößen beziehen sich dabei – wie auch bei dem im DMA-E geregelten Sanktionsregime – jeweils auf den globalen Umsatz bzw. die globalen Einkünfte, nicht nur auf Einkünfte und Umsätze in der EU oder gar nur in einem bestimmten Mitgliedstaat.

b) Sanktionen nach dem vorgeschlagenen Digital Markets Act

Die Kommission kann gemäß Art. 26 DMA-E in einer auf Art. 25 DMA-E gestützten Entscheidung¹⁷⁷ gegen einen Gatekeeper Geldbußen in Höhe von bis zu 10 % ihres Gesamtumsatzes im vorangegangenen Geschäftsjahr verhängen. Diese Höchstgrenze reicht

¹⁷⁴ Abweichend hiervon beträgt dieser Höchstbetrag bei der Erteilung unrichtiger, unvollständiger oder irreführender Auskünfte, der Nichtbeantwortung oder Nichtberichtigung unrichtiger, unvollständiger oder irreführender Auskünfte und der Nichtunterwerfung unter eine Prüfung vor Ort 1 % der Jahreseinkünfte oder des Jahresumsatzes des betreffenden Dienstleistungserbringers.

¹⁷⁵ Dies soll parallel auch bei der Festlegung der Höhe der Geldbuße in DMA-Verfahren gelten; vgl. Art. 26 Abs. 3 DMA-E.

¹⁷⁶ Die Sanktionsbefugnisse der Kommission gemäß Art. 59 und 60 unterliegen nach Maßgabe der Art. 60 und 61 DSA-E jeweils einer Verjährungsfrist von fünf Jahren.

¹⁷⁷ Die Kommission kann nach Art. 25 DMA-E eine Entscheidung über die Nichteinhaltung erlassen, wenn sie feststellt, dass ein Gatekeeper (a) eine der in Art. 5 oder 6 DMA-E festgelegten Verpflichtungen (b) Maßnahmen, die in einer gemäß Art. 7 Abs. 2 DMA-E erlassenen Entscheidung festgelegt sind, (c) gemäß Art. 16 Abs. 1 DMA-E angeordnete Maßnahmen, (d) gemäß Art. 22 angeordnete einstweilige Maßnahmen und/oder (e) gemäß Art. 23 DMA-E rechtsverbindlich gemachte Verpflichtungen nicht einhält.

mithin über die Höchstgrenze nach dem DSA-Voreschlag hinaus. Im Falle einer von Verletzung von Informations- und Mitwirkungspflichten reduziert sich dieser Höchstbetrag – insoweit parallel zum Ansatz nach dem DSA-E - auf 1 % des Gesamtumsatzes im vorangegangenen Geschäftsjahr. Nach Art. 27 DMA-E kann die Kommission gegen Unternehmen, ggf. auch gegen Gatekeeper, durch Entscheidung Zwangsgelder bis zu einem Höchstbetrag von 5 % des durchschnittlichen Tagesumsatzes im vorangegangenen Geschäftsjahr pro Tag verhängen, um eine Beachtung einer Aufsichtsentscheidung gemäß Art. 16 Abs. 1 DMA-E, (korrekte, vollständige und fristgerechte) Auskünfte, den Zugang zu den Datenbanken und Algorithmen der Unternehmen, eine Nachprüfung vor Ort bzw. die Beachtung einer Entscheidung zur Anordnung einstweiliger Maßnahmen gemäß Art. 22 Abs. 1 DMA-E, einer durch eine Entscheidung gemäß Art. 23 Abs. 1 DMA-E rechtsverbindlich gemachten Verpflichtung der Plattform oder einer Entscheidung der Kommission nach Art. 25 Abs. 1 DMA-E zu erzwingen.¹⁷⁸

XIV. Ausblick

Schon die Auseinandersetzungen bei der Erstellung der Datenschutz-Grundverordnung und der DSM-Richtlinie haben aufgezeigt, wie bedeutsam Digitalregulierung aus Sicht der Stakeholder ist. Das weitere Rechtsetzungsverfahren in Sachen DSA und DMA dürfte in Sachen Lobbyarbeit insoweit an nichts nachstehen.

Das Verfahren der ordentlichen Gesetzgebung, das mit der Vorlage der beiden Verordnungsvorschläge eingeleitet wurde, eröffnet bei Rat und Parlament eine Vielzahl weiterer Einwirkungsmöglichkeiten für solches Lobbying:

- Demokratieschonendes Lobbying würde dabei auf eine zurückhaltendere Nutzung des Instruments delegierter Rechtsakte bei DMA und DSA setzen. Als Alternative kämen z.B. Leitlinien der Kommission in Betracht, an deren Erstellung die zuständigen mitgliedstaatlichen Behörden maßgeblich mitwirken können sollten.
- Rechtsstaatsorientiertes Lobbying würde die rein binnenmarktgestützte Entflechtungskompetenz der Kommission nach dem DMA ohne Änderung des Primärrechts hinterfragen.
- Strukturprinzipienorientiertes Lobbying würde dabei auf eine striktere Beachtung des Subsidiaritätsprinzips, nicht zuletzt bei der Wahl des Rechtsaktstypus – DMA wie DSA jeweils als Richtlinie statt Verordnung – setzen.
- Pluralismusgewährleistendes Lobbying würde die fortdauernden Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für die Sicherung der Medienvielfalt in den Blick nehmen. Dabei sollten bestehende Aufsichtsstrukturen mit dem Ziel der Vielfaltssicherung so wenig wie möglich unmittelbar oder mittelbar beeinträchtigt werden und die mitgliedstaatliche Verwaltungsausgestaltungs-kompetenz weitestgehend geschont bleiben.

Eines wird solches Lobbying aber nicht in Zweifel ziehen wollen und können: Die Vorschläge für einen Digital Markets Act und einen Digital Services Act sind im Kern geeignet – ähnlich wie bereits bei der DS-GVO – die EU zu einem Vorreiter nachhaltiger Digitalregulierung zu machen.

¹⁷⁸ Die Sanktionsbefugnisse der Kommission gemäß Art. 26 und 27 unterliegen nach Maßgabe der Art. 28 und 29 DMA-E jeweils einer Verjährungsfrist von drei Jahren und damit einer kürzeren Verjährungsfrist als im DSA-Kontext vorgesehen.