



Die Entschlüsselung des Gesetzepakets zu digitalen Diensten

IRIS *Spezial*

Eine Publikation
der Europäischen Audiovisuellen Informationsstelle



IRIS *Spezial* 2021-1

Die Entschlüsselung des Gesetzespakets zu digitalen Diensten

Europäische Audiovisuelle Informationsstelle, Straßburg 2021

ISBN 978-92-871-9154-0 (Druckausgabe)

Verlagsleitung – Susanne Nikoltchev, Geschäftsführende Direktorin

Redaktionelle Betreuung – Maja Cappello, Leiterin der Abteilung für juristische Informationen

Redaktionelles Team – Francisco Javier Cabrera Blázquez, Sophie Valais, Juristische Analysten

Europäische Audiovisuelle Informationsstelle

Verfasser (in alphabetischer Reihenfolge)

Joan Barata, Oliver Budzinski, Mark Cole, Alexandre de Streef, Michèle Ledger, Tarlach McGonagle, Katie Pentney, Eleonora Rosati

Übersetzung

Stefan Pooth, Erwin Rohwer, Julie Mamou, Nathalie Sturlèse

Korrektur

Gianna Iacino, Catherine Koleda, Aurélie Courtinat, Anthony Mills

Verlagsassistenz - Sabine Bouajaja

Presse und PR – Alison Hindhaugh, alison.hindhaugh@coe.int

Europäische Audiovisuelle Informationsstelle

Herausgeber

Europäische Audiovisuelle Informationsstelle

76, allée de la Robertsau F-67000 Strasbourg

France

Tel. : +33 (0)3 90 21 60 00

Fax : +33 (0)3 90 21 60 19

iris.obs@coe.int

www.obs.coe.int

Titellayout – ALTRAN, France

Bitte zitieren Sie diese Publikation wie folgt:

Cappello M. (ed.), *Die Entschlüsselung des Gesetzespakets zu digitalen Diensten*, IRIS *Spezial*, Europäische Audiovisuelle Informationsstelle, Straßburg, 2021

© Europäische Audiovisuelle Informationsstelle (Europarat), Straßburg, Oktober 2021

Jegliche in dieser Publikation geäußerten Meinungen sind persönlicher Natur und sollten in keiner Weise dahingehend verstanden werden, dass sie die Auffassung der Informationsstelle, ihrer Mitglieder oder des Europarats wiedergeben.

Die Entschlüsselung des Gesetzespakets zu digitalen Diensten

Joan Barata, Oliver Budzinski, Mark Cole, Alexandre de Streel, Michèle Ledger,
Tarlach McGonagle, Katie Pentney, Eleonora Rosati



Vorwort

Im Jahr 2019 hat die Europäische Kommission das Verfahren zur Verabschiedung des sogenannten Digital-Services-Act-Pakets („DSA-Paket“) eingeleitet, mit dem der aktuelle Rechtsrahmen für Online-Vermittlungsdienste modernisiert werden soll. Als Ergebnis dieses Verfahrens wurden am 15. Dezember 2020 Vorschläge für zwei neue Verordnungen veröffentlicht: den Digital Services Act (DSA, auf Deutsch offiziell „Gesetz über digitale Dienste“) und den Digital Markets Act (DMA, „Gesetz über digitale Märkte“).

An einem entscheidenden Punkt der Diskussionen über diesen neuen Rechtsrahmen hat die Europäische Audiovisuelle Informationsstelle eine Reihe von Webinaren zu spezifischen Themen organisiert, bei denen das Zusammenspiel zwischen dem DSA-Paket und den bestehenden Rechtsinstrumenten vielleicht besonders komplex erscheint. Ziel war es, den Weg für einen strukturierten Austausch zwischen Wissenschaft und Praxis zu ebnen, wobei Vertreterinnen und Vertreter der Europäischen Kommission halfen, den Rahmen abzustecken, und das Team der Informationsstelle die Veranstaltungen moderierte. Zunächst fand am 11. Februar 2021 eine Einführungskonferenz statt, die einen ersten Einblick in die neuen EU-Vorschriften für Onlinedienste und ihre möglichen Auswirkungen auf die audiovisuelle Industrie bot. Zwischen März und Juli 2021 wurden dann vier Webinare zu den Themen Inhaltsmoderation, Gatekeeper und VoD, Urheberrecht und Bekämpfung von Desinformation durchgeführt. Alle diese Veranstaltungen stehen auf der Website der Informationsstelle unter www.obs.coe.int als Aufzeichnung zur Verfügung.

Parallel zu diesen Veranstaltungen lud die Informationsstelle die teilnehmenden Fachleute ein, sich an der vorliegenden Veröffentlichung zu beteiligen, die die Diskussionsbeiträge ergänzen und erweitern soll.

Der Bericht gliedert sich in zwei Hauptbereiche: Der eine betrifft den DSA und der andere den DMA, wobei jeder Bereich wiederum zwei Teile hat.

Beim DSA befasst sich der erste Teil mit der Regulierung der Meinungsfreiheit: In drei aufeinander folgenden Kapiteln erörtern Joan Barata, Alexandre de Streeck / Michèle Ledger und Katie Pentney / Tarlach McGonagle die Feinheiten der Regulierung von Meinungsäußerungen im Online-Bereich und die Rolle, die der DSA hierbei spielen kann. Der zweite Teil betrifft das Urheberrecht: Hier bietet Elenora Rosati eine ausführliche Erläuterung des Zusammenspiels zwischen den EU-Urheberrechtsvorschriften und dem DSA.

Beim DMA gibt der erste Teil, verfasst von Mark D. Cole, einen Überblick darüber, wie dieses System funktioniert und mit anderen Regulierungsinstrumenten ineinandergreift. Im zweiten Teil befasst sich Oliver Budzinski mit der Ökonomie des Gatekeeping im audiovisuellen Sektor und stellt seine Erkenntnisse über Probleme und mögliche Lösungen vor.

Allen Teilen sind intern verfasste Einführungstexte vorangestellt. Darüber hinaus enthält diese Veröffentlichung einen kurzen Überblick über das DSA-Paket und im Anhang eine Zusammenfassung der Diskussionen bei den fünf Veranstaltungen der

Informationsstelle unter Beteiligung von Interessentinnen und -trägern aus verschiedenen Teilen der audiovisuellen Industrie.

Die Arbeit an dieser Publikation war eine große Bereicherung, und ich möchte sowohl den Fachleuten als auch den Teilnehmenden danken, die bei den verschiedenen Veranstaltungen zum DSA ihre Erfahrung geteilt haben (in alphabetischer Reihenfolge):

Joan Barata (Stanford Law School), Richard Burnley (EBU), Oliver Budzinski (Technische Universität Ilmenau), Paolo Celot (EAVI), Mark D. Cole (Universität Luxemburg / Institut für Europäisches Medienrecht), Celene Craig (BAI), Alexandre de Streel (Universität Namur / CERRE), Cécile Despringre (SAA), Pauline Durand-Vialle (FERA), Siada El Ramly (Dot Europe), Miriam Estrin (Google), Marco Giorello (Europäische Kommission), Paula Gori (EDMO), Anna Herold (Europäische Kommission), Miruna Herovanu (ACT), Marisa Jiménez Martín (Facebook), Luboš Kukliš (ERGA), Alexandra Lebreton (EPC), Stéphanie Martin (SAA), Stan McCoy (MPA), Tarlach McGonagle (Universität Amsterdam), Maria Michalis (Euralva), Paige Morrow (Büro des UN-Sonderberichterstatters zur Meinungsfreiheit), Marco Pancini (YouTube), Greg Polad (ACT), Marc Putman (EUROVOD), Elenora Rosati (Universität Stockholm), Anna Solar-Bassett (Vodafone), Martin Senftleben (Universität Amsterdam), Krisztina Stump (Europäische Kommission), Charlotte Willner (Trust & Safety Professional Association).

Ich wünsche Ihnen eine anregende Lektüre!

Straßburg, Oktober 2021

Maja Cappello

IRIS-Koordinatorin

Leiterin der Abteilung für juristische Information

Europäische Audiovisuelle Informationsstelle

Inhaltsverzeichnis

1. Allgemeine Einführung.....	1
2. Der Digital Services Act und die Macht sozialer Medien zur Regulierung von Meinungsäußerungen: Verpflichtungen, Verantwortlichkeiten und Schutzvorkehrungen.....	7
2.1. Einführung.....	7
2.2. Öffentliche und private Regulierung von Meinungsäußerungen.....	8
2.3. Verantwortlichkeit von Vermittlern: von der E-Commerce-Richtlinie zum DSA.....	10
2.4. Haftungsregelungen im Rahmen des DSA.....	14
2.4.1. Einführung.....	14
2.4.2. Melde- und Abhilfeverfahren.....	14
2.4.3. Untersuchungen auf Eigeninitiative.....	15
2.4.4. Auslegungsfragen zu Artikel 6 DSA.....	17
2.5. Bewertung und Minderung systemischer Risiken.....	19
2.5.1. Bewertung systemischer Risiken.....	19
2.5.2. Minderung systemischer Risiken.....	22
2.6. Fazit.....	23
3. Regulierung der Moderation illegaler Online-Inhalte.....	25
3.1. Thema und Gliederung dieses Kapitels.....	25
3.2. Die Unabhängigkeit des Cyberspace: die E-Commerce-Richtlinie.....	26
3.3. Der Anfang vom Ende: der entstehende EU-Rechtsrahmen für die Moderation von Online-Inhalten.....	29
3.3.1. Regulierung der Moderation bestimmter Arten von Online-Inhalten.....	30
3.3.2. Regulierung der Moderation durch bestimmte Arten digitaler Vermittler: Video-Sharing-Plattformen.....	34
3.3.3. Regulierung für alle: eine Neuinterpretation der E-Commerce-Richtlinie.....	36
3.3.4. Überblick über den EU-Rechtsrahmen und aktuelle Praktiken der Online-Moderation.....	37
3.4. Das Ende der Unabhängigkeit des Cyberspace: der Digital Services Act.....	38
3.4.1. Der DSA-Vorschlag und die Moderation von Inhalten.....	39
3.4.2. Asymmetrische Verpflichtungen.....	40
3.5. Schlussbemerkungen.....	44
4. Vom Risiko zur Chance? Der risikobasierte Ansatz des DSA zu Desinformation.....	49
4.1. Einleitung.....	49

4.2. Die Desinformationslandschaft	50
4.2.1. Fortschreitende Definitionen	50
4.2.2. Die breiteren rechtlichen und politischen Rahmenbedingungen.....	54
4.3. Einführung des risikobasierten Ansatzes des DSA.....	57
4.4. Risikominderung	60
4.5. Gewährleistung von Aufsicht und Transparenz.....	62
4.6. Ein riskantes Geschäft? Der risikobasierte Ansatz in der Praxis.....	66
4.7. Fazit	68

5. Digital Services Act und Urheberrechtsdurchsetzung: der Fall des Artikels 17 der DSM-Richtlinie* 71

5.1. Einführung.....	71
5.1.1. Die gemeinsame Geschichte der DSM-Richtlinie und des DSA.....	72
5.2. Aufbau und Inhalt von Artikel 17 der DSM-Richtlinie.....	77
5.2.1. Klage Polens gegen Artikel 17	79
5.3. Das Verhältnis zwischen Artikel 17 und dem DSA: Was ist daran speziell?.....	80
5.3.1. Der Begriff OCSSP: EU-Niederlassung, Zugänglichkeit und Zielorientierung	81
5.3.2. Das spezielle Haftungsverfahren nach Artikel 17 Absatz 4.....	82
5.3.3. Verfügbarkeit von Haftungsprivilegien	86
5.3.4. Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren und der Schutz vor Missbrauch	87
5.4. Fazit	88

6. Der Vorschlag für ein Gesetz über digitale Märkte (DMA): Von Gatekeepern, Fairness und Transparenz im Online-Umfeld 91

6.1. Einleitung.....	91
6.2. Der DMA-Vorschlag im Überblick	94
6.3. Anwendungsbereich: Weit, aber Wenige.....	97
6.3.1. Adressierte Akteure.....	97
6.3.2. Benennungsverfahren	102
6.4. Verpflichtungen und Verbote oder „Dos und Don'ts“ für Gatekeeper	103
6.4.1. Strukturelle Aspekte	103
6.4.2. Einige Verpflichtungen im Detail.....	105
6.5. Durchsetzung: Ein zentralisierter Ansatz	107
6.6. Fazit	109

7. Gatekeeping im audiovisuellen Sektor: ökonomischer Hintergrund, Wettbewerb und Regulierung..... 113

7.1. Einführung.....	113
7.2. Wettbewerb und Gatekeeper in der digitalen Wirtschaft: ökonomische Grundlagen	116
7.3. Wettbewerb und Gatekeeping auf Streaming-Märkten	122
7.4. Regulatorische Implikationen für audiovisuelle Streaming-Märkte aus ökonomischer Sicht	126
7.4.1. Selbstpräferenzierung.....	126
7.4.2. Vertikale Integration.....	128
7.4.3. Zusammenfassung.....	129

8. Zusammenfassungen der Veranstaltungen der Informationsstelle zum DSA-Paket..... 131

8.1. Ein erster Blick auf die neuen EU-Vorschriften für Onlinedienste und ihre möglichen Auswirkungen auf die audiovisuelle Industrie	132
8.1.1. Hintergrund: Überblick über das neue Gesetzespaket zu digitalen Diensten	132
8.1.2. Expertenecke: Wettbewerb, Haftung und die Wechselbeziehung zwischen dem DSA-Paket, der AVMD-Richtlinie und der DSM-Richtlinie.....	133
8.1.3. Stakeholder-Panel: Der DSA als dringend benötigtes Update für einen veralteten Rechtsrahmen	134
8.2. Webinar Nr. 1 – Transparenz der Inhaltmoderation in sozialen Medien.....	136
8.2.1. Hintergrund.....	136
8.2.2. Expertenecke: Moderation illegaler Online-Inhalte durch Online-Plattformen.....	136
8.2.3. Stakeholder-Panel: Moderation von Inhalten aus der Sicht von Plattformen, Verbrauchern und nationalen Medienregulierern	137
8.3. Webinar Nr. 2 – Gatekeeper im DSA-Paket: Was ist mit VoD?.....	139
8.3.1. Hintergrund.....	139
8.3.2. Expertenecke: Regulatorische und wettbewerbsbezogene Aspekte	140
8.3.3. Stakeholder-Panel: Der VoD-Markt, ein wettbewerbsintensiver und stark regulierter Markt ohne Gatekeeper?	140
8.4. Webinar Nr. 3 – Urheberrecht und DSA	142
8.4.1. Hintergrund.....	142
8.4.2. Expertenecke: Risiken und Chancen des DSA.....	143
8.4.3. Stakeholder-Panel: Zusammenspiel zwischen DSA und Urheberrecht, Risiken, Herausforderungen und Chancen	144
8.5. Webinar Nr. 4 – Der DSA und der Kampf gegen Desinformation.....	146
8.5.1. Hintergrund.....	146
8.5.2. Expertenecke: Risiken und Chancen für den Kampf gegen Desinformation	146
8.5.3. Stakeholder-Panel: Desinformationsbekämpfung, freie Meinungsäußerung und Datenzugang	147
8.6. Teilnehmerliste.....	149

Abbildung

Abbildung 1.	Im DSA vorgesehene Verpflichtungen.....	3
--------------	---	---

Tabellen

Tabelle 1.	EU-Rechtsrahmen für die Moderation illegaler Online-Inhalte	37
Tabelle 2	Arbeitsdefinitionen von Desinformation	52



1. Allgemeine Einführung

Jeder hat im Internet schon lustige Katzenvideos gesehen, doch diese Entwicklung ist noch relativ neu. Bestimmt können sich die meisten von Ihnen an die guten alten Zeiten erinnern, als man noch nicht mit einem Klick auf dem Smartphone YouTube-Videos von Kätzchen mit dem Facebook-Freundeskreis teilen oder darüber twittern konnte.

Diese Dienste werden auf europäischer Ebene durch ein recht altes Rechtsinstrument reguliert: die sogenannte Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr, auch bekannt als E-Commerce-Richtlinie.

Ein Vorteil der Regeln in dieser Richtlinie ist ihre Einfachheit. Sie sind unkompliziert, alles ist klar. Und ebenso klar sind ihre Auswirkungen. Wie ein moderner Pontius Pilatus können Diensteanbieter sozusagen ihre Hände in Unschuld waschen, was auch immer die Nutzer tun. Zumindest theoretisch. Was also ist das Problem bei dieser Richtlinie? Nun, zunächst einmal ist diese Richtlinie eine regulatorische Antwort auf Probleme des Jahres 2000. Eine Welt ohne Facebook, YouTube und iPhones. Und vor allem regelt die E-Commerce-Richtlinie trotz ihres Namens weit mehr als den Handel oder Geschäftsverkehr, denn diese Dienste haben Auswirkungen auf die freie Meinungsäußerung, auf die kulturelle Vielfalt, auf urheberrechtlich geschützte Werke und sogar auf freie Wahlen. Nun stellt sich die Frage, ob diese einfache, unkomplizierte rechtliche Lösung im Jahr 2021, also in einer viel komplexer gewordenen Welt, noch zeitgemäß ist. Natürlich ist das Schöne an der E-Commerce-Richtlinie ihre Einfachheit. Zusätzliche Regulierungsebenen erhöhen die Komplexität. Mögliche Folgen wären Verwirrung, Überschneidungen und sogar Widersprüche zwischen verschiedenen Rechtsnormen. Außerdem schränkt der grundlegende Charakter der Meinungsfreiheit den Handlungsspielraum der Legislative ein.

In Europa hat sich der Wandel seit Langem angebahnt.

Die Europäische Union hat bereits in zwei Rechtsinstrumenten Ausnahmen von den Vorschriften der E-Commerce-Richtlinie eingeführt:¹

- Mit der Revision der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (AVMD-Richtlinie) im Jahr 2018 wurde der Anwendungsbereich der Richtlinie auf Video-Sharing-Plattformen (VSPs) ausgeweitet.
- Mit Artikel 17 der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt (DSM-Richtlinie) wurden neue Verpflichtungen für Plattformen für das Teilen von Online-Inhalten (Online Content Sharing Platforms, OCSPs) eingeführt.

¹ Ein vollständiger Überblick über die derzeitige Regulierung von Onlinediensten findet sich in Kapitel 2 und 3 dieser Publikation.



Im Jahr 2019 leitete die Europäische Kommission das Verfahren zur Verabschiedung eines umfassenderen Regulierungspakets ein, des sogenannten Digital-Services-Act-Pakets („DSA-Paket“). Als Ergebnis dieses Verfahrens wurden am 15. Dezember 2020 Vorschläge für zwei neue Verordnungen veröffentlicht: den Digital Services Act (auf Deutsch offiziell „Gesetz über digitale Dienste“) und den Digital Markets Act („Gesetz über digitale Märkte“).

Der Digital Services Act gleicht einer russischen Puppe. Er enthält Vorschriften für Vermittlungsdienste, die eine Netzinfrastruktur anbieten, mit besonderen Regeln für Hosting-Dienste, Online-Plattformen und sehr große Plattformen. Sehr große Plattformen sind Online-Plattformen, die mehr als 10% der EU-Bevölkerung (45 Millionen Nutzerinnen und Nutzer) erreichen und als systemrelevant gelten.

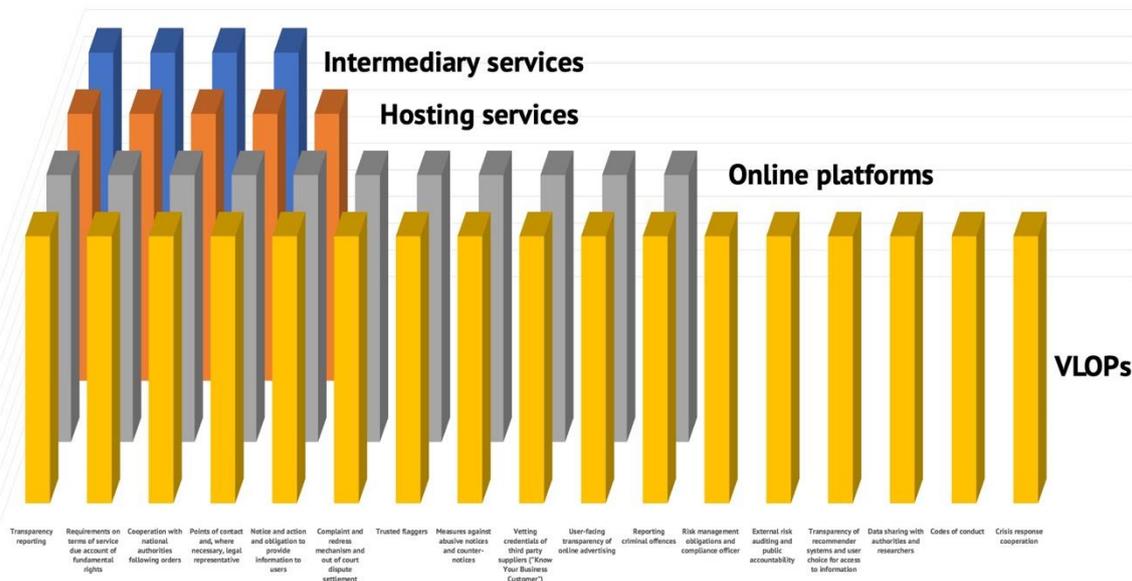
Mit dem DSA wird eine Reihe von Verpflichtungen kommen, die nach der Größe des Dienstes und den Auswirkungen abgestuft sind, darunter

- Maßnahmen zur Bekämpfung illegaler Waren, Dienste oder Inhalte im Internet,
- neue Verpflichtungen zur Rückverfolgbarkeit von gewerblichen Nutzern auf Online-Marktplätzen.
- wirksame Schutzvorkehrungen für die Nutzer,
- Transparenzmaßnahmen für Online-Plattformen,
- spezifische Verpflichtungen für sehr große Plattformen, den Missbrauch ihrer Systeme zu verhindern,
- Zugang für Forschende zu wichtigen Daten der größten Plattformen, damit sie die Entwicklung von Online-Risiken untersuchen können, und
- eine Aufsichtsstruktur für die Bewältigung der Komplexität des Online-Raums.

Wie in der folgenden Grafik dargestellt, unterliegen Vermittlungsdienste einigen grundlegenden Verpflichtungen, zu denen je nach Art und Größe des Dienstes weitere hinzukommen.



Abbildung 1. Im DSA vorgesehene Verpflichtungen



Wenn die DSA-Vorschriften einer russischen Puppe gleichen, wirkt der Digital Markets Act (DMA) eher wie Herkules bei dem Versuch, Cerberus einzufangen. Wie Sie sicher wissen, bewachte der Höllenhund Cerberus in der griechischen und römischen Mythologie das Tor zur Unterwelt.

Der DMA reguliert etwas andere Torwächter (hier Gatekeeper genannt), in diesem Fall im Internet. Gatekeeper sind Online-Plattformen, die erhebliche Auswirkungen auf den Binnenmarkt haben, gewerblichen Nutzern als wichtiges Zugangstor zu Endnutzern dienen und eine gefestigte und dauerhafte Position innehaben oder absehbar erlangen werden.

Kurz gesagt soll der Digital Markets Act

- quantitative Schwellenwerte für die Identifizierung mutmaßlicher Gatekeeper festlegen (wobei die Europäische Kommission auch nach einer Marktuntersuchung Unternehmen als Gatekeeper benennen kann),
- eine Reihe von Praktiken verbieten, die eindeutig unlauter sind,
- Gatekeeper zur proaktiven Ergreifung bestimmter Maßnahmen verpflichten,
- Sanktionen für Verstöße vorsehen, um die Wirksamkeit der neuen Vorschriften zu gewährleisten, und
- der Europäischen Kommission ermöglichen, gezielte Marktuntersuchungen durchzuführen.

Wie zu erwarten war, hat die Veröffentlichung dieser beiden Verordnungsvorschläge Hoffnungen und Befürchtungen geweckt, vor allem aber Fragen aufgeworfen, und zwar viele Fragen.



Der Anwendungsbereich von DMA und DSA umfasst Video-Sharing-Plattformen wie YouTube und ähnliche, nicht aber Video-on-Demand-Plattformen wie Netflix, Amazon Prime oder Disney+. VoD-Anbieter unterliegen weiterhin den Verpflichtungen der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste, weil hier eine redaktionelle Verantwortung nahelegt, die bei Vermittlern, für die der DSA gilt, fehlt.

Noch lässt sich nicht sagen, wie dieses System in der Praxis aussehen wird, denn das Mitentscheidungsverfahren zwischen den EU-Institutionen läuft noch. In der Zwischenzeit finden Sie in den folgenden Kapiteln dieser Veröffentlichung zahlreiche Denkanstöße.



Regulierung fremder Meinungsäußerungen

Die Idee, Meinungsäußerungen zu regulieren, mag vielen Bürgerinnen und Bürgern demokratischer Länder fremd sein. Schließlich ist die Freiheit der Meinungsäußerung hier ein Grundrecht. Doch ganz so einfach ist es natürlich nicht. Wie jede andere Freiheit ist auch die Meinungsfreiheit mit Pflichten und Verantwortung verbunden und kann daher rechtlichen Beschränkungen unterliegen. Die Frage ist, wer für die Verhängung und Überwachung solcher Beschränkungen zuständig ist.

Vergessen wir nicht, dass Gesetzgebung die hohe Kunst des Interessenausgleichs ist oder zumindest sein sollte. Des Ausgleichs zwischen unternehmerischer Freiheit und Verbraucherschutz. Zwischen Meinungsfreiheit und dem Schutz anderer Rechte. Das ist eine schwierige und komplexe Kunst.

Gleichzeitig ist Gesetzgebung auch die Kunst des Definierens. Und auch das Definieren ist komplex. Denn definieren heißt begrenzen, wie schon Oscar Wilde wusste. Im Recht betreffen die wichtigsten Definitionen den Unterschied zwischen „legal“ und „illegal“. Und was nicht illegal ist, ist legal, nicht wahr? Nun, auch hier ist die Sache nicht so einfach. Und erst recht nicht einfach ist der Unterschied zwischen „illegal“ und „schädlich“. Zwischen den Interessenträgern besteht grundsätzliches Einvernehmen darüber, dass „schädliche“ (aber nicht oder zumindest nicht unbedingt illegale) Inhalte im Gesetz über digitale Dienste nicht definiert werden sollten und dass sie keiner Pflicht zur Entfernung unterliegen sollten, da es sich hierbei um einen heiklen Bereich handelt, der schwerwiegende Auswirkungen auf den Schutz der Meinungsfreiheit habe.

Denn was ist eigentlich schädlich? Solange dies nicht gesetzlich definiert ist, bleibt es subjektiv. Das Internet ist voll von anstößigen Inhalten, könnte man sagen. Aber anstößig für wen? Und warum sollten anstößige Inhalte entfernt werden? Und vor allem: Wer entscheidet über diese Fragen, wenn nicht das Gesetz oder die Justiz?

Diese Aufgabe haben weitgehend die sozialen Medien übernommen.

Social-Media-Anbieter werden sagen, dass es sich bei der Moderation von Inhalten so verhält wie in der Fabel vom Müller, seinem Sohn und dem Esel: Was immer sie tun, wird kritisiert – ganz gleich, ob sie Inhalte nun entfernen oder nicht. Doch abgesehen von den krassesten Fällen ist die Moderation von Inhalten tatsächlich eine Art Mission Impossible, wenn man bedenkt, welche Menge an Daten zu durchforsten ist und welche Ressourcen dies erfordert. Künstliche Intelligenz wird als Teil der Lösung für dieses Problem dargestellt, doch deren Mangel an „Menschlichkeit“ ist gerade einer ihrer größten Nachteile. Filteralgorithmen können potenziell schädliche Inhalte äußerst effizient finden und entfernen, aber differenzierte Entscheidungen zu komplexen Rechtsgebieten können nur Menschen treffen.

*In drei aufeinander folgenden Kapiteln erörtern **Joan Barata, Alexandre de Streel / Michèle Ledger und Katie Pentney / Tarlach McGonagle** die Feinheiten der Regulierung von Meinungsäußerungen im Online-Bereich und die Rolle, die der DSA hierbei spielen kann.*



2. Der Digital Services Act und die Macht sozialer Medien zur Regulierung von Meinungsäußerungen: Verpflichtungen, Verantwortlichkeiten und Schutzvorkehrungen²

Joan Barata, Intermediary Liability Fellow, Program on Platform Regulation, Cyber Policy Center, Stanford University

2.1. Einführung

Mitte Dezember 2020 legten die EU-Kommissionsmitglieder Margrethe Vestager und Thierry Breton zwei wichtige Verordnungsvorschläge³ vor, die einen neuen Regulierungsrahmen für Internetvermittler definieren sollen: den Digital Services Act (DSA, auf Deutsch offiziell „Gesetz über digitale Dienste“) und den Digital Markets Act (DMA, „Gesetz über digitale Märkte“).

Der DMA zielt insbesondere auf die Harmonisierung bestehender Vorschriften in den Mitgliedstaaten ab, um Engpässe und Hürden für den Zugang zum digitalen Binnenmarkt wirksamer zu verhindern. Der DSA enthält eine Reihe grundlegender Regeln und Prinzipien, die im Wesentlichen die Art und Weise betreffen, wie Vermittler an der Veröffentlichung und Verbreitung von Online-Inhalten mitwirken. Der Schwerpunkt liegt dabei auf Hosting- und Sharing-Plattformen wie Facebook, TikTok, Twitter und YouTube.

² Der vorliegende Artikel basiert auf einem Verfassungsblog-Beitrag des Autors mit dem Titel „The Digital Services Act and the Reproduction of Old Confusions“, <https://verfassungsblog.de/dsa-confusions/>, sowie dem Text des Berichts „The Digital Services Act and its impact on the right to freedom of expression: special focus on risk mitigation obligations“, <https://libertadinformacion.cc/wp-content/uploads/2021/06/DSA-AND-ITS-IMPACT-ON-FREEDOM-OF-EXPRESSION-JOAN-BARATA-PDLI.pdf>.

³ <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package>.



Der vorliegende Artikel wird auf eine Reihe spezifischer Aspekte des DSA-Vorschlags eingehen.⁴

Die Analyse wird zunächst der Frage nachgehen, inwieweit der neue Entwurf Vermittler dazu anhält, Initiativen gegen rechtswidrige und sonstige Formen bedenklicher Inhalte zu ergreifen, sei es aufgrund eigener Ermittlungen oder aufgrund von Hinweisen Dritter. Insbesondere wird es dabei um das Zusammenspiel zwischen fehlender Kenntnis bzw. mangelndem Bewusstsein als Voraussetzung für Haftungsausschlüsse und den besonderen Schutzmaßnahmen gehen, die Plattformen bei solchen Initiativen gewährt werden. Darüber hinaus muss insbesondere analysiert werden, wie der neue Rahmen sich mit dem bisherigen fallrechtlichen Ansatz, der auf der „Neutralität“ des Dienstes der Plattform beruht, überschneidet und mit ihm interagiert.

Zweitens wird die Analyse auf eine spezifische Art „geschützter“ Praktiken für die Moderation von Inhalten eingehen, nämlich die Praktiken sehr großer Online-Plattformen (Very Large Online Platforms, VLOPs) gemäß den Artikeln 26 und 27 über die Minderung sogenannter systemischer Risiken.

2.2. Öffentliche und private Regulierung von Meinungsäußerungen

Staaten haben die Befugnis, im Rahmen der geltenden internationalen und regionalen Normen die legitimen Grenzen und Bedingungen für die Ausübung des Rechts auf freie Meinungsäußerung festzulegen und somit zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Inhalten zu unterscheiden.

Außerdem moderieren Hosting-Anbieter Inhalte im Allgemeinen nach eigenen – privaten – Regeln. Die Moderation von Inhalten besteht aus einer Reihe von Governance-Mechanismen, die die Teilnahme an einer Gemeinschaft strukturieren, um das Zusammenspiel zu erleichtern und Missbrauch zu verhindern. Um die Kommunikation zu erleichtern, fördern Plattformen oft den zivilen Umgangston in den Diskussionen und im Austausch zwischen den Nutzerinnen und Nutzern, indem sie private Regeln für Inhalte festlegen und durchsetzen. Zudem haben Plattformen die Macht, Online-Äußerungen auch jenseits gesetzlicher und satzungsmäßiger Inhaltsbestimmungen zu gestalten und zu regulieren. Die Inhaltsrichtlinien der Plattformen beruhen häufig auf einer komplexen Mischung verschiedener Grundsätze: Förderung der Nutzerbindung, Wahrung bestimmter Werte des öffentlichen Interesses (aus echter Überzeugung oder auf Druck von Politik und Gesetzgebung) oder Umsetzung eines bestimmten Verständnisses des Rechts auf freie Meinungsäußerung.

Ebenso spielen die Plattformen eine grundlegende Rolle bei der Entscheidung, welche Inhalte online gut sichtbar sind und welche zwar veröffentlicht werden, aber trotzdem versteckt bleiben oder kaum auffallen. Obwohl es den Nutzern freisteht, die von

⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/de/TXT/?uri=COM:2020:825:FIN>.



Online-Hosting-Anbietern bereitgestellten Inhalte direkt auszuwählen (etwa über den Zugang zu den Profilen und Seiten anderer Nutzer, Suchwerkzeuge oder Einbettung), sind die plattformeigenen Empfehlungssysteme äußerst einflussreich, weil sie eine zentrale Stellung unter den Schnittstellen einnehmen und zu wichtigen Funktionen für das Entdecken von Inhalten geworden sind.⁵ Da die endgültigen Empfehlungsergebnisse aus einer bilateralen Interaktion zwischen den Nutzern – mit ihren Präferenzen, ihren Neigungen, ihrem Hintergrund usw. – und den Empfehlungssystemen selbst resultieren, ist auch zu bedenken, dass letztere eine wichtige Gatekeeping-Rolle spielen, wenn sie auf Inhalte vorrangig, verstärkt oder nur beschränkt hinweisen.

Viele Autorinnen, Autoren und Organisationen haben davor gewarnt, dass Vermittler Inhalte herausstellen, um Nutzerinnen und Nutzer maximal zu binden, abhängig zu machen, zu polarisieren und gezielt mit Werbung anzusprechen (Behavioural Targeting).⁶ Andererseits ist aber auch festzuhalten, dass die Öffentlichkeit und selbst Fachleute lange Zeit kaum wussten, wie die Plattformen bei der Entfernung von Inhalten vorgehen, und wegen dieses Informationsvakuums ist die Politik schlecht gerüstet, um auf Bedenken in Bezug auf Plattformen, Online-Äußerungen und Demokratie zu reagieren. Die jüngsten Verbesserungen bei den Offenlegungen der Unternehmen mögen dieses Problem entschärft haben, aber trotzdem bleibt noch viel zu tun.⁷ Allerdings ist auch darauf hinzuweisen, dass große Plattformen schon oft falsche oder schädliche Moderationsentscheidungen etwa zu terroristischen oder extremistischen Inhalten getroffen haben.⁸

Die erste Art von Rechtsvorschriften, die es im Bereich der Online-Plattformen zu untersuchen gilt, enthält Regeln und Sanktionen, die sich direkt an die Plattformnutzer richten und festlegen, was diese tun oder nicht tun dürfen, welche rechtliche Wirkung damit verbunden ist und welche Sanktionen drohen. Diese Regeln und Sanktionen sind teils allgemein (wie bei Hassäußerungen, die üblicherweise als Straftatbestände definiert sind) und teils spezifisch (so kriminalisieren einige Staaten besonders die Verbreitung terroristischer Inhalte über Online-Plattformen wegen deren mutmaßlich großer Reichweite). Die Rechtsvorschriften zu Online-Äußerungen werden zudem über rechtliche Regeln integriert, die die Anbieter digitaler Dienste veranlassen sollen, die Aktivitäten ihrer Nutzer zu beeinflussen: Die Regulierung richtet sich an die Vermittler, aber

⁵ Siehe eine aktuelle und gründliche Analyse zu diesen Fragen in Leerssen P., „The Soap Box as a Black Box: Regulating Transparency in Social Media Recommender Systems“, *European Journal of Law and Technology*, 11(2),2020.

⁶ Bietti E., „Free Speech is Circular“, *Medium*, 2020, <https://medium.com/berkman-klein-center/free-speech-is-circular-trump-twitter-and-the-public-interest-5277ba173db3>.

⁷ Keller D. und Leerssen P., „Facts and Where to Find Them: Empirical Research on Internet Platforms and Content Moderation“, in Persily N. & Tucker J., *Social Media and Democracy: The State of the Field and Prospects for Reform*, Cambridge University Press, 2020.

⁸ Siehe York J.C. und Gullo K., „Offline/Online Project Highlights How the Oppression Marginalized Communities Face in the Real World Follows Them Online“, *Electronic Frontier Foundation*, 2018, <https://www.eff.org/deeplinks/2018/03/offlineonline-project-highlights-how-oppression-marginalized-communities-face-real>; Perrigo B., „These Tech Companies Managed to Eradicate ISIS Content. But They're Also Erasing Crucial Evidence of War Crimes“, *Time*, 2020, <https://time.com/5798001/facebook-youtube-algorithms-extremism/?xid=tcoshare>; „When Content Moderation Hurts“, *Mozilla*, 2020, <https://foundation.mozilla.org/en/blog/when-content-moderation-hurts/>.



eigentlich geht es um die Nutzer. Nicht zuletzt enthalten die Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu Online-Äußerungen Regeln, die die Tätigkeit der Regulierungsbehörden bei der Überwachung oder Regulierung der Aktivitäten der Anbieter von Vermittlungsdiensten regulieren sollen, wenn letztere die Aktivitäten der Nutzer „regulieren“ oder moderieren.⁹

Bei der ersten Art von Rechts- und Verwaltungsvorschriften handelt es sich eindeutig um einen potenziellen Eingriff in das Recht auf freie Meinungsäußerung. Es geht im Grunde um „inhaltliche Regeln“, die im Rahmen einer bilateralen Beziehung zwischen der Person, die sich äußert, und den staatlichen Behörden angewandt werden. Daher müssen für solche Regeln die üblichen Schutzvorkehrungen und Einschränkungen gelten, die auch auf die Regulierung des Rechts auf freie Meinungsäußerung anwendbar sind.

Die beiden folgenden Kategorien (Regulierung der Aktivitäten und Entscheidungen von Plattformen und Definition der Rolle von Regulierern gegenüber Online-Vermittlern) haben ebenfalls Auswirkungen auf die Ausübung des Rechts auf freie Meinungsäußerung, auch wenn sie wohl als Modalitäten indirekten staatlichen Handelns, wie man es nennen könnte, zu betrachten sind. Diese Regeln sind in mehreren von den EU-Institutionen bereits verabschiedeten Rechtsvorschriften enthalten und haben auch in den DSA-Vorschlag Eingang gefunden, wie im Folgenden näher erläutert wird.

2.3. Verantwortlichkeit von Vermittlern: von der E-Commerce-Richtlinie zum DSA

Der DSA (der offiziell die Form einer Verordnung annehmen wird) wird die E-Commerce-Richtlinie¹⁰ ergänzen und eine Reihe neuer Bestimmungen für Online-Vermittler enthalten. Diese Bestimmungen sind insofern von besonderem Interesse, als sie den genannten Anbietern mehrere Verpflichtungen auferlegen, die insbesondere darauf abzielen, ihre „Macht“ zu begrenzen und die Rechte und Interessen der Nutzer besser zu schützen.

Die E-Commerce-Richtlinie enthält neben anderen wichtigen Aspekten die allgemeine Regelung zur Verantwortlichkeit von Vermittlern, die für Anbieter von Vermittlungsdiensten, insbesondere für Hosting-Anbieter, auf EU-Ebene gilt. Die Befreiung von der Verantwortlichkeit setzt voraus, dass die Plattformen keine tatsächliche Kenntnis von der rechtswidrigen Tätigkeit oder Information haben und sich auch keiner Tatsachen oder Umstände bewusst sind, aus denen die rechtswidrige Tätigkeit oder

⁹ Diese Klassifizierung stammt aus Sartor, G. und Loreggia A., „The impact of algorithms for online content filtering or moderation“, Europäisches Parlament, Generaldirektion Interne Politikbereiche der Union, Direktion Bürgerrechte und konstitutionelle Angelegenheiten, 2020, [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU\(2020\)657101](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU(2020)657101).

¹⁰ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2000/31/oj>.



Information offensichtlich wird, und dass sie, sobald sie diese Kenntnis oder dieses Bewusstsein erlangen, unverzüglich tätig werden, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren (Artikel 14 der E-Commerce-Richtlinie).

Der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) hat in seiner Rechtsprechung die Kriterien für das Vorliegen einer solchen Kenntnis bzw. eines solchen Bewusstseins im Rahmen der E-Commerce-Richtlinie festgelegt. So heißt es im *L'Oréal*-Urteil,¹¹ die in Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie niedergelegten Regeln seien „dahin auszulegen, dass sie alle Fälle erfassen, in denen sich der betreffende Anbieter in der einen oder anderen Weise solcher Tatsachen oder Umstände bewusst war“. Der Gerichtshof beschränkt die Verantwortlichkeit zudem auf Fälle, in denen der Vermittler „eine aktive Rolle spielt, die ihm eine Kenntnis dieser Daten oder eine Kontrolle über sie verschaffen konnte“. Vermittler sind somit von der Verantwortlichkeit ausgenommen, wenn sie eine Rolle rein technischer, automatischer und passiver Art erfüllen. Trotz der Bemühungen des Gerichtshofs in einer sehr begrenzten Zahl von Fällen ist es nach wie vor schwierig, allseits anerkannte Kriterien festzulegen, nach denen Eingriffe von Vermittlern eindeutig als aktiv oder passiv einzustufen wären (mit den entsprechenden Folgen für die Verantwortlichkeit).

Auch nationale Gerichte haben Mühe mit der Unterscheidung zwischen aktiven und passiven Vermittlungsdiensten. So erließ der Oberste Gerichtshof Italiens 2019 nach mehreren widersprüchlichen Entscheidungen unterer Instanzen ein Urteil im Fall *Reti Televisive Italiane S.p.A. gegen Yahoo!*,¹² in dem er die genannte Unterscheidung bestätigte und definierte. Dem Gerichtshof zufolge können sich Vermittler in Fällen, in denen wiederum der Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft eine Tätigkeit ausübt, die nicht nur rein technischer, automatischer und passiver Art ist, nicht auf Haftungsprivilegien nach Artikel 14 der Richtlinie berufen. Insbesondere betrachtet der Gerichtshof eine aktive Rolle der Hosting-Anbieter als gegeben, wenn diese Tätigkeiten wie die Filterung, Auswahl, Indexierung, Organisation, Katalogisierung, Aggregation, Bewertung, Verwendung, Veränderung, Extraktion oder Bewerbung von Inhalten ausüben. Der Vermittler kann sich in diesen Fällen nicht auf die in der E-Commerce-Richtlinie vorgesehenen Haftungsprivilegien berufen und unterliegt daher möglicherweise der allgemeinen Haftungsregelung des Zivilrechts.¹³

Im Zusammenhang mit Artikel 14 verbietet Artikel 15 die Auferlegung einer allgemeinen Verpflichtung, Inhalte „zu überwachen oder aktiv nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen“. Wie der EuGH wiederum in seinem *L'Oréal*-Urteil festgestellt hat, können „die Maßnahmen, die vom Anbieter des betreffenden Onlinedienstes verlangt werden, nicht darin bestehen [...], aktiv alle Angaben eines jeden seiner Kunden zu überwachen“, auch wenn er angewiesen werden

¹¹ Urteil vom 12. Juli 2011, Rechtssache C-324/09, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=107261&doclang=DE>.

¹² Corte Suprema di Cassazione, Sezione Prima Civile, Sentenza 19-03-2019, n. 7708, http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/7708_03_2019_no-index.pdf.

¹³ Siehe Rosati E., „Italian Supreme Court clarifies availability of safe harbours, content of notice-and-takedown requests, and stay-down obligations“, *The IPKat*, 2019, <https://ipkitten.blogspot.com/2019/03/italian-supreme-court-clarifies.html>.



kann, spezifische Maßnahmen zu ergreifen, um eine bestimmte Rechtsverletzung abzustellen und/oder die Ermittlung eines einzelnen Täters zu ermöglichen. In den Urteilen *Scarlet Extended*¹⁴ und *SABAM*¹⁵ hat der Gerichtshof ausdrücklich festgestellt, dass nationale Gerichte keine Anordnungen gegen Anbieter von Hosting-Diensten erlassen dürfen, die diese verpflichten, ein Filtersystem einzurichten, wenn ein solches System sämtliche Daten eines jeden ihrer Kunden aktiv überwachen würde, um künftigen Rechtsverletzungen vorzubeugen.

Daraus lässt sich schließen, dass Vermittler im EU-Rechtssystem grundsätzlich verantwortlich gemacht werden können, wenn ihnen nachgewiesen wird, dass sie bei der Durchführung freiwilliger Maßnahmen, die zu einer tatsächlichen oder hypothetischen Kenntnis führt, eine bestimmte Rechtswidrigkeit übersehen haben.

Eine weitere wichtige Schlussfolgerung in Bezug auf die oben genannten komplexen Auslegungsparameter ist die Tatsache, dass sich aus der Kopplung der Haftungsprivilegien an eine unklare Definition des Begriffs „Passivität“ ein lockerer Ansatz ergibt, der sowohl zu vermehrten Online-Rechtsverstößen als auch zu unzufriedenen Nutzern führen kann, die nicht mit bedenklichem oder irrelevantem Material konfrontiert werden möchten.¹⁶

Zu beachten ist, dass die Artikel 14 und 15 der E-Commerce-Richtlinie angesichts dieser Urteile eigentlich separat gelesen und ausgelegt werden müssten. Während ersterer Schwellen und Parameter für die Kenntnis und das Bewusstsein festlegt, nach denen sich Hosting-Vermittler auf Haftungsprivilegien berufen können, regelt letzterer die mögliche Auferlegung spezifischer und gezielter Pflichten zur Überwachung von Inhalten. In diesem zweiten Fall kann Vermittlern nach nationalem Recht erst dann eine rechtliche Verantwortung zugesprochen werden, wenn diese Pflichten nicht ordnungsgemäß erfüllt wurden.

Anzumerken ist ferner, dass einige kürzlich verabschiedete sektorspezifische Rechtsvorschriften auf EU-Ebene neue Verpflichtungen zur Einführung proaktiver Maßnahmen zu enthalten scheinen. Diese proaktiven Maßnahmen wären jedoch mit dem erwähnten Verbot von Verpflichtungen zur Überwachung von Inhalten vereinbar bzw. würden dieses vielmehr ergänzen. Mit anderen Worten: Trotz des allgemeinen Verbots in Artikel 15 ist festzustellen, dass sektorspezifische Rechtsvorschriften zunehmend neue proaktive Überwachungspflichten für Vermittler einführen.

In diesem Sinne enthält die sogenannte Urheberrechtsrichtlinie¹⁷ eine Reihe von Verpflichtungen gegenüber sogenannten Diensteanbietern für das Teilen von Online-

¹⁴ Urteil vom 24. November 2011, Rechtssache C-70/10, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=115202&doclang=de>.

¹⁵ Urteil vom 16. Februar 2012, Rechtssache C-360/10, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=119512&doclang=DE>.

¹⁶ Sartor G., „Providers Liability: From the eCommerce Directive to the future“, In-depth analysis for the IMCO Committee, im Auftrag der Fachabteilung A, Wirtschafts- und Wissenschaftspolitik, der Generaldirektion Interne Politikbereiche, Europäisches Parlament, 2017, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/614179/IPOL_IDA\(2017\)614179_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/614179/IPOL_IDA(2017)614179_EN.pdf).

¹⁷ 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



Inhalten (Online Content-Sharing Service Providers, im Folgenden „OCSSPs“), insbesondere die Pflicht sicherzustellen, dass bestimmte urheberrechtlich geschützte Werke nicht verfügbar sind (Artikel 17). In Erwägungsgrund 70 heißt es, solche Maßnahmen „sollten die Anwendung der Ausnahmen und Beschränkungen des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte, insbesondere derjenigen, die das Recht der Nutzer auf freie Meinungsäußerung gewährleisten, nicht beeinträchtigen“. Die Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste¹⁸ enthält eine Reihe von Pflichten sogenannter Video-Sharing-Plattformen (im Folgenden „VSPs“) zur Verhinderung und Moderation von Inhalten, die Hassbotschaften und Kinderpornografie darstellen, die körperliche und geistige Entwicklung von Kindern beeinträchtigen, gegen Verpflichtungen im Bereich der kommerziellen Kommunikation verstoßen oder als terroristische Inhalte angesehen werden können. Darüber hinaus werden innerstaatliche Behörden (meist unabhängige Medienaufsichtsbehörden) damit beauftragt zu überprüfen, ob VSPs „angemessene Maßnahmen“ gegen die oben genannten Arten von Inhalten (und andere unerwünschte Inhalte) ergriffen haben. Im Rahmen dieser Regelung, die in letzter Instanz von öffentlichen Regulierungsstellen überwacht wird, müssen die Plattformen nicht nur eine breite Palette von Maßnahmen gegen die mögliche Verbreitung illegaler Inhalte durch die Nutzer ergreifen, sondern sie können auch verpflichtet sein, diesen geeignete Rechtsbehelfsverfahren gegen mögliche Einschränkungen ihrer Rechte aufgrund der genannten Maßnahmen zur Verfügung zu stellen.¹⁹ In diesem Zusammenhang werden die Plattformen allgemein zur Berücksichtigung „der betroffenen Rechte und berechtigten Interessen, einschließlich derer der Video-Sharing-Plattform-Anbieter und der Nutzer, die die Inhalte erstellt oder hochgeladen haben, sowie des öffentlichen Interesses“ (Artikel 28b(3) AVMS Richtlinie) aufgefordert. Die kürzlich verabschiedete Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung der Verbreitung terroristischer Online-Inhalte (TERREG)²⁰ enthält für Hostingdiensteanbieter wichtige Verpflichtungen

96/9/EG und 2001/29/EG (Text von Bedeutung für den EWR), <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/790/oj>. Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass die polnische Regierung beim EuGH beantragt hat, einige Bestimmungen in dem genannten Artikel für nichtig zu erklären, wobei sie rügt, dass „die Pflicht der Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten, alle Anstrengungen zu unternehmen, um sicherzustellen, dass bestimmte Werke und sonstige Schutzgegenstände [...] nicht verfügbar seien [...], sowie alle Anstrengungen zu unternehmen, um das künftige Hochladen dieser Werke oder sonstigen Schutzgegenstände zu verhindern, [...] zur Vermeidung einer Haftung erfordere, dass die Anbieter eine vorherige automatische Überprüfung (Filtern) der von Nutzern online bereitgestellten Inhalte vornehmen und damit präventive Kontrollmechanismen einführen. Ein solcher Mechanismus untergrabe den Wesensgehalt des Rechts auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit und erfülle nicht das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit und der Notwendigkeit einer Beschränkung dieses Rechts.“ Republik Polen gegen Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union (Rechtssache C-401/19),

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=216823&doclang=de>.

¹⁸ Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste) (kodifizierte Fassung) (Text von Bedeutung für den EWR), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:02010L0013-20181218>.

¹⁹ Siehe Barata J., *Regulating content moderation in Europe beyond the AVMSD*, *LSE Blog*, 2020, <https://blogs.lse.ac.uk/medialse/2020/02/25/regulating-content-moderation-in-europe-beyond-the-avmsd/>.

²⁰ Verordnung (EU) 2021/784 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2021 zur Bekämpfung der Verbreitung terroristischer Online-Inhalte (Text von Bedeutung für den EWR), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:32021R0784>.



zur Entfernung illegaler Inhalte und zur Einführung spezifischer Maßnahmen gegen die Verbreitung terroristischer Online-Inhalte. Die Verordnung enthält ungenaue Leitlinien, nach denen Anbieter „in Abhängigkeit von Risiko und Ausmaß der möglichen Beeinflussung durch terroristische Inhalte sowie von den Auswirkungen auf die Rechte Dritter und auf das öffentliche Informationsinteresse spezifische Maßnahmen ergreifen“ sollten (Erwägungsgrund 22). Die benannten zuständigen Behörden sollen dann „feststellen [...], ob die Maßnahmen wirksam und verhältnismäßig sind“.

2.4. Haftungsregelungen im Rahmen des DSA

2.4.1. Einführung

Der DSA hebt die grundlegenden Bestimmungen der E-Commerce-Richtlinie in diesem Bereich nicht auf. In Artikel 5 enthält er sogar im Wesentlichen identische Bestimmungen für Anbieter von Hosting-Diensten, sodass der Kern des derzeitigen Systems der bedingten Vermittlerhaftung unangetastet bleibt. Zu beachten ist allerdings, dass der DSA – und damit auch diese Bestimmungen – als Verordnung unmittelbar gilt, also nicht wie eine Richtlinie zunächst in innerstaatliches Recht umgesetzt werden muss.

Allerdings ist auch zu bedenken, dass der DSA neue rechtliche und regulatorische Ebenen enthält, aus denen sich noch schwierigere Auslegungsfragen ergeben können, die in letzter Instanz wohl ebenfalls der Gerichtshof in Luxemburg klären muss.

2.4.2. Melde- und Abhilfeverfahren

Abgesehen von den Bestimmungen in dem bereits angesprochenen Artikel 5 legt Artikel 14 des DSA fest, unter welchen Voraussetzungen bei Melde- und Abhilfeverfahren von einer Kenntnis oder einem Bewusstsein auszugehen ist. Die Grundlage des Melde- und Abhilfeverfahrens ist zwar das Vorhandensein eines bestimmten illegalen Inhalts, doch der DSA verzichtet bewusst auf eine materielle Definition dessen, was in diesem Kontext und generell im Kontext der gesamten Verordnung als illegal gelten würde. Nach Artikel 2 Absatz g des DSA „bezeichnet der Ausdruck ‚illegale Inhalte‘ alle Informationen, die als solche oder durch ihre Bezugnahme auf eine Tätigkeit, einschließlich des Verkaufs von Produkten oder der Erbringung von Dienstleistungen, nicht im Einklang mit dem Unionsrecht oder dem Recht eines Mitgliedstaats stehen, ungeachtet des genauen Gegenstands oder der Art der betreffenden Rechtsvorschriften“. Der DSA verweist somit auf bereits bestehende rechtliche Bestimmungen aus den entsprechenden sektorspezifischen Rechtsvorschriften, sei es auf nationaler oder auf EU-Ebene.

Nach Artikel 14 Absatz 2 müssen Meldungen „eine Begründung [enthalten], warum die betreffende Person oder Einrichtung die fraglichen Informationen als illegale Inhalte ansieht“. In Verbindung damit bestätigt Absatz 3, dass Meldungen, die unter anderem eine



solche Begründung enthalten, „bewirken, dass [...] von einer tatsächlichen Kenntnis oder einem Bewusstsein [...] ausgegangen wird.“ Allerdings ist zu beachten, dass die bloße Behauptung eines Nutzers, ein bestimmter Inhalt sei illegal, nicht notwendigerweise zu einer Kenntnis oder einem Bewusstsein im Sinne von Artikel 5 führt, sofern die Illegalität des gemeldeten Inhalts nicht eine bestimmte Offensichtlichkeitsschwelle erreicht. So wird auch in Erwägungsgrund 22 verlangt, dass Meldungen „ausreichend präzise und hinreichend begründet sind, damit ein sorgfältiger Wirtschaftsteilnehmer die mutmaßlich illegalen Inhalte angemessen erkennen und bewerten und gegebenenfalls dagegen vorgehen kann“. In jedem Fall ist auch klar, dass der DSA, ähnlich wie die E-Commerce-Richtlinie, keine eindeutigen Leitlinien oder Hinweise dazu enthält, wie eine solche Offensichtlichkeit zu bestimmen oder das Vorhandensein einer angemessenen Bestimmung illegaler Inhalte zu würdigen ist. Hierbei ist darauf hinzuweisen, dass eine mögliche Unsicherheit oder Unbestimmtheit in diesem Bereich womöglich nur dazu führt, dass die Plattformen zu viele Inhalte entfernen.

Nicht zuletzt ist zu beachten, dass auch nach Erwägungsgrund 22 des DSA die Entfernung oder Sperrung des Zugangs „unter Beachtung des Grundsatzes der Freiheit der Meinungsäußerung“ erfolgen sollte. Diese allgemeine Bestimmung steht im Einklang mit dem Wortlaut der sektorspezifischen EU-Rechtsvorschriften, die, wie bereits erwähnt, die Pflicht der Plattformen und die Aufsichtsverantwortung der zuständigen Behörden beinhalten, die Folgen bestimmter Maßnahmen und Entscheidungen für die Freiheit der Meinungsäußerung zu berücksichtigen, zusammen mit anderen Elementen wie ihrer Wirksamkeit und den Auswirkungen auf andere Rechte. In jedem Fall sind die meisten dieser rechtlichen Hinweise in Bezug auf die Frage, welche Kriterien, Parameter und Schutzvorkehrungen Plattformen bei der Einführung und Umsetzung der Maßnahmen berücksichtigen oder einbeziehen müssten, sehr vage. Darüber hinaus werden den mit der Überwachung dieser Aspekte betrauten Verwaltungs- und Justizbehörden keine spezifischen und detaillierten Mandate – weder prozessualer noch materieller Art – zur angemessenen Berücksichtigung und zum Schutz der Menschenrechte erteilt. Öffentliche Eingriffe sollen anscheinend vor allem gewährleisten, dass illegale Inhalte wirksam bekämpft oder beseitigt werden.

2.4.3. Untersuchungen auf Eigeninitiative

Nach Artikel 6 des DSA-Vorschlags kommen für Vermittler „Haftungsausschlüsse auch dann in Betracht, wenn sie auf Eigeninitiative freiwillige Untersuchungen oder andere Tätigkeiten zur Erkennung, Feststellung und Entfernung illegaler Inhalte oder zur Sperrung des Zugangs zu illegalen Inhalten durchführen oder die erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um den Anforderungen des Unionsrechts und insbesondere dieser Verordnung nachzukommen“. Dies lässt sich mit dem ursprünglich in der US-Gesetzgebung verankerten „Guter-Samariter-Prinzip“ in Verbindung bringen. Dieses Prinzip stellt sicher, dass Online-Vermittler für Maßnahmen zur Einschränkung illegaler oder anderer Formen unangemessener Inhalte nicht bestraft werden. Diese Regel wird meist als Schutz für die Tätigkeiten und Interessen von Vermittlern dargestellt: Wenn Vermittlern Immunität für die von ihnen vermittelten Inhalte gewährt wird, schafft das



Gesetz in der Tat Anreize für die Einführung und Umsetzung privater Richtlinien zu illegalen und anderen Arten von Inhalten, die zwar rechtmäßig sind, aber in einem bestimmten Kontext anstößig oder unerwünscht sein können. Eine der frühesten und bekanntesten gesetzlichen Verankerungen dieses Prinzips findet sich in Section 230(c) des Communications Act von 1934 (in der Fassung des Telecommunications Act von 1996). Section 230 spielt eine grundlegende Rolle bei der Entwicklung des Internets, wie wir es kennen. Unter dem Schutz des US-Rechts haben Vermittler den Anreiz, ihr Geschäft unter einem vorhersehbaren rechtlichen Rahmen zu betreiben und auszubauen, die von ihnen geteilten Inhalte zu moderieren und konkret gegen bestimmte Formen bedenklicher Äußerungen vorzugehen.²¹

Wichtige Hinweise zu den Haftungsbestimmungen des DSA finden sich auch in Erwägungsgrund 22, wonach ein Anbieter „diese tatsächliche Kenntnis oder dieses Wissen insbesondere durch Untersuchungen aus eigener Initiative oder durch Meldungen erhalten [kann], die bei ihm von Personen oder Stellen im Einklang mit dieser Verordnung eingehen, sofern diese Meldungen ausreichend präzise und hinreichend begründet sind“.

Erwägungsgrund 25 bekräftigt und präzisiert den Grundsatz, dass die bloße Durchführung von Untersuchungstätigkeiten durch Anbieter „nicht dazu führt, dass die Haftungsausschlüsse gemäß dieser Verordnung nicht in Anspruch genommen werden können, sofern diese Tätigkeiten nach Treu und Glauben und sorgfältig durchgeführt werden“. Die Freistellung von der Haftung setzt voraus, dass diese Untersuchungen „zur Erkennung und Feststellung von illegalen Inhalten sowie zum Vorgehen dagegen“ oder „zur Einhaltung der Anforderungen des Unionsrechts, einschließlich derer gemäß dieser Verordnung im Hinblick auf ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen“ durchgeführt werden. Wichtig ist auch, dass dieser Erwägungsgrund – im letzten Teil – die „übrige“ Anwendbarkeit des zuvor erwähnten Kriteriums der aktiven (im Gegensatz zu einer passiven bzw. neutralen) Rolle anerkennt, insbesondere in Fällen, in denen die genannten Ausschlüsse nicht gelten würden. Ebenso unterstreicht Erwägungsgrund 18, dass die Haftungsausschlüsse nicht gelten sollten, „wenn der Anbieter sich nicht darauf beschränkt, die Dienstleistungen auf neutrale Weise und durch die bloße technische und automatische Verarbeitung der vom Nutzer bereitgestellten Informationen zu erbringen, sondern dahingehend eine aktive Rolle einnimmt, dass er Wissen oder Kontrolle über diese Informationen erhält.“ Der DSA scheint also anzudeuten, dass Vermittler bei den in Artikel 6 genannten Tätigkeiten in Bezug auf die Haftung nicht automatisch „aktiv“ werden.

Unbeschadet der Anwendbarkeit, der im vorangegangenen Abschnitt beschriebenen allgemeinen Regelung, hat der DSA daher einige zusätzliche Bestimmungen eingeführt, die die Einführung und Umsetzung von Maßnahmen zur Moderation von Inhalten durch die Plattformen in gewissem Maße zu fördern scheinen und auch erheblichen Einfluss auf Haftungsentscheidungen haben können. Allerdings bringt dies auch erhebliche Auslegungsprobleme mit sich.

²¹ Barata J., „Positive Intent Protections: Incorporating a Good Samaritan Principle in the EU Digital Services Act“, *CDT blog*, 2020, <https://cdt.org/insights/positive-intent-protections-incorporating-a-good-samaritan-principle-in-the-eu-digital-services-act/>.



2.4.4. Auslegungsfragen zu Artikel 6 DSA

Erstens bleiben Untersuchungen auf Eigeninitiative durch Haftungsprivilegien geschützt, wenn sie „ausschließlich“²² zwei Hauptziele verfolgen: das Vorgehen gegen illegale Inhalte oder die Einhaltung anderer Verpflichtungen, die Vermittler nach dem DSA selbst und nach anderen einschlägigen EU-Rechtsvorschriften haben können.

Zum Begriff „illegale Inhalte“ heißt es in Erwägungsgrund 12 des Vorschlags, dass dieser Begriff weit gefasst werden sollte und „auch Informationen im Zusammenhang mit illegalen Inhalten, Produkten, Dienstleistungen oder Tätigkeiten“ umfasst. Der Begriff sollte „so ausgelegt werden, dass er sich auf Informationen [...] bezieht, die nach geltendem Recht entweder an sich rechtswidrig sind [...] oder mit rechtswidrigen Handlungen zusammenhängen“. Daher ist die Definition von Umfang und Substanz illegaler Inhalte nicht im Text der Verordnung zu finden, sondern in sektorspezifischen Rechtsvorschriften, sei es auf nationaler oder auf EU-Ebene. In jedem Fall sind bei illegalen Inhalten als weit gefasster Kategorie sehr verschiedene Arten zu unterscheiden, darunter offenkundig illegale und strafbare Inhalte (Kinderpornografie), illegale Inhalte im Sinne anderer innerstaatlicher Rechtsvorschriften (z. B. Werbung für bestimmte Produkte), Inhalte, die nur auf Antrag einer interessierten Partei eindeutig als illegal eingestuft würden (verleumderische Inhalte), oder Inhalte, die illegale Handlungen in der physischen Welt darstellen oder abbilden (die als solche nicht unbedingt als illegal betrachtet werden müssten). In diesem Bereich wäre es wichtig, dass die Hosting-Anbieter nach Treu und Glauben auf der Grundlage der Grundsätze der Rechtmäßigkeit, Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit (die übrigens im Text nicht klar genannt werden) eine eigene Beurteilung vornehmen dürfen. Darüber hinaus dürfen nach dem „Guter-Samariter-Prinzip“, das in Artikel 6 verankert zu sein scheint, die Haftungsausschlüsse für die Anbieter nicht automatisch wegfallen, wenn deren Beurteilung von der zuständigen Behörde zurückgewiesen wird.

Bei den „anderen“ Verpflichtungen ist insbesondere die Pflicht sehr großer Plattformen (mit über 45 Millionen Nutzern) zu betrachten, „angemessene, verhältnismäßige und wirksame Risikominderungsmaßnahmen [zu ergreifen], die auf die [...] ermittelten besonderen systemischen Risiken zugeschnitten sind“, wie es in Artikel 27 des Vorschlags unter Bezugnahme auf Artikel 26 heißt. Als systemische Risiken genannt werden im letzteren die Verbreitung illegaler Inhalte (Absatz a) und nachteilige Auswirkungen auf die Ausübung der Grundrechte auf Achtung des Privat- und Familienlebens, auf die Meinungs- und Informationsfreiheit, auf das Diskriminierungsverbot und auf die Rechte des Kindes (Absatz b). Hinzu kommen als letztes, aber nicht minder wichtiges systemisches Risiko tatsächliche oder absehbare nachteilige

²² Anm. d. Übers: Die (in Ziffer 2.4.3 zitierte) deutsche Fassung von Artikel 6 enthält aufgrund einer anderen Satzkonstruktion keine unmittelbare Entsprechung zu dem englischen Adverb „solely“. In der englischen Fassung lautet Artikel 6: „Providers of intermediary services shall not be deemed ineligible for the exemptions from liability referred to in Articles 3, 4 and 5 solely because they carry out voluntary own-initiative investigations or other activities aimed at detecting, identifying and removing, or disabling of access to, illegal content, or take the necessary measures to comply with the requirements of Union law, including those set out in this Regulation.“



Auswirkungen auf den Schutz der öffentlichen Gesundheit, auf Minderjährige und auf die gesellschaftliche Debatte oder auf Wahlprozesse und die öffentliche Sicherheit durch „vorsätzliche Manipulationen ihres Dienstes, auch durch unauthentische Nutzung oder automatisierte Ausnutzung des Dienstes“ (Absatz c). Diese Bestimmungen weisen, wie im Folgenden näher ausgeführt wird, einige problematische Aspekte auf, darunter ihre extreme Offenheit und Unbestimmtheit. Daneben ist trotz des Verweises auf Angemessenheit und Verhältnismäßigkeit in Artikel 27 festzuhalten, dass Art und Umfang der spezifischen Risikominderungsmaßnahmen dem Ermessen der Plattformen und in letzter Instanz den Entscheidungen der noch nicht eindeutig festgelegten innerstaatlichen Regulierungsstellen unter der Gesamtaufsicht der Europäischen Kommission überlassen werden.

Zweitens: Wie ist in diesem Zusammenhang das Wort „ausschließlich“²³ zu verstehen? Dieses Adverb scheint Haftungsausschlüsse auf Fälle zu beschränken, in denen Plattformen über die erwähnten Untersuchungen auf Eigeninitiative hinaus keine anderen Tätigkeiten durchgeführt haben, die auf die spezifische Kenntnis eines konkreten Inhalts hindeuten würden. Der DSA deckt also keine anderen möglichen Handlungen oder Maßnahmen ab, die die zuständige Behörde dazu veranlassen könnten, das Vorhandensein einer tatsächlichen Kenntnis oder eines Bewusstseins festzustellen. Mögliche Beispiele hierfür wären der Eingang einer Auskunftsanordnung gemäß Artikel 9 oder einer nicht angemessen begründeten Meldung einer Drittpartei, wenn diese zur Prüfung eines bestimmten Inhalts oder zur Ergreifung konkreter Maßnahmen – Herabstufung, Kommunikation mit dem ursprünglichen Urheber usw. – geführt hat.

Der DSA enthält also keine echte „Guter-Samariter-Klausel“ im Sinne der bisherigen Ausführungen. Damit eine Guter-Samariter-Klausel zu angemessenen Ergebnissen führt, muss sie sorgfältig formuliert sein und jede denkbare Abschreckungswirkung vermeiden. Der aktuelle Wortlaut des DSA erlaubt, wie auch die E-Commerce-Richtlinie, immer noch den Schluss, dass es umso eher möglich wird, einen potenziell illegalen Inhalt zu finden, der zumindest eine vorsichtige Prüfung erfordern würde, je mehr Plattformen bei der Überwachung der von ihnen gehosteten Inhalte eine aktive Rolle spielen. In diesem Zusammenhang nimmt, wie oben ausgeführt, die Wahrscheinlichkeit, dass einer Plattform nachgewiesen wird, einen illegalen Inhalt übersehen zu haben, – und damit auch das Haftungsrisiko – erheblich zu.²⁴ Artikel 6 könnte daher dazu führen, dass mehr Inhalte entfernt werden, weil es für die Hosting-Anbieter, die eine proaktive Überwachung vornehmen, sicherer wäre, vorsichtshalber eher mehr als weniger zu entfernen, um eine Haftung zu vermeiden.²⁵

²³ Anm. d. Übers.: siehe vorangegangene Fußnote.

²⁴ Kuczerawy A., „The EU Commission on voluntary monitoring: Good Samaritan 2.0 or Good Samaritan 0.5?“, *KU Leuven CiTiC*, 2019, <https://www.law.kuleuven.be/citip/blog/the-eu-commission-on-voluntary-monitoring-good-samaritan-2-0-or-good-samaritan-0-5/>.

²⁵ Kuczerawy A., „The Good Samaritan that wasn't: voluntary monitoring under the (draft) Digital Services Act“, *Verfassungsblog*, 2021, <https://verfassungsblog.de/good-samaritan-dsa/>.



2.5. Bewertung und Minderung systemischer Risiken

2.5.1. Bewertung systemischer Risiken

Sehr große Online-Plattformen (Very Large Online Platforms, VLOPs) im Sinne von Artikel 25 des DSA-Vorschlags – also solche, die ihre Dienste für aktive Nutzer in der Union erbringen, deren durchschnittliche monatliche Zahl sich auf mindestens 45 Millionen Personen beläuft – müssen im Rahmen des DSA, wie bereits erwähnt, neue Pflichten zur Bewertung und Minderung „systemischer Risiken“ übernehmen. Die Existenz und Art solcher Risiken wird vom Gesetzgeber nicht eindeutig beschrieben oder nachgewiesen. Laut Erwägungsgrund 56 „können die Plattformen die Spielregeln bestimmen, ohne dass dabei die mit ihnen verbundenen Risiken und der dadurch möglicherweise entstehende gesellschaftliche und wirtschaftliche Schaden wirksam ermittelt und gemindert werden kann“. Die in Artikel 26 genannten Risiken stehen in engem Zusammenhang mit allgemeinen gesellschaftlichen Risiken (die mit oder ohne die Vermittlung von Online-Plattformen bestehen würden). Wie und in welchem Ausmaß sich diese Risiken verschärfen können und wie diese Verschärfung von den Plattformen realistisch und angemessen bewertet werden kann, wird in dem Vorschlag nur vage dargestellt, was für die Plattformen zu starker Unsicherheit führt und den zuständigen Behörden einen übermäßigen Ermessensspielraum verschafft.

Artikel 26 zielt darauf ab, solche systemischen Risiken durch Einteilung in drei große Kategorien zu definieren.

2.5.1.1. Verbreitung illegaler Inhalte über Dienste von VLOPs

Bei illegalen Inhalten sind grundsätzlich, wie bereits erwähnt, verschiedene Arten zu unterscheiden. Diese Arten können sich zudem zwischen den Mitgliedstaaten stark unterscheiden.

Artikel 26 verfolgt bei illegalen Inhalten einen sehr speziellen Ansatz: Hier wird der Begriff nicht für bestimmte Informationen verwendet, die gezielte Maßnahmen der Plattformen erfordern würden (wie etwa bei Melde- und Abhilfeverfahren), sondern um illegale Inhalte nicht nur als breite Kategorie zu beschreiben, sondern auch als etwas, das von den VLOPs massenhaft bewertet werden muss. Aus dieser Bestimmung geht nicht hervor, auf welche Weise ein Inhalt als illegal eingestuft wird, also ob sich die Bezeichnung auf Inhalte bezieht, die bereits von einer zuständigen Behörde für illegal erklärt wurden oder zumindest bereits Gegenstand spezifischer Maßnahmen nach den Bestimmungen des DSA waren, oder ob sie vielmehr auf die Vorhersehbarkeit hinweist, dass noch zu produzierende illegale Informationen letztlich über die genannten Plattformen verbreitet werden könnten.

Der Wortlaut der Bestimmung scheint beide Ansätze zu verbinden und festzulegen, dass Plattformen möglicherweise Maßnahmen zur Moderation von Inhalten formulieren müssen, die insbesondere auf Nutzer, Konten, Seiten usw. abzielen, die nachweislich zu Quellen illegaler Inhalte geworden sind (oder vorhersehbar werden



können). Darüber hinaus gibt es keine Hinweise auf die Einführung möglicher – und verbindlicher – Schutzvorkehrungen vor unnötigen und unverhältnismäßigen Auswirkungen auf die Ausübung des Rechts auf freie Meinungsäußerung durch Nutzer und Dritte (weder durch die Plattformen selbst noch durch Aufsichtsbehörden).

Die Bestimmung berücksichtigt nicht, dass die Ermittlung illegaler Inhalte in hohem Maße von verschiedenen Bereichen nicht unbedingt harmonisierter innerstaatlicher Rechtsvorschriften abhängt, sodass sich erhebliche Diskrepanzen zwischen den Mitgliedstaaten ergeben.

2.5.1.2. „Etwaige nachteilige Auswirkungen“ auf die Ausübung der Grundrechte

Als ein systemisches Risiko nennt Artikel 26 Absatz 1 Buchstabe b) „etwaige nachteilige Auswirkungen auf die Ausübung der Grundrechte auf Achtung des Privat- und Familienlebens, auf die Meinungs- und Informationsfreiheit, auf das Diskriminierungsverbot und auf die Rechte des Kindes“, die in der Charta der Grundrechte verankert sind.

Die Beschreibung dieses systemischen Risikos ist überaus problematisch. In der Bestimmung wird die Formulierung „etwaige nachteilige Auswirkungen“ verwendet, die in Bezug auf Menschenrechtsnormen nicht angemessen ist. Um nur ein Beispiel zu nennen: Die Berichterstattung über Angelegenheiten von öffentlichem Interesse kann manchmal nachteilige Auswirkungen auf das Recht bestimmter Personen des öffentlichen Lebens auf Achtung des öffentlichen - und Familienlebens haben, auch wenn diese Auswirkungen in den meisten Fällen durch den überragenden Schutz überlagert werden, den die Europäische Menschenrechtskonvention und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit bieten. Der Verweis auf „etwaige Verletzungen“ der Grundrechte erfolgt somit auf der Grundlage, dass diese Rechte als vollständig gesonderte Realitäten betrachtet werden, und ohne Berücksichtigung der sehr häufig bestehenden Notwendigkeit, eine Auslegung zu formulieren, die das Vorliegen verschiedener konkurrierender Rechte angemessen berücksichtigt.

2.5.1.3. Vorsätzliche Manipulationen des Dienstes

Die wohl problematischste Bestimmung zur Beschreibung systemischer Risiken betrifft „vorsätzliche Manipulationen [eines] Dienstes, auch durch unauthentische Nutzung oder automatisierte Ausnutzung des Dienstes, mit tatsächlichen oder absehbaren nachteiligen Auswirkungen auf den Schutz der öffentlichen Gesundheit, auf Minderjährige und auf die gesellschaftliche Debatte oder mit tatsächlichen oder vorhersehbaren Auswirkungen auf Wahlprozesse und die öffentliche Sicherheit“.

Diese Bestimmung hat schwerwiegende Auswirkungen auf das Recht auf freie Meinungsäußerung. Der Hinweis auf nachteilige Auswirkungen auf die öffentliche Gesundheit, auf Minderjährige (also nicht nur die in Buchstabe b) angesprochen Kinder), auf die gesellschaftliche Debatte, auf Wahlprozesse und auf die öffentliche Sicherheit zeigt in Verbindung mit der Erwähnung der Unvereinbarkeit nicht nur mit dem Gesetz, sondern auch mit allgemeinen Geschäftsbedingungen deutlich, dass (von öffentlichen



Stellen beaufsichtigte) Plattformen rechtlich dafür verantwortlich sein können, den Zugang zu rechtmäßigen (und daher durch die Meinungsfreiheitsklausel geschützten) Inhalten zu beschränken, die nach diesen sehr vagen Kriterien als „schädlich“ angesehen werden können. Diese Kriterien unterliegen sehr offenen Interpretationen, die von sehr unterschiedlichen politischen Ansätzen und Empfindlichkeiten innerhalb der Europäischen Union abhängig sind.

Die Begründung zum DSA verweist auf das bestehende „Einvernehmen darüber, dass ‚schädliche‘ (aber nicht oder zumindest nicht unbedingt illegale) Inhalte im Gesetz über digitale Dienste nicht definiert werden sollten und dass sie keiner Pflicht zur Entfernung unterliegen sollten, da es sich hierbei um einen heiklen Bereich handele, der schwerwiegende Auswirkungen auf den Schutz der Meinungsfreiheit habe.“ Es liegt jedoch auf der Hand, dass nicht nur Entfernungsentscheidungen erhebliche Auswirkungen auf das Recht auf freie Meinungsäußerung haben. Auch andere interne Maßnahmen von Plattformen zur Begrenzung der Auswirkungen bestimmter systemischer Risiken (die im folgenden Abschnitt erläutert werden) können sich auf diese breite Kategorie legaler, aber schädlicher Inhalte auswirken. In diesem Sinne sind zweierlei Maßnahmen zu unterscheiden: zum einen die reine Moderation von Inhalten, also Entscheidungen der Plattformen auf Eigeninitiative und auf der Grundlage ihrer privaten Geschäftsbedingungen (Artikel 2 Buchstabe p DSA definiert die Moderation von Inhalten als „die Tätigkeiten der Anbieter von Vermittlungsdiensten, mit denen illegale Inhalte oder Informationen, die von Nutzern bereitgestellt werden und mit den allgemeinen Geschäftsbedingungen des Anbieters unvereinbar sind, erkannt, festgestellt und bekämpft werden sollen, darunter auch Maßnahmen in Bezug auf die Verfügbarkeit, Sichtbarkeit und Zugänglichkeit der illegalen Inhalte oder Informationen, z. B. Herabstufung, Sperrung des Zugangs oder Entfernung, oder in Bezug auf die Möglichkeit der Nutzer, solche Informationen bereitzustellen, z. B. Schließung oder Aussetzung des Kontos eines Nutzers“), und zum anderen Maßnahmen, die auf der Grundlage der rechtlichen Verpflichtungen gemäß Artikel 26 und 27 des DSA getroffen werden.

Besonders deutlich wird das komplexe Zusammenspiel zwischen Legalität und allgemeinen Geschäftsbedingungen in Artikel 26 Absatz 2, wonach Plattformen bei der Bewertung der verschiedenen systemischen Risiken berücksichtigen müssen, „wie ihre Systeme zur Moderation von Inhalten, ihre Empfehlungssysteme und ihre Systeme zur Auswahl und Anzeige von Werbung die in Absatz 1 genannten systemischen Risiken beeinflussen, sowie die Möglichkeit der raschen und weiten Verbreitung von illegalen Inhalten und von Informationen, die mit ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen unvereinbar sind“.

Zu beachten ist, dass Artikel 26 nicht genau definiert, wann ein Risiko zu groß ist und daher die Ergreifung von Minderungsmaßnahmen rechtfertigt. Mit anderen Worten: Das politische, wirtschaftliche und soziale Leben birgt in modernen Gesellschaften ohnehin viele Störungen und Risiken. Diese Probleme, darunter auch illegale Verhaltensweisen, bestehen parallel zu oder unabhängig von Online-Plattformen. Entscheidend ist hier die richtige Bewertung, inwieweit die Vermittler zusätzliche Risiken verursachen oder bestehende Risiken inakzeptabel verstärken. Die nächste große Frage lautet, ob Plattformen in die Lage versetzt werden können, solche komplexen Analysen durchzuführen und über die besten Mittel zur Bewältigung dieser nachteiligen



Auswirkungen zu entscheiden. Hervorzuheben ist dabei, dass diese Aufgaben mit sehr starken Auswirkungen auf die Menschenrechte verbunden sind. Insbesondere ist hier zu berücksichtigen, dass Artikel 26 bei der Bewertung möglicher Risiken nicht zwischen verschiedenen Arten von Inhalten unterscheidet (und auch nicht die Notwendigkeit einer solchen Unterscheidung feststellt). Müssen beispielsweise die Auswirkungen von Inhalten, die von einzelnen Nutzern gepostet werden, in gleicher Weise berücksichtigt werden wie die Aktivitäten der Konten von redaktionell geführten Medienunternehmen?

Darüber hinaus mögen die im DSA-Vorschlag benannten Behörden, die die Entscheidungen der Plattformen in diesem Bereich überwachen sollen, die Möglichkeiten haben, die Verfahren und Praktiken der Plattformen bei der Erfüllung dieser „Sorgfaltspflichten“ zu bewerten. Doch können diese Behörden auch damit betraut werden oder, besser noch, haben sie die Legitimität, umfassende Urteile über die wünschenswerte Offenheit und Vielfalt des öffentlichen Diskurses, die Fairness des Wahlprozesses oder den Schutz der öffentlichen Sicherheit zu fällen? Gehören diese Fragen nicht zum Kern unserer Demokratien und erfordern sie deshalb nicht die offensten und vielfältigsten gesellschaftlichen Debatten und institutionellen Verfahren?

2.5.2. Minderung systemischer Risiken

Hinzuweisen ist zudem auf die verschiedenen Möglichkeiten, wie die obigen Risiken gemäß Artikel 27 gemindert werden können. Dazu gehört die mögliche Einführung eines breiten Spektrums interner Verfahren für die Moderation von Inhalten (Absatz 1), die durch vom Europäischen Gremium für digitale Dienste und der Kommission vorgegebene Kriterien (Absatz 2) sowie durch von der Kommission herausgegebene Leitlinien ergänzt werden sollen. Erwägungsgrund 68 sieht vor, dass „Risikominderungsmaßnahmen [...] Gegenstand von Selbst- und Koregulierungsvereinbarungen sein“ sollten (auf die in Artikel 35 eingegangen wird), und insbesondere heißt es dort weiter: „Weigert sich eine Online-Plattform ohne angemessene Begründung, sich auf Aufforderung der Kommission an der Anwendung eines solchen Verhaltenskodex zu beteiligen, könnte dies hinsichtlich möglicher Zuwiderhandlungen der Online-Plattform im Rahmen dieser Verordnung berücksichtigt werden.“ Die Feststellung solcher Zuwiderhandlungen wird insbesondere durch erweiterte Beaufsichtigungsmechanismen gemäß Artikel 50 umgesetzt.

Zu beachten ist, dass in vielen Fällen die einzige Möglichkeit, systemischen Risiken zu begegnen und/oder die in den Kodizes festgelegten Regeln einzuhalten, den Einsatz automatisierter Filtermechanismen erfordern kann. Unbeschadet der Transparenzverpflichtungen im DSA zum Einsatz solcher Mechanismen ist hier zu bedenken, dass Fehler automatisierter Überwachungstools die Grundrechte der Nutzer auf Privatsphäre, Meinungs- und Informationsfreiheit, Diskriminierungsfreiheit sowie faire Verfahren schwer und unumkehrbar beeinträchtigen können. Allerdings enthält der DSA keine klare und verbindliche Richtlinie für die Gestaltung und Umsetzung solcher Mittel, insbesondere im Hinblick auf die Auswirkungen auf die Menschenrechte. Generell gibt es keine spezifischen Bestimmungen, nach denen interne und unabhängige Verfahren und Prüfungen der Plattformen eine klare, völkerrechtsbasierte und gründliche Perspektive zu den Auswirkungen auf die Menschenrechte umfassen müssen, insbesondere in dem



Bereich, um den es hier geht. In diesem Sinne heißt es in Erwägungsgrund 58 lediglich, Minderungsmaßnahmen „sollten mit den Sorgfaltspflichten aus dieser Verordnung im Einklang stehen, wirksam und angemessen zur Minderung der festgestellten spezifischen Risiken beitragen und [...] zudem in einem angemessenen Verhältnis zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der sehr großen Online-Plattform stehen und der Notwendigkeit Rechnung tragen, unnötige Beschränkungen für die Nutzung ihrer Dienste zu vermeiden, wobei mögliche negative Auswirkungen auf die Grundrechte der Nutzer angemessen zu berücksichtigen sind“.

Nach dem europäischen Modell sind Einschränkungen des Rechts auf freie Meinungsäußerung durch nicht legislative Stellen an das Vorhandensein einer unabhängigen Stelle gebunden, die keiner direkten politischen Kontrolle oder Weisung unterliegt. Die sehr wichtige Rolle, die eine nicht unabhängige Stelle wie die Europäische Kommission bei der Formulierung und Umsetzung von Maßnahmen mit klaren Auswirkungen auf die freie Meinungsäußerung möglicherweise spielt, steht zu diesem Modell im Widerspruch.

Nicht zuletzt können die Aktivitäten und Maßnahmen, die im Rahmen der Artikel 26 und 27 des DSA unternommen und beschlossen werden, auf keinen Fall als rein private Inhaltsrichtlinien angesehen werden, für die ausschließlich die Online-Plattformen verantwortlich sind. Sie sind vielmehr das Ergebnis eines komplexen Eingriffs, an dem öffentliche Stellen bzw. staatliche Behörden (auf nationaler und auf EU-Ebene) beteiligt sind. Ein solcher Eingriff erfolgt *ex ante* über die Vorschriften im DSA und *ex post* aufgrund der Fähigkeit verschiedener öffentlicher Stellen, die verschiedenen Arten des Umgangs der Plattformen mit systemischen Risiken zu gestalten und einzuschränken, wozu die Verbreitung von und der Zugang zu weit mehr Arten von Inhalten als nur illegalen Informationen gehört.

In einem solchen Kontext wird die ordnungsgemäße Einführung und Anwendung von Grundsätzen und Vorkehrungen zum Schutz von Menschenrechten wie der freien Meinungsäußerung zu einer unabdingbaren Voraussetzung.

2.6. Fazit

Der DSA ist ein überaus relevanter und umfassender Vorschlag. Er führt eine Reihe grundlegender Regeln und Prinzipien ein, die im Wesentlichen die Art und Weise betreffen, wie Vermittler an der Verbreitung von Online-Inhalten mitwirken. Außerdem enthält er neue wichtige Rechte für Nutzerinnen und Nutzer und Pflichten für Diensteanbieter (insbesondere VLOPs), etwa in Bezug auf Geschäftsbedingungen, Transparenzanforderungen, Begründungen bei der Entfernung von Inhalten, Systeme zur Bearbeitung von Beschwerden und die außergerichtliche Streitbeilegung.

In vielen Bereichen wird der DSA die Rechte der Menschen, die Plattformen nutzen und dort ihre Meinung äußern, gegenüber Online-Vermittlern stärken. Die Verwirrung in Bezug auf tatsächliches Wissen und Bewusstsein und deren Beziehung zu einer möglichen „aktiven“ Rolle der Plattformen wurde jedoch nicht gelöst und besteht in den manchmal vagen Formulierungen des Vorschlags fort. Da es wichtig ist, dass eine



Haftungsregelung verlässlich ist und Plattformen und Nutzern ausreichende Rechtssicherheit bietet, dürften diese Fragen in den verschiedenen Phasen der Annahme der Verordnung noch starke Beachtung finden und ausführlich erörtert werden.

Darüber hinaus können, wie in diesem Beitrag ausgeführt, Pflichten und Verantwortlichkeiten rund um die Bewertung und Minderung systemischer Risiken unnötige und unverhältnismäßige Auswirkungen auf das Recht der Nutzerinnen und Nutzer auf freie Meinungsäußerung haben.



3. Regulierung der Moderation illegaler Online-Inhalte

*Alexandre de Streel, Professor für EU-Recht an der Universität Namur und am Namur Digital Institute (NADI), Academic Co-Director beim Centre on Regulation in Europe (CERRE) und Vorsitzender der Expertengruppe der EU-Beobachtungsstelle für die Online-Plattformwirtschaft; Michèle Ledger, Head of Practice bei Cullen International und Senior Researcher am NADI.**

3.1. Thema und Gliederung dieses Kapitels

Das vorliegende Kapitel beschäftigt sich mit dem EU-Rechtsrahmen für Hosting-Vermittler bei der Moderation von Online-Inhalten, die illegal sind oder gegen deren allgemeine Geschäftsbedingungen verstoßen.²⁶ Jeder der folgenden Begriffe ist bereits oder wird demnächst im EU-Recht definiert: (i) **Hosting-Vermittler** sind alle Organisationen, die Informationen speichern, die von einem Nutzer und in dessen Auftrag eingegeben werden;²⁷ (ii) **Praktiken zur Moderation von Inhalten** sind alle Maßnahmen, die Vermittler ergreifen, um Inhalte zu verwalten, die gegen das Gesetz oder ihre Geschäftsbedingungen verstoßen, und um ihre Nutzer zu verwalten (z. B. Schließung oder Aussetzung des Kontos eines Nutzers);²⁸ (iii) **illegale Inhalte** sind alle Informationen, die

* Die Autoren danken Maja Cappello und Francisco Cabrera für ihre überaus hilfreichen Kommentare und Diskussionen; die Verantwortung für den Inhalt dieses Artikels liegt wie immer bei den Autoren allein.

²⁶ Das vorliegende Kapitel basiert teilweise auf de Streel A. et al., „Online platforms' moderation of illegal content online“, Studie für das Europäische Parlament, 2020. Zu den Regeln für die Moderation von Inhalten siehe Floridi L. und Taddeo M. (eds.), *The responsibility of online service providers*, Springer, 2017 und Frosio G. (ed.), *The Oxford handbook of online intermediary liability*, Oxford University Press, 2020.

²⁷ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt [2000] ABL L 178/1, Art. 14; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=celex%3A32000L0031>, Vorschlag der Kommission vom 15. Dezember 2020 für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über einen Binnenmarkt für digitale Dienste (Gesetz über digitale Dienste) und zur Änderung der Richtlinie 2000/31, COM(2020) 825, Art. 5 Abs. 1, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/de/TXT/?uri=COM:2020:825:FIN>.

²⁸ Nach Art. 2 Bst. p des DSA-Vorschlags bezeichnet der Ausdruck „Moderation von Inhalten“ die Tätigkeiten der Anbieter von Vermittlungsdiensten, mit denen illegale Inhalte oder Informationen, die von Nutzern bereitgestellt werden und mit den allgemeinen Geschäftsbedingungen des Anbieters unvereinbar sind, erkannt, festgestellt und bekämpft werden sollen, darunter auch Maßnahmen in Bezug auf die Verfügbarkeit, Sichtbarkeit und Zugänglichkeit der illegalen Inhalte oder Informationen, z. B. Herabstufung, Sperrung des



nicht im Einklang mit dem Unionsrecht oder dem Recht eines Mitgliedstaats stehen, ungeachtet des genauen Gegenstands oder der Art der betreffenden Rechtsvorschriften.²⁹

Bei diesem letzten Begriff muss unterschieden werden zwischen Inhalten, die (i) gegen das Recht der EU oder eines Mitgliedstaates verstoßen und daher nach der Definition im DSA-Vorschlag illegal sind, (ii) Inhalten, die zwar gegen kein Gesetz verstoßen, wohl aber gegen die Geschäftsbedingungen einer Plattform, auf der sie gepostet werden, und (iii) Inhalten, die weder gegen ein Gesetz noch gegen die Geschäftsbedingungen der Plattform verstoßen, aber für Nutzer schädlich sind, insbesondere für die am meisten gefährdeten (z. B. Minderjährige). Unser Beitrag beschäftigt sich vor allem mit den EU-Vorschriften für die Moderation von Online-Inhalten der am stärksten regulierten ersten Kategorie und geht nur bei Bedarf auf die zweite und dritte Kategorie ein.³⁰

In diesem Kapitel wird die Entwicklung des EU-Rechtsrahmens im Laufe der Jahre nachgezeichnet, in denen das Internet für Wirtschaft und Gesellschaft immer mehr an Bedeutung gewonnen hat. Um die Jahrhundertwende, als digitale Vermittler noch in den Kinderschuhen steckten, war das Internet noch relativ frei von staatlichen Eingriffen, wie John Perry Barlow in seiner 1996 erschienenen Unabhängigkeitserklärung des Cyberspace³¹ (Abschnitt 3.2) bekanntlich behauptete. Dann wurden neue Vorschriften für bestimmte Arten von illegalen Inhalten oder für bestimmte Arten von digitalen Vermittlern erlassen – der Anfang vom Ende des digitalen Exzeptionalismus (Abschnitt 3.3). Nun entstehen neue horizontale Vorschriften für alle Plattformen und Inhalte, die der Unabhängigkeit des Cyberspace ein Ende setzen (Abschnitt 3.4). Diese Regeln sind gewiss ein Schritt in die richtige Richtung, doch einige Klarstellungen und Verbesserungen sind möglich (Abschnitt 3.5).

3.2. Die Unabhängigkeit des Cyberspace: die E-Commerce-Richtlinie

Im Jahr 2000 wurde mit der E-Commerce-Richtlinie eine besondere Haftungsregelung für Online-Vermittlungsdienste eingeführt. Nach Angaben der Europäischen Kommission³² verfolgte diese Regelung vier Hauptziele: (i) die Verantwortung für ein sicheres Internet zwischen allen beteiligten privaten Akteuren aufzuteilen und eine gute Zusammenarbeit mit den Behörden zu fördern – so sollten Geschädigte Online-Plattformen über jede von

Zugangs oder Entfernung, oder in Bezug auf die Möglichkeit der Nutzer, solche Informationen bereitzustellen, z. B. Schließung oder Aussetzung des Kontos eines Nutzers“, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/de/TXT/?uri=COM:2020:825:FIN>.

²⁹ DSA-Vorschlag, Art. 2 Bst. g, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/de/TXT/?uri=COM:2020:825:FIN>.

³⁰ Zur Online-Desinformation, die häufig der dritten Kategorie zuzuordnen ist, siehe Kapitel 6 dieser Publikation.

³¹ <https://www.eff.org/fr/cyberspace-independence>.

³² Begründung der Kommission vom 18. November 1998 zum Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt, KOM(1998)586, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:51999PC0427&rid=3>.



ihnen beobachtete Rechtswidrigkeit informieren und Online-Plattformen illegales Material, von dem sie Kenntnis haben, entfernen oder den Zugang dazu sperren; (ii) die Entwicklung des elektronischen Handels in Europa zu fördern, indem sichergestellt wird, dass Online-Plattformen nicht verpflichtet sind, die Rechtmäßigkeit des gesamten von ihnen gespeicherten Materials zu überwachen; (iii) einen fairen Ausgleich zwischen den Grundrechten der verschiedenen Interessenträger zu schaffen, insbesondere dem Schutz der Privatsphäre und der Freiheit der Meinungsäußerung, der unternehmerischen Freiheit (für Plattformen) und dem Recht auf Eigentum, einschließlich des geistigen Eigentums von Geschädigten;³³ und (iv) den digitalen Binnenmarkt mit einem gemeinsamen EU-Standard für Haftungsausschlüsse zu stärken, insbesondere in einer Zeit, in der Vorschriften und Rechtsprechung der einzelnen Länder zunehmend voneinander abwichen.

Die E-Commerce-Richtlinie schafft somit eine Ausnahme von der nationalen Haftungsregelung, der die Hosting-Plattform unterliegt, und legt fest, unter welchen Voraussetzungen die Anbieter eine solche Ausnahme in Anspruch nehmen können.³⁴ Eine Hosting-Plattform kann der Haftung für von Nutzern hochgeladenes illegales Material entgehen, wenn sie „keine tatsächliche Kenntnis von der rechtswidrigen Tätigkeit oder Information [hat] und, in Bezug auf Schadenersatzansprüche, [...] sich auch keiner Tatsachen oder Umstände bewusst [ist], aus denen die rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird“. Hat die Plattform jedoch eine solche Kenntnis oder ein solches Bewusstsein, kann sie den Haftungsausschluss dennoch in Anspruch nehmen, sofern sie „unverzüglich tätig wird, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren“. Die Haftungsausschlüsse sind horizontal, sie betreffen alle Arten illegaler Inhalte oder Aktivitäten (unlautere Marktpraktiken, Verletzung von Datenschutzbestimmungen, Schädigung der Ehre und des Rufs usw.) und auch verschiedene Arten der Verantwortlichkeit bzw. Haftung (straf- oder zivilrechtlich).³⁵

Um Haftungsausschlüsse in Anspruch nehmen zu können, muss die Hosting-Plattform auch in dem Sinne neutral sein, dass ihre Tätigkeit, in den Worten des Gerichtshofs, „rein technischer, automatischer und passiver Art“ ist, was bedeutet, dass der Anbieter „weder Kenntnis noch Kontrolle über die weitergeleitete oder gespeicherte Information besitzt“.³⁶ Hiermit hängt auch die Frage zusammen, ob die E-Commerce-

³³ Unter dem Schutz der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 7, 8, 11, 16 und 17, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:12012P/TXT>.

³⁴ E-Commerce-Richtlinie, Art. 14. Zu Haftungsausschlüssen siehe Kapitel 2 dieser Publikation. Siehe auch Kuczerawy A., *Intermediary liability and freedom of expression in the EU: From concepts to safeguards*, Intersentia, 2018, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=celex%3A32000L0031>.

³⁵ Selbst wenn ein digitaler Vermittler den Haftungsausschluss nicht in Anspruch nehmen kann, gilt er nach dem geltenden Rechtsrahmen nicht zwangsläufig als haftbar. In diesem Fall hat die nationale Justiz zu prüfen, ob die in dem Mitgliedstaat geltenden rechtlichen Voraussetzungen erfüllt sind (z. B. zivilrechtliche Fahrlässigkeit), und gegebenenfalls entscheiden, dass der Vermittler haften muss.

³⁶ Rechtssachen C-236/08 bis C-238/08, *Google France gegen Louis Vuitton*, EU:C:2010:159, <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-236/08>; <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=de&num=C-238/08>, und Rechtssache C-324/09 *L’Oreal u. a. gegen eBay u. a.*, EU:C:2011:474, <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-324/09>. Gut erklärt werden diese Fälle in van Hoboken J., Quintais J.P., Poort J. und van Eijk N., „Hosting Intermediary Services and Illegal



Richtlinie Online-Plattformen davon abhält, die Rechtmäßigkeit des von ihnen gehosteten Materials proaktiv zu überwachen, weil sie anderenfalls nicht mehr den Haftungsausschluss in Anspruch nehmen könnten. Dies wird manchmal als Samariter-Paradox bezeichnet. So könnte bei einer Plattform, die *ex ante* Moderationsmaßnahmen durchführt, von einer aktiven Rolle ausgegangen werden, sodass ihr der Haftungsausschluss verwehrt wäre. Während der von der Europäischen Kommission organisierten öffentlichen Konsultationen zur E-Commerce-Richtlinie erwähnten die Online-Plattformen dieses rechtliche Risiko der freiwilligen Einführung proaktiverer Maßnahmen.³⁷ In ihrer Mitteilung vom September 2017 über den Umgang mit illegalen Online-Inhalten vertrat die Europäische Kommission jedoch die Auffassung, dass freiwillige proaktive Maßnahmen „an und für sich nicht zum Verlust des Haftungsausschlusses führen. Vor allem muss das Ergreifen solcher Maßnahmen nicht dazu führen, dass die betreffende Online-Plattform eine aktive Rolle spielt, weshalb sie diesen Ausschluss nicht mehr in Anspruch nehmen könnte.“³⁸

Eine weitere Säule der E-Commerce-Richtlinie ist das Verbot für EU-Mitgliedstaaten, Hosting-Plattformen eine allgemeine Verpflichtung zur Überwachung des gehosteten Materials aufzuerlegen.³⁹ Der Gerichtshof hat eine unscharfe Grenze zwischen allgemeinen Überwachungsmaßnahmen und spezifischen Überwachungsmaßnahmen gezogen, insbesondere bei mutmaßlichen Verletzungen von Rechten des geistigen Eigentums. Die ersten sind verboten,⁴⁰ die zweiten dagegen erlaubt, wenn ein angemessenes Gleichgewicht zwischen den Grundrechten der verschiedenen Beteiligten hergestellt wird.⁴¹ Obwohl eine allgemeine Überwachungspflicht nicht zulässig ist, könnten Online-Plattformen auf freiwilliger Basis beschließen, stichprobenartige Kontrollen der Online-Inhalte durchzuführen. Dies ist nicht verboten, doch könnte dann, wie oben erläutert, von einer aktiven Rolle der Online-Plattform ausgegangen werden.

Content Online“, Studie für die Europäische Kommission, 2018, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/7779caca-2537-11e9-8d04-01aa75ed71a1/language-de>.

³⁷ Zur öffentlichen Konsultation von 2011: Commission Staff Working Document of 11 January 2012, Online services, including e-Commerce, in the Single Market, SEC(2011) 1641, S. 35, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52011SC1641>. Zur Konsultation von 2015–2016: Mitteilung der Kommission vom 25. Mai 2016, Online-Plattformen und der digitale Binnenmarkt – Chancen und Herausforderungen für Europa, COM(2016) 288, S. 9, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:52016DC0288> und Commission Staff Working Document of 10 May 2017 on the Mid-Term Review on the implementation of the Digital Single Market Strategy, SWD(2017) 155, S. 28, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017SC0155&rid=1>.

³⁸ Mitteilung der Kommission vom 28. September 2017, Umgang mit illegalen Online-Inhalten. Mehr Verantwortung für Online-Plattformen, COM(2017) 555, S.13, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A52017DC0555>.

³⁹ E-Commerce-Richtlinie, Art. 15 Abs. 1. Siehe hierzu Husovec M., *Injunctions against intermediaries in the European Union: Accountable but not liable?*, Cambridge University Press, 2017.

⁴⁰ Rechtssache [C-360/10 SABAM gegen Netlog](https://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-360/10) EU:C:2012:85; [https://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-360/10](https://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-70/10), Rechtssache *C-70/10 Scarlet Extended gegen SABAM* EU:C:2011:771, <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=de&num=C-70/10>; Rechtssache *C-18/18, Glawischnig-Piesczek gegen Facebook Ireland* EU:C:2019:821, <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-18/18>.

⁴¹ Rechtssache *C-314/12 UPC Telekabel Wien gegen Constantin Film Verleih GmbH* EU:C:2014:192, <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-314/12>; Rechtssache *C-484/14 Mc Fadden*, Rn. 96, <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-484/14>.



Darüber hinaus können die Mitgliedstaaten den Hosting-Anbietern die Pflicht auferlegen, mit den zuständigen Behörden zusammenzuarbeiten.⁴² Dabei sind zweierlei Pflichten möglich: spontane Unterrichtung der Behörden oder Informationsübermittlung auf Verlangen. Informationen zur Identifizierung eines Nutzers, der anonym illegale Inhalte gepostet hat, könnten an das Opfer der illegalen Inhalte (damit es den Verfasser verklagen kann) oder nur an die zuständigen Behörden weitergegeben werden.

Die letzte Säule der E-Commerce-Richtlinie ist die Förderung der Ko- und Selbstregulierung bei der Umsetzung der Regeln und Grundsätze der Richtlinie.⁴³ Insbesondere wird in der Richtlinie darauf hingewiesen, wie wichtig es ist, die Verbraucher an der Ausarbeitung von Verhaltenskodizes zu beteiligen, um die Ausgewogenheit der Regeln sicherzustellen. Um die Wirksamkeit dieser Regeln zu gewährleisten, ist es unerlässlich, die Umsetzung der Kodizes zu überwachen.⁴⁴ Diese Bestimmung hat, wie im nächsten Abschnitt erläutert, dazu geführt, dass man sich beim Umgang mit bestimmten Arten von illegalem Material mit sehr nachteiligen Auswirkungen auf die Gesellschaft – z. B. Hassbotschaften, Material von sexuellem Missbrauch von Kindern oder terroristischen Inhalten – zunehmend auf die Ko- und Selbstregulierung verlässt.

3.3. Der Anfang vom Ende: der entstehende EU-Rechtsrahmen für die Moderation von Online-Inhalten

Als das Internet in der Wirtschaft immer wichtiger und in der Gesellschaft immer einflussreicher wurde, begann die EU, die Kontrolle über den Cyberspace zurückzuerobern. Sie verabschiedete neue Regeln für die Moderation von Inhalten, wobei sie sich zunächst auf die schädlichsten illegalen Inhalte⁴⁵ und dann auf einige spezifische Arten von digitalen Vermittlern konzentrierte.

⁴² E-Commerce-Richtlinie, Art. 15 Abs. 2,

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=celex%3A32000L0031>.

⁴³ E-Commerce-Richtlinie, Art. 16, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=celex%3A32000L0031>.

⁴⁴ In diesem Zusammenhang hat die Kommission einige Grundsätze für eine bessere Selbst- und Koregulierung entwickelt. Diese Grundsätze beziehen sich auf die Konzeption der Regeln: Diese sollten offen und von möglichst vielen relevanten Akteuren ausgearbeitet werden; klare Ziele und Indikatoren festlegen und in Übereinstimmung mit EU und innerstaatlichem Recht gestaltet werden. Außerdem betreffen die Grundsätze auch die Umsetzung der Regeln: Diese sollten in einer ausreichend offenen und autonomen Weise überwacht und iterativ verbessert werden (Learning by Doing), und die Nichteinhaltung sollte mit abgestuften Sanktionen geahndet werden.

⁴⁵ Dieses Kapitel befasst sich nicht mit Inhalten und Materialien, die gegen IP-Rechte verstoßen, da hierauf in Kapitel 4 dieser Publikation eingegangen wird.



3.3.1. Regulierung der Moderation bestimmter Arten von Online-Inhalten

3.3.1.1. Rassistische und fremdenfeindliche Hassbotschaften

Bereits 2008 hat die EU einen Rahmenbeschluss zur Rassismusbekämpfung angenommen, der den Kampf gegen besonders schwerwiegende Formen von Hassbotschaften vorsieht. Danach müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass Rassismus und Fremdenfeindlichkeit strafrechtlich geahndet werden.⁴⁶ Dieser Beschluss enthält jedoch keine detaillierten Verpflichtungen in Bezug auf die Moderation von Online-Inhalten, und überhaupt wird die wirksame Durchsetzung des Beschlusses durch die Fragmentierung der Strafverfahrensvorschriften in den Mitgliedstaaten erschwert.⁴⁷

Daher einigten sich die wichtigsten Online-Plattformen 2016 auf Initiative der Kommission auf einen EU-Verhaltenskodex zur Bekämpfung illegaler Hassreden im Internet⁴⁸ mit einer Reihe von Verpflichtungen: (i) die Nutzer darauf hinzuweisen, was für Inhalte nach ihren Community-Regeln bzw. -Leitlinien nicht erlaubt sind, und klarzustellen, dass die Aufstachelung zu Gewalt und aggressivem Verhalten verboten ist, (ii) ein klares und wirksames Verfahren für die Prüfung von Berichten bzw. Meldungen über illegale Hassreden einzuführen, um solche Inhalte zu entfernen oder den Zugang dazu zu sperren, Meldungen auf der Grundlage der Community-Regeln bzw. -Leitlinien und der nationalen Gesetze zu prüfen und die Mehrheit der gültigen Berichte innerhalb von 24 Stunden zu prüfen, (iii) das Personal von Online-Plattformen regelmäßig zu schulen, insbesondere in Bezug auf gesellschaftliche Entwicklungen, (iv) die Meldung illegaler Hassbotschaften durch Sachverständige zu fördern, auch durch Partnerschaften mit Organisationen der Zivilgesellschaft – damit diese potenziell als vertrauenswürdige Berichtersteller fungieren können – und die Partnerschaften und die Zusammenarbeit mit diesen Organisationen zu stärken, um sie zu unterstützen, und (v) die Kommunikation und Kooperation zwischen Online-Plattformen und nationalen Behörden zu stärken, insbesondere im Hinblick auf die Verfahren für die Übermittlung von Meldungen, sowie mit anderen Online-Plattformen zusammenzuarbeiten, um den Austausch bewährter Praktiken zwischen ihnen zu verbessern und sicherzustellen.

Obwohl dies als Schritt in die richtige Richtung angesehen wird, wurde in Kommentaren auf folgende Schwachstellen hingewiesen: die Gefahr privater Zensur durch die vorrangige Anwendung von Community-Regeln bzw. -Leitlinien; die mangelnde Genauigkeit bei der Feststellung der Gültigkeit einer Meldung; das Fehlen von

⁴⁶ [Rahmenbeschluss 2008/913/JI des Rates](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/de/TXT/?uri=CELEX%3A32008F0913) vom 28. November 2008 zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, ABL. [2008] L 328/55, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/de/TXT/?uri=CELEX%3A32008F0913>.

⁴⁷ Bericht der Kommission vom 27. Januar 2014 über die Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/913/JI des Rates zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, COM(2014)27, <https://op.europa.eu/de/publication-detail/-/publication/ea5a03d1-875e-11e3-9b7d-01aa75ed71a1>.

Der Kodex ist abrufbar unter https://ec.europa.eu/newsroom/just/document.cfm?doc_id=42875.



Einspruchsverfahren für Nutzer, deren Inhalte entfernt wurden; das Fehlen einer Vorschrift, wonach illegale Inhalte den zuständigen nationalen Behörden gemeldet werden müssen, wenn sie auf der Grundlage von Community-Regeln bzw. -Leitlinien entfernt wurden; und die Beobachtung, dass die 24-Stunden-Frist es entweder den Online-Plattformen unmöglich machen könnte, ihren Verpflichtungen nachzukommen, oder zu übermäßigen Sperrungen führen könnte.⁴⁹

3.3.1.2. Material von sexuellem Missbrauch von Kindern

Im Jahr 2011 verabschiedete die EU die **Richtlinie über den sexuellen Missbrauch und die sexuelle Ausbeutung von Kindern**, nach der die Mitgliedstaaten Maßnahmen zur Entfernung und Sperrung von Inhalten auf Websites ergreifen müssen, die Material von sexuellem Missbrauch von Kindern enthalten oder verbreiten.⁵⁰ Solche Maßnahmen müssen auf transparenten Verfahren beruhen und angemessene Garantien bieten, insbesondere müssen sie erforderlich und verhältnismäßig sein, die Nutzer über die Gründe für die Beschränkung informieren und die Möglichkeit von Rechtsmitteln gewährleisten.⁵¹ In der Praxis haben die Mitgliedstaaten zwei Kategorien von Maßnahmen ergriffen: (i) Notice-and-Takedown-Maßnahmen mit nationalen Hotlines, bei denen Internetnutzer Material von sexuellem Missbrauch von Kindern melden können, das sie online finden,⁵² und (ii) Maßnahmen auf der Grundlage des nationalen Strafrechts, wie etwa allgemeine Bestimmungen, die die Beschlagnahme von strafrechtlich relevantem Material ermöglichen (z. B. Material, das bei der Begehung einer Straftat verwendet wurde), oder spezifischere Bestimmungen über die Entfernung von Material von sexuellem Missbrauch von Kindern.⁵³

⁴⁹ Quintel T. und Ullrich C., „Self-regulation of fundamental rights? The EU Code of Conduct on Hate Speech, related initiatives and beyond“ in Petkova B. und Ojanen T., *Fundamental rights protection online: The future regulation of intermediaries*, Edward Elgar, 2019.

⁵⁰ Richtlinie 2011/92 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie, ABL [2011] L 335/1, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex:32011L0093>. Die Richtlinie enthält in Art. 2 eine weit gefasste Definition für Material von sexuellem Missbrauch von Kindern, die sowohl echte Kinderpornografie mit Darstellungen eines Kindes, das an realen oder simulierten eindeutig sexuellen Handlungen beteiligt ist, als auch virtuelle Kinderpornografie, also computergeneriertes pornografisches Material mit Kindern, einschließt. Zur Strategie und den Vorschriften der EU zur Bekämpfung der Online-Kinderpornografie generell siehe Jenay P., „Combating child sexual abuse online“, Studie für das Europäische Parlament, 2015, [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/de/document.html?reference=IPOL_STU\(2015\)536481](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/de/document.html?reference=IPOL_STU(2015)536481).

⁵¹ Richtlinie über die Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern, Art. 25. Die Maßnahmen können aus verschiedenen Arten öffentlichen Handelns bestehen, z. B. legislativ, nicht legislativ oder gerichtlich.

⁵² Darüber hinaus fördert INHOPE, eine weltweite Dachorganisation der Hotlines, den Austausch von Fachwissen, <https://www.inhope.org/EN>.

⁵³ Bericht der Kommission vom 16. Dezember 2016 über die Bewertung der Umsetzung der Maßnahmen nach Artikel 25 der Richtlinie 2011/93 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie, COM(2016) 872, [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM\(2016\)872&lang=de](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2016)872&lang=de).



Parallel zu den Bemühungen der Mitgliedstaaten ergriffen die digitalen Vermittler – häufig auf Anregung der Europäischen Kommission – eine Reihe von Selbstregulierungsinitiativen, um Minderjährige besser zu schützen und das Internet für Kinder sicherer zu machen.⁵⁴ Im Jahr 2017 wurde die Alliance to Better Protect Minors Online, ein von der Europäischen Kommission unterstütztes Stakeholder-Forum, ins Leben gerufen, um neuartige Risiken anzugehen, denen Minderjährige im Internet ausgesetzt sind, darunter illegale und schädliche Inhalte (z. B. gewalttätige oder sexuell ausbeuterische Inhalte), Verhaltensweisen (z. B. Cybermobbing) und Kontakte (z. B. sexuelle Erpressung).⁵⁵ Sie setzt sich aus Akteuren der gesamten Wertschöpfungskette zusammen (Gerätehersteller, Telekommunikationsbetreiber, Medien und von Kindern genutzte Online-Plattformen). Der Aktionsplan umfasst die Bereitstellung leicht zugänglicher und robuster Instrumente, die einfach zu benutzen sind, die Bereitstellung von Rückmeldungen und Benachrichtigungen, die Förderung der Klassifizierung von Inhalten und die Stärkung der Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedern der Allianz und anderen Parteien (wie Kinderschutzorganisationen, Regierungen, Bildungseinrichtungen und Strafverfolgungsbehörden), um den Austausch bewährter Praktiken zu verbessern.⁵⁶ In einer Evaluierung dieser Allianz weist Ramboll darauf hin, dass viele Verpflichtungen nur schwer messbar sind, sodass sich ihre Wirksamkeit schwer beurteilen lässt. Außerdem stellt die Beratungsfirma fest, dass die Wirksamkeit der Allianz durch deren geringe öffentliche Bekanntheit und den begrenzten internen Wissensaustausch eingeschränkt wird. Sie empfiehlt daher, die öffentliche Bekanntheit zu steigern, um die externe Überwachung der Verpflichtungen zu stärken, die Beteiligten zu deren Einhaltung zu motivieren und den Austausch bewährter Verfahren zwischen den Mitgliedern zu fördern.⁵⁷

3.3.1.3. Terroristische Inhalte

Terroristische Inhalte wurden auf EU-Ebene als letzte, dafür aber am strengsten reguliert. Nach Terroranschlägen in mehreren Mitgliedstaaten wurde im Dezember 2015 ein EU-Internetforum zur Bekämpfung terroristischer Inhalte in Online-Medien eingerichtet, auf dem sich die Innenminister der EU-Länder, hochrangige Vertreter von führenden Online-Plattformen (wie Facebook, Google, Microsoft und Twitter), von Europol und des Europäischen Parlaments sowie der EU-Koordinator für die Terrorismusbekämpfung

⁵⁴ Im Jahr 2011 wurde die CEO Coalition to Make the Internet a Better place for Kids, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/self-regulation-better-internet-kids>, und 2012 die ICT Coalition for Children Online gegründet, <http://www.ictcoalition.eu>.

⁵⁵ European Commission, Alliance to better protect minors online, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/alliance-better-protect-minors-online>.

⁵⁶ Ergänzt wird die gemeinsame Aktion durch individuelle Unternehmenszusagen mit einem konkreten Zeitplan für einen besseren Schutz von Minderjährigen im Internet, siehe <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/individual-company-statements-alliance-better-protect-minors-online>.

⁵⁷ Ramboll, „Evaluation of the implementation of the Alliance to Better Protect Minors Online“, Studie für die Europäische Kommission, 2018, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/122e3bdd-237b-11e9-8d04-01aa75ed71a1/language-en>.



treffen.⁵⁸ Eines seiner Ziele bestand darin, gegen den Missbrauch des Internets durch terroristische Gruppen vorzugehen und den Zugang zu terroristischen Inhalten im Internet zu erschweren. Das Forum führte zu einem effizienten Meldeverfahren, insbesondere mit der Europol-Meldestelle zur Erkennung und Entfernung von Internetinhalten und ihrer gemeinsamen Datenbank mit mehr als 200 000 Hashes, d. h. eindeutigen digitalen Fingerabdrücken von terroristischen Videos und Bildern, die von Online-Plattformen entfernt wurden.

Im Jahr 2017 verabschiedete die EU dann die Richtlinie zur Terrorismusbekämpfung, die die Mitgliedstaaten verpflichtet, Entfernungs- und Sperrmaßnahmen gegen Websites zu ergreifen, die terroristische Inhalte enthalten oder verbreiten.⁵⁹ Diese Maßnahmen sind in transparenten Verfahren festzulegen und haben ausreichende Schutzvorkehrungen zu bieten, insbesondere um sicherzustellen, dass sie auf das Notwendige beschränkt und verhältnismäßig sind und dass die Nutzer über den Grund für diese Maßnahmen informiert werden. In der Praxis haben die Mitgliedstaaten, wie bei der Richtlinie über die Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern, im Wesentlichen zwei Arten von Maßnahmen ergriffen:⁶⁰ (i) Notice-and-Takedown-Maßnahmen, die sich in den Mitgliedstaaten in mehreren Punkten unterscheiden, z. B. in Bezug auf die erfassten Straftaten, die Fristen für die Entfernung und die Folgen der Nichteinhaltung, und (ii) strafrechtliche Maßnahmen, die es einer Staatsanwaltschaft oder einem Gericht ermöglichen, Unternehmen anzuweisen, innerhalb von 24 oder 48 Stunden Inhalte zu entfernen oder Inhalte oder Websites zu sperren.

Einen Schritt weiter ging die EU schließlich 2021 mit dem Erlass der Verordnung gegen terroristische Inhalte, die Hostingdiensteanbietern Sorgfaltspflichten auferlegt.⁶¹ Neben der Verpflichtung zur Transparenzberichterstattung⁶² bestehen die wichtigsten neuen Verpflichtungen für diese Hostingdiensteanbieter darin, (i) terroristische Inhalte innerhalb einer Stunde nach Erhalt einer gültigen Entfernungsanordnung einer zuständigen nationalen Behörde – nicht unbedingt einer Justizbehörde – zu entfernen,⁶³ (ii) entfernte terroristische Inhalte und damit zusammenhängende Daten, die für

⁵⁸ Europäischen Kommission, Pressemitteilung vom 3. Dezember 2015, [IP/15/6243](#).

⁵⁹ Richtlinie 2017/541 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2017 zur Terrorismusbekämpfung, ABL. [2017] L 88/6, Art. 21, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=celex%3A32017L0541>.

⁶⁰ Commission Staff Working Document of 12 September 2018, Impact Assessment Terrorism Content Regulation Proposal, SWD(2018) 408, S. 22, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=SWD:2018:408:FIN>.

⁶¹ Verordnung 2021/784 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2021 zur Bekämpfung der Verbreitung terroristischer Online-Inhalte, ABL. [2021] L 172/79, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex%3A32021R0784>. Diese neue Verordnung gilt ab dem 7. Juni 2022. Nach Art. 2 Abs. 1 bezeichnet der Ausdruck „Hostingdiensteanbieter“ einen Anbieter von Diensten [der Informationsgesellschaft], die darin bestehen, die durch einen Inhalteanbieter bereitgestellten Informationen im Auftrag eines Inhalteanbieters zu speichern“.

⁶² Verordnung gegen terroristische Inhalte, Art. 7.

⁶³ *Ibid*, Art. 3. Diese Behörden können der Verwaltung, Strafverfolgung oder Justiz zugehörig sein, sofern sie ihre Aufgaben auf objektive und diskriminierungsfreie Weise erfüllen und bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben gemäß der Verordnung keine Weisungen von anderen Stellen einholen oder entgegennehmen (ErwG. 35 und Art. 13).



behördliche oder gerichtliche Überprüfungsverfahren, die Beschwerdebearbeitung oder die Verhinderung, Erkennung, Ermittlung und Verfolgung terroristischer Straftaten erforderlich sind, sechs Monate lang aufzubewahren⁶⁴ und (iii) spezifische Maßnahmen zu ergreifen (wenn sie zuvor terroristischen Inhalten ausgesetzt waren), um gegen die Verbreitung von terroristischem Material über ihre Dienste vorzugehen, auch durch den Einsatz automatisierter Erkennungsverfahren.⁶⁵ Zu beachten ist, dass bei der Verwendung automatisierter Verfahren für Schutzvorkehrungen zu sorgen ist, insbesondere durch menschliche Aufsicht und Überprüfung. Auch wenn die spezifischen Maßnahmen nicht genau definiert sind, müssen die Plattformen in jedem Fall sicherstellen, dass sie zielgerichtet und im Hinblick auf ihre Betroffenheitsrisiken und Größe verhältnismäßig sind und unter Berücksichtigung der Rechte und berechtigten Interessen der Nutzer (insbesondere ihrer Grundrechte), mit der gebotenen Sorgfalt und ohne Diskriminierung angewendet werden.

3.3.2. Regulierung der Moderation durch bestimmte Arten digitaler Vermittler: Video-Sharing-Plattformen

Neben der Regulierung bestimmter Arten illegaler Online-Inhalte hat die EU auch damit begonnen, die Moderationspraktiken bestimmter Arten digitaler Vermittler zu regulieren. So sieht die 2018 überarbeitete Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (AVMD-Richtlinie) vor, dass Video-Sharing-Plattformen⁶⁶ geeignete Maßnahmen ergreifen sollten, um (i) die Allgemeinheit vor Online-Inhalten, die gegen EU-Recht verstoßen (d. h. Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, Material von sexuellem Missbrauch von Kindern und terroristische Inhalte), (ii) die Allgemeinheit vor anderen Formen von Hassbotschaften, die gegen die in der EU-Grundrechtecharta genannten Grundsätze verstoßen (d. h. Diskriminierung wegen Geschlecht, Rasse, Hautfarbe, ethnischer oder sozialer Herkunft, genetischen Merkmalen, Sprache, Religion oder Weltanschauung, politischer oder sonstiger Anschauung, Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, Vermögen, Geburt, Behinderung, Alter oder sexueller Ausrichtung) und (iii) Minderjährige vor Inhalten, die möglicherweise gegen das Gesetz verstoßen oder schädlich sind und ihre körperliche,

⁶⁴ *Ibid*, Art. 6.

⁶⁵ *Ibid*, Art. 5.

⁶⁶ Richtlinie 2010/13 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste), ABL. [2010] L 95/1, in der durch die Richtlinie 2018/1808 geänderten Fassung, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:02010L0013-20181218>. Gemäß Art. 1 Abs. 1 Bst. aa AVMD-RL bezeichnet der Ausdruck „Video-Sharing-Plattform-Dienst“ eine Dienstleistung im Sinne der Artikel 56 und 57 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, bei der der Hauptzweck der Dienstleistung oder eines trennbaren Teils der Dienstleistung oder eine wesentliche Funktion der Dienstleistung darin besteht, Sendungen oder nutzergenerierte Videos, für die der Video-Sharing-Plattform-Anbieter keine redaktionelle Verantwortung trägt, der Allgemeinheit über elektronische Kommunikationsnetze [...] zur Information, Unterhaltung oder Bildung bereitzustellen, und deren Organisation vom Video-Sharing-Plattform-Anbieter bestimmt wird, auch mit automatischen Mitteln oder Algorithmen, insbesondere durch Anzeigen, Tagging und Festlegung der Abfolge“.



geistige oder sittliche Entwicklung beeinträchtigen, zu schützen.⁶⁷ Den ursprünglichen Vorstellungen⁶⁸ der Europäischen Kommission zufolge sollte das Kapitel über Video-Sharing-Plattformen zu einer maximalen Harmonisierung führen, doch dies wurde im Laufe der Verabschiedung der Richtlinie geändert, sodass es den Mitgliedstaaten freisteht, weitergehende Verpflichtungen für Video-Sharing-Plattformen einzuführen.

Die AVMD-Richtlinie nennt mögliche Maßnahmen wie etwa transparente und nutzerfreundliche Mechanismen zum Melden und Anzeigen von Inhalten, Systeme, mit denen Video-Sharing-Plattformen den Nutzern erklären, wie den Meldungen oder Anzeigen Folge geleistet wurde, leicht zu handhabende Systeme, mit denen Nutzer die Inhalte bewerten können, sowie transparente, leicht zu handhabende und wirksame Verfahren für den Umgang mit und die Beilegung von Beschwerden der Nutzer. Die Richtlinie legt fest, dass die Maßnahmen in Anbetracht der Art der Inhalte, des potenziellen Schadens, der Merkmale der zu schützenden Personenkategorie, der betroffenen Rechte und berechtigten Interessen (insbesondere derer der Video-Sharing-Plattformen und der Nutzer, die die Inhalte erstellt oder hochgeladen haben, sowie des öffentlichen Interesses) angemessen sein müssen. Zudem sollten die Maßnahmen verhältnismäßig sein und der Größe der Video-Sharing-Plattform und der Art des angebotenen Dienstes Rechnung tragen. Eine nationale Regulierungsbehörde (häufig die Medienaufsichtsbehörde) muss die Angemessenheit der Maßnahmen bewerten.⁶⁹

Nach Ansicht der Europäischen Kommission sind die Anforderungen der AVMD-Richtlinie mit dem Haftungsausschluss der E-Commerce-Richtlinie vereinbar, weil sich die den Video-Sharing-Plattformen auferlegten Maßnahmen auf die Pflichten des Anbieters in organisatorischer Hinsicht beziehen und keine Haftung für etwaige auf derartigen Plattformen gespeicherten rechtswidrigen Informationen nach sich ziehen.⁷⁰ Außerdem dürfen die Maßnahmen, die den Video-Sharing-Plattformen auferlegt werden, weder zu Ex-ante-Kontrollmaßnahmen noch zur Filterung von Inhalten beim Hochladen führen.⁷¹

⁶⁷ Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste, Art. 28b Abs. 1. Zu den neuen Verpflichtungen für Video-Sharing-Plattformen siehe Valcke P., „The EU regulatory framework applicable to audiovisual media services“, in Garzaniti L. et al. (eds.), *Telecommunications, broadcasting and the Internet. EU Competition law & regulation*, 4. Aufl., Sweet & Maxwell, 2019, S. 232-235.

⁶⁸ Siehe Begründung zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste im Hinblick auf sich verändernde Marktgegebenheiten, COM(2016) 287, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=COM%3A2016%3A287%3AFIN>.

⁶⁹ Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste, Art. 28b Abs. 3-7.

⁷⁰ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste im Hinblick auf sich verändernde Marktgegebenheiten, COM(2016) 287.

⁷¹ Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste, Art. 28b Abs. 3.



3.3.3. Regulierung für alle: eine Neuinterpretation der E-Commerce-Richtlinie

Um die Praktiken zur Moderation von Inhalten bei allen digitalen Vermittlern zu verbessern, gab die Kommission 2017 eine Mitteilung⁷² und 2018 eine Empfehlung⁷³ heraus, in denen Grundsätze für die Hostingdiensteanbieter und die Mitgliedstaaten festgelegt sind, um wirksame, angemessene und verhältnismäßige Maßnahmen im Umgang mit illegalen Online-Inhalten zu ergreifen. Darin werden die allgemeinen Grundsätze für alle Arten von illegalen Online-Inhalten dargelegt und eine strengere Moderation für terroristische Inhalte empfohlen.

In Bezug auf Melde- und Abhilfeverfahren, die in der E-Commerce-Richtlinie nicht geregelt sind und in den einzelnen Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich waren,⁷⁴ werden in der Empfehlung Verfahren gefordert, die (i) wirksam, hinreichend genau und substantiiert sind, (ii) die Rechte der Inhalteanbieter respektieren und die Möglichkeit von Gegendarstellungen und außergerichtlichen Streitbelegungen vorsehen und (iii) transparent sind.⁷⁵

In Bezug auf proaktive Maßnahmen digitaler Vermittler zum Auffinden und Entfernen illegaler Inhalte verlangt die Empfehlung angemessene, verhältnismäßige und spezifische Maßnahmen, die auch den Einsatz automatischer Systeme umfassen könnten, sofern bestimmte Sicherheitsvorkehrungen, insbesondere in Form einer menschlichen Aufsicht und Überprüfung, vorhanden sind.⁷⁶

In Bezug auf die Zusammenarbeit verlangt die Empfehlung eine enge Zusammenarbeit mit den nationalen Justiz- und Verwaltungsbehörden sowie mit vertrauenswürdigen Hinweisgebern, die über das notwendige Fachwissen verfügen und auf einer klaren und objektiven Grundlage bestimmt werden; zudem fordert sie zur Zusammenarbeit zwischen den Hostingdiensteanbietern auf, insbesondere zwischen kleineren Anbietern, die möglicherweise weniger Kapazitäten für den Umgang mit illegalen Inhalten haben.⁷⁷

⁷² Siehe Fn. 13.

⁷³ Empfehlung 2018/334 der Europäischen Kommission vom 1. März 2018 für wirksame Maßnahmen im Umgang mit illegalen Online-Inhalten, ABl. [2018] L 63/50, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:32018H0334>.

⁷⁴ Siehe ICF, Grimaldi Studio Legale, und 21c Consultancy, „Overview of the legal framework of notice-and-action procedures in Member States“, Studie für die Europäische Kommission, 2018, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/a56ceb47-2446-11e9-8d04-01aa75ed71a1>.

⁷⁵ Empfehlung 2018/334, Punkte 5–17.

⁷⁶ *Ibid*, Punkte 16–21.

⁷⁷ *Ibid*, Punkte 22–28.



3.3.4. Überblick über den EU-Rechtsrahmen und aktuelle Praktiken der Online-Moderation

Die nachstehende Tabelle gibt einen Überblick über die EU-Vorschriften gegen illegale Online-Inhalte, geordnet nach der Art des Rechtsinstruments (bindendes Recht, nicht bindendes Recht oder Selbstregulierung).

Tabelle 1. EU-Rechtsrahmen für die Moderation illegaler Online-Inhalte

	Bindendes Recht	Nicht bindendes Recht	Selbstregulierung
BASIS <i>Alle Arten von Hosting-Plattformen und alle Arten von illegalen Online-Inhalten</i>	- Richtlinie 2000/31 über den elektronischen Geschäftsverkehr	- Mitteilung der Kommission (2017) über den Umgang mit illegalen Online-Inhalten - Empfehlung der Kommission 2018/334 für wirksame Maßnahmen im Umgang mit illegalen Online-Inhalten, Kap. II	
Zusätzliche Regeln für Video-Sharing-Plattformen	- Richtlinie 2010/13 über audiovisuelle Mediendienste, geändert durch die Richtlinie 2018/1808		
Zusätzliche Regeln für Hassbotschaften	- Rahmenbeschluss 2008/913 des Rates zur Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit		- Verhaltenskodex zur Bekämpfung illegaler Hassreden im Internet (2016)
Zusätzliche Regeln für Material von sexuellem Missbrauch von Kindern	- Richtlinie 2011/93 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie		- Alliance to Better Protect Minors Online (2017)



	Bindendes Recht	Nicht bindendes Recht	Selbstregulierung
Zusätzliche Regeln für terroristische Inhalte	- Richtlinie 2017/541 zur Terrorismusbekämpfung - Verordnung 2021/784 über die Bekämpfung der Verbreitung terroristischer Online-Inhalte	- <i>Empfehlung</i> der Kommission 2018/334 für wirksame Maßnahmen im Umgang mit illegalen Online-Inhalten, Kap. III	- EU-Internetforum (2015)

Quelle: de Streel et al. (2020, S.33)

Die derzeitigen Praktiken der Online-Moderation variieren je nach Art und Größe der Plattformen. Sie nutzen eine Reihe von Moderationsverfahren, die automatisiert sein können und/oder menschliche Überprüfungsprozesse beinhalten. Einige setzen auch Präventionsmaßnahmen ein, damit schädliche Inhalte von den Nutzern nicht gesehen werden, etwa indem sie bestimmte Nutzer am Hochladen von Inhalten hindern oder durch Altersprüfungs- oder Altersnachweissysteme dafür sorgen, dass Minderjährige die Inhalte nicht sehen können. Die meisten Plattformen überprüfen aktuellen Untersuchungen zufolge Inhalte nicht vor dem Hochladen, sondern überlassen es der hochladenden Person, durch das Setzen eines entsprechenden Hakens zu versichern, dass die Inhalte mit den Geschäftsbedingungen der Plattform übereinstimmen.⁷⁸ Die meisten Plattformen verfügen über Systeme, um mithilfe von Meldeverfahren (manchmal unter Mitwirkung vertrauenswürdiger Hinweisgeber) Inhalte zu erkennen, die möglicherweise gegen ihre Geschäftsbedingungen verstoßen. Die automatisierte Moderation ist besonders weit verbreitet, um Material von sexuellem Missbrauch von Kindern zu erkennen, und kann zur automatischen Entfernung führen, wenn illegale Inhalte (anhand des Hashwerts) in einer Datenbank gefunden werden. Die meisten anderen von Algorithmen erkannten Inhalte werden jedoch von menschlichen Moderatorinnen oder Moderatoren überprüft, bevor sie entfernt werden. Derselben Studie zufolge investieren mittlere und große Plattformen von ihren jährlichen Ausgaben 9% in die interne Moderation von Inhalten und 16% bis 29% in die Entwicklung automatisierter Systeme.

3.4. Das Ende der Unabhängigkeit des Cyberspace: der Digital Services Act

Als logische Weiterentwicklung der vor zehn Jahren eingeleiteten Regulierungsmaßnahme schlug die Kommission im Dezember 2020 mit dem Digital

⁷⁸ Bericht von Ernst and Young LLP im Auftrag der britischen Regierung, „Understanding how platforms with videosharing capabilities protect users from harmful content online“, 2021, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1008128/EYUK-000140696_EY_Report_-_Web_Accessible_Publication_2.pdf.



Services Act neue horizontale Regeln für die Moderation illegaler Online-Inhalte vor, die für alle digitalen Plattformen und alle Inhalte gelten und das Ende der Unabhängigkeit des Cyberspace bedeuten.⁷⁹

3.4.1. Der DSA-Vorschlag und die Moderation von Inhalten

Der DSA-Vorschlag⁸⁰ sieht vier Hauptkategorien von Online-Vermittlern vor, die an einen Satz russischer Puppen erinnern: Je weiter wir von der größten zur kleinsten Puppe kommen, desto zahlreicher und strenger werden die Regeln.

(i) Die breiteste Kategorie – also die größte Puppe – sind die **Anbieter von Vermittlungsdiensten**. Hierzu gehören alle Anbieter von reinen Durchleitungs-, Caching-⁸¹ und Hosting-Diensten.

(ii) Dann kommen die **Anbieter von Hosting-Diensten**, die laut Definition von einem Nutzer bereitgestellte Informationen in dessen Auftrag speichern. Zu dieser Kategorie gehören die Anbieter von Cloud-, Filesharing- und Webhosting-Diensten.

(iii) Anschließend folgen die **Online-Plattformen**, definiert als Hosting-Diensteanbieter, die im Auftrag eines Nutzers Informationen speichern und öffentlich verbreiten. Zu dieser Kategorie gehören die Anbieter von Marktplätzen, soziale Medien, App-Stores und die partizipative Ökonomie.

(iv) Die kleinste Puppe schließlich sind die sehr großen Online-Plattformen (Very Large Online Platforms, VLOPs), also Online-Plattformen mit monatlich mindestens 45 Millionen aktiven Nutzern in der EU (d. h. 10% der EU-Bevölkerung). Zu dieser Kategorie gehört der größte Teil der GAFAM.⁸²

Die Regeln zur Moderation von Inhalten sind über den gesamten DSA verteilt, aber der Ansatz passt zur Logik des Vorschlags, der darin besteht, je nach Art des Vermittlers (oder der russischen Puppe) asymmetrische Regeln einzuführen. Mit seinen materiellen Vorschriften bringt der DSA-Vorschlag erstmals im EU-Recht Transparenz- und Sorgfaltspflichten in Bezug auf Moderationspraktiken, harmonisierte Melde- und Abhilfeverfahren mit Begründungspflicht für Entscheidungen über die Entfernung von Inhalten sowie Vorschriften zur Sperrung von Konten, wobei den Nutzern das Recht eingeräumt wird, Moderationsentscheidungen anzufechten. VLOPs unterliegen

⁷⁹ Wie Kommissar Thierry Breton oft erklärt, wird jetzt mit der fortschreitenden Regulierung des digitalen Raums die frühere fortschreitende Regulierung der Land- und Seegebiete nachvollzogen.

⁸⁰ DSA-Vorschlag, Art. 2 Bst. f, Art. 2 Bst. h bzw. Art. 25, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/de/TXT/?uri=COM:2020:825:FIN>.

⁸¹ Zum Beispiel Internet-Zugangsanbieter, Domain-Namen-Register und Wi-Fi-Hotspots.

⁸² GAFAM ist die Bezeichnung für die fünf größten und marktbeherrschenden Unternehmen der Informationstechnologiebranche in den USA: Google, Apple, Facebook, Amazon und Microsoft.



zusätzlichen Regeln, um eine umfassendere öffentliche Aufsicht über ihre Moderationspraktiken zu gewährleisten.

Bevor wir uns den Regeln für die Inhaltsmoderation an sich zuwenden, sei darauf hingewiesen, dass der Vorschlag eine sogenannte „Guter-Samariter-Klausel“ enthält. Danach kommen für digitale Vermittler die „Haftungsausschlüsse auch dann in Betracht, wenn sie auf Eigeninitiative freiwillige Untersuchungen oder andere Tätigkeiten zur Erkennung, Feststellung und Entfernung illegaler Inhalte oder zur Sperrung des Zugangs zu illegalen Inhalten durchführen oder die erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um den Anforderungen des Unionsrechts und insbesondere dieser Verordnung nachzukommen“.⁸³ Allerdings wird befürchtet, diese Klausel könne dazu führen, dass zu viele Inhalte entfernt werden, weil den Anbietern – anders als nach der Safe-Harbor- und der Guter-Samariter-Klausel der USA⁸⁴ – kein Schutz garantiert wird, wenn sie illegale Inhalte, die sie selbst entdeckt haben, nicht entfernen. Um sicherzugehen, dass sie nicht für illegale Inhalte Dritter haftbar gemacht werden können, könnten die Anbieter es vorziehen, potenziell illegale Inhalte zu entfernen oder den Zugang zu ihnen zu sperren, was möglicherweise dazu führt, dass zu viele Inhalte entfernt werden. Dies kann Auswirkungen auf den Schutz der Grundrechte und insbesondere auf die Meinungsfreiheit haben.⁸⁵

3.4.2. Asymmetrische Verpflichtungen

3.4.2.1. Alle digitalen Vermittler: Transparenz

Alle in den Anwendungsbereich fallenden digitalen Vermittler (technische Vermittler, Hosting-Diansteanbieter, Online-Plattformen und VLOPs) müssten die Nutzer in ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen eindeutig über alle Beschränkungen informieren, die sie der Nutzung ihrer Dienste auferlegen, einschließlich ihrer Maßnahmen zur Moderation von Inhalten und insbesondere der algorithmischen Entscheidungsfindung und der menschlichen Überprüfung. Zudem müssen die Diansteanbieter bei der Anwendung von Beschränkungen sorgfältig, objektiv und verhältnismäßig vorgehen und dabei die Rechte und berechtigten Interessen aller Beteiligten, einschließlich der geltenden Grundrechte, gebührend berücksichtigen.⁸⁶

Darüber hinaus müssten alle in den Anwendungsbereich fallenden Vermittler (mit Ausnahme von Kleinstunternehmen) jährliche Berichte über ihre Aktivitäten zur Moderation von Inhalten vorlegen, einschließlich der Anzahl der von nationalen Behörden erhaltenen Entfernungsanordnungen oder der von Nutzern oder Hinweisgebern erhaltenen Meldungen, der Dauer bis zur Ergreifung von Maßnahmen sowie eines

⁸³ DSA-Vorschlag, Art. 6, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/de/TXT/?uri=COM:2020:825:FIN>.

⁸⁴ Section 230(c) des Communications Act von 1934 in der Fassung des Telecommunications Act von 1996 (47 U.S.C. § 230), <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/47/230>.

⁸⁵ Für eine detaillierte Diskussion zu diesem Punkt siehe Kapitel 2 dieser Publikation.

⁸⁶ DSA-Vorschlag, Art. 12, *Ibid*.



detaillierten Überblicks über ihre auf Eigeninitiative durchgeführte Moderation von Inhalten (Anzahl und Art der ergriffenen Maßnahmen) und ihre Aktivitäten im Rahmen des Beschwerdemanagements.⁸⁷

Für Online-Plattformen wird die Verpflichtung verschärft, denn sie müssten über die etwaige Verwendung automatisierter Mittel zur Moderation von Inhalten Bericht erstatten, mit Angabe der genauen Zwecke, mit Indikatoren für die Genauigkeit und mit angewandten Schutzvorkehrungen.⁸⁸ VLOPs müssten Transparenzberichte häufiger veröffentlichen, nämlich alle sechs Monate.⁸⁹

3.4.2.2. Hosting-Vermittler: Melde- und Abhilfeverfahren

Anbieter von Hosting-Diensten müssten Melde- und Abhilfeverfahren einführen, damit Personen und Einrichtungen sie über mutmaßlich illegale Inhalte informieren können.⁹⁰ Der DSA-Vorschlag legt fest, welche Elemente die Meldungen enthalten müssen. Wenn alle Elemente vorhanden sind, wird von einer tatsächlichen Kenntnis des Anbieters ausgegangen, die eine Haftung für illegale Inhalte Dritter auslösen kann, wenn der Anbieter sie nicht entfernt. Nach Erhalt der Mitteilung müsste der Anbieter schnell handeln, indem er dem Absender eine Empfangsbestätigung schickt (mit der Angabe, ob zur Bearbeitung oder Entscheidungsfindung automatisierte Mittel eingesetzt wurden), dem Absender seine Entscheidung, die zeitnah, sorgfältig und objektiv zu treffen ist, mitteilt und ihn auf die möglichen Rechtsbehelfe hinweist.

Anbieter von Hostingdiensten, die beschließen, Inhalte zu entfernen oder den Zugang zu ihnen zu sperren, müssten dem Nutzer diese Entscheidung spätestens zum Zeitpunkt der Entfernung mitteilen und eine Begründung abgeben, die bestimmte Elemente enthalten müsste. Hierzu gehören etwa Angaben darüber, auf welchen Tatsachen die Entscheidung beruht und ob automatisierte Mittel eingesetzt wurden, sowie ein Verweis auf die Rechtsgrundlage oder auf die Geschäftsbedingungen des Anbieters, gegen die verstoßen wurde. Die Entscheidungen und Begründungen müssten in einer öffentlich zugänglichen, von der Europäischen Kommission verwalteten Datenbank veröffentlicht werden.

3.4.2.3. Online-Plattformen: Vertrauenswürdige Hinweisgeber, Nutzerbeschwerden und Kontoaussetzung

Verschärft werden die Verpflichtungen für Online-Plattformen. Sie müssen auch Meldungen vertrauenswürdiger Hinweisgeber vorrangig und unverzüglich bearbeiten.⁹¹ Über den Status des vertrauenswürdigen Hinweisgebers (und dessen Widerruf) würde der

⁸⁷ DSA-Vorschlag, Art. 13, Ibid.

⁸⁸ DSA-Vorschlag, Art. 23, Ibid.

⁸⁹ DSA-Vorschlag, Art. 33, Ibid.

⁹⁰ DSA-Vorschlag, Art. 14–15, Ibid.

⁹¹ DSA-Vorschlag, Art. 19, Ibid.



Koordinator für digitale Dienste⁹² des Mitgliedstaats entscheiden, in dem der Antragsteller bzw. Hinweisgeber niedergelassen ist, wenn eine Reihe festgelegter Bedingungen erfüllt ist. Zu beachten ist, dass der Status des vertrauenswürdigen Hinweisgebers nur an Stellen, nicht an Einzelpersonen vergeben werden sollte.⁹³

Online-Plattformen müssten ihren Nutzern auch eine einfache Möglichkeit bieten, im Rahmen der Inhaltsmoderation getroffene Entscheidungen anzufechten. Als ersten Schritt müssten sie interne Beschwerdemanagementsysteme einrichten, damit sich Nutzer über solche Entscheidungen beschweren können.⁹⁴ Die Beschwerden müssten mindestens sechs Monate nach der angefochtenen Entscheidung eingehen können. Die Systeme müssten elektronisch und kostenlos zur Verfügung stehen und leicht zugänglich sein. Beschwerden müssten zeitnah, sorgfältig und objektiv bearbeitet werden und könnten dazu führen, dass die Entscheidung unverzüglich rückgängig gemacht wird. Online-Plattformen müssten den Beschwerdeführern zudem unverzüglich ihre Entscheidung mitteilen und sie auf andere verfügbare Rechtsbehelfe hinweisen. Wichtig ist, dass diese Entscheidungen nicht allein mit automatisierten Mitteln getroffen werden dürften.

Darüber hinaus könnten betroffene Nutzer eine Moderationsentscheidung bei einer zugelassenen außergerichtlichen Streitbeilegungsstelle anfechten.⁹⁵ Der DSA-Vorschlag enthält die Bedingungen, unter denen der Koordinator für digitale Dienste außergerichtliche Streitbeilegungsstellen zulassen müsste. Diese Bedingungen sollen insbesondere sicherstellen, dass die Stellen unparteiisch und unabhängig von den Online-Plattformen sind und die erforderliche Sachkenntnis besitzen. Online-Plattformen müssten nach Treu und Glauben mit der ausgewählten Stelle zusammenarbeiten und wären an die Entscheidung dieser Stelle gebunden. Wird die Streitigkeit zugunsten des Nutzers entschieden, müsste die Plattform alle Gebühren und Kosten erstatten, die dem Nutzer für die Streitbeilegung entstanden sind. Natürlich können die Nutzer aber auch nach innerstaatlichem Recht den Rechtsweg beschreiten.

Unabhängig davon hätten die Nutzer auch das Recht, beim Koordinator für digitale Dienste des Mitgliedstaates, in dem sie ansässig oder niedergelassen sind, Beschwerde gegen Anbieter einzulegen (wenn diese gegen den DSA verstoßen).⁹⁶ Hierbei handelt es sich allerdings nicht um einen Streitbeilegungsmechanismus, da der Koordinator für digitale Dienste die Beschwerde lediglich zu prüfen und gegebenenfalls an den Koordinator für digitale Dienste am Niederlassungsort weiterzuleiten hat.

⁹² Die Koordinatoren für digitale Dienste wären für alle Angelegenheiten im Zusammenhang mit der Anwendung und Durchsetzung des DSA in einem Mitgliedstaat zuständig, es sei denn, ein Mitgliedstaat hat bestimmte spezifische Aufgaben oder Sektoren anderen zuständigen Behörden übertragen. Die Anforderungen an Koordinatoren für digitale Dienste sind in Art. 39 des DSA-Vorschlags festgelegt: Sie müssen ihre Aufgaben unparteiisch, transparent und zeitnah erfüllen, über angemessene technische, finanzielle und personelle Ressourcen verfügen, völlig unabhängig handeln und frei von äußeren Einflüssen arbeiten; zudem dürfen sie keine Weisungen von anderen Behörden oder privaten Stellen einholen oder entgegennehmen.

⁹³ DSA-Vorschlag, ErwG. 46, Ibid.

⁹⁴ DSA-Vorschlag, Art. 17, Ibid. Dies betrifft Entscheidungen über die Entfernung der Information oder die Sperrung des Zugangs zu ihr, über die Aussetzung oder Kündigung des Dienstes gegenüber dem Nutzer und über die Aussetzung oder Schließung seines Kontos.

⁹⁵ DSA-Vorschlag, Art. 18, Ibid.

⁹⁶ DSA-Vorschlag, Art. 43, Ibid.



Der DSA-Vorschlag legt ferner die Bedingungen fest, unter denen Online-Plattformen die Erbringung von Diensten, mit anderen Worten die Konten von Nutzern, aussetzen könnten.⁹⁷ Möglich wäre dies nur bei Nutzern, die häufig offensichtlich illegale Inhalte bereitstellen, also Inhalte, deren Rechtswidrigkeit auch für Laien ohne inhaltliche Analyse klar ersichtlich ist.⁹⁸ Die Aussetzung dürfte nur vorübergehend und nach vorheriger Warnung erfolgen. Die Plattformen müssten die Entscheidung von Fall zu Fall treffen und dabei eine Reihe aufgelisteter Umstände berücksichtigen, darunter die Schwere und Anzahl der Vorfälle und die damit verfolgten Absichten. Die Geschäftsbedingungen der Online-Plattformen müssten deren diesbezügliche Regeln festlegen, die im Falle offensichtlich illegaler Inhalte im Zusammenhang mit schweren Straftaten strengere Maßnahmen enthalten könnten. Ein ähnliches Verfahren ist auch für die Aussetzung der Bearbeitung von offensichtlich unbegründeten Beschwerden und Meldungen vorgesehen. Die Nutzer hätten die Möglichkeit, Entscheidungen über eine Aussetzung wie oben erläutert anzufechten.

3.4.2.4. Sehr große Online-Plattformen: Bewertung systemischer Risiken

Sehr große Online-Plattformen müssten mindestens einmal jährlich alle von ihren Diensten ausgehenden erheblichen systemischen Risiken⁹⁹ ermitteln, analysieren und bewerten, darunter die Verbreitung von gesetzwidrigen Inhalten, aber auch von Inhalten, die nicht gesetzwidrig, aber schädlich sind.¹⁰⁰ Dabei müssten sie berücksichtigen, wie ihre Systeme zur Moderation von Inhalten die systemischen Risiken beeinflussen. Auf der Grundlage der Bewertung müssten die VLOPs angemessene, verhältnismäßige und wirksame Risikominderungsmaßnahmen ergreifen, die auf die ermittelten besonderen systemischen Risiken zugeschnitten sind (z. B. Anpassung der Moderationssysteme). Darüber hinaus könnte die Europäische Kommission allgemeine Leitlinien in Bezug auf besondere Risiken herausgeben, um insbesondere bewährte Verfahren vorzustellen und mögliche Maßnahmen zu empfehlen.

3.4.2.5. Beaufsichtigung der Moderation von Inhalten

Der DSA-Vorschlag enthält keine besonderen Regeln für eine behördliche Beaufsichtigung der Inhaltsmoderation, auch wenn einzelne Entscheidungen durch interne Beschwerden,

⁹⁷ DSA-Vorschlag, Art. 20, Ibid.

⁹⁸ DSA-Vorschlag, ErwG. 47, Ibid.

⁹⁹ Systemische Risiken sind im DSA-Vorschlag nicht definiert. Dort werden lediglich drei Kategorien systemischer Risiken genannt, die analysiert werden sollten (DSA-Vorschlag, Art. 26): „(i) Verbreitung illegaler Inhalte über ihre Dienste; (ii) etwaige nachteilige Auswirkungen auf die Ausübung der Grundrechte auf Achtung des Privat- und Familienlebens, auf die Meinungs- und Informationsfreiheit, auf das Diskriminierungsverbot und auf die Rechte des Kindes [...]; (iii) vorsätzliche Manipulationen ihres Dienstes, auch durch unauthentische Nutzung oder automatisierte Ausnutzung des Dienstes, mit tatsächlichen oder absehbaren nachteiligen Auswirkungen auf den Schutz der öffentlichen Gesundheit, auf Minderjährige und auf die gesellschaftliche Debatte oder tatsächlichen oder vorhersehbaren Auswirkungen auf Wahlprozesse und die öffentliche Sicherheit.“, Ibid.

¹⁰⁰ DSA-Vorschlag, Art. 26–27, Ibid.



bei (zugelassenen) außergerichtlichen Streitbeilegungsstellen und auch vor Gericht angefochten werden können. Der benannte Koordinator für digitale Dienste des Mitgliedstaates, in dem der Vermittler niedergelassen ist, wäre dafür zuständig, die Anwendung und Durchsetzung des DSA sicherzustellen, sofern nicht besondere Aufgaben anderen zuständigen Behörden übertragen wurden.¹⁰¹ Der Koordinator für digitale Dienste würde nicht nur die Transparenzberichte erhalten, sondern auch bestimmte Ermittlungsbefugnisse bekommen, darunter die Befugnis, von Anbietern Informationen anzufordern, Nachprüfungen vor Ort durchzuführen und von Mitarbeitenden Erklärungen zu verlangen.

Verschärfte Regeln sind auch für die Beaufsichtigung von VLOPs vorgesehen, darunter die Benennung von Compliance-Beauftragten, die Einschaltung unabhängiger Prüfer und besondere Regeln für den Datenzugang¹⁰² sowie die Möglichkeit, dass die Europäische Kommission VLOPs direkt beaufsichtigt, anstelle des Koordinators für digitale Dienste des Mitgliedstaates, in dem die Plattform niedergelassen ist.¹⁰³

3.5. Schlussbemerkungen

Die Entwicklung des EU-Rechtsrahmens für die Moderation illegaler Online-Inhalte mit dem vorgeschlagenen Digital Services Act als neuestem Schritt ist interessant. Der Cyberspace, der für das Leben von Bürgerinnen, Bürgern und Unternehmen immer wichtiger geworden ist und die – zugegebenermaßen naiven – Versprechen der Libertären nicht erfüllt hat, wird zunehmend staatlich reguliert.¹⁰⁴ Dabei könnten die Staaten darauf achten, die größten Chancen zu bewahren, die das Internet bietet, insbesondere um die Ausübung unserer Grundfreiheiten zu verbessern. In diesem Zusammenhang ist auch der Ansatz der EU interessant. Einerseits regelt sie durch die Einführung prozessualer Rechenschaftspflichten den Prozess der Inhaltsmoderation und nicht deren Ergebnisse. Andererseits richtet sie die Pflichten an den Risiken aus, die von illegalen Inhalten und von Plattformen ausgehen.¹⁰⁵ Einige Aspekte des DSA-Vorschlags könnten jedoch vielleicht noch klargestellt und verbessert werden.

3.5.1.1. Anwendungsbereich

Die Inhaltsmoderation kann für alle Arten von illegalen Inhalten erfolgen, ohne Unterscheidung zwischen offensichtlich illegalen Inhalten und anderen Formen illegaler Inhalte. Für offensichtlich illegale Inhalte, deren Rechtswidrigkeit auch für Laien ohne

¹⁰¹ DSA-Vorschlag, Art. 38, Ibid.

¹⁰² DSA-Vorschlag, Art. 28, 31 und 32, Ibid.

¹⁰³ DSA-Vorschlag, Art. 50–66, Ibid.

¹⁰⁴ Wie Barlows Hoffnung, eine „Zivilisation des Geistes“ zu schaffen, die humaner und gerechter ist als die Welt, die die Staaten zuvor errichtet hatten.

¹⁰⁵ Zu Argumenten für einen risikobasierten Ansatz und asymmetrische Regeln siehe u. a. Buiten M., de Streef A., und Peitz M., „Rethinking liability rules for online hosting platforms“, *International Journal of Law and Information Technology* 28, 2020, S. 139-166, <https://academic.oup.com/ijlit/issue/28/2>.



inhaltliche Analyse klar ersichtlich ist, wäre aber auch ein anderes Abhilfeverfahren denkbar, vielleicht mit verkürzten Fristen, verbesserten Kommunikationskanälen zu den Behörden und Aufbewahrungspflichten für Beweismittel (ähnlich wie in der Verordnung gegen terroristische Inhalte).¹⁰⁶

Außerdem fehlen klare Regeln für den territorialen Anwendungsbereich von Entscheidungen im Rahmen der Inhaltsmoderation. Da illegale Inhalte auch durch Verweis auf nationales Recht definiert sind, kann es vorkommen, dass Inhalte nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats illegal sind, nach denen eines anderen dagegen nicht. Es ist daher wichtig, den territorialen Anwendungsbereich von Entfernungentscheidungen im DSA zu regeln, da sonst möglicherweise zu viele Inhalte entfernt würden, sodass in bestimmten Ländern die Meinungsfreiheit in Gefahr sein könnte.

3.5.1.2. Anfechtung von im Rahmen der Inhaltsmoderation getroffenen Entscheidungen

Die im DSA-Vorschlag für Online-Plattformen vorgesehene Lösung ist unserer Ansicht nach sinnvoll, da zugelassene außergerichtliche Streitbeilegungsstellen Moderationsentscheidungen überprüfen und gegebenenfalls rückgängig machen könnten. Der Vorschlag sieht eine Reihe von Garantien vor, etwa für die Unabhängigkeit, aber wichtig wird sein, die Nutzer korrekt über verfügbare Rechtsbehelfe zu informieren und Fristen für die Streitbeilegung zu nennen. Nach jetzigem Stand erlaubt der Vorschlag Nutzern, die von einer Moderationsentscheidung betroffen sind, lediglich, zur Beilegung von Streitigkeiten eine außergerichtliche Streitbeilegungsstelle zu wählen. Dies bedeutet beispielsweise, dass Verbände, die bestimmte Interessen vertreten, nicht das Recht haben, Moderationsentscheidungen anzufechten.

3.5.1.3. Beaufsichtigung des Einsatzes von KI-Tools zur Moderation von Inhalten

Abgesehen von dem Transparenzerfordernis bei der Verwendung automatisierter Inhaltsmoderationssysteme enthält der DSA-Vorschlag keine Angaben dazu, welche Kriterien die zur Erkennung illegaler Inhalte eingesetzte Technologie erfüllen muss. Eine automatisierte Inhaltsmoderation würde also nur dem allgemeinen EU-Recht unterliegen, das für automatisierte Systeme gilt.¹⁰⁷ Es wäre hilfreich, wenn ein automatisiertes

¹⁰⁶ Auch Frosio G. und Geiger C., „Taking fundamental rights seriously in the Digital Services Act’s platform liability regime“, *European Law Journal*, 2021, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3747756.

¹⁰⁷ Insbesondere die Notwendigkeit einer menschlichen Aufsicht, wenn es um die Privatsphäre geht, Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung), ABl [2016] L 199/1, Art. 22, <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>, und das mögliche Verbot manipulativer KI-Systeme, Vorschlag der Europäischen Kommission vom 21. April 2021 für eine Verordnung zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Gesetz über künstliche Intelligenz), COM(2021) 206, Art. 5, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206>.



Moderationssystem die sechs Schlüsselanforderungen erfüllen müsste, die von der Hochrangigen Expertengruppe für KI der EU vorgeschlagen wurden: Vorrang menschlichen Handelns und menschlicher Aufsicht; technische Robustheit und Sicherheit; Privatsphäre und Datenqualitätsmanagement; Transparenz, Vielfalt, Nichtdiskriminierung und Fairness; gesellschaftliches und ökologisches Wohlergehen und Rechenschaftspflicht.¹⁰⁸ Darüber hinaus können die VLOPs, die über die Daten, die Sachkenntnis und die finanziellen Mittel zur Entwicklung automatisierter Techniken verfügen, diese Technologien sinnvollerweise mit kleinen und mittleren oder neuen Plattformen teilen.¹⁰⁹ Interessanterweise sieht übrigens der britische Entwurf einer Online Safety Bill vor, dass die Regulierungsbehörde (Ofcom) die Befugnis erhält, von einem Diensteanbieter zu verlangen, dass er akkreditierte Technologien einsetzt, um zumindest terroristische Inhalte und die sexuelle Ausbeutung von Kindern zu erkennen und zu entfernen, wenn sie hinreichende Gründe für die Annahme hat, dass er solche Inhalte bisher nicht entfernt.

3.5.1.4. VLOPs und Grundrechte bei der Moderation von Inhalten

Da VLOPs als Organisatoren eines „öffentlichen Raums“ betrachtet werden können,¹¹⁰ mag es nun an der Zeit sein, sie aufzufordern, bei ihren Moderationspraktiken die in der EU-Grundrechtecharta verankerten Grundrechte zu achten.¹¹¹ Der Hinweis darauf, dass Online-Plattformen die Rechte aller Beteiligten, einschließlich der geltenden Grundrechte, gebührend berücksichtigen müssen, könnte möglicherweise zu einer positiven Pflicht zur Achtung der Grundrechte werden, die dann natürlich gegeneinander abgewogen werden müssen. Die Geschäftsbedingungen von VLOPs könnten auch vom Koordinator für digitale Dienste und/oder der Kommission vorab daraufhin überprüft werden, ob sie alle geltenden Rechtsvorschriften einhalten.

3.5.1.5. Journalistische Inhalte oder von Anbietern audiovisueller Mediendienste redigierte Inhalte

Im Gegensatz zum britischen Online Safety Bill¹¹² enthält der DSA-Vorschlag keine Sonderbehandlung für professionell redigierte Inhalte, etwa journalistische Inhalte oder

¹⁰⁸ Europäische Kommission, Weißbuch vom 19. Februar 2020 über Künstliche Intelligenz – ein europäisches Konzept für Exzellenz und Vertrauen, COM(2020) 65, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=COM:2020:65:FIN>; Hochrangige Expertengruppe für künstliche Intelligenz, Ethik-Leitlinien für eine vertrauenswürdige KI, 8. April 2019. Siehe auch Verordnung gegen terroristische Inhalte, Art. 5 Abs. 3, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>.

¹⁰⁹ Europäische Kommission, Empfehlung 2018/334, Punkt 28.

¹¹⁰ Elkin-Koren N. und Perel M., „Guarding the guardians: Content moderation by online intermediaries and the rule of law“ in Frosio G. (ed.), *The Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, Oxford University Press, 2020, S. 669-678, <https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780198837138.001.0001/oxfordhb-9780198837138-e-34>.

¹¹¹ Pollicino O., *Judicial protection of fundamental rights on the Internet: A road towards digital constitutionalism?*, Hart, 2021.

¹¹² Entwurf veröffentlicht am 12. Mai 2021 (Bill CP 405),



Inhalte, die unter der redaktionellen Verantwortung von Anbietern audiovisueller Mediendienste stehen. Der britische Gesetzentwurf sieht für sogenannte Dienste der Kategorie 1¹¹³ besondere (vom Ofcom in speziellen Verhaltenskodizes festzulegende) Pflichten zum Schutz von Inhalten von demokratischer Bedeutung sowie journalistischen Inhalten vor. Insbesondere sieht der Gesetzentwurf die Einführung eines speziellen Beschwerdeverfahrens für im Rahmen der Inhaltsmoderation getroffene Entscheidungen vor, die sich auf den Zugang zu journalistischen Inhalten auswirken,¹¹⁴ wobei die Geschäftsbedingungen der Plattformen auf die Bedeutung der freien Meinungsäußerung bei Moderationsentscheidungen über solche Inhalte hinweisen müssen. Auch die kürzlich erlassene Verordnung gegen terroristische Inhalte enthält eine besondere Ausnahmeregelung für „Materialien, die für Bildungs-, Presse-, Forschungszwecke oder künstlerische Zwecke oder für die Zwecke der Verhütung oder Bekämpfung des Terrorismus öffentlich verbreitet werden, einschließlich der Materialien, die eine Formulierung polemischer oder kontroverser Ansichten in der öffentlichen Debatte darstellen“.¹¹⁵

3.5.1.6. Schutz von Minderjährigen und schädliche Inhalte

In Bezug auf legale, aber schädliche Inhalte, die sich nachteilig auf Minderjährige auswirken könnten, würden die einzigen Vorschriften für VLOPs gelten und sich auf Bewertungen systemischer Risiken und auf Risikominderungsmaßnahmen beziehen, die ergriffen werden müssten. Diese Maßnahmen sind zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht definiert. In Bezug auf andere digitale Vermittler ist nichts vorgesehen, sodass diese Frage in den Geschäftsbedingungen der Plattformen geregelt wird, ohne öffentliche Eingriffe. Maßnahmen zur Altersprüfung und Systeme zur Inhaltsbewertung sind auf EU-Ebene schwer zu regeln, aber diesen gesamten Bereich der Gesetzgebung der Mitgliedstaaten zu überlassen, würde zu anhaltenden Spannungen zwischen den Mitgliedstaaten führen und könnte den digitalen Binnenmarkt schwächen. Interessant ist hierbei, dass die überarbeitete AVMD-Richtlinie vorsieht, dass Video-Sharing-Plattformen Minderjährige vor Inhalten schützen sollen, die ihre körperliche, geistige oder sittliche Entwicklung beeinträchtigen könnten. Auch die britische Online Safety Bill, die viele Bestimmungen des DSA-Vorschlags aufgreift, sieht vor, dass alle in den Anwendungsbereich fallenden Anbieter eine Risikobewertung zu der Frage durchführen müssen, ob ein Zugriff von Kindern auf ihre Dienste wahrscheinlich ist, und dass der Schluss, dies sei nicht möglich nur dann zulässig ist, wenn robuste Systeme und Verfahren wie etwa eine Altersprüfung vorhanden sind.

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/985033/Draft_Online_Safety_Bill_Bookmarked.pdf

¹¹³ Für Dienste der Kategorie 1 gelten zusätzliche Vorschriften, und die zu erreichenden Schwellenwerte werden vom zuständigen Minister (Secretary of State) festgelegt. Mindestens eine der Schwellenbedingungen müsste die Anzahl der Nutzer sein.

¹¹⁴ Interessanterweise definiert der Text journalistische Inhalte als Inhalte, die zu journalistischen Zwecken erstellt werden und einen „Bezug zum Vereinigten Königreich“ aufweisen.

¹¹⁵ Verordnung gegen terroristische Inhalte, Art. 1 Abs. 3.



4. Vom Risiko zur Chance? Der risikobasierte Ansatz des DSA zu Desinformation

Tarlach McGonagle, Institute für Informationsrecht (IViR), Amsterdam Law School

Katie Pentney, DPhil Candidate in Law, Oxford-Universität

4.1. Einleitung

Desinformation ist ein wachsendes Phänomen und gibt Anlass zur Sorge in der Gesellschaft, unter Regulierern und politischen Entscheidungsträgern sowie in der Praxis der vielzähligen Akteure im Informationsökosystem. Die Covid-19-Pandemie und die damit einhergehende „Infodemie“¹¹⁶ haben die Risiken, die von Desinformation ausgehen, und den Schaden, den sie anrichten kann, noch deutlicher zu Tage treten lassen.

Obwohl das Problem der Desinformation von Staaten, Online-Plattformen und der Zivilgesellschaft erkannt und bestätigt wurde, gibt es nach wie vor mehrere Streitpunkte, unter anderem: Wie geht man am besten dagegen vor? Wer ist verantwortlich dafür, rote Linien festzulegen? Welche Schutzvorkehrungen müssen getroffen werden, um den freien Austausch von Informationen und Ideen im Internet zu gewährleisten? Daraus ergeben sich aktuell verschiedene (und bisweilen divergierende) Ansätze auf nationaler und regionaler Ebene, die von Selbstregulierung durch Online-Plattformen über Koregulierungsansätze bis hin zu staatlich verordneten Identifizierungs- und Entfernungmaßnahmen reichen.

Im Kontext dieses komplexen und sich schnell entwickelnden Regulierungssystems wurde der Vorschlag für das Gesetz über digitale Dienste (DSA) eingebracht.¹¹⁷ Der DSA zeigt gleich in mehrfacher Hinsicht die nächste Generation der

¹¹⁶ Gemeinsame Erklärung von WHO, UN, UNICEF, UNDP, UNESCO, UNAIDS, ITU, UN Global Pulse und IFRC, "Managing the COVID-19 infodemic: Promoting healthy behaviours and mitigating the harm from misinformation and disinformation", 2020, <https://www.who.int/news/item/23-09-2020-managing-the-covid-19-infodemic-promoting-healthy-behaviours-and-mitigating-the-harm-from-misinformation-and-disinformation>.

¹¹⁷ Das Gesetzespaket über digitale Dienste umfasst sowohl das Gesetz über digitale Dienste als auch das Gesetz über digitale Märkte. Der Schwerpunkt dieses Kapitels liegt auf dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über einen Binnenmarkt für digitale Dienste (Gesetz über digitale



Moderation von Inhalten, einschließlich präventiver und reaktiver Ansätze und Differenzierung bei den Verpflichtungen für Online-Plattformen, sowie die Anstrengungen zur Bekämpfung und Minderung der Risiken und Schäden, die sich aus Kategorien *lawful but awful* („rechtmäßiger, aber schrecklicher“) Äußerungen wie zum Beispiel Desinformation ergeben. Dieses Kapitel befasst sich mit dem risikobasierten Ansatz des DSA, der für sehr große Online-Plattformen (VLOPs) angesichts ihrer Reichweite, ihres Umfangs und ihres Verhältnisses von Risiko und Auswirkung erhöhte Sorgfaltspflichten vorsieht. Abschnitt 4.2 gibt einen Überblick über die europäischen rechtlichen und politischen Rahmenbedingungen für Desinformation, in die der DSA-Vorschlag eingebettet ist. In den Abschnitten 4.3 bis 4.5 werden die Schlüsselemente des risikobasierten Ansatzes des DSA vorgestellt, darunter die Identifizierung systemischer Risiken, Anforderungen zur Risikominderung und Maßnahmen zur Gewährleistung von Aufsicht und Rechenschaftspflicht. Abschnitt 4.6 enthält einige vorläufige Gedanken zu Aspekten des Vorschlags, die weitere Überlegungen und Reflexion verdienen.

4.2. Die Desinformationslandschaft

Es sei gleich zu Beginn deutlich gesagt, dass der DSA sich nicht schwerpunktmäßig mit Desinformation befasst - und dies auch nicht vorgibt.¹¹⁸ Nichtsdestotrotz ist es als eine Art Vorreiter für eine modernere Regulierung von Online-Diensten in Europa sicherlich ein maßgeblicher Bezugspunkt. Dieses Kapitel verfolgt daher den Ansatz, den DSA in den breiteren, komplexen rechtlichen und politischen Rahmen zur Regelung von Desinformation einzuordnen, bevor es auf ausgewählte Merkmale des DSA eingeht, die sich für die Bekämpfung von Online-Desinformation als besonders relevant erweisen dürften. Zunächst sollen jedoch eine kurze Übersicht und Analyse der markantesten fortschreitenden Definitionen von „Desinformation“ den Begriff abgrenzen.

4.2.1. Fortschreitende Definitionen

Der Streit um die Wahrheit ist eines der beständigsten Argumente für den Schutz der Meinungsfreiheit. Unter anderem haben John Milton in *Areopagitica* und John Stuart Mill in *On Liberty* dieses epistemische Argument populär gemacht, welches das jahrhundertalte Anliegen zum Ausdruck bringt, dass die Wahrheit die Unwahrheit besiegen und somit zu individueller und gesellschaftlicher Entwicklung und Aufklärung führen werde. Die Notwendigkeit, gegen Falschnachrichten, Propaganda und Desinformation vorzugehen,

Dienste) und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG, COM (2020) 825 vom 15. Dezember 2020 [im Folgenden DSA], <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/de/TXT/?uri=COM:2020:825:FIN>.

¹¹⁸ Eine einfache Wortsuche ergibt sieben Treffer für „Desinformation“, von denen einige sehr kursorische Verweise sind und drei auf den (Titel des) Verhaltenskodex zur Bekämpfung von Desinformation verweisen.



steht seit langem auf der Agenda der internationalen Menschenrechtsvorschriften; Verfasser verschiedener internationaler Verträge haben diese Fragen eingehend geprüft.¹¹⁹

Heutige Desinformation unterscheidet sich jedoch qualitativ und quantitativ von früheren Formen.¹²⁰ Ihr Online-Habitat ist ein grundlegend anderes Informations-ökosystem mit noch nie dagewesenen Möglichkeiten der Produktion, Verbreitung und Verstärkung. Zu den wegweisenden Faktoren gehören die Leichtigkeit, mit der Desinformation umfangreich produziert wird, die Qualität und Raffinesse des Inhalts und der Ergebnisse, die Geschwindigkeit und Effizienz, mit der sie verbreitet und verstärkt wird, die Langlebigkeit von Desinformation im Internet sowie die Möglichkeit, sich anonym an diesen Aktivitäten zu beteiligen.

Im Informationsökosystem des Internets haben sich Vermittler und Plattformen als Machtfaktoren einer neuen Generation im Informations- und Kommunikationsbereich etabliert. Ihr Einfluss ist so groß, dass einige Stimmen von „digitaler Vormachtstellung“¹²¹ einer Clique großer Technologieunternehmen und allgemeiner von der „Plattformisierung“ der Gesellschaft sprechen.¹²² Aufgrund ihrer Gatekeeperfunktionen können Vermittler und Plattformen den Zugang zu Online-Foren, in denen die öffentliche Debatte zunehmend geführt wird, begünstigen oder behindern.¹²³ Vermittler mit Such- und/oder Empfehlungsfunktionen, die in der Regel durch Algorithmen gesteuert werden, haben weitreichenden Einfluss auf die Verfügbarkeit, Zugänglichkeit, Sichtbarkeit, Auffindbarkeit und Hervorhebung bestimmter Inhalte. Dieser Einfluss wird zum Teil durch den Einsatz von algorithmischer Personalisierung (oder Empfehlungssystemen) erreicht.¹²⁴ Die Betreiber sozialer Netzwerkdienste beispielsweise „verfügen über die technischen Mittel, um Informationen zu entfernen und Konten zu sperren“, was sie „in die einzigartige Lage versetzt, die Themen einzugrenzen und den Ton in der öffentlichen Diskussion vorzugeben“.¹²⁵ Suchmaschinen ihrerseits sollen und können Informationen besser zugänglich machen und hervorheben. Dadurch haben sie Einfluss darauf, wie Menschen

¹¹⁹ Für einen detaillierten Überblick und eine Analyse siehe: Richter A., „International Standards and Comparative National Approaches to Countering Disinformation in the Context of Freedom of the Media“, Wien: Büro des OSZE-Beauftragten für Medienfreiheit, 2019, <https://www.osce.org/files/f/documents/2/1/424451.pdf>.

¹²⁰ McGonagle T., „Fake News: False fears or real concerns?“, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2017, S. 203-209, <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/0924051917738685>.

¹²¹ Moore M. und Tambini D. (Hrsg.), *Digital Dominance: The Power of Google, Amazon, Facebook, and Apple*, Oxford, Oxford University Press, 2018, <https://global.oup.com/academic/product/digital-dominance-9780190845124?cc=nl&lang=en&q=9780190845124#>.

¹²² van Dijck J., Poell T. und de Waal M., *The Platform Society: Public Values in a Connective World*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

¹²³ Siehe zum Beispiel Kuczerawy A., *Intermediary Liability and Freedom of Expression in the EU: From Concepts to Standards*, Cambridge, Intersentia, 2018, Kap. 1 und 2.

¹²⁴ Für weitere Analysen siehe: Cobbe J. und Singh J., „Regulating Recommending: Motivations, Considerations, and Principles“, *European Journal of Law and Technology*, 10 (3), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3371830.

¹²⁵ Leerssen P., „Cut Out By The Middle Man: The Free Speech Implications Of Social Network Blocking and Banning In The EU“, *JIPITEC* 6, 2015, S. 99-119, auf 99-100, <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-6-2-2015/4271>.



Informationen und Ideen finden und welche Art von Informationen und Ideen sie finden.¹²⁶ All dies hat dafür gesorgt, dass Plattformen eine eindeutig „diskursive Bedeutung“ in der Gesellschaft haben.¹²⁷

Seit 2017 hat die Aufmerksamkeit für Desinformation im Internet und die Auseinandersetzung damit auf europäischer und nationaler Ebene zugenommen. Auf europäischer Ebene wurden Arbeitsdefinitionen für Desinformation formuliert und kontinuierlich überarbeitet und präzisiert.¹²⁸

Tabelle 2 Arbeitsdefinitionen von Desinformation

Quelle	Definition	Jahr
Bericht „Information Disorder“ ¹²⁹	Informationen, die falsch sind und absichtlich erstellt wurden, um einer Person, einer gesellschaftlichen Gruppe, einer Organisation oder einem Land zu schaden.	2017
Abschlussbericht der Hocharangigen Expertengruppe (HLEG) ¹³⁰	Alle Formen falscher, ungenauer oder irreführender Informationen, die erstellt, vorgelegt und unterstützt werden, um vorsätzlich öffentlichen Schaden zu verursachen oder um Gewinn zu erzielen.	2018
Mitteilung, ¹³¹ Verhaltenskodex zur Bekämpfung von Desinformation, ¹³²	Nachweislich falsche oder irreführende Informationen, die mit dem Ziel des wirtschaftlichen Gewinns oder der vorsätzlichen Täuschung der Öffentlichkeit konzipiert, vorgelegt und verbreitet werden und öffentlichen Schaden verursachen	2018

¹²⁶ Siehe allgemein: van Hoboken J., *Search Engine Freedom. On the Implications of the Right to Freedom of Expression for the Legal Governance of Web Search Engines*, Alphen aan den Rijn, Niederlande, Kluwer Law International, 2012, <https://dare.uva.nl/search?identifier=df2041ce-167d-4e00-9a06-c3937ec5acca>.

¹²⁷ Laidlaw E.B., *Regulating Speech in Cyberspace: Gatekeepers, Human Rights and Corporate Responsibility*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, S. 204, <https://www.cambridge.org/core/books/regulating-speech-in-cyberspace/7A1E83C71D0D67D13756594BE3726687>.

¹²⁸ Eine Analyse der nationalen Ansätze würde den Rahmen dieses Kapitels sprengen, eine detaillierte Übersicht und Analyse findet sich jedoch unter: Gruppe europäischer Regulierungsstellen für audiovisuelle Mediendienste (ERGA), "Notions of disinformation and related concepts", 2020, <https://erga-online.eu/wp-content/uploads/2021/01/ERGA-SG2-Report-2020-Notions-of-disinformation-and-related-concepts.pdf>.

¹²⁹ Wardle C. & Derakhshan H., "Information Disorder: Toward an interdisciplinary framework for research and policy making", Europarat DGI 9, 2017, S. 20, <https://rm.coe.int/information-disorder-toward-an-interdisciplinary-framework-for-researc/168076277c>.

¹³⁰ "A multi-dimensional approach to disinformation", Bericht der unabhängigen Hocharangigen Expertengruppe für Fake News und Online-Desinformation, März 2018, S. 11, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6ef4df8b-4cea-11e8-be1d-01aa75ed71a1/language-en>.

¹³¹ Mitteilung der Europäischen Kommission, „Bekämpfung von Desinformation im Internet: ein europäisches Konzept“, COM 236 final, Brüssel, 2018, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0236>.

¹³² EU-Verhaltenskodex zur Bekämpfung von Desinformation, 2018, S. 1, https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=59132.



Quelle	Definition	Jahr
Aktionsplan gegen Desinformation ¹³³	können.	
Europäischer Aktionsplan für Demokratie ¹³⁴	Falsche oder irreführende Inhalte, die in der Absicht verbreitet werden, zu täuschen oder wirtschaftliche oder politische Vorteile zu erzielen, und öffentlichen Schaden verursachen können.	2020
Leitlinien zur Stärkung des Verhaltenskodex ¹³⁵	Verschiedene anzugehende Phänomene, wobei die wichtigen Unterschiede zwischen ihnen klar anerkannt werden. Desinformation in diesem Sinne umfasst Desinformation im engeren Sinne, Fehlinformationen sowie Handlungen zur Informationsbeeinflussung und ausländische Einmischung in den Informationsraum, auch durch ausländische Akteure, bei denen Informationsmanipulation mit dem Ziel eingesetzt wird, erheblichen öffentlichen Schaden zu verursachen.	2021

Die obige Tabelle gibt einen kurzen Überblick über die herausragendsten Bemühungen in europäischen Regulierungs- und Politikkreisen, „Desinformation“ zu definieren. Die Tabelle zeigt die rasche Entwicklung und kontinuierliche Präzisierung der Definition. Zunächst ist festzustellen, dass man sich vom Definitionskriterium der Schädigungsabsicht verabschiedet hat. Dieses Element, das im Bericht „Information Disorder“ und im Abschlussbericht der HLEG enthalten ist, war problematisch, da es keine sprachgeschichtliche Grundlage hatte und Schwierigkeiten bei der Beweisführung mit sich gebracht hätte (zum Beispiel die Frage, wie sich die Absicht, Schaden zu verursachen, nachweisen lässt). Nachfolgende Definitionen betonen die Täuschungsabsicht und die Möglichkeit, dass ein „öffentlicher Schaden“ verursacht wird. Andere Definitionsschwerpunkte verdeutlichen die weit verbreiteten Bedenken wegen wirtschaftlicher Vorteile (zum Beispiel Clickbaiting) oder politischer Motive und (ausländischer) Einmischung in demokratische Prozesse und Wahlkämpfe.

Das vielleicht wichtigste Ergebnis dieser Definitionsansätze ist, dass der Begriff übergreifenden Charakter hat. Er umfasst eine Reihe verschiedener Arten von Äußerungen, denen unterschiedlichen Motive zugrunde liegen, die mit unterschiedlichen Mitteln verbreitet werden und unterschiedlich starke Auswirkungen haben.¹³⁶

¹³³ Europäische Kommission und Hohe Vertreterin der Union für Außen- und Sicherheitspolitik, Gemeinsame Mitteilung, Aktionsplan gegen Desinformation, JOIN36 final, 2018, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX:52018JC0036>.

¹³⁴ Mitteilung der Europäischen Kommission, Europäischer Aktionsplan für Demokratie, COM 790 final, Brüssel, 2020, S. 18, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=COM:2020:790:FIN>.

¹³⁵ Leitlinien der Europäischen Kommission zur Stärkung des Verhaltenskodex zur Bekämpfung von Desinformation COM 262 final. Brüssel, 2021, S. 5, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:52021DC0262>.

¹³⁶ Eine übersichtliche Visualisierung der Disaggregation von Desinformationen/„Fake News“ findet sich in: European Association for Viewers' Interests (EAVI), "Beyond 'Fake News' - 10 Types of Misleading News", Infographic, <https://eavi.eu/beyond-fake-news-10-types-misleading-info/>.



Angesichts der unveränderten Bedenken wegen möglicher schädlicher Auswirkungen von Desinformation ist es wichtig, den Begriff aufzuschlüsseln und spezifische Schäden zu identifizieren, bevor geeignete Maßnahmen abgeglichen werden können. Nicht alle Auswirkungen sind schädlich und nicht alle Schäden sind rechtswidrig. In der Tat sind die meisten nicht rechtswidrig, daher sollte „schädlich“ nicht mit „rechtswidrig“ gleichgesetzt werden. Im DSA-Vorschlag heißt es: „Unter den Interessenträgern besteht allgemeines Einvernehmen darüber, dass „schädliche“ (aber nicht oder zumindest nicht unbedingt illegale) Inhalte im Gesetz über digitale Dienste nicht definiert werden sollten und dass sie keiner Pflicht zur Entfernung unterliegen sollten, da es sich hierbei um einen heiklen Bereich handele, der schwerwiegende Auswirkungen auf den Schutz der Meinungsfreiheit habe.“¹³⁷ In Anbetracht dieser Erkenntnis soll nun der breitere rechtliche und politische Kontext des DSA untersucht werden, um einen Eindruck davon zu vermitteln, wie Desinformation geregelt wird.

4.2.2. Die breiteren rechtlichen und politischen Rahmenbedingungen

Der DSA-Vorschlag enthält keinen einzigen Verweis auf den Europarat oder die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK).¹³⁸ Dies ist bemerkenswert, wenn man bedenkt, dass in dem Vorschlag wiederholt auf die Bedeutung der freien Meinungsäußerung hingewiesen wird (Sicherungsmaßnahmen). Den DSA in den Rahmen des EU-Rechts einzubetten, ist natürlich logisch, und es ist hilfreich darzulegen, dass es nicht in Widerspruch zu vorhandenen und kommenden EU-Instrumenten und -Initiativen steht. Gleichwohl haben die Ansätze der Organisationen in Anbetracht der Kongruenz der rechtlichen und politischen Rahmenbedingungen der EU und des Europarats zweifelsohne Bedeutung für die jeweils andere.

4.2.2.1. Europarat

Im Laufe der Jahre hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte eine umfangreiche Rechtsprechung entwickelt, die einen soliden Schutz des Rechts auf freie Meinungsäußerung bietet.¹³⁹ Im Zusammenhang mit Desinformation wird unter anderem¹⁴⁰

¹³⁷ DSA-Vorschlag, S. 9.

¹³⁸ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Rom, 4.XI.1950 (geändert durch die Protokolle Nr. 11, 14 und 15, ergänzt durch die Protokolle Nr. 1, 4, 6, 7, 12, 13 und 16), https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_DEU.pdf.

¹³⁹ Voorhoof D. et al and McGonagle T. (Ed. Sup.), *Freedom of Expression, the Media and Journalists: Case-law of the European Court of Human Rights*, 6th edition, IRIS Themes, Europäische Audiovisuelle Informationsstelle, Straßburg, 2021, <https://rm.coe.int/iris-themes-vol-iii-2020-edition-en-28-april-2021-/1680a24eee>.

¹⁴⁰ Eine detailliertere Analyse einer breiten Palette einschlägiger, spezifischer Hinweise finden Sie unter: van Hoboken J., Appelman N., Ó Fathaigh R., Leerssen P., McGonagle T., van Eijk N. & Helberger N., *The legal framework on the dissemination of disinformation through Internet services and the regulation of political advertising*, Bericht für das Ministerium für Innere Angelegenheiten und Angelegenheiten des Königreichs,



ein klares Bekenntnis zur Stärkung der öffentlichen Debatte abgegeben und speziell in Bezug auf Wahlen festgestellt, dass „freie Wahlen und freie Meinungsäußerung, insbesondere die Freiheit der politischen Debatte, zusammen das Fundament eines jeden demokratischen Systems bilden“.¹⁴¹ Qualität, Genauigkeit und Zuverlässigkeit von Informationen in Wahlkämpfen sind von entscheidender Bedeutung für eine informierte Wählerschaft.¹⁴² Der Gerichtshof hat zudem festgestellt, dass „Artikel 10 der Konvention an sich die Erörterung oder Verbreitung empfangener Informationen nicht verbietet, selbst wenn der starke Verdacht besteht, dass diese Informationen nicht der Wahrheit entsprechen könnten. Eine gegenteilige Auffassung würde Menschen das Recht nehmen, ihre Ansichten und Meinungen zu Äußerungen in den Massenmedien zu äußern, und somit eine unangemessene Einschränkung des in Artikel 10 der Konvention verankerten Rechts auf freie Meinungsäußerung darstellen.“¹⁴³

Gestützt auf die EMRK und die Rechtsprechung des Gerichtshofs hat das Ministerkomitee des Europarats in den letzten Jahren Empfehlungen an die Mitgliedstaaten zu Themen wie Medienpluralismus und Transparenz des Medieneigentums, Rollen und Verantwortlichkeiten von Internetvermittlern sowie Auswirkungen algorithmischer Systeme auf die Menschenrechte ausgesprochen.¹⁴⁴ Im Mai 2021 verabschiedete der Lenkungsausschuss für Medien- und Informationsgesellschaft (CDMSI) einen Leitfaden zu bewährten Praktiken für wirksame Rechts- und Verfahrensrahmen für Selbst- und Koregulierungsmechanismen zur Moderation von Inhalten.¹⁴⁵

Die Entwürfe und laufende Arbeit des Ministerkomitees zur Normsetzung konzentrieren sich unter anderem darauf ein günstiges Umfeld für die Ausübung von Qualitätsjournalismus im digitalen Zeitalter zu gewährleisten; auf die Auswirkungen digitaler Technologien auf die Meinungsfreiheit sowie auf Wahlkommunikation und Medienberichterstattung über Wahlkämpfe.¹⁴⁶ Von besonderer Bedeutung ist die laufende Arbeit des Sachverständigenausschusses für Medienumfeld und -reform an „Leitprinzipien für die Medien- und Kommunikationssteuerung, um der Verlagerung von etablierten Kanälen auf soziale Netzwerke und den damit verbundenen Risiken (Manipulation der öffentlichen Meinung, mangelndes öffentliches Vertrauen, Informationsstörungen) zu begegnen“.¹⁴⁷

Amsterdam, Institut für Informationsrecht (IViR), Universität Amsterdam, 2019, Kapitel 4, (im Folgenden "IViR-Studie über Desinformation und politische Werbung"),
https://www.ivir.nl/publicaties/download/Report_Disinformation_Dec2019-1.pdf.

¹⁴¹ *Bowman gegen das Vereinigte Königreich*, 19. Februar 1998, § 42, Reports of Judgements and Decisions 1998-I.

¹⁴² *Orlovskaya Iskra gegen Russland*, Nr. 42911/08, § 110, 21 Februar 2017. Siehe auch die Diskussion zu *Brzeziński gegen Polen*, Nr. 47542/07, 25. Juli 2019, und andere einschlägige Rechtsprechung in der IViR-Studie über Desinformation und politische Werbung, S. 53.

¹⁴³ *Salov gegen die Ukraine*, Nr. 65518/01, ECHR 2005-VIII (Auszüge), Abs. 113.

¹⁴⁴ Einen Überblick über die angenommenen Texte finden Sie unter: <https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/committee-of-ministers-adopted-texts>.

¹⁴⁵ Siehe: <https://rm.coe.int/content-moderation-en/1680a2cc18>.

¹⁴⁶ Einzelheiten zu diesen Schwerpunkten und Aktivitäten, <https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/committees>.

¹⁴⁷ Quelle: <https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/msi-ref>.



Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass eine umfassende und gründliche Auseinandersetzung mit verschiedenen Dimensionen der Desinformation durch eine Reihe von sich ergänzenden Schwerpunkten stattfindet, anstatt dass ein frontaler Ansatz mit einem einzigen normgebenden Instrument verfolgt wird. Der Umfang und die Tiefe dieser Auseinandersetzung könnten nützliche Anhaltspunkte für rechtliche und politische Initiativen der EU zu ähnlichen Themen bieten, einschließlich der erklärten Verpflichtung des DSA, das Recht auf freie Meinungsäußerung zu schützen.¹⁴⁸

4.2.2.2. Europäische Union

Der einschlägige rechtliche und politische Rahmen der EU umfasst verschiedene Instrumente, die entsprechend den jeweiligen Schwerpunkten unterschiedliche Aspekte von Desinformation behandeln.¹⁴⁹ Am deutlichsten und eingehendsten setzt sich der selbstregulatorische Verhaltenskodex zur Bekämpfung von Desinformation mit diesem Problem auseinander. Der Verhaltenskodex wurde Ende September 2018 von Vertretern mehrerer Online-Plattformen, Betreibern sozialer Netzwerke und Werbeunternehmen (im Folgenden „Unterzeichner“) vereinbart und unterzeichnet.¹⁵⁰ Diese Initiative entstand im Kontext einer ganzen Reihe von Bemühungen der EU zur Bekämpfung von Desinformation im Internet, darunter (etwa zur gleichen Zeit) die Mitteilung der Kommission „Bekämpfung von Desinformation im Internet: ein europäisches Konzept“ (April 2018)¹⁵¹ und ein Aktionsplan gegen Desinformation (Dezember 2018).¹⁵²

Zu den wichtigsten Zielen des Verhaltenskodex gehören:

- Gewährleistung von Transparenz bei gesponserten Inhalten, insbesondere bei politischer Werbung, sowie Einschränkung der Optionen für gezielte Ansprache bei politischer Werbung und Verringerung der Einnahmen von Desinformationslieferanten;
- mehr Klarheit über die Funktionsweise von Algorithmen und die Möglichkeit der Überprüfung durch Dritte;
- Erleichterung des Auffindens unterschiedlicher Informationsquellen mit alternativen Standpunkten und des Zugangs zu ihnen für die Nutzer;

¹⁴⁸ Für weitere Informationen siehe Barata J., “The Digital Services Act and its Impact on the Right to Freedom of Expression: Special Focus on Risk Mitigation Obligations”, Plataforma por la Libertad de Información, n.d., <https://libertadinformacion.cc/wp-content/uploads/2021/06/DSA-AND-ITS-IMPACT-ON-FREEDOM-OF-EXPRESSION-JOAN-BARATA-PDLI.pdf>.

¹⁴⁹ Siehe Van Hoboken et al., “The legal framework on the dissemination of disinformation through Internet services and the regulation of political advertising, final report”, Kapitel 5, 2019, https://www.ivir.nl/publicaties/download/Report_Disinformation_Dec2019-1.pdf. Siehe auch Kapitel 3 dieser Publikation.

¹⁵⁰ EU-Verhaltenskodex zur Bekämpfung von Desinformation, 2018, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/code-practice-disinformation>.

¹⁵¹ Europäische Kommission, „Bekämpfung von Desinformation im Internet: ein europäisches Konzept“, COM 236 final, Brüssel, 2018, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0236>.

¹⁵² Europäische Kommission und Hohe Vertreterin der Union für Außen- und Sicherheitspolitik, Gemeinsame Mitteilung, Aktionsplan gegen Desinformation, JOIN36 final, 2018, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX:52018JC0036>.



- Einführung von Maßnahmen zur Identifizierung und Schließung von Scheinkonten und zum Umgang mit automatisierten Bots,
- sowie Befähigung von Faktenprüfern, Wissenschaftlern und staatlichen Behörden, Desinformation im Internet kontinuierlich zu überwachen.

Der Verhaltenskodex enthält eine Liste von detaillierten Verpflichtungen, die sich auf fünf Hauptsäulen stützen: A. Prüfung von Werbeplatzierungen, B. Politische Werbung und themenbezogene Werbung, C. Integrität der Dienste, D. Stärkung der Position der Verbraucher und E. Stärkung der Forschungsgemeinschaft. Jeder Unterzeichner wählt unter Berücksichtigung der von ihm angebotenen Dienste und ausgeübten Tätigkeiten die für sein Unternehmen relevantesten Verpflichtungen aus.¹⁵³

Die jüngste und bedeutendste Entwicklung aus Sicht des DSA ist der Prozess zur Stärkung des Verhaltenskodexes zur Bekämpfung von Desinformation. Ein zentrales Ziel ist es, ihn zu einem Koregulierungsinstrument zu entwickeln, für das der geplante DSA-Ansatz zum Umgang mit systemischen Risiken im Zusammenhang mit Desinformation (der im nächsten Abschnitt erörtert wird) von Bedeutung sein wird. Die Pläne zur Stärkung des Verhaltenskodexes umfassen eine Reihe horizontaler Fragestellungen: verstärkte Verpflichtungen, die Ziele des Kodex zu erreichen, erweiterter Anwendungsbereich, breitere Beteiligung, maßgeschneiderte Verpflichtungen, (weitere Unterstützung für) die Europäische Beobachtungsstelle für digitale Medien, Schnellwarnsystem. Im Einzelnen sind folgende Fragen zu klären: Prüfung von Werbeplatzierungen, politische Werbung und themenbezogene Werbung, Integrität der Dienste, Stärkung der Nutzer, Stärkung der Forschungs- und Faktenprüfungsgemeinschaft und Überwachung des Kodex.

4.3. Einführung des risikobasierten Ansatzes des DSA

Vor diesem Hintergrund wenden wir uns nun dem risikobasierten Ansatz des DSA zur Moderation von Inhalten zu. Der Ansatz, der in Abschnitt 4 des DSA näher erläutert wird, zielt darauf ab, gegen schädliche, aber rechtmäßige Inhalte im Internet anzugehen. Er ist differenziert in der Anwendung und ganzheitlich im Umfang. Es gibt vor allem drei Elemente, die eine genauere Betrachtung verdienen: Für wen gilt er? Welche Anforderungen stellt er? Warum wurde er eingeführt?

Der DSA erlegt den sogenannten „sehr großen Online-Plattformen“ (VLOPs), das heißt denjenigen, die Dienste für 45 Millionen monatlich aktive Nutzer oder mehr in der Union erbringen, erhöhte Sorgfaltspflichten auf.¹⁵⁴ Dies gilt zwar für die bestehenden „Technologieriesen“ wie Facebook, Twitter und YouTube (Google), doch scheint das Gesetz die Entwicklung und die rasche Expansion von Online-Plattformen zu berücksichtigen, indem es laufende Überprüfung und Verifizierung vorsieht. Insbesondere

¹⁵³ Einen Überblick über die Umsetzung des Verhaltenskodexes, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/code-practice-disinformation>.

¹⁵⁴ DSA, Art. 25 Abs. 1. Der Artikel enthält auch eine Methodik zur Berechnung dieser Zahl (s. Art. 25 Abs. 2 - 4).



muss der Koordinator für digitale Dienste¹⁵⁵ die Zahl der monatlich aktiven Nutzern von Online-Plattformen mindestens halbjährlich überprüfen und entsprechend den Status als VLOP zuweisen (oder aufheben).¹⁵⁶

Doch was erfordert und verlangt diese Zuweisung? Gemäß Art. 26 Abs. 1 des DSA müssen VLOPs mindestens einmal jährlich „alle wesentlichen Risiken, die sich aus der Funktionsweise und der Nutzung ihrer Dienste in der Union ergeben“, „ermitteln, analysieren und bewerten“.¹⁵⁷ Die Risikobewertung muss spezifisch und nach den von ihnen erbrachten Dienstleistungen differenziert sein und ausgewiesene „systemische Risiken“ einschließen.¹⁵⁸ Neben der Verbreitung illegaler Inhalte und „etwaigen nachteiligen Auswirkungen auf die Ausübung der Grundrechte“¹⁵⁹ muss die Bewertung Folgendes abdecken:

- c) vorsätzliche Manipulationen ihres Dienstes, auch durch uneigentliche Nutzung oder automatisierte Verwendung des Dienstes, mit tatsächlichen oder vorhersehbaren nachteiligen Auswirkungen auf den Schutz der öffentlichen Gesundheit, auf Minderjährige und auf den zivilgesellschaftlichen Diskurs oder mit tatsächlichen oder vorhersehbaren Auswirkungen auf Wahlprozesse und die öffentliche Sicherheit.

Die Liste ist nicht erschöpfend, und weitere systemische Risiken können gesondert bewertet werden; dieser letzte Punkt ist für Desinformation jedoch am wichtigsten.¹⁶⁰ Obwohl der Wortlaut recht weit gefasst erscheint, gibt es wichtige Einschränkungen, die die Anwendung des Punkts begrenzen können. Insbesondere bezieht sich die Risikobewertung nur auf „vorsätzliche“ Manipulationen von Diensten und gilt anscheinend für koordinierte Desinformationsnetze und -kampagnen. Zusätzlich zu dem geforderten Element des Vorsatzes gilt die Risikobewertung nur für Manipulationen mit tatsächlichen oder vorhersehbaren nachteiligen Auswirkungen auf bestimmte Schadenskategorien - einschließlich der öffentlichen Gesundheit und des zivilgesellschaftlichen Diskurses - und auf demokratische Säulen wie Wahlen und öffentliche Sicherheit.¹⁶¹ Somit ist die Risikobewertung sowohl ein Produkt ihrer Zeit als auch ein Versuch, auf einige der wichtigsten Probleme innerhalb der EU und über ihre Grenzen hinaus zu reagieren, darunter die COVID-„Infodemie“, Einmischung in Wahlen sowie konzertierte Desinformationskampagnen, die sich gegen schutzbedürftige Gruppen in der Gesellschaft richten.

Während die in Art. 26 Abs. 1 vorgesehene Risikobewertung weitgehend nach außen gerichtet ist, zwingt Art. 26 Abs. 2 die VLOPs dazu, nach innen zu schauen.

¹⁵⁵ Siehe Kapitel 3 dieser Veröffentlichung.

¹⁵⁶ DSA, Art. 25 Abs. 4.

¹⁵⁷ DSA, Art. 26 Abs. 1.

¹⁵⁸ Ebd.

¹⁵⁹ DSA, Art. 26 Abs. 1 Buchst. (a) bzw. (b).

¹⁶⁰ Desinformation kann zudem „nachteilige Auswirkungen“ auf die Ausübung der Meinungsfreiheit haben, einschließlich des Rechts der Öffentlichkeit, „angemessen informiert“ zu werden (siehe *Sunday Times gegen Vereinigtes Königreich (Nr. 1)*, Beschwerde Nr. 6538/74 (EGMR, 26. April 1979) in Art. 66.

¹⁶¹ DSA, Art. 26 Abs. 1 Buchst. c).



Insbesondere müssen VLOPs „darauf achten“, wie ihre Geschäftsmodelle und Gestaltungsmerkmale wie Moderation von Inhalten sowie Empfehlungs- und Werbesysteme die in Absatz 1 genannten systemischen Risiken beeinflussen.¹⁶² Dazu gehört „die Möglichkeit der raschen und weiten Verbreitung von illegalen Inhalten und von Informationen, die mit ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen unvereinbar sind“.¹⁶³ Letzteres ist weit genug gefasst, um Inhalte zu erfassen, die Betreiber auf ihren Online-Plattformen vermeiden wollen, wie zum Beispiel Nacktheit oder Spam, es kann darüber hinaus jedoch auch für „rechtmäßige, aber schreckliche“ Äußerungen wie Desinformation relevant sein.

Schließlich stellt sich die Frage, warum diese Risikobewertungspflichten überhaupt eingeführt wurden. Die Erwägungsgründe geben hier einen gewissen Einblick. Dort wird festgestellt, dass VLOPs „in einer Weise genutzt werden, die [...] die öffentliche Meinungsbildung und den öffentlichen Diskurs stark beeinflusst“, und es wird auf die sozialen Bedenken hingewiesen, die durch das werbegestützte Geschäftsmodell und die Gestaltungsentscheidungen dieser Plattformen hervorgerufen werden.¹⁶⁴ Darüber hinaus wird auf die Notwendigkeit hingewiesen, die „neuen Herren“¹⁶⁵ zu regulieren: „Besteht keine wirksame Regulierung und Durchsetzung, können die Plattformen die Spielregeln bestimmen, ohne dass dabei die mit ihnen verbundenen Risiken und der dadurch möglicherweise entstehende gesellschaftliche und wirtschaftliche Schaden wirksam ermittelt und gemindert werden können“.¹⁶⁶

Aus den oben zusammengefassten Definitionsmerkmalen lassen sich insbesondere in Bezug auf Desinformation mehrere Schlüsse ziehen. Erstens scheint die Konzentration auf „sehr große“ Plattformen Reichweite mit Risiko gleichzusetzen. Weltweite Plattformen wie Facebook und Twitter können wohl eine größere und schnellere Verbreitung von Desinformationen ermöglichen. Desinformationskampagnen sind jedoch auch in kleineren und Peer-to-Peer-Netzen aufgetreten, die nicht den Risikobewertungspflichten ihrer größeren Pendanten unterliegen.¹⁶⁷ Solche Desinformationskampagnen können ebenfalls eine Reihe von Schäden verursachen; auch bei begrenzter Reichweite kann ihre Wirkung heftig sein, zum Beispiel in so genannten Echokammern oder Filterblasen, insbesondere bei eingefleischten Verschwörungstheoretikern. Es ist zwar verständlich, dass der DSA der Risikobewertung und -minderung für sehr große Plattformen Vorrang einräumt, es erfasst damit jedoch nur eine bestimmte Art systemischer Risiken.

Zweitens wird bei der Risikobewertung der Forderung nach einem stärkeren Fokus auf den Kontext statt auf den Inhalt Rechnung getragen.¹⁶⁸ Dies zeigt sich darin, dass

¹⁶² DSA, Art. 26 Abs. 2.

¹⁶³ Ebd.

¹⁶⁴ DSA, Erwägungsgrund 56.

¹⁶⁵ Siehe Klonick K., „The New Governors: The People, Rules and Processes Governing Online Speech“ *Harvard Law Review* 131 (1598), https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2018/04/1598-1670_Online.pdf.

¹⁶⁶ DSA, Erwägungsgrund 56.

¹⁶⁷ EU DisinfoLab, Positionspapier: „How the Digital Services Act (DSA) Can Tackle Disinformation“, 2021, S. 2, https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12417-Digital-Services-Act-deepening-the-internal-market-and-clarifying-responsibilities-for-digital-services/F2164131_en.

¹⁶⁸ Mozilla EU Policy, Mozilla position paper on the EU Digital Services Act, 2021, S. 6, <https://blog.mozilla.org/netpolicy/files/2021/05/Mozilla-DSA-position-paper-.pdf/>. Zur Bedeutung des



sowohl die Absicht, die der Online-Manipulation zugrunde liegt, als auch ihre nachteiligen Auswirkungen in die dritte Kategorie der systemischen Risiken aufgenommen wurden. Es bleibt jedoch abzuwarten, wie VLOPs die ausgewiesenen Risiken - und den spezifischen Kontext - in den verschiedenen Mitgliedstaaten der Europäischen Union bewerten, in denen Desinformationsquellen und -ziele unterschiedlich sein können.

Schließlich haben sich Desinformationskampagnen als Schnellläufer und als anpassungsfähig erwiesen,¹⁶⁹ was eine Herausforderung für das jährliche und starre Risikobewertungsverfahren darstellen kann, und eher nicht für laufende oder Ad-hoc-Bewertungen. Das Verfahren legt jedoch lediglich Mindestgrenzen fest; es steht den VLOPs frei, zusätzliche Risikobewertungen vorzunehmen, wenn sie dies für angebracht halten, und die Arten der zu bewertenden „systemischen Risiken“ zu erweitern. Ob und in welchem Umfang sie dies tun werden, bleibt abzuwarten.

4.4. Risikominderung

Im Gegensatz zur eher rigiden Aufgabenstellung in der Phase der Identifizierung systemischer Risiken verfolgt der DSA bei der Frage, wie solche Risiken zu mindern sind, einen eher flexiblen, koregulativen Ansatz. Im Folgenden werden die wichtigsten Merkmale einschließlich des obligatorischen und permissiven Wortlauts und der verschiedenen beteiligten Akteure aufgeführt, bevor darauf eingegangen wird, wie solche Maßnahmen auf Desinformation angewendet werden können.

Die Minderungsmaßnahmen sind in Artikel 27 der Verordnung festgelegt, der vorsieht, dass VLOPs „angemessene, verhältnismäßige und wirksame Risikominderungsmaßnahmen [ergreifen], die auf die gemäß Artikel 26 ermittelten spezifischen systemischen Risiken zugeschnitten sind“.¹⁷⁰ Während die Einführung von Minderungsmaßnahmen zwingend vorgeschrieben ist, ist die Liste der Maßnahmen, die zur Erfüllung dieser Anforderung aufgezählt werden, permissiv und nicht erschöpfend. Darüber hinaus ist der Begriff der „Minderung“ für die Maßnahmen weit gefasst und reicht von der Anpassung von Entscheidungsprozessen, Gestaltungsmerkmalen wie Moderation von Inhalten, Werbesystemen und Servicefunktionen bis hin zur Stärkung von Risikoerkennungssystemen, von der Zusammenarbeit mit „vertrauenswürdigen Hinweisgebern“ und anderen Online-Plattformen über Verhaltenskodizes und Krisenprotokolle bis

Kontexts bei der Moderation von Inhalten im Allgemeinen siehe Land M.K. & Hamilton R.J., "Beyond Takedown: Expanding the Toolkit for Responding to Online Hate", in (Dojcinovic P., Hrsg.) *Propaganda, War Crimes Trials and International Law: From Cognition to Criminality* 143 Routledge, 2020, und York J.C. und Zuckerman E., "Moderating the Public Sphere" in (Jørgensen R.F. Hrsg.) *Human Rights in the Age of Platforms* (MIT Press, 2019).

¹⁶⁹ Zum Einsatz kleinerer und Peer-to-Peer-Netzwerke zur Verbreitung „rechtmäßiger, aber schrecklicher“ Äußerungen siehe Bevenssee E. und Rebellious Data LLC, "The Decentralized Web of Hate: White Supremacists are Starting to Use Peer-to-Peer Technology. Are we Prepared?", 2020, <https://rebelliousdata.com/wp-content/uploads/2020/10/P2P-Hate-Report.pdf>.

¹⁷⁰ DSA, Art. 27 Abs. 1.



hin zu gezielten Maßnahmen zur Begrenzung der Anzeige und Reichweite von Werbung auf der Plattform selbst.¹⁷¹

Artikel 27 sieht darüber hinaus für weitere Akteure, unter anderem den Europäischen Rat für digitale Dienste (der sich aus Koordinatoren für digitale Dienste zusammensetzt)¹⁷² und die Europäische Kommission, eine Rolle bei der Risikominderung vor. Art. 27 Abs. 2 schreibt vor, dass der Rat für digitale Dienste zusammen mit der Kommission umfassende Berichte veröffentlicht, in denen die wichtigsten und wiederkehrenden systemischen Risiken, die von den VLOPs gemeldet oder auf andere Weise ermittelt wurden, sowie bewährte Praktiken für VLOPs zur Minderung der ermittelten systemischen Risiken identifiziert und bewertet werden.¹⁷³ Die Berichte sind jährlich zu veröffentlichen.¹⁷⁴

Darüber hinaus kann die Kommission „allgemeine Leitlinien für die Anwendung des Absatzes 1 in Bezug auf spezifische Risiken herausgeben, um insbesondere bewährte Praktiken vorzustellen und mögliche Maßnahmen zu empfehlen“.¹⁷⁵ Die Rechtskraft oder Verbindlichkeit dieser Leitlinien bleibt unklar und es scheint einen breiten Spielraum für die Behandlung „spezifischer Risiken“ zu geben; zwei Maßgaben sind jedoch bemerkenswert. Erstens muss die Kommission „die möglichen Auswirkungen der Maßnahmen auf die in der Charta verankerten Grundrechte aller Beteiligten gebührend berücksichtigen“.¹⁷⁶ Ob dieses Erfordernis von Bedeutung sein oder irgendwelche Folgen haben wird, wird davon abhängen, wie streng die Kommission vorgeht. Im Gegensatz dazu wird die Anforderung der „gebührenden Berücksichtigung“ den VLOPs nicht auferlegt und gehört gemäß Art. 27 Abs. 2 nicht zur jährlichen Berichterstattung des Rats. Die zweite Maßgabe lautet: „Bei der Ausarbeitung dieser Leitlinien führt die Kommission öffentliche Konsultationen durch.“¹⁷⁷ Die genaue Art dieser öffentlichen Konsultationen (wie viele müssen durchgeführt werden, welche Rolle soll das Feedback der Öffentlichkeit spielen u. ä.) bleibt offen. Diese Einbeziehung stellt jedoch eine zusätzliche Ebene öffentlicher Beteiligung und öffentlicher Aufsicht dar und kann sicherstellen, dass diejenigen, die vom Risikobewertungsprozess des DSA betroffen sind, die Möglichkeit haben, gehört zu werden.

Für Desinformation sind mehrere Aspekte dieser Bestimmungen von Bedeutung. Erstens sieht der DSA einen Koregulierungsansatz zur Risikominderung vor, bei dem mehrere Interessenträger entsprechend ihren Fähigkeiten und Verantwortlichkeiten differenzierte Rollen spielen. Im Gegensatz zu vielen früheren Ko- und Selbstregulierungsrahmen, wie zum Beispiel dem Verhaltenskodex (siehe oben), geht der DSA jedoch weiter, indem es bestimmte Ziele vorschreibt (die Annahme „angemessener, verhältnismäßiger und wirksamer Risikominderungsmaßnahmen“) und gleichzeitig Flexibilität bei den zu ihrer Erreichung eingesetzten Mitteln zulässt. In Artikel 27 zeigt

¹⁷¹ Ebd.

¹⁷² DSA, Art. 47 und 48.

¹⁷³ DSA, Art. 27 Abs. 2.

¹⁷⁴ Ebd.

¹⁷⁵ DSA, Art. 27 Abs. 3.

¹⁷⁶ Ebd.

¹⁷⁷ Ebd.



sich in dieser Hinsicht eine Verlagerung des Schwerpunkts vom Verhalten hin zum Ergebnis, vom Prozess hin zu seinem Ausgang. Auch wenn es den VLOPs derzeit noch freisteht, die von ihnen zu ergreifenden Maßnahmen festzulegen, einschließlich der Frage, ob sie weltweit oder in bestimmten Regionen oder Staaten eingeführt werden, können die Anforderungen der Angemessenheit, der Verhältnismäßigkeit und der Wirksamkeit das Maß an Flexibilität und Freizügigkeit einschränken, das der Wortlaut ansonsten nahelegt.

Zweitens könnte die Anforderung, dass die Minderungsmaßnahmen „auf die gemäß Artikel 26 ermittelten spezifischen systemischen Risiken zugeschnitten“ sein müssen, die VLOPs dazu zwingen, neue Wege zu erkunden und bewährte Praktiken auszutauschen, um systemische Risiken, einschließlich der Verbreitung von Desinformationen auf ihren Plattformen, mit einer bisher nicht gekannten Dringlichkeit und Intensität anzugehen. Desinformation ist eine komplexe und nuancierte Herausforderung, die zwingende Notwendigkeit, ihre Auswirkungen auf den öffentlichen Diskurs und die demokratischen Säulen zu bekämpfen, hat jedoch größtenteils Staaten ereilt (und verwirrt). Die verpflichtenden Anforderungen zur wirksamen Minderung systemischer Risiken, einschließlich der Bedrohung des zivilgesellschaftlichen Diskurses, der öffentlichen Gesundheit, der Wahlen und der öffentlichen Sicherheit durch Desinformation, machen dies zu einem Problem, das auch VLOPs lösen müssen, wobei der Einfallsreichtum und die Effizienz des privaten Sektors nutzbringend eingesetzt werden können.

Schließlich kann der Austausch bewährter Praktiken zur Minderung systemischer Risiken - in den Jahresberichten des Rats für digitale Dienste und in den von der Kommission herausgegebenen allgemeinen Leitlinien - die Folgewirkungen des risikobasierten Ansatzes des DSA über die Grenzen Europas hinaus noch verstärken. Viele Staaten verfolgen den Entwurfsprozess sehr aufmerksam und werden zweifellos versuchen, sich die vorgesehenen Minderungsmaßnahmen, die bewährten Praktiken und die allgemeinen Leitlinien zum Vorbild zu nehmen und zu importieren. Auch kleinere Plattformen und Peer-to-Peer-Netzwerke, die nicht denselben Sorgfaltspflichten unterliegen, werden gegebenenfalls die bewährten Praktiken zur Risikominderung auf ihren Plattformen zur Kenntnis nehmen und umzusetzen suchen. In Anbetracht der potenziellen Reichweite der Minderungsmaßnahmen ist es von entscheidender Bedeutung, dass die VLOPs, der Rat für digitale Dienste und die Kommission die möglichen Folgen der in Betracht gezogenen Maßnahmen für die Grundrechte berücksichtigen.

4.5. Gewährleistung von Aufsicht und Transparenz

Der DSA vervollständigt seinen risikobasierten Ansatz mit Bestimmungen zur Überwachung, Aufsicht und Transparenz. Vor allem zwei Bestimmungen, das heißt die in



den Artikeln 28 bzw. 33 festgelegten Prüfungs- und Berichterstattungspflichten,¹⁷⁸ verdienen eine genauere Betrachtung.

Gemäß Artikel 28 werden die VLOPs jährlichen Prüfungen unterzogen, um zu beurteilen, ob sie ihren Verpflichtungen nachkommen, unter anderem ob sie Bewertungen systemischer Risiken durchführen und Maßnahmen zu ihrer Bekämpfung ergreifen.¹⁷⁹ Darüber hinaus wird bei den Prüfungen die Einhaltung der von den VLOPs im Rahmen von Verhaltenskodizes und Krisenprotokollen eingegangenen Verpflichtungen bewertet.¹⁸⁰ Um diese Bestimmung zu erfüllen, müssen mehrere Benchmarks erreicht werden. Insbesondere müssen die Prüfungen von Organisationen durchgeführt werden, die von der zu überprüfenden VLOP unabhängig sind, die Organisationen müssen nachweislich über Fachwissen im Bereich Risikomanagement, technische Kompetenzen und Fähigkeiten verfügen und „nachweislich Objektivität und berufsethische Normen anwenden, die insbesondere auf der Einhaltung von Verhaltenskodizes oder geeigneten Normen gründen“.¹⁸¹ Was die Ergebnisse anbelangt, so müssen die Organisationen Prüfberichte erstellen, die (mindestens) eine Beschreibung der geprüften Elemente und der angewandten Methodik, die wichtigsten Feststellungen sowie eine Stellungnahme dazu enthalten, ob die VLOPs ihren Verpflichtungszusagen nachgekommen sind.¹⁸² Die Stellungnahme muss eine Einstufung als positiv, positiv mit Anmerkungen oder negativ beinhalten.¹⁸³

Die Abgabe einer negativen Prüfstellungnahme hat zwei bemerkenswerte Auswirkungen, die erste für die Prüforganisation und die zweite für die VLOP. Erstens muss der Prüfbericht dann „operative Empfehlungen für spezifische Maßnahmen zur Einhaltung der Vorschriften“ enthalten.¹⁸⁴ Zweitens tragen die VLOPs nach Erhalt eines solchen Berichts „den an sie gerichteten operativen Maßnahmen gebührend Rechnung und ergreifen die erforderlichen Maßnahmen zu deren Umsetzung“.¹⁸⁵ Insbesondere müssen die VLOPs innerhalb eines Monats nach Erhalt der Empfehlungen einen Bericht über die Umsetzung der Prüfergebnisse verabschieden, in dem sie diese Maßnahmen darlegen oder, falls sie den Empfehlungen nicht folgen, ihre Gründe für die Nichtumsetzung rechtfertigen und alternative Maßnahmen zur Behebung der Nichteinhaltung darlegen.¹⁸⁶

Der DSA enthält darüber hinaus verschärfte „Verpflichtungen zur Transparenzberichterstattung“ für VLOPs gemäß Artikel 33. VLOPs müssen die Elemente des oben

¹⁷⁸ Es gibt noch weitere Elemente, darunter Bestimmungen, die sich speziell mit Empfehlungssystemen sowie dem Datenzugang und der Datenkontrolle befassen, aber wir haben uns entschieden, uns auf diese beiden Anforderungen zu konzentrieren, da sie sich aus den zuvor erörterten Anforderungen zur Identifizierung und Minderung ergeben.

¹⁷⁹ DSA, Art. 28 Abs. 1 Buchst. a). Diese Verpflichtungen, die in den Artikeln 26 und 27 aufgeführt sind, fallen unter Kapitel III des DSA, auf das in Art. 28 Abs. 1 Buchst. a) ausdrücklich Bezug genommen wird.

¹⁸⁰ DSA, Art. 28 Abs. 1 Buchst. b). Der Verhaltenskodex ist in den Artikeln 35 und 36 (Verhaltenskodex) geregelt, die Krisenprotokolle in Artikel 37.

¹⁸¹ DSA, Art. 28 Abs. 2.

¹⁸² DSA, Art. 28 Abs. 3.

¹⁸³ Ebd.

¹⁸⁴ DSA, Art. 28 Abs. 3 Buchst. f).

¹⁸⁵ DSA, Art. 28 Abs. 4.

¹⁸⁶ Ebd.



beschriebenen risikobasierten Ansatzes öffentlich zugänglich machen und dem Koordinator für digitale Dienste übermitteln. Dazu gehören:

- (a) ein Bericht mit den Ergebnissen der Risikobewertung gemäß Artikel 26,
- (b) die gemäß Artikel 27 ermittelten und umgesetzten Maßnahmen zur Risikominderung,
- (c) der Prüfbericht gemäß Art. 28 Abs. 3 und
- (d) der Bericht über die Umsetzung der Prüfergebnisse gemäß Art. 28 Abs. 4.¹⁸⁷

Diese Verpflichtungen zur Transparenzberichterstattung fallen mindestens einmal jährlich an und sind innerhalb von 30 Tagen nach Verabschiedung des Berichts über die Umsetzung der Prüfung zu erfüllen.¹⁸⁸ Ausnahmen sind vorgesehen, wenn die VLOP beispielsweise der Ansicht ist, dass mit der Veröffentlichung der oben genannten Informationen vertrauliche Informationen offengelegt werden, die Sicherheit ihres Dienstes erheblich gefährdet wird, die öffentliche Sicherheit untergraben wird oder die Empfänger Schaden nehmen könnten.¹⁸⁹ Die VLOP darf diese Informationen jedoch nur aus den veröffentlichten Berichten entfernen; die vollständigen (unredigierten) Berichte sind dem Koordinator für digitale Dienste und der Kommission zusammen mit einer Begründung für die Entfernung der Informationen aus den öffentlichen Berichten zu übermitteln.¹⁹⁰

Zusammengenommen sorgen die Prüfungs- und Transparenzanforderungen dafür, dass die Einhaltung der Risikobewertung und der Risikominderungsmaßnahmen durch die VLOPs extern überprüft und überwacht wird. Dies ist ein wesentliches Merkmal, um sicherzustellen, dass VLOPs ihren Verpflichtungen nachkommen, systemische Risiken auf ihren Plattformen - einschließlich Desinformation - zu identifizieren und zu beseitigen, und dass sie dies auf eine Weise tun, die maßvoll ist und kritisch begutachtet wird sowie einer unabhängigen Aufsicht durch Prüfer, den Koordinator für digitale Dienste, die Kommission und - vielleicht am wichtigsten - die Öffentlichkeit unterliegt. Die Notwendigkeit einer stärkeren Aufsicht und Transparenz ist seit Langem bekannt,¹⁹¹ und diese Mechanismen sind ein wichtiger Schritt in diese Richtung. Darüber hinaus zwingen die vielschichtigen Transparenzverpflichtungen die VLOPs nicht nur dazu, „die Arbeit zu erledigen“, sondern auch darzulegen, wie sie dies rechtzeitig und sachdienlich getan haben.

Wie diese Mechanismen in der Praxis funktionieren werden, ist in mancherlei Hinsicht jedoch noch ungewiss. Erstens ist unabhängige Prüfung zwar in Bereichen wie

¹⁸⁷ DSA, Art. 33 Abs. 2.

¹⁸⁸ Ebd.

¹⁸⁹ DSA, Art. 33 Abs. 3.

¹⁹⁰ Ebd.

¹⁹¹ Siehe grundsätzlich den UN-Menschenrechtsrat, „Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework“, Bericht des Sonderbeauftragten des Generalsekretärs zu Fragen der Menschenrechte und transnationaler Gesellschaften und sonstiger Wirtschaftsunternehmen, John Ruggie, 2011, https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A-HRC-17-31_AEV.pdf. In Bezug auf die Transparenz insbesondere von Online-Plattformen siehe The Santa Clara Principles on Transparency and Accountability in Content Moderation, 2018, <https://www.santaclaraprinciples.org/>.



dem Finanzsektor und dem Datenschutz,¹⁹² die früher von der Regulierungsaufsicht ausgenommen waren, zu einer festen Größe geworden, aber es ist nicht unmittelbar ersichtlich, dass es bereits Prüforganisationen mit dem erforderlichen Maß an (nachgewiesener) Sachkenntnis und Objektivität gibt. Angesichts des möglichen Gewichts der Prüfstellungnahme und der operativen Empfehlungen können solche Prüforganisationen erhebliche Auswirkungen auf Grundrechte wie die Meinungsfreiheit und das Recht auf Nichtdiskriminierung haben. In Anbetracht dieser herausragenden Rolle dürfte mehr Klarheit in Bezug auf die erforderlichen Qualifikationen der Prüforganisationen geboten sein.

Darüber hinaus bieten die oben genannten Maßnahmen zwar einen besseren Einblick in die „Black Box“ der Online-Plattformen und ermöglichen die Überwachung des Risikobewertungszyklus von der Bewertung selbst über die angewandten Minderungsmaßnahmen bis hin zur Umsetzung der Prüfeempfehlungen, doch die vorgesehenen Fristen sind bemerkenswert kurz. Am augenfälligsten ist dies bei der Zeit, die den VLOPs für die Verabschiedung von Berichten über die Umsetzung der Prüfergebnisse eingeräumt wird, in denen sie die „notwendigen Maßnahmen“ zur Umsetzung der erhaltenen operativen Empfehlungen darlegen: Sie haben dafür nicht mehr als einen Monat.¹⁹³ Angesichts des möglichen Umfangs und der Tragweite der Prüfungen und der sich daraus ergebenden Empfehlungen kann sich dies auf die Qualität der durchgeführten Maßnahmen und den Erfolg der Prozessergebnisse auswirken.

Schließlich gibt es trotz der Berichtspflichten, die für mehr Transparenz und Einblick in das Innenleben der VLOPs sorgen, nach wie vor nur wenige Durchsetzungsmechanismen, wenn VLOPs ihren Verpflichtungen nicht nachkommen. So müssen VLOPs zwar begründen, warum sie operative Empfehlungen nicht umsetzen, aber es gibt keine Sanktionen, wenn sie sich entschließen, nur wenige oder gar keine von ihnen umzusetzen. In diesem Sinne bewegt sich der DSA auf einem schmalen Grat zwischen der Auferlegung erhöhter Sorgfaltspflichten für VLOPs (und der Behebung früherer Versäumnisse von Ko- und Selbstregulierungsansätzen) und der (vielleicht fehlgeleiteten) Annahme, dass VLOPs diese neuen Pflichten nach Treu und Glauben wahrnehmen werden.

¹⁹² Die EU hat Unternehmen von öffentlichem Interesse, wie zum Beispiel Banken, 2014 per Verordnung Prüfpflichten auferlegt (Verordnung Nr. 537/2014), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0537&from=DE>. Die 2016 verabschiedete Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) sieht eine Aufsicht in Form von Datenschutzprüfungen gemäß Artikel 58 vor (Verordnung 2016/679), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=DE>.

¹⁹³ DSA, Art. 28 Abs. 4.



4.6. Ein riskantes Geschäft? Der risikobasierte Ansatz in der Praxis

Wie die vorangegangenen Abschnitte zeigen, ist es für Staaten und soziale Medienplattformen eine Herausforderung, Desinformation zu definieren, zu verhindern, abzumildern und zu beheben. In diesen heiklen Kontext wurde der risikobasierte Ansatz des DSA eingebracht. Zwar versucht der risikobasierte Ansatz in vielerlei Hinsicht, die Unzulänglichkeiten früherer Desinformationskonzepte zu beheben, die Streitpunkte sind nach der Vorlage des Vorschlags jedoch umso deutlicher zutage getreten. Diese noch offenen Fragen müssen geprüft und beantwortet werden, um ein einheitliches und umfassendes Konzept zur Bekämpfung von Desinformation im Internet zu gewährleisten.

Die erste - und vielleicht elementarste - Frage lautet, ob sich der DSA überhaupt mit Desinformation befassen sollte. Der Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres des Europäischen Parlaments (LIBE-Ausschuss) meint, er sollte nicht: In einem Entwurf für eine Stellungnahme, der im Mai 2021 veröffentlicht wurde, schlug der LIBE-Ausschuss eine Reihe von Änderungen vor, darunter die Streichung der Bestimmungen zum risikobasierten Ansatz.¹⁹⁴ Der LIBE-Ausschuss argumentierte, die Änderungen seien notwendig, um die freie Meinungsäußerung zu schützen und sicherzustellen, dass der DSA nur die Verbreitung von „rechtswidrigen“, nicht aber von „schädlichen“ Inhalten regelt.¹⁹⁵ In Bezug auf Artikel 26, der den risikobasierten Ansatz beinhaltet, äußerte der LIBE-Ausschuss Bedenken, dass seine Anforderungen „weit über rechtswidrige Inhalte hinausgehen, wenn es nur um vage beschriebene, angeblich ‚nachteilige Auswirkungen‘ geht“.¹⁹⁶ Ähnliche Bedenken wurden in Bezug auf die in Artikel 28 festgelegten Anforderungen an eine unabhängige Prüfung geäußert.¹⁹⁷ Die vom LIBE-Ausschuss vorgelegten Änderungsanträge legen nahe, dass weitere Überlegungen zum Anwendungsbereich und zu den Zielen des DSA notwendig sind, insbesondere in Bezug auf „rechtmäßige, aber schreckliche“ Äußerungen, wie zum Beispiel Desinformation.

Für den Fall, dass der risikobasierte Ansatz die laufenden Verhandlungen und Diskussionen übersteht, ergibt sich eine weitere Überlegung: nämlich, ob eine angemessene Abwägung zwischen dem gewählten Ansatz und den inhaltlichen Anforderungen des Vorschlags vorgenommen wurde. Einige zivilgesellschaftliche Organisationen haben den DSA für seine „Bemühungen um ein ausgewogenes Gleichgewicht gelobt, indem es die Entfernung von Inhalten, wodurch die Meinungsfreiheit beeinträchtigt werden könnte, nur auf rechtswidrige Inhalte beschränkt und gleichzeitig sicherstellt, dass das gesamte Spektrum der Auswirkungen auf unsere

¹⁹⁴ Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres für den Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über einen Binnenmarkt für digitale Dienste (Gesetz über digitale Dienste) und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG KOM, 0825, 2021, Änderungsanträge 21-24, 28, 29, 91-93, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/LIBE-PA-692898_DE.pdf.

¹⁹⁵ Ebd. Änderungsantrag 91, „Begründung“, S. 71/93.

¹⁹⁶ Ebd., S. 71/93.

¹⁹⁷ Ebd., Änderungsantrag 102, S. 76-78/93.



Grundrechte durch ein Verfahren der Risikobewertung und -minderung angegangen wird”.¹⁹⁸ Neben dem allgemeinen Ansatz haben einige Organisationen jedoch auch Bedenken hinsichtlich der Einzelheiten geäußert:

- (a) die Unbestimmtheit der „systemischen Risiken“ in Artikel 26 und die „angemessenen“ und „verhältnismäßigen“ Grenzen in Artikel 27,
- (b) die Beschränkung der Risikobewertungen auf (externe) „Manipulationen des Dienstes“ unter Ausschluss der Risiken, die von den (internen) Gestaltungsentscheidungen der Plattformen ausgehen,
- (c) der Ermessensspielraum, der den Online-Plattformen (und der Europäischen Kommission) bei der Entscheidung eingeräumt wird, wie systemische Risiken zu mindern sind.¹⁹⁹

Diese und andere Spannungen machen weitere Überlegungen, Gedanken und Präzisierungen erforderlich, um sicherzustellen, dass der risikobasierte Ansatz sein Versprechen und seine Erwartungen erfüllt, einschließlich der Beseitigung einiger der wichtigsten Stolpersteine bei früheren Bemühungen zur Eindämmung von Desinformation im Internet.

Während ein risikobasierter Ansatz zur Identifizierung, Eindämmung und Beseitigung systemischer Risiken bei der Regulierung von Äußerungen im Internet und der Bekämpfung von Desinformation im Internet neu ist, lassen sich in (vergleichbaren) Branchen wie dem Finanzwesen und dem Datenschutz nützliche Anleitungen und anschauliche Beispiele dafür finden, wie solche Sorgfaltsprüfmechanismen in der Praxis funktionieren.²⁰⁰ Diese Branchen befinden sich in einer ähnlichen Situation, da eine öffentliche Aufsicht eingeführt und Sorgfaltspflichten auferlegt wurden, um durch Menschenrechtsfolgenabschätzungen und -prüfungen einen Blick in die „Black Box“ zu werfen. Diese Erfahrungen können sich als nützlich erweisen, wenn es darum geht, den Anwendungsbereich und die Konturen der Artikel 26 und 28 zu erörtern und etwaige Fallstricke zu vermeiden.²⁰¹

Weitere Anhaltspunkte für die Gestaltung und Umsetzung von Sorgfaltsprüfmechanismen lassen sich auch aus den Vorschriften, der Politik und der Praxis im Bereich der internationalen Menschenrechte ableiten. Die UN-Leitprinzipien für

¹⁹⁸ Avaaz Positionspapier zum Gesetz über digitale Dienste, Desinformation und Meinungsfreiheit, 2021, S. 1, https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12417-Digital-Services-Act-deepening-the-internal-market-and-clarifying-responsibilities-for-digital-services/F2164159_en.

¹⁹⁹ Ebd., S. 9-12. Siehe auch Article 19, “At a glance: Does the EU Digital Services Act protect freedom of expression” 11. Februar 2021, <https://www.article19.org/resources/does-the-digital-services-act-protect-freedom-of-expression/>.

²⁰⁰ Siehe hierzu Mozilla Mornings, “Unpacking the DSA’s risk-based approach”, 2021, <https://www.youtube.com/watch?v=tEDJ3nx88MM>.

²⁰¹ So wurden beispielsweise im Finanzsektor Bedenken hinsichtlich des mangelnden Wettbewerbs und der Wahrnehmung von Interessenkonflikten geäußert. Siehe zum Beispiel Prettnner C., Ruby-Sachs E., Lehrich J. und Palstra N., “Don’t throw out the Digital Services Act’s key accountability tools”, Euractiv, 2021, <https://www.euractiv.com/section/digital/opinion/dont-throw-out-the-digital-services-acts-key-accountability-tools/>; und Clarke A. “Reforming Audit in the Public Interest”, Luminare, 2020, <https://luminaregroup.com/posts/blog/reforming-audit-in-the-public-interest>.



Wirtschaft und Menschenrechte - die führenden internationalen Standards zu diesem Thema - werden im europäischen Kontext durch die Empfehlung CM/Rec(2016)3 des Ministerkomitees des Europarats an die Mitgliedstaaten zu Menschenrechten und Wirtschaft ergänzt (und reflektiert). Bestimmte Schlüsselkonzepte wurden auch in der Empfehlung CM/Rec(2018)2 des Ministerkomitees des Europarats an die Mitgliedstaaten über die Aufgaben und Verantwortlichkeiten von Internet-Vermittlern für die spezifische Anwendung im Online-Umfeld umgewidmet. Diese Hinweise unterstreichen, wie wichtig es ist zu wissen, wo man in diesem dynamischen Bereich steht, und insbesondere den nötigen klaren Blick für die Bedeutung des DSA für die Bekämpfung von Desinformation in einem komplexeren rechtlichen und politischen Umfeld zu haben.

4.7. Fazit

Die Regulierung von Äußerungen im Internet wirft aus der Perspektive der Grundrechte, einschließlich der Meinungsfreiheit, der Nichtdiskriminierung und des Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf, erhebliche Bedenken auf. Sie hat sich als besonders schwierig erwiesen, wenn es um „rechtmäßige, aber schreckliche“ Äußerungen wie zum Beispiel Desinformation geht, die weiterreichende Auswirkungen auf die Öffentlichkeit oder die demokratischen Säulen haben können.

In dieses komplexe Geflecht wurde der DSA-Vorschlag eingebracht. Im Mittelpunkt dieses Kapitels stand der risikobasierte Ansatz des DSA zur Bekämpfung von Desinformation. Der Vorschlag ist ein großer Schritt nach vorn, da er einen differenzierten, ganzheitlichen und nuancierten Regulierungsansatz verfolgt. Dies zeigt sich in mehrfacher Hinsicht, wie in diesem Kapitel dargelegt ist. Erstens stellt der DSA erhöhte Anforderungen an VLOPs aufgrund ihres Umfangs und ihrer Reichweite, was ihre Fähigkeit widerspiegelt, öffentlichen Schaden zu verursachen oder dazu beizutragen. Zweitens ist der Ansatz umfassend, da er sowohl präventiv als auch reaktiv, präskriptiv und dennoch flexibel ist. VLOPs sind verpflichtet, ausgewiesene systemische Risiken auf ihren Plattformen zu identifizieren, zu mindern und offenzulegen, doch wird ihnen dabei eine gewisse Flexibilität eingeräumt. Schließlich ist der risikobasierte Ansatz insofern nuanciert, als seine Bestimmungen nicht nur auf (externe) systemische Risiken abzielen, sondern auch auf die Rolle von (internen) Geschäftsmodellen und Gestaltungsentscheidungen.

Es bleibt eine Reihe von Fragen offen, unter anderem die, ob Desinformation und andere schädliche, aber rechtmäßige Inhalte ganz vom DSA ausgenommen werden sollten. Dies wirft die weitere Frage auf, wie mit Risiken umzugehen ist, die durch Desinformation verursacht werden, aber keine „systemischen“ Risiken im Sinne des DSA-Vorschlags darstellen. Die Antworten auf beide Fragen müssen zwangsläufig durch das Recht auf freie Meinungsäußerung geprägt sein. Befürworter des im DSA dargelegten Ansatzes argumentieren, dieser werde ein bedeutender Fortschritt bei der Identifizierung und Bekämpfung von Risiken, der Gewährleistung größerer Transparenz und Kontrolle und der Überwindung der „Black Box“ bei der Moderation von Inhalten durch private Unternehmen sein. Ob er dieses Versprechen halten kann, bleibt abzuwarten.



Jenseits der Meinungsfreiheit

Das Urheberrecht bildet eine Ausnahme von der Meinungs- und Informationsfreiheit und verdient ein eigenes Kapitel. Für diese Ausnahme gibt es einen wichtigen Grund: Wir als Gesellschaft wollen die Arbeit und Existenz von Urheberinnen, Urhebern und anderen kreativen, technischen und finanziellen Kräften schützen, die uns mit Filmen, Büchern, Musik usw. versorgen.

Die Europäische Union regelt das Urheberrecht durch eine Reihe von Vorschriften, zu denen auch die kürzlich verabschiedete Richtlinie über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt (DSM-Richtlinie) gehört. Obwohl der DSA Vorschriften enthält, die sich auf die Durchsetzung des Urheberrechts auswirken (lex specialis derogat legi generali), wird davon ausgegangen, dass die DSM-Richtlinie Vorrang vor dem DSA hat. Aber auch hier ist die Sache nicht so einfach.

***Elenora Rosati** bietet im folgenden Kapitel eine ausführliche Erläuterung des Zusammenspiels zwischen den EU-Urheberrechtvorschriften und dem DSA.*



5. Digital Services Act und Urheberrechtsdurchsetzung: der Fall des Artikels 17 der DSM-Richtlinie*

*Eleonora Rosati, Universität Stockholm***

5.1. Einführung

Ende 2020 hat die Europäische Kommission ihren Vorschlag für einen Digital Services Act²⁰² (im Folgenden „DSA-Vorschlag“) vorgelegt. Nach seiner Verabschiedung wird der Digital Services Act (im Folgenden „DSA“, auf Deutsch offiziell „Gesetz über digitale Dienste“) möglicherweise die Kernprinzipien der Haftungsprivilegien („Safe-Harbour-Regeln“) für bestimmte Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft (Information Society Service Providers, im Folgenden „ISPs“) sowie das Verbot der allgemeinen Überwachung bestätigen, die derzeit in den Artikeln 12 bis 14 bzw. Artikel 15 der E-Commerce-Richtlinie enthalten sind.²⁰³ Zudem wird er möglicherweise die Beseitigung jeglicher Negativanreize für proaktives Verhalten von ISPs in Übereinstimmung mit seinem „Guter-Samariter-Ansatz“ bestätigen und für mehr Fairness, Transparenz und Rechenschaftspflicht in Bezug auf die Moderationspraktiken bestimmter digitaler Dienste sorgen.

* Dieser Beitrag basiert auf dem Vortrag der Verfasserin bei dem Webinar „Copyright and the Digital Services Act“ vom 27. Mai 2021 im Rahmen der Webinarreihe der Europäischen Audiovisuellen Informationsstelle mit dem Titel *The New Digital Services Act Package: A Paradigm Shift?* (Das neue Gesetzespaket über digitale Dienste: ein Paradigmenwechsel?).

** Professorin für Immaterialgüterrecht Eigentum und Direktorin des Instituts für Immaterialgüterrecht und Marktrecht (IFIM). Die Verfasserin dankt der Europäischen Audiovisuellen Informationsstelle für die Einladung, an ihrer Webinarreihe und an dieser IRIS Spezial mitzuwirken. Die hier geäußerten Ansichten sowie etwaige Irrtümer sind ausschließlich der Verfasserin zuzuschreiben. E-Mail: eleonora.rosati@juridicum.su.se.

²⁰² Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über einen Binnenmarkt für digitale Dienste (Gesetz über digitale Dienste) und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG, COM/2020/825 final („DSA-Vorschlag“), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/de/TXT/?uri=COM:2020:825:FIN>.

²⁰³ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), ABL. L 178, 17.7.2000, S. 1–16 („E-Commerce-Richtlinie“), <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2000/31/oj>.



Auf den ersten Blick und bei formaler Betrachtung gehören der DSA-Vorschlag und der EU-Urheberrechtsrahmen, einschließlich der Richtlinie von 2019 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt²⁰⁴ (im Folgenden „DSM-Richtlinie“), zu zwei verschiedenen Welten, denn in Erwägungsgrund 11 und Artikel 1 Absatz 5 des ersteren heißt es ausdrücklich, dass die Verordnung die EU-Vorschriften auf dem Gebiet des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte unberührt lässt. Daraus folgt unter anderem, dass die DSM-Richtlinie und die in deren Artikel 17 enthaltene Regelung als *lex specialis* zum DSA (nach dessen Verabschiedung) zu betrachten sind, weil sie sich speziell auf Urheberrechtsverletzungen beziehen und weil sie für eine Teilmenge der Online-Plattformen gelten, nämlich für Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten (Online Content-Sharing Service Providers, im Folgenden „OCSSPs“).²⁰⁵

Ebenso oberflächlich wie falsch wäre jedoch trotz alledem die Annahme, dass der DSA die Auslegung und Anwendung von Artikel 17 der DSM-Richtlinie nicht beeinflussen wird. Die letztendliche Ausgestaltung des DSA wird unter anderem für die Frage, wann, für wen und wie die Regelung in Artikel 17 überhaupt gilt, von großer Bedeutung sein.²⁰⁶

Der vorliegende Beitrag gliedert sich wie folgt: Abschnitt 1 erläutert den Hintergrund der DSM-Richtlinie und des DSA-Vorschlags und zeigt auf, wie eng deren Entstehungsgeschichten verflochten sind. Abschnitt 2 gibt einen Überblick über Aufbau und Inhalt von Artikel 17 der DSM-Richtlinie. Abschnitt 3 veranschaulicht anhand ausgewählter Beispiele zu Artikel 17 – einschließlich des Begriffs OCSSP, des speziellen Haftungsverfahrens in Absatz 4, der Verfügbarkeit von Haftungsprivilegien und der Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren in Absatz 9 –, wie einzelne Bestimmungen des DSA in Anspruch genommen werden und die Auslegung und Anwendung dieser Teile der Urheberrechtsbestimmung wesentlich beeinflussen könnten.

5.1.1. Die gemeinsame Geschichte der DSM-Richtlinie und des DSA

Die DSM-Richtlinie stellt eine ambitionierte Errungenschaft innerhalb des umfassenderen EU-Rahmens zur Harmonisierung des Urheberrechts dar, der aus mehreren Richtlinien und Verordnungen besteht, die über einen Zeitraum von 30 Jahren verabschiedet wurden.²⁰⁷

²⁰⁴ 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, ABL L 130, 17.5.2019, S. 92–125, <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/790/oj>.

²⁰⁵ DSA-Vorschlag, Begründung, S. 4, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0825>.

²⁰⁶ Siehe auch die Diskussion in Quintais J.P. und Schwemer S.F., „The interplay between the Digital Services Act and sector regulation: how special is copyright?“, 2021, https://privpapers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3841606.

²⁰⁷ Die erste Urheberrechtsrichtlinie wurde 1991 verabschiedet: Richtlinie 91/250/EWG des Rates vom 14. Mai 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABL L 122, 1991, S. 42–46, <https://eur->



Dabei ist Artikel 17 – ohne Übertreibung – eine Geschichte für sich, die mehrere Berührungspunkte mit dem DSA-Vorschlag aufweist.

5.1.1.1. Von der Strategie für den digitalen Binnenmarkt zur DSM-Richtlinie

Im Anschluss an die 2014 durchgeführte öffentliche Konsultation zur Überprüfung der EU-Urheberrechtsvorschriften²⁰⁸ stellte die Europäische Kommission unter dem damaligen Präsidenten Jean-Claude Juncker im Jahr 2015 ihre DSM-Strategie vor.²⁰⁹ Daraufhin wurde unter anderem 2016 ein Vorschlag für eine neue Urheberrechtsrichtlinie veröffentlicht.²¹⁰ Die DSM-Richtlinie, die dann letztlich im Jahr 2019 verabschiedet wurde, stützt sich auf verschiedene Grundgedanken, darunter die Notwendigkeit:

- durch die Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen für urheberrechtlich geschützte Werke und andere Schutzgegenstände und damit verbundene Dienstleistungen zur Verwirklichung und zum Funktionieren des Binnenmarktes beizutragen,
- ein hohes Schutzniveau für die Rechteinhaber sowie für das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte zu gewährleisten, um Innovation, Kreativität und Investitionen in die Produktion neuer Inhalte zu fördern,
- kulturelle Ziele zu verfolgen, einschließlich des Schutzes der kulturellen Vielfalt, und gleichzeitig das gemeinsame europäische Kulturerbe herauszustellen,
- die durch den technologischen Fortschritt verursachten Auslegungsunsicherheiten anzugehen und zu gewährleisten, dass das Urheberrecht diesen Fortschritt nicht zu sehr hemmt,
- das reibungslose Funktionieren der Märkte für urheberrechtlich geschützte Werke und andere Schutzgegenstände sowie die Fairness auf diesen Märkten zu gewährleisten und
- bestimmte Aspekte des EU-Acquis zum Urheberrecht zu modernisieren, um den technologischen Entwicklungen und neuen Verbreitungswegen für geschützte Inhalte im Binnenmarkt Rechnung zu tragen.

Betrachtet man die Bestimmungen der DSM-Richtlinie einzeln, sind einige der obigen Grundgedanken als Rechtfertigung gesetzgeberischer Eingriffe der EU wichtiger und/oder augenfälliger als andere. Insbesondere bei der Bestimmung in Artikel 17 (siehe Ziffer 5.2) war die wichtigste Rechtfertigung für einen gesetzgeberischen Eingriff das Ziel, auf dem

lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX:31991L0250. Ein Überblick über den EU-Acquis zum Urheberrecht, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/copyright-legislation>.

²⁰⁸ European Commission, „Report on the Responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules“, 2014.

²⁰⁹ Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, „Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa“, COM(2015) 192 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex%3A52015DC0192>.

²¹⁰ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, COM(2016) 593 final – 2016/0280 (COD), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:52016PC0593>.



Markt für urheberrechtlich und anderweitig geschützte Inhalte mit Blick auf das, was im politischen Fachjargon gern als „Wertlücke“ oder „Wertübertragung“ („Value Gap“ oder „Transfer of Value“) bezeichnet wird, für Fairness und Rechtsbehelfe zu sorgen (siehe auch Erwägungsgrund 61 in der Präambel der DSM-Richtlinie).

Der Begriff „Wertlücke“ bzw. „Wertübertragung“ bezieht sich auf ein Missverhältnis zwischen dem Wert, den einige Digitalplattformen mit von Nutzern hochgeladenen Inhalten – wie argumentiert wird – aus der Verwertung geschützter Inhalte ziehen, und den Einnahmen, die an die jeweiligen Rechteinhaber zurückfließen. Das Argument für die Behauptung einer solchen Lücke ist die als inkonsequent empfundene Anwendung der Haftungsprivilegien für Hosting-Anbieter gemäß Artikel 14 der E-Commerce-Richtlinie (siehe Ziffer 5.1.1.2). Die sich daraus ergebenden Unsicherheiten haben einige Plattformen für von Nutzern hochgeladene Inhalte zu der Behauptung veranlasst, sie seien für das Hosting und die Bereitstellung geschützter Inhalte Dritter (urheberrechtlich geschützter Werke und anderer Schutzgegenstände) über ihre Dienste nicht verantwortlich und daher auch nicht haftbar. Dies hätte zur Folge, dass einerseits die Rechteinhaber nicht angemessen für die Verwertung von Inhalten, an denen sie Rechte besitzen, entschädigt würden und andererseits der Wettbewerb auf dem Markt verzerrt würde.²¹¹ Dieser Gedanke steht hinter Erwägungsgrund 61 in der Präambel der DSM-Richtlinie, in dem an erster Stelle auf die wachsende Bedeutung von Diensten für das Teilen von Online-Inhalten auf dem immer komplexer werdenden Markt für Online-Inhalte hingewiesen wird. OCSSPs im Sinne von Artikel 2 (siehe Ziffer 5.3.1) sind zu einer der wichtigsten Zugangsquellen zu Online-Inhalten geworden. Einerseits erlauben sie einen breiteren Zugang zu kulturellen und kreativen Werken, bieten verwandten Branchen die Möglichkeit, neue Geschäftsmodelle zu entwickeln, und ermöglichen Vielfalt und leichten Zugang zu Inhalten. Andererseits sind sie aber auch problematisch, wenn geschützte Inhalte ohne vorherige Erlaubnis der Rechteinhaber hochgeladen werden. Ebenfalls in Erwägungsgrund 61 wird auf die Rechtsunsicherheit bei der Frage hingewiesen, ob OCSSPs urheberrechtlich relevante Handlungen vornehmen und für das Hochladen von Inhalten durch ihre Nutzer, die nicht Inhaber der einschlägigen Rechte an diesen Inhalten sind, unbeschadet der Anwendung der Ausnahmen und Einschränkungen gemäß dem EU-Recht die Erlaubnis der Rechteinhaber einholen müssen. Diese Unsicherheit schränkt zudem die Möglichkeit der Rechteinhaber ein, eine angemessene Vergütung für die Nutzung von Werken und anderen Gegenständen, an denen sie Rechte besitzen, durch OCSSPs zu erhalten.

²¹¹ International Federation of the Phonographic Industry, „Global Music Report 2018 – Annual State of the Industry“, 2018, S. 26–27, <https://www.fimi.it/kdocs/1922703/gmr-2018-ilovepdf-compressed.pdf>. Aktueller: International Federation of the Phonographic Industry, „Global Music Report 2021 – Annual State of the Industry“, 2021, S. 40, https://www.ifpi.org/wp-content/uploads/2020/03/GMR2021_STATE_OF_THE_INDUSTRY.pdf.



5.1.1.2. Von der E-Commerce-Richtlinie über den EuGH zum DSA

Die E-Commerce-Richtlinie wurde im Jahr 2000 auf Basis eines Vorschlags der Europäischen Kommission verabschiedet.²¹² Unter anderem wurden damit in der EU-Rechtsordnung Ausnahmen hinsichtlich der Verantwortlichkeit (Haftungsprivilegien) eingeführt, die nur für Tätigkeiten von ISPs gelten, die „rein technischer, automatischer und passiver Art [sind], was bedeutet, dass der Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft weder Kenntnis noch Kontrolle über die weitergeleitete oder gespeicherte Information besitzt“ (Erwägungsgrund 42). Die E-Commerce-Richtlinie verbietet es den Mitgliedstaaten, ISPs allgemeine Überwachungspflichten aufzuerlegen (Artikel 15), stellt jedoch klar, dass eine spezifische Überwachung zulässig ist (Erwägungsgrund 47) und dass von ihnen auch verlangt werden kann, nach vernünftigem Ermessen von ihnen zu erwartende Sorgfaltspflichten anzuwenden, um bestimmte Arten rechtswidriger Tätigkeiten aufzudecken und zu verhindern (Erwägungsgrund 48).

Im Laufe der Zeit wurde der Gerichtshof der Europäischen Union (im Folgenden „EuGH“) aufgefordert, die Auslegung der Haftungsprivilegien klarzustellen, darunter die Hosting-Regelung in Artikel 14 und das Verbot der allgemeinen Überwachung in Artikel 15. In Bezug auf erstere hat der Gerichtshof entschieden, dass die „aktive Rolle“, bei der keine Berufung auf die Haftungsprivilegien für das Hosting möglich wäre, so beschaffen sein muss, dass der Anbieter Kenntnis oder Kontrolle über die Informationen hat, die von den Nutzern seines Dienstes zur Verfügung gestellt werden.²¹³ Die Haftungsprivilegien gelten nicht für einen Anbieter eines Hosting-Dienstes, der, „anstatt sich darauf zu beschränken, diesen mittels rein technischer und automatischer Verarbeitung der von seinen Kunden eingegebenen Daten neutral zu erbringen, eine aktive Rolle spielt, die ihm eine Kenntnis dieser Daten oder eine Kontrolle über sie verschaffen konnte“.²¹⁴

Zu Artikel 15 der E-Commerce-Richtlinie hat der EuGH konsequent festgestellt, dass er nur allgemeine Überwachungspflichten betrifft, nicht aber Überwachungspflichten „in spezifischen Fällen“.²¹⁵ Insgesamt erlaubt es das EU-Recht, den Hosting-Anbietern spezifische Sorgfaltspflichten und spezifische Überwachungs- und Filterungspflichten aufzuerlegen.²¹⁶ Außerdem können gegen Vermittler gemäß Artikel 8 Absatz 3 der

²¹² Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt (1999/C 30/04), <https://op.europa.eu/de/publication-detail/-/publication/28f57798-cdc4-4888-9963-709156ca799b>.

²¹³ *L'Oréal*, C-324/09, EU:C:2011:474, Randnrn. 113 und 116, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=107261&doclang=DE>.

²¹⁴ *Google France*, C-236/08 bis C-238/08, EU:C:2008:389, Randnr. 114, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=204736&doclang=de>; *L'Oréal*, C-324/09, EU:C:2011:474, Randnr. 123. Siehe auch *SNB-REACT*, C-521/17, EU:C:2018:639, Randnr. 52, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=204736&doclang=de>.

²¹⁵ *Glawischnig-Piesczek*, C-18/18, EU:C:2019:821, Randnr. 34, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=218621&doclang=de>. Siehe auch: Schlussanträge des Generalanwalts Szpunar in *Glawischnig-Piesczek*, C-18/18, EU:C:2019:458, Randnrn. 41–42, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=214686&doclang=de>; *L'Oréal*, C-324/09, EU:C:2011:474, Randnr. 139; *Mc Fadden*, C-484/14, EU:C:2016:689, Randnr. 87, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=183363&doclang=de>.

²¹⁶ Siehe auch kürzlich *Glawischnig-Piesczek*, C-18/18, EU:C:2019:821, Randnr. 47.



InfoSoc-Richtlinie²¹⁷ und Artikel 3 der Durchsetzungsrichtlinie,²¹⁸ soweit das Urheberrecht betroffen ist, gerichtliche Anordnungen, einschließlich Sperranordnungen,²¹⁹ erlassen werden, um bestehende Rechtsverletzungen zu beenden und weitere zu verhindern.²²⁰ Speziell im Hinblick auf das Urheberrecht befasste sich der EuGH in den Rechtssachen *Scarlet*, C-70/10,²²¹ und *Netlog*, C-360/10,²²² mit der Möglichkeit gerichtlicher Anordnungen, die einem Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft eine Filterungsverpflichtung auferlegen, um die Bereitstellung rechtsverletzender Inhalte zu verhindern. Diese Urteile sind eng gefasst und inhaltlich spezifisch: Der EuGH stellte in diesen Fällen fest, dass das EU-Recht lediglich der Anordnung an einen Anbieter entgegensteht, ein System der Filterung (1) der von den Nutzern seiner Dienste auf seinen Servern gespeicherten Informationen, (2) das unterschiedslos auf alle diese Nutzer anwendbar ist, (3) präventiv, (4) allein auf eigene Kosten und (5) zeitlich unbegrenzt einzurichten, mit dem sich Dateien ermitteln lassen, die urheberrechtlich geschütztes Material enthalten, um zu verhindern, dass die genannten Werke der Öffentlichkeit ohne Lizenz zur Verfügung gestellt werden. In der Rechtssache *Ziggo*, C-610/15,²²³ entschied der EuGH, dass eine Haftung für unerlaubte öffentliche Wiedergabe gemäß Artikel 3 der InfoSoc-Richtlinie zumindest bei tatsächlicher und hypothetischer Kenntnis entsteht. In diesem Sinne haben Betreiber von Plattformen mit Gewinnerzielungsabsicht *ex ante* eine zumutbare Sorgfaltspflicht und unterliegen *ex post* einem Notice-and-Takedown-System, das auch eine Verpflichtung zur Verhinderung gleichartiger Verstöße, etwa durch erneutes Hochladen derselben Inhalte, umfasst. Diese Schlussfolgerung steht im Einklang mit dem Urteil in der Rechtssache *L'Oréal*, C-324/09, in der der EuGH die Pflichten eines „sorgfältigen Wirtschaftsteilnehmers“ näher erläutert.²²⁴

Wie die *Legislative Entschließung zum Gesetz über digitale Dienste: Verbesserung der Funktionsweise des Binnenmarkts*,²²⁵ schreibt auch der DSA-Vorschlag die oben genannten Grundsätze und Regeln der E-Commerce-Richtlinie fort. Die Bestimmungen der Artikel 12 bis 15 der E-Commerce-Richtlinie wurden in den Verordnungsentwurf übernommen und

²¹⁷ Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABL L 167, 22.6.2001, S. 10–19, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A02001L0029-20190606>.

²¹⁸ Berichtigung der Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABL L 157, 2004, ABL L 195, 2004, S. 16–25, <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2004/48/corrigendum/2004-06-02/oj>.

²¹⁹ Ausdrücklich anerkannt in *UPC Telekabel Wien*, C-314/12, EU:C:2014:192, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=149924&doclang=de>.

²²⁰ *L'Oréal*, C-324/09, EU:C:2011:474, Randnr. 141, im Anschluss an die Schlussanträge des Generalanwalts Jääskinen in *L'Oréal*, C-324/09, EU:C:2010:757, Randnr. 182, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A62009CC0324>.

²²¹ *Scarlet*, C-70/10, EU:C:2011:771, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=115202&doclang=de>.

²²² *Netlog*, C-360/10, EU:C:2012:85, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=119512&doclang=de>.

²²³ *Ziggo*, C-610/15, EU:C:2017:456, <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=de&T.F&num=c-610-15>.

²²⁴ *L'Oréal*, C-324/09, EU:C:2011:474, Randnrn. 120–124.

²²⁵ Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 20. Oktober 2020 mit Empfehlungen an die Kommission zum Gesetz über digitale Dienste: Verbesserung der Funktionsweise des Binnenmarkts (2020/2018(INL)), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0272_DE.html.



beibehalten. Zudem wird der DSA-Vorschlag als Bestätigung der Rechtsprechung des EuGH zu den Artikeln 12 bis 15 der E-Commerce-Richtlinie vorgestellt.²²⁶ Zu den Haftungsprivilegien (siehe Ziffer 5.3.3) heißt es, sie sollten „für jegliche Art der Haftung“ gelten (Erwägungsgrund 17), doch zugleich soll der DSA „nur für Vermittlungsdienste“ gelten (Erwägungsgrund 6), unabhängig von deren Niederlassungsort (inner- oder außerhalb der EU). Der DSA-Vorschlag zielt aber auch auf mehr Fairness, Transparenz und Rechenschaftspflicht in Bezug auf die Moderation digitaler Inhalte ab.²²⁷ Zudem sieht er mehr Verantwortung für bestimmte digitale Dienste vor, mit spezifischen Verpflichtungen für „sehr große Plattformen“ (Kapitel III, Abschnitt 4). Darüber hinaus soll der DSA, unter anderem auf Basis der Mitteilung von 2017 zum Umgang mit illegalen Online-Inhalten und des darin enthaltenen „Guter-Samariter-Ansatzes“,²²⁸ Negativanreize für freiwilliges proaktives Verhalten von ISPs beseitigen (Artikel 6),²²⁹ den Inhalt von Meldungen regeln (Artikel 14), und Transparenzverpflichtungen einführen (Artikel 13 und 23). Ferner enthält er ein Konzept für die Behandlung vertrauenswürdiger Hinweisgeber (Artikel 19). Wie in Ziffer 5.3 erörtert wird, sind all dies Aspekte, die auch für die Auslegung und Anwendung von Artikel 17 der DSM-Richtlinie von Bedeutung sein werden.

5.2. Aufbau und Inhalt von Artikel 17 der DSM-Richtlinie

Artikel 17 ist eine lange und komplexe Bestimmung zu OCSSPs als Sonderfall von ISPs. Der Definition in der Richtlinie zufolge handelt es sich bei einem OCSSP um den „Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft, bei dem der Hauptzweck bzw. einer der Hauptzwecke darin besteht, eine große Menge an von seinen Nutzern hochgeladenen, urheberrechtlich geschützten Werken oder sonstigen Schutzgegenständen zu speichern und der Öffentlichkeit Zugang hierzu zu verschaffen, wobei dieser Anbieter diese Inhalte organisiert und zum Zwecke der Gewinnerzielung bewirbt“ (Artikel 2 Absatz 6, siehe Ziffer 5.3.1).

Insgesamt geht die Bestimmung von einer doppelten Annahme aus: erstens, dass OCSSPs urheberrechtlich eingeschränkte Handlungen vornehmen (Erwägungsgrund 64 und Artikel 17 Absatz 1) und daher eine Genehmigung der betroffenen Rechteinhaber benötigen, und zweitens, dass die Richtlinie die Rechtsunsicherheit in Bezug auf die Regelungen zur Verantwortlichkeit und Haftung von OCSSPs beseitigen muss. Letzteres ist auch erforderlich, um die Entwicklung des Lizenzmarktes zwischen Rechteinhabern und OCSSPs so zu fördern, dass die Lizenzvereinbarungen fair sind und ein angemessenes

²²⁶ DSA-Vorschlag, Begründung, S. 4.

²²⁷ DSA-Vorschlag, Begründung, S. 1–2.

²²⁸ Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, „Umgang mit illegalen Online-Inhalten – Mehr Verantwortung für Online-Plattformen“, COM(2017) 555 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:52017DC0555>.

²²⁹ Dies steht auch im Einklang mit der Rechtsprechung, die anerkannt hat, dass es „wirtschaftlicher ist, Vermittler zu verpflichten, Maßnahmen zu ergreifen, um Rechtsverletzungen über ihre Dienste zu verhindern, als von den Rechteinhabern zu verlangen, gegen Rechtsverletzer direkt vorzugehen: *Cartier International AG & Ors v British Sky Broadcasting Ltd & Ors* [2014] EWHC 3354 (Ch), 2014, Randnr. 251.



Gleichgewicht zwischen den Parteien wahren. Die Rechteinhaber sollten zwar eine angemessene Vergütung für die Nutzung ihrer Werke oder sonstigen Schutzgegenstände erhalten, nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit aber nicht zur Erteilung einer Erlaubnis oder zum Abschluss von Lizenzvereinbarungen verpflichtet sein.

Gemäß Artikel 17 Absatz 2 soll die von den OCSSPs eingeholte Erlaubnis für deren eigene Handlungen gelten, also zumindest für die in Artikel 17 Absatz 1 beschriebenen Tätigkeiten, sowie auch für Handlungen von Nutzern ihres Dienstes. In Bezug auf letztere soll die Erlaubnis auch für Uploads gelten, die in den Geltungsbereich von Artikel 3 der InfoSoc-Richtlinie fallen, sofern die Nutzer nicht auf der Grundlage einer gewerblichen Tätigkeit handeln oder mit ihrer Tätigkeit keine erheblichen Einnahmen erzielen. In Artikel 17 Absatz 4 bis 6 wird sowohl eine spezifische Haftungsregelung für OCSSPs eingeführt, die keine Erlaubnis der betroffenen Rechteinhaber gemäß Artikel 17 Absatz 2 erhalten haben, als auch eine Abschwächung der Regelung in Artikel 17 zugunsten bestimmter OCSSPs (siehe Ziffer 5.3.2).

Artikel 17 Absatz 3 sieht vor, dass die Beschränkung der Verantwortlichkeit nach Artikel 14 Absatz 1 der E-Commerce-Richtlinie auf die in Artikel 17 beschriebenen Situationen keine Anwendung findet, weil ein OCSSP eine Handlung der öffentlichen Wiedergabe oder der öffentlichen Zugänglichmachung vornimmt. Der Ausschluss der Haftungsprivilegien für das Hosting ist eingeschränkt: Erstens gilt er nur für OCSSPs, und zweitens betrifft er, wie erwähnt, nur die in Artikel 17 beschriebenen Situationen (siehe Ziffer 5.3.3).

Artikel 17 Absatz 7 bestimmt, dass die Zusammenarbeit zwischen den Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten und den Rechteinhabern nicht dazu führen darf, dass von Nutzern hochgeladene Werke oder sonstige Schutzgegenstände, bei denen kein Verstoß gegen das Urheberrecht oder verwandte Schutzrechte vorliegt, nicht verfügbar sind, und zwar auch dann, wenn die Nutzung eines Werkes oder sonstigen Schutzgegenstandes im Rahmen einer Ausnahme oder Beschränkung erlaubt ist, aber nicht nur dann (möglicherweise sind das Werk oder der sonstige Schutzgegenstand oder Teile davon ja gar nicht geschützt, etwa weil die Schutzdauer abgelaufen ist oder die einschlägigen Schutzvoraussetzungen nicht erfüllt sind). Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, in ihren eigenen Rechtsvorschriften Ausnahmen oder Beschränkungen zugunsten der Nutzer einzuführen oder beizubehalten, die nutzergenerierte Inhalte auf Diensten von OCSSPs hochladen und zugänglich machen, und (i) Zitate, Kritik, Rezensionen und (ii) die Nutzung zum Zwecke von Karikaturen, Parodien oder Pastiche zuzulassen.

Artikel 17 Absatz 8 bestimmt, dass die Anwendung von Artikel 17 nicht zu einer Pflicht zur allgemeinen Überwachung führen darf. Auch wenn nicht ausdrücklich auf Artikel 15 Absatz 1 der E-Commerce-Richtlinie Bezug genommen wird, ist dies die Bestimmung, die für die Auslegung von Artikel 17 Absatz 8 maßgeblich ist. Dies ergibt sich sowohl aus der Entstehungsgeschichte von Artikel 17 als auch aus der Tatsache, dass die Richtlinie unter anderem auf den Vorschriften der E-Commerce-Richtlinie basiert und diese ergänzt (Erwägungsgrund 4 und Artikel 1 Absatz 2, siehe Ziffer 5.3.2).

Nach Artikel 17 Absatz 9 haben die Mitgliedstaaten vorzusehen, dass OCSSPs den Nutzern ihrer Dienste im Fall von Streitigkeiten über die Sperrung des Zugangs zu den von diesen hochgeladenen Werken oder sonstigen Schutzgegenständen bzw. über die



Entfernung der von diesen hochgeladenen Werke oder sonstigen Schutzgegenstände wirksame und zügige Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren zur Verfügung stellen. Die resultierende Verpflichtung der OCSSPs muss in jedem Fall den EU-Grundsatz der Dienstleistungsfreiheit beachten, gegebenenfalls auch das Herkunftslandprinzip gemäß Artikel 3 der E-Commerce-Richtlinie (siehe Ziffer 5.3.4).

Schließlich muss die Kommission gemäß Artikel 17 Absatz 10 (und Erwägungsgrund 71) ab dem 6. Juni 2019 in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten Dialoge zwischen den Interessenträgern veranstalten, in deren Rahmen bewährte Verfahren für die Zusammenarbeit zwischen OCSSPs und Rechteinhabern erörtert werden. In Absprache mit den OCSSPs, Rechteinhabern, Nutzerorganisationen und anderen einschlägigen Interessenträgern und unter Berücksichtigung der Ergebnisse der Dialoge zwischen den Interessenträgern muss die Kommission Leitlinien zur Anwendung von Artikel 17 herausgeben, insbesondere im Hinblick auf die Zusammenarbeit nach dessen Absatz 4. Diese Leitlinien der Kommission zu Artikel 17 wurden am 4. Juni 2021 veröffentlicht.²³⁰

5.2.1. Klage Polens gegen Artikel 17

Mit der Verabschiedung von Artikel 17 wollte der EU-Gesetzgeber ein ausgewogenes Verhältnis zwischen dem Schutz des Urheberrechts und, unter anderem, dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit der Nutzer erreichen. Nach Auffassung der Republik Polen würde der resultierende Rahmen jedoch Ersteren gegenüber Letzterem zu sehr begünstigen. Daher beantragte dieser Mitgliedstaat beim EuGH mit einer Klage (C-401/19²³¹) gegen das Parlament und den Rat die Nichtigerklärung von Artikel 17 Absatz 4 Buchstabe b und Artikel 17 Absatz 4 Buchstabe c letzter Satzteil der Richtlinie (d. h. des Teils mit der Wendung „und alle Anstrengungen unternommen hat, um gemäß Buchstabe b das künftige Hochladen dieser Werke oder sonstigen Schutzgegenstände zu verhindern“). Für den Fall, dass sich die angefochtenen Bestimmungen nach Ansicht des Gerichtshofs nicht aus Artikel 17 streichen lassen, ohne dass dessen Wesensgehalt verändert würde, beantragte die Republik Polen, Artikel 17 insgesamt für nichtig zu erklären.

Die Klage der Republik Polen stützt sich auf eine angebliche Verletzung des Rechts auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit, das unter anderem in Artikel 11 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union²³² (im Folgenden die „Charta“) verankert ist. Insbesondere trug die Republik Polen vor, dass die den OCSSPs

²³⁰ Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat – „Leitlinien zu Artikel 17 der Richtlinie (EU) 2019/790 über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt“, Brüssel, COM(2021) 288 final (Leitlinien der Kommission zu Artikel 17), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?qid=1625142238402&uri=CELEX:52021DC0288>.

²³¹ *Republik Polen gegen Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union*, C-401/19 (in Bearbeitung), <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-401/19>.

²³² Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABL. C 326 vom 26.10.2012, S. 391–407, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:12012P/TXT>.



auferlegte Verpflichtung, alle Anstrengungen zu unternehmen, um sicherzustellen, dass bestimmte Werke und sonstige Schutzgegenstände, zu denen die Rechteinhaber den Anbietern dieser Dienste einschlägige und notwendige Informationen bereitgestellt haben, nicht verfügbar sind (Artikel 17 Absatz 4 Buchstabe b), und nach Erhalt eines hinreichend begründeten Hinweises von den Rechteinhabern das künftige Hochladen geschützter Werke oder sonstiger Schutzgegenstände zu verhindern (Artikel 17 Absatz 4 Buchstabe c), es erforderlich mache, dass diese Diensteanbieter – zur Vermeidung einer Haftung – eine vorherige automatische Überprüfung (Filterung) der von Nutzern online hochgeladenen Inhalte vornehmen, und somit die Einführung präventiver Kontrollmechanismen erfordere. Solche Mechanismen würden den Wesensgehalt des Rechts auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit verletzen und die Anforderung, dass Einschränkungen dieses Rechts verhältnismäßig und notwendig sein müssen, nicht erfüllen.

In seinen Schlussanträgen vom 15. Juli 2021 riet Generalanwalt Saugmandsgaard Øe dem EuGH, Artikel 17 als für mit der Charta vereinbar und nicht für nichtig zu erklären.²³³ Der Generalanwalt argumentierte insbesondere, dass das Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit „für den vorliegenden Fall unbestreitbar relevant“²³⁴ sei und Artikel 17 in dieses Recht eingreife, ein solcher Eingriff nach Artikel 52 der Charta jedoch zulässig sei. Außerdem vertrat der Generalanwalt die Auffassung, dass Artikel 17 Absätze 7 bis 9 „wichtige Vorkehrungen (enthalte), um Nutzer von Sharing-Diensten vor missbräuchlicher oder willkürlicher Sperrung ihrer Inhalte zu schützen“.²³⁵

Bei Redaktionsschluss ist die Rechtssache noch beim EuGH anhängig.

5.3. Das Verhältnis zwischen Artikel 17 und dem DSA: Was ist daran speziell?

Obwohl die DSM-Richtlinie und deren Artikel 17 formal als *lex specialis* zum DSA-Vorschlag zu betrachten sind, müssen die Lücken in der Auslegung und Anwendung dieser Bestimmung – wie bereits erwähnt – durch die Anwendung der *lex generalis* geschlossen werden, die (nach dessen Verabschiedung) im DSA zu finden ist. Die Beispiele in den Ziffern 5.3.1, 5.3.2.1, 5.3.3 und 5.3.4 verdeutlichen dies; die Ausführungen in Ziffer 5.3.2.2 beziehen sich auf eine Situation, in der die Regelung in Artikel 17 aufgrund ihres Charakters als *lex specialis* Vorrang vor der generellen Regelung im DSA hat.

²³³ Schlussanträge des Generalanwalts Saugmandsgaard Øe in der Rechtssache *Republik Polen gegen Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union*, C-401/19, EU:C:2021:613, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=244201&doclang=DE>. Für eine Zusammenfassung und Analyse der Schlussanträge siehe Rosati E., „AG Øe advises CJEU to rule that Article 17 is COMPATIBLE with the EU Charter of Fundamental Rights and should not be annulled“, 2021, <https://ipkitten.blogspot.com/2021/07/ag-e-advises-cjeu-to-rule-that-article.html>.

²³⁴ Schlussanträge des Generalanwalts Saugmandsgaard Øe in der Rechtssache *Republik Polen gegen Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union*, C-401/19, Randnr. 72.

²³⁵ Schlussanträge des Generalanwalts Saugmandsgaard Øe in der Rechtssache *Republik Polen gegen Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union*, C-401/19, Randnr. 157.



5.3.1. Der Begriff OCSSP: EU-Niederlassung, Zugänglichkeit und Zielorientierung

Damit ein Anbieter unter den Begriff OCSSP fällt, müssen die folgenden kumulativen Voraussetzungen erfüllt sein: Erstens handelt es sich bei ihm um einen ISP, zweitens besteht bei ihm der Hauptzweck bzw. einer der Hauptzwecke darin, eine große Menge an von seinen Nutzern hochgeladenen, urheberrechtlich geschützten Werken oder sonstigen Schutzgegenständen zu speichern und der Öffentlichkeit Zugang hierzu zu verschaffen, und drittens organisiert er diese Inhalte und bewirbt sie zum Zwecke der Gewinnerzielung. Der Begriff OCSSP ist also ein komplexer Begriff, der mehrere Fragen aufwirft.²³⁶

Eine Frage lautet, ob ein OCSSP in einem EU-Mitgliedstaat niedergelassen sein muss, um in den Anwendungsbereich der Bestimmung zu fallen, wie dies bei anderen Bestimmungen der DSM-Richtlinie der Fall ist.²³⁷ Ein OCSSP ist unter anderem eine „Dienstleistung der Informationsgesellschaft“, also – gemäß Artikel 2 Absatz 5 – eine Dienstleistung im Sinne des Artikels 1 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie (EU) 2015/1535.²³⁸ Diese Richtlinie wiederum definiert „Dienst“ als jede in der Regel gegen Entgelt (das in jedem Fall nicht direkt vom Endnutzer²³⁹ oder allen Nutzern des Dienstes²⁴⁰ gezahlt werden muss) elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung. Damit ein OCSSP in den Anwendungsbereich von Artikel 17 fällt, ist es nicht ausdrücklich erforderlich, dass er in der EU niedergelassen ist. Daher stellt sich die Frage, ob es für die Anwendung der Bestimmung ausreicht, dass der Dienst des Anbieters von der EU aus einfach zugänglich ist.

Im Licht der Regeln im DSA-Vorschlag scheinen aber auch die Niederlassung in der EU und/oder die Ausrichtung auf die EU-Öffentlichkeit erforderlich zu sein. Der EuGH hatte bei Redaktionsschluss noch keine konkrete Gelegenheit gehabt, sich im Zusammenhang mit dem Recht der öffentlichen Wiedergabe mit der Ausrichtung zu

²³⁶ Siehe die Diskussion in Rosati E., „Copyright in the Digital Single Market – Article-by-Article Commentary to the Provisions of Directive“, 2019/790, Oxford University Press, Oxford, S. 315–324.

²³⁷ Dies sind ausdrücklich die Artikel 5, 8 und 15 sowie implizit Artikel 6 der DSM-Richtlinie.

²³⁸ Richtlinie (EU) 2015/1535 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. September 2015 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft, ABL L 241, 2015, S. 1–15, <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2015/1535/oj>.

²³⁹ *Star Taxi App*, C-62/19, EU:C:2020:980, Randnr. 45,

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=237177&doclang=de>, unter Verweis auf *Mc Fadden*, C-484/14, EU:C:2016:689, Randnr. 41, und *Vanderborght*, C-339/15, EU:C:2017:335, Randnr. 36, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190323&doclang=de>. Siehe in diesem Sinne auch die Schlussanträge des Generalanwalts Szpunar in *Star Taxi App*, C-62/19, EU:C:2020:692, Randnr. 36, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=230875&doclang=de>.

²⁴⁰ *Airbnb Ireland*, C-390/18, EU:C:2019:1112, Randnr. 46.

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=221791&doclang=de>. Siehe in diesem Sinne auch die Schlussanträge des Generalanwalts Szpunar in der Rechtssache *Airbnb Ireland*, C-390/18, EU:C:2019:336, Randnr. 38,

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=213504&doclang=de> unter Verweis auf *Papasavvas*, C-291/13, EU:C:2014:2209, Randnrn. 28–29,

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=157524&doclang=de>.



befassen, aber im Zusammenhang mit dem Verbreitungsrecht, dem Datenbankrecht (*sui generis*) und dem Markenrecht hat er sie für notwendig erachtet.²⁴¹ Auf der Grundlage von Erwägungsgrund 8 und Artikel 11 des DSA-Vorschlags könnte die Ausrichtung auf das EU-Gebiet anhand der jeweiligen Umstände festgestellt werden, etwa anhand von Faktoren wie der Verwendung einer in dem betreffenden Mitgliedstaat gebräuchlichen Sprache oder Währung oder der Möglichkeit, Produkte oder Dienstleistungen zu bestellen, oder der Nutzung einer nationalen Domäne oberster Stufe. Ferner ließe sich die Ausrichtung auf einen Mitgliedstaat auch aus der Verfügbarkeit einer Anwendung im jeweiligen nationalen App-Store, der Schaltung lokaler Werbung oder von Werbung in der im betreffenden Mitgliedstaat verwendeten Sprache oder dem Management der Kundenbeziehungen, zum Beispiel durch die Bereitstellung eines Kundendienstes in der im betreffenden Mitgliedstaat gebräuchlichen Sprache, ableiten.

5.3.2. Das spezielle Haftungsverfahren nach Artikel 17 Absatz 4

Wie bereits erwähnt, sind Rechteinhaber nicht verpflichtet, einem OCSSP die durch Artikel 17 Absatz 1 beschränkten Handlungen zu erlauben. Für den Fall, dass keine Erlaubnis eines betroffenen Rechteinhabers erteilt wurde, sieht Artikel 17 Absatz 4 vor, dass OCSSPs für die Speicherung und öffentliche Zugänglichmachung der von Nutzern hochgeladenen Inhalte verantwortlich sein können, wenn diese urheberrechtlich geschützte Werke Dritter und andere Schutzgegenstände enthalten. Die Nutzer können ebenfalls verantwortlich sein, außer wenn ihnen von den betreffenden Rechteinhabern eine eigene Genehmigung erteilt wurde oder wenn sie sich erfolgreich auf eine Ausnahme oder Beschränkung berufen können, insbesondere – aber nicht nur – auf die in Artikel 17 Absatz 7 genannten. Allerdings enthält Artikel 17 Absatz 4 auch eine abgeschwächte Regelung der (direkten) Verantwortlichkeit oder, wie es in Erwägungsgrund 66 heißt, „ein spezielles Haftungsverfahren“ mit einem „dreigliedrigen System: Lizenzierung, Sperrung oder Takedown/Staydown“.²⁴² Wenn der betreffende Rechteinhaber keine Genehmigung erteilt hat, setzt der Ausschluss der Verantwortlichkeit eines OCSSP für die Durchführung einer Handlung der öffentlichen Wiedergabe oder der öffentlichen Zugänglichmachung kumulativ voraus, dass der betreffende OCSSP

1. alle Anstrengungen unternommen hat, um die Erlaubnis einzuholen, gemäß dem Grundgedanken der Bestimmung, der Förderung der Entwicklung eines Lizenzmarktes (Artikel 17 Absatz 4 Buchstabe a),

²⁴¹ *Donner*, C-5/11, EU:C:2012:370, Randnrn. 27–29, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=124189&doclang=de> *Football Dataco*, C-173/11, EU:C:2012:642, Randnrn. 42 und 45, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=128651&doclang=de>, *L'Oréal*, C-324/09, EU:C:2011:474, Randnrn. 61–64.

²⁴² Ginsburg J.C., „A United States perspective on Digital Single Market Directive Article 17“, in Stamatoudi I. – Torremans P. (eds), *EU Copyright Law. A Commentary*, Cheltenham, Edward Elgar, 2021, 2. Aufl., §19.22.



2. nach Maßgabe hoher branchenüblicher Standards für die berufliche Sorgfalt alle Anstrengungen unternommen hat, um sicherzustellen, dass bestimmte Werke und sonstige Schutzgegenstände, zu denen die Rechteinhaber den Anbietern dieser Dienste einschlägige und notwendige Informationen bereitgestellt haben, nicht verfügbar sind (Artikel 17 Absatz 4 Buchstabe b), und in jedem Fall
3. nach Erhalt eines hinreichend begründeten Hinweises von den Rechteinhabern unverzüglich gehandelt hat, um den Zugang zu den entsprechenden Werken oder sonstigen Schutzgegenständen zu sperren bzw. die entsprechenden Werke oder sonstigen Schutzgegenstände von seinen Internetseiten zu entfernen, und alle Anstrengungen unternommen hat, um gemäß Artikel 17 Absatz 4 Buchstabe b das künftige Hochladen dieser Werke oder sonstigen Schutzgegenstände zu verhindern (Artikel 17 Absatz 4 Buchstabe c).

Dieser Absatz von Artikel 17 ist einer der meistdiskutierten Aspekte der Bestimmung (siehe auch Ziffer 5.2.1). Weder sein Wortlaut noch die Leitlinien der Kommission zu Artikel 17 bieten jedoch eine erschöpfende Klärung aller Fragen zu seiner Auslegung und Anwendung. In einigen Fällen (siehe Ziffer 5.3.2.1) wird die *lex specialis* durch die *lex generalis* ergänzt werden müssen, in anderen Situationen (siehe Ziffer 5.3.2.2) findet die *lex generalis* aufgrund des Charakters von Artikel 17 als *lex specialis* keine Anwendung.

Artikel 17 Absatz 8 sieht ferner vor, dass OCSSPs Rechteinhabern auf deren Ersuchen angemessene Informationen über die Funktionsweise ihrer Verfahren im Hinblick auf die Zusammenarbeit nach Artikel 17 Absatz 4 und – im Fall von Lizenzvereinbarungen zwischen OCSSPs und Rechteinhabern – Informationen über die Nutzung der unter diese Vereinbarungen fallenden Inhalte bereitstellen. In jedem Fall muss es sich bei diesen Informationen nicht unbedingt um detaillierte und individuelle Informationen zu jedem einzelnen festgelegten Werk oder sonstigen Schutzgegenstand handeln (Erwägungsgrund 68). Die in der Empfehlung der Kommission vom 1. März 2018 für wirksame Maßnahmen im Umgang mit illegalen Online-Inhalten genannten Leitlinien zur Transparenz, insbesondere die Veröffentlichung „klarere, verständlicher und hinreichend ausführlicher Erläuterungen“ zur Vorgehensweise der OCSSPs in Bezug auf die Entfernung oder Sperrung der von ihnen gespeicherten Inhalte und die Veröffentlichung regelmäßiger Tätigkeitsberichte, werden auch auf nationaler Ebene zur Annahme empfohlen.²⁴³ All dies entspricht den Anforderungen in Artikel 13 des DSA-Vorschlags.

5.3.2.1. Artikel 17 Absatz 4 Buchstabe b im Schatten des DSA

Mit der endgültigen Formulierung von Artikel 17 Absatz 4 Buchstabe b soll den Bedenken gegen den Vorschlag der Europäischen Kommission zur Auferlegung von Verpflichtungen für OCSSPs, wie sie letztlich genannt wurden, und der Notwendigkeit, diese mit dem

²⁴³ Europäische Kommission, Empfehlung der Kommission vom 1. März 2018 für wirksame Maßnahmen im Umgang mit illegalen Online-Inhalten, C/2018/1177 final, S. 12, <https://eur-lex.europa.eu/eli/reco/2018/334/oj>. Siehe auch die Leitlinien der Kommission zu Artikel 17, S. 16, speziell zu Artikel 17 Absatz 4.



Verbot der allgemeinen Überwachung gemäß Artikel 15 der E-Commerce-Richtlinie in Einklang zu bringen, Rechnung getragen werden. Artikel 17 Absatz 4 Buchstabe b erlegt sowohl den OCSSPs als auch den Rechteinhabern Pflichten auf. Insbesondere haben Letztere dem betreffenden OCSSP die einschlägigen und notwendigen Informationen zu übermitteln. Wie bei Artikel 17 Absatz 4 Buchstabe c müssen auch bei der Verpflichtung nach Buchstabe b die Informationen so detailliert sein, dass der OCSSP eingreifen kann, ohne eine allgemeine Überwachung vornehmen zu müssen.

In seinem Urteil in der Rechtssache *L'Oréal*, C-324/09, entschied der EuGH, dass Anträge (auf Entfernung), die sich „als unzureichend genau und substantiiert erweisen“,²⁴⁴ dem Anbieter die Verpflichtung auferlegen können, „unverzüglich“ tätig zu werden. Denselben Ansatz schreibt auch Artikel 17 Absatz 4 Buchstabe b vor, wobei es aber – im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH und im Gegensatz zum DSA-Vorschlag (siehe Artikel 14 Absatz 2 Buchstabe b) – nicht erforderlich ist, dass die Hinweise stets eine Angabe der betreffenden URL(s) enthalten. In Erwägungsgrund 66 der DSM-Richtlinie wird klargestellt, dass für einen OCSSP keine Verpflichtung zur Entfernung bzw. Sperrung entsteht, wenn die Rechteinhaber ihm nicht die einschlägigen und notwendigen Informationen zu ihren jeweiligen Werken oder sonstigen Schutzgegenständen zur Verfügung stellen oder ihm nicht mitteilen, dass der Zugang zu bestimmten nicht genehmigten Werken oder sonstigen Schutzgegenständen gesperrt oder bestimmte nicht genehmigte Werke oder sonstige Schutzgegenstände entfernt werden sollen. Der empfangende OCSSP könnte dann nicht nach Maßgabe der hohen branchenüblichen Vorschriften für die berufliche Sorgfalt alle Anstrengungen unternehmen, um zu verhindern, dass über seine Dienste nicht genehmigte Inhalte verfügbar sind. Nach den Leitlinien der Kommission zu Artikel 17 sollten die Informationen zumindest bezüglich der Rechteinhaberschaft des jeweiligen Werks oder Schutzgegenstands korrekt sein und es den OCSSPs ermöglichen, ihre technologischen Lösungen effektiv anzuwenden.²⁴⁵

Umgekehrt ist der betreffende OCSSP nach Erhalt der relevanten und notwendigen Informationen verpflichtet, alle Anstrengungen zu unternehmen, um unverzüglich sicherzustellen, dass die Werke und sonstigen Schutzgegenstände, die die Rechteinhaber in den Informationen bezeichnet haben, nicht verfügbar sind. Es steht den OCSSPs frei zu entscheiden, wie sie einer solchen ergebnisorientierten Verpflichtung nachkommen. Jede Technologie, mit der das der Verpflichtung zugrunde liegende Ziel erreicht werden kann, ist zulässig, sofern sie die Anforderungen von Artikel 17 Absatz 4 Buchstabe b und Artikel 17 Absätze 5 und 7 bis 9 sowie die allgemeinen Grundsätze des EU-Rechts erfüllt, einschließlich der Verhältnismäßigkeit. Ein technologieneutraler Ansatz wird auch in den Leitlinien der Kommission zu Artikel 17 empfohlen. In der Praxis müssen OCSSPs nicht jedes Mal die teuerste oder ausgefeilteste Lösung einsetzen, sondern die unter den jeweiligen Umständen am besten geeignete wählen.²⁴⁶ Es kann erwartet werden, dass Meldungen vertrauenswürdiger Hinweisgeber vorrangig und unverzüglich

²⁴⁴ *L'Oréal*, C-324/09, EU:C:2011:474, Randnr. 122.

²⁴⁵ Leitlinien der Kommission zu Artikel 17, S. 14.

²⁴⁶ Leitlinien der Kommission zu Artikel 17, S. 13. Siehe jedoch Schlussanträge von Generalanwalt Saugmandsgaard Øe in der Rechtssache *Republik Polen gegen Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union*, C-401/19, EU:C:2021:613, Randnrn. 60–62.



bearbeitet werden, auch in Anbetracht der spezifischen und ausdrücklichen Anerkennung, die diese im Rahmen von Artikel 19 des DSA-Vorschlags erhalten haben.²⁴⁷

Auch wenn den OCSSPs keine allgemeinen Überwachungspflichten auferlegt werden dürfen, steht es ihnen – auch gemäß Artikel 6 des DSA-Vorschlags – frei, eine allgemeine Überwachung aus eigenem Antrieb vorzunehmen, wobei in jedem Fall Artikel 17 Absätze 7 und 9 sowie der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und die auch nach Artikel 11 der Charta geschützte Meinungs- und Informationsfreiheit der Nutzer zu beachten sind.²⁴⁸ Nach Artikel 17 Absatz 5 wird bei der Feststellung, ob der OCSSP den in Absatz 4 festgelegten Verpflichtungen nachgekommen ist, im Lichte des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit unter anderem Folgendes berücksichtigt: die Art, das Publikum und der Umfang der Dienste, die Art der von den Nutzern des Dienstes hochgeladenen Werke oder sonstigen Schutzgegenstände, die Verfügbarkeit geeigneter und wirksamer Mittel sowie die Kosten, die den Anbietern dieser Dienste hierfür entstehen. All dies deutet darauf hin, dass die Bewertung von Fall zu Fall erfolgen muss.

5.3.2.2. Die eigentliche *lex specialis*: Artikel 17 Absatz 4 Buchstabe c

Ein Teil von Artikel 17 der DSM-Richtlinie, in dem sich der Charakter der Bestimmung als *lex specialis* zum DSA-Vorschlag deutlich zeigt, ist Absatz 4 Buchstabe c. Während der DSA-Vorschlag in Artikel 14 lediglich ein Melde- und Abhilfeverfahren vorsieht, enthält die DSM-Richtlinie auch eine Verpflichtung zur dauerhaften Sperrung (Staydown). Um die Verantwortlichkeit nach Artikel 17 Absatz 1 zu vermeiden, muss ein OCSSP nicht nur die Bedingungen in Artikel 17 Absatz 4 Buchstaben a und b erfüllen, sondern auch nach Erhalt eines hinreichend begründeten Hinweises von den Rechteinhabern unverzüglich handeln, um den Zugang zu den entsprechenden Werken oder sonstigen Schutzgegenständen zu sperren bzw. die entsprechenden Werke oder sonstigen Schutzgegenstände aus seinen Diensten zu entfernen, und alle Anstrengungen unternehmen, um gemäß Buchstabe b das künftige Hochladen dieser Werke oder sonstigen Schutzgegenstände zu verhindern. In Erwägungsgrund 66 wird klargestellt, dass die Verpflichtung in Artikel 17 Absatz 4 Buchstabe c nicht auf die Werke und Schutzgegenstände beschränkt ist, bei denen alle Anstrengungen unternommen wurden, um eine Erlaubnis einzuholen (Artikel 17 Absatz 4 Buchstabe a), und dass sie nicht davon abhängt, ob die Rechteinhaber vorab die relevanten und notwendigen Informationen bereitgestellt haben (Artikel 17 Absatz 4 Buchstabe b).

²⁴⁷ Ebenfalls mit Hinweis auf die Notwendigkeit einer besonderen Berücksichtigung „vertrauenswürdiger Rechteinhaber“, wenn auch vor der Vorstellung des DSA-Vorschlags erschienen, siehe Spindler G., „The Liability system of Art. 17 DSM Directive and national implementation – Contravening prohibition of general monitoring duties?“ *JIPITEC*, 2019, S. 367, https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-10-3-2019/5041/theliability_pdf.pdf, und Leistner M., „European copyright licensing and infringement liability under Art. 17 DSM-Directive compared to secondary liability of content platforms in the U.S. – Can we make the new European system a global opportunity instead of a local challenge?“ *Zeitschrift für Geistiges Eigentum*, 2020, S. 198–201, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3572040.

²⁴⁸ Siehe eindeutig *UPC Telekabel Wien*, C-314/12, EU:C:2014:192, Randnrn. 55–57.



Der Wortlaut von Artikel 17 Absatz 4 Buchstabe c ist der Rechtsprechung des EuGH geschuldet. Die Verpflichtung in Buchstabe c setzt voraus, dass die Informationen so detailliert sind, dass der OCSSP eingreifen kann, ohne eine allgemeine Überwachung vornehmen zu müssen, wobei der betreffende Hinweis aber nicht unbedingt eine URL-Adresse enthalten muss (anders als dies nach Artikel 14 des DSA-Vorschlags der Fall zu sein scheint).²⁴⁹ In jedem Fall ist die Staydown-Verpflichtung nach Artikel 17 Absatz 4 Buchstabe c, ebenfalls in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH, nicht notwendigerweise auf Inhalte beschränkt, die mit denjenigen identisch sind, zu denen der Hinweis gegeben wurde: Sie kann auch sinngleiche Inhalte umfassen, soweit der empfangende OCSSP nicht gezwungen ist, eine autonome Beurteilung vorzunehmen.²⁵⁰

5.3.3. Verfügbarkeit von Haftungsprivilegien

Artikel 17 Absatz 3 bestimmt, dass die Beschränkung der Verantwortlichkeit nach Artikel 14 Absatz 1 der E-Commerce-Richtlinie (und Artikel 5 des DSA-Vorschlags) auf die in Artikel 17 beschriebenen Situationen keine Anwendung findet, weil ein OCSSP eine Handlung der öffentlichen Wiedergabe bzw. Zugänglichmachung vornimmt. Nach Erwägungsgrund 65 in der Präambel der DSM-Richtlinie liegen Sinn und Wirkung von Artikel 17 Absatz 3 allein darin, die potenzielle Anwendbarkeit der Haftungsprivilegien für das Hosting auf OCSSPs in Bezug auf urheberrechtlich relevante Handlungen auszuschließen, die in den Anwendungsbereich der Bestimmung fallen. Somit bleiben die Haftungsprivilegien für das Hosting in Bezug auf andere rechtliche Situationen potenziell verfügbar. In jedem Fall setzt diese Verfügbarkeit dabei voraus, dass der betreffende Anbieter keine „aktive Rolle“ im Sinne der Rechtsprechung des EuGH spielt (siehe Ziffer 5.1.1.2).²⁵¹

Es liegt auf der Hand, dass der DSA in seiner letztlich verabschiedeten Fassung und die kontinuierliche Auslegung der darin enthaltenen Haftungsprivilegien etwa durch den EuGH von Bedeutung sein werden, um zu verstehen, wann ein solcher Schutz in Bezug auf Situationen besteht, die nicht unter Artikel 17 fallen. Es wird geltend gemacht, dass es in der Praxis Fälle geben wird, in denen man schwerlich zu dem Schluss kommen kann, dass ein OCSSP einerseits in Bezug auf von Nutzern hochgeladene Inhalte eine „aktive Rolle“ im Sinne von Artikel 17 spielt, andererseits aber – auch unter Berücksichtigung der Definition des Begriffs OCSSP selbst – in Bezug auf dieselben Inhalte, die aus anderen als urheberrechtlichen Gründen rechtswidrig sind, keine solche

²⁴⁹ *L'Oréal*, C-324/09, EU:C:2011:474, Randnr. 122.

²⁵⁰ *Glawischnig-Piesczek*, C-18/18, EU:C:2019:821, Randnrn. 41–46.

²⁵¹ Siehe *YouTube*, C-682/18 und C-683/18, EU:C:2021:503,

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=243241&doclang=de>, Randnr. 109. Zum Verhältnis zwischen dem Sprachgebrauch des EuGH in seiner Rechtsprechung und des EU-Gesetzgebers in Artikel 17 siehe auch Frosio G., „Reforming the C-DSM reform: a user-based copyright theory for commonplace creativity“, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2020, S. 717, https://www.researchgate.net/publication/337462257_Reforming_the_C-DSM_Reform_a_User-Based_Copyright_Theory_for_Commonplace_Creativity.



Rolle spielt (etwa weil solche Inhalte nicht nur Urheberrechte Dritter verletzen, sondern auch eine Verleumdung darstellen).²⁵²

Die hier vertretene Auslegung unterscheidet sich jedoch von derjenigen, die offenbar hinter dem DSA-Vorschlag der Europäischen Kommission (siehe Ziffer 5.1.1.2) steht und auch hinter den Schlussanträgen von Generalanwalt Saugmandsgaard Øe in der Rechtssache *YouTube*, C-682/18,²⁵³ in denen er die Auffassung vertritt, dass die Haftungsprivilegien für das Hosting in Artikel 14 der Richtlinie 2000/31 (E-Commerce-Richtlinie) „horizontal für jede Form der Haftung“ gelten.²⁵⁴ Allerdings steht die vorgeschlagene Auslegung im Einklang mit derjenigen, die der EuGH kürzlich in der Rechtssache *YouTube*, C-682/18 bestätigt hat.²⁵⁵ Bei der endgültigen Formulierung des DSA wird der EU-Gesetzgeber einen solchen Ansatz berücksichtigen (und einhalten) müssen: Die Haftungsprivilegien für das Hosting bestehen nicht unabhängig von der Art der Verantwortlichkeit, sondern grundsätzlich nur in Situationen, in denen der OCSSP weder eine direkte (primäre) Verantwortung trägt noch eine „aktive Rolle“ spielt.

5.3.4. Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren und der Schutz vor Missbrauch

Artikel 17 Absatz 9 verpflichtet die Mitgliedstaaten, vorzusehen, dass OCSSPs den Nutzern ihrer Dienste im Fall von Streitigkeiten über die Sperrung des Zugangs zu den von diesen hochgeladenen Werken oder sonstigen Schutzgegenständen bzw. über die Entfernung der von diesen hochgeladenen Werke oder sonstigen Schutzgegenstände wirksame und zügige Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren zur Verfügung stellen. In Erwägungsgrund 70 wird klargestellt, dass die Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren insbesondere – wenn auch nicht ausschließlich – Nutzern dienen sollten, die im Hinblick auf hochgeladene Inhalte, zu denen der Zugang gesperrt oder die entfernt wurden, Nutzen aus einer Ausnahme oder Beschränkung des Urheberrechts ziehen könnten. Die Beschwerden sollten unverzüglich bearbeitet werden und einer von Menschen durchgeführten Überprüfung unterzogen werden. Die Mitgliedstaaten müssen zudem

²⁵² Siehe auch Nordemann J.B., „Liability of Online Service Providers for Copyrighted Content – Regulatory Action Needed?“, 2018, Directorate General for Internal Policies – Policy Department A: Economic and Scientific Policy, IP/A/IMCO/2017-08 - PE 614.207, S. 23; Rosati E., *Copyright and the Court of Justice of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, S. 117–118.

²⁵³ EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts Saugmandsgaard Øe in *YouTube*, C-682/18, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=228712&doclang=de>.

²⁵⁴ Schlussanträge des Generalanwalts Saugmandsgaard Øe in *YouTube*, C-682/18 und C-683/18, EU:C:2020:586, Randnr. 138 (Hervorhebung im Original; bei Redaktionsschluss steht die Entscheidung in diesen verbundenen Rechtssachen noch aus). In diesem Sinne auch in der wissenschaftlichen Literatur: Husovec M., *Injunctions Against Intermediaries in the European Union: Accountable but Not Liable?*, 2017, Cambridge University Press, Cambridge, S. 56, ebenfalls unter Verweis auf *Papasavvas*, C-291/13, EU:C:2014:2209, und *L'Oréal*, C-324/09, EU:C:2011:474; Angelopoulos C., *European Intermediary Liability in Copyright: A Tort-Based Analysis*, 2017, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, S. 68; Riordan J., *The Liability of Internet Intermediaries*, 2016, Oxford University Press, Oxford, §12.11, §§12.01 and 12.37.

²⁵⁵ *YouTube*, C-682/18 und C-683/18, EU:C:2021:503, insbesondere Randnr. 108.



gewährleisten, dass die Nutzer Zugang zu einem Gericht oder einem anderen einschlägigen Organ der Rechtspflege haben, um die Inanspruchnahme einer Ausnahme oder Beschränkung des Urheberrechts und verwandter Schutzrechte geltend machen zu können.

Abgesehen von den Bestimmungen in Artikel 17 Absatz 8 (siehe Ziffer 5.3.2) regelt die DSM-Richtlinie weder die Meldepflichten der OCSSPs noch den Umgang mit Personen oder Stellen, die häufig unbegründete Meldungen einreichen. Auch hier dürfte die *lex generalis* Anwendung finden. Dies wird auch in den Leitlinien der Kommission zu Artikel 17 ausdrücklich anerkannt. Erstens wird in den Leitlinien empfohlen, dass die OCSSPs im Einklang mit dem Ansatz des DSA-Vorschlags regelmäßig Berichte über die Inhalte vorlegen, die infolge der Anwendung automatisierter Werkzeuge in Erfüllung der Anträge von Rechteinhabern gesperrt wurden, auch um den Mitgliedstaaten zu ermöglichen, die korrekte Anwendung von Artikel 17 zu überwachen und systematische Missbräuche aufzudecken.²⁵⁶ Zum letzten Punkt sieht Artikel 20 Absatz 2 des DSA-Vorschlags die vorübergehende Suspendierung von Personen oder Stellen vor, die häufig offensichtlich unbegründete Meldungen einreichen. All dies kann auch im Rahmen von Artikel 17 Anwendung finden.

5.4. Fazit

In Bezug auf die Behandlung von OCSSPs verhält sich die DSM-Richtlinie zum DSA-Vorschlag wie eine *lex specialis* zu einer *lex generalis*. Der DSA-Vorschlag erkennt dies an, und die DSM-Richtlinie stützt sich ihrerseits ausdrücklich auf – und ergänzt – die Vorschriften der E-Commerce-Richtlinie, die aufgehoben und in den DSA aufgenommen werden sollen. Einfältig wäre jedoch die Annahme, dass es keine Berührungspunkte und möglicherweise Auslegungsunsicherheiten und Widersprüche zwischen diesen Instrumenten gäbe. Insbesondere im Hinblick auf Artikel 17 der DSM-Richtlinie haben die obigen Ausführungen einige Beispiele dafür geliefert, wo nach der Verabschiedung des DSA mit solchen Kontakten zu rechnen ist. Ein solcher Kontakt erfordert dann (a) die Anwendung der DSA-Vorschriften, um festzustellen, ob Artikel 17 überhaupt anwendbar ist (Ziffer 5.3.1), oder um dessen Verpflichtungen inhaltlich auszugestalten (Ziffer 5.3.4), (b) die Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH, die auch in den DSA aufgenommen wurde (Ziffer 5.3.2.1 und 5.3.3), oder (c) die Anwendung der *lex specialis* anstelle der *lex generalis* (Ziffer 5.3.2.2). Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die endgültige Gestalt des DSA in der praktischen Anwendung weitgehend auch die Gestalt von Artikel 17 sein wird.

²⁵⁶ Leitlinien der Kommission zu Artikel 17, S. 23.



Die wenigen Glücklichen vor den Toren des Internets

Größe ist wichtig. Zumindest im Online-Umfeld. Einige Unternehmen sind sogar so groß geworden, dass sie im Internet eine Gatekeeper-Rolle spielen. Und obwohl Fragen der Größe und der Marktbeherrschung normalerweise im Wettbewerbsrecht geregelt werden, hält die Europäische Kommission diese Unternehmen für zu groß, um nur mit den Mitteln des Wettbewerbsrechts behandelt zu werden. Mit dem DMA hält eine neue Art des Umgangs mit ihnen Einzug: Hier werden Verhaltensweisen definiert, die bei bestimmten Akteuren, den Gatekeepern, als missbräuchlich zu betrachten sind.

*Wie dieses System funktioniert und mit anderen Regulierungsinstrumenten ineinandergreift, ist das Thema des folgenden Kapitels von **Mark D. Cole**.*



6. Der Vorschlag für ein Gesetz über digitale Märkte (DMA): Von Gatekeepern, Fairness und Transparenz im Online-Umfeld

*Prof. Dr. Mark D. Cole, Institut für Europäisches Medienrecht und Universität Luxemburg**

6.1. Einleitung

„Wettbewerbsfähigkeit, Fairness und Innovation sowie die Möglichkeit des Marktzutritts sicherzustellen und öffentliche Interessen zu wahren, die über den Wettbewerb oder wirtschaftliche Erwägungen hinausgehen“ - dieses ehrgeizige Ziel hat die Europäische Kommission im Rahmen der Gestaltung der digitalen Zukunft Europas formuliert.²⁵⁷ Der Vorschlag für eine Verordnung über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor, genannt Gesetz über digitale Märkte (im Folgenden „DMA-Vorschlag“)²⁵⁸, ist eines der wichtigsten Elemente zur Erreichung dieses Ziels.

Häufig wird in diesem Zusammenhang auf „gleiche Wettbewerbsbedingungen“ zwischen den verschiedenen Wettbewerbern auf dem Plattformmarkt verwiesen, worunter gemeinhin eine Situation verstanden wird, in der jeder Marktteilnehmer die gleichen

* Der Autor ist Professor für Medien- und Telekommunikationsrecht an der Universität Luxemburg und Wissenschaftlicher Direktor des Instituts für Europäisches Medienrecht (EMR). Der Beitrag basiert auf der Kurzpräsentation des DMA-Vorschlags auf der EAI-Konferenz “The new Digital Services Act Package: A paradigm shift?” im Februar 2021, <https://www.youtube.com/watch?v=eqFLGiTsnFQ>. Der Autor dankt Christina Etteldorf, wissenschaftliche Mitarbeiterin am EMR, für ihre wertvolle Hilfe bei der Erstellung dieses Beitrags.

²⁵⁷ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, „Gestaltung der digitalen Zukunft Europas“, COM/2020/67 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=COM:2020:67:FIN>.

²⁵⁸ Vorschlag für eine Verordnung über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte), COM/2020/842 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/de/TXT/?uri=COM%3A2020%3A842%3AFIN>. Zum Zeitpunkt der Abfassung dieses Berichts wurde der Vorschlag bereits im Rat erörtert (vgl. den Fortschrittsbericht ST 8807 2021 INIT, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=consil%3AST_8807_2021_INIT) und ein Berichtsentwurf des Ausschusses für Binnenmarkt und Verbraucherschutz veröffentlicht (vgl. COM(2020)0842 - C9-0419/2020 - 2020/0374(COD), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/IMCO-PR-692792_DE.html). Dieser Beitrag konzentriert sich jedoch auf den Vorschlag der Kommission.



Erfolgschancen hat.²⁵⁹ Um diese gleichen Wettbewerbsbedingungen zu erreichen, verfolgt der DMA-Vorschlag einen sehr speziellen Ansatz: Er differenziert bei der Anwendbarkeit der Vorschriften nach Art und Größe der Plattformen und erlegt einigen wenigen, sehr großen Online-Plattformen, die eine Position als Gatekeeper zwischen anderen Unternehmen und Kunden als Endnutzern einnehmen, höhere Verpflichtungen auf. Diese Verpflichtungen sehen vor allem die Öffnung ihrer Dienste, die Verhinderung von Diskriminierung und die Gewährleistung von Transparenz für den Markt vor. Ein gleiches Maß an Wettbewerbsfähigkeit wird hier nicht dadurch erreicht, dass (bestehende oder neue) Vorschriften in gleicher Weise auf vergleichbare Marktteilnehmer ausgedehnt werden, wie dies beispielsweise bei der Überarbeitung der AVMD-Richtlinie 2007 und 2018 der Fall war, mit der der Rechtsrahmen für lineare und nicht-lineare Dienste und anschließend in Teilen für Video-Sharing-Dienste angeglichen wurde. Vielmehr verfolgt der DMA-Vorschlag nach dem Motto „Aus großer Macht folgt große Verantwortung“ einen für das Wettbewerbsrecht typischen Ansatz, bei dem bestimmte Auswirkungen, die ein Unternehmen auf das Funktionieren eines freien und wettbewerbsorientierten Marktes hat, an bestimmte Rechtsfolgen geknüpft werden. Es sei jedoch von vornherein klargelegt, dass es sich bei dem DMA-Vorschlag nicht um ein sektorspezifisches Wettbewerbsrecht handelt, das das reguläre EU-Wettbewerbsrecht nach Artikel 101 f. AEUV und die damit verbundenen Eingriffsbefugnisse der EU-Kommission ersetzen soll. Vielmehr bestehen sie unabhängig voneinander weiter, wobei der DMA-Vorschlag jedoch das Wettbewerbsrecht durch einen wirtschaftspolitischen Ansatz ergänzt und stärkt, der sich nicht auf spezifische Marktsituationen und Akteure in Einzelfällen beschränkt, sondern allgemein auf den notwendigen Rahmen für einen funktionierenden Wettbewerb in dem Teil des digitalen Binnenmarktes abstellt, der Plattformen und einige der angebotenen Dienste betrifft.

Daher stellt der DMA-Vorschlag keinen vollständigen Paradigmenwechsel dar; es ist jedoch ein bedeutender Schritt nach vorne, dass er die Konvergenz dieses Sektors und die Notwendigkeit anerkennt, im Vergleich zu den eher statischen Vorschriften im Bereich des Wettbewerbsrechts, die nur im Falle konkreter Risiken für den Markt angewendet werden können, mit flexibleren und allgemein anwendbaren Vorschriften zu reagieren. Dies ist sicherlich ein Schritt in die richtige Richtung, doch das Gesetz über digitale Märkte allein wird nicht die gewünschten gleichen Wettbewerbsbedingungen schaffen; es bedarf noch anderer Bausteine, die zum Erreichen des Ziels beitragen. Dies betrifft, wie bereits erwähnt, das Wettbewerbsrecht, welches in bestimmten Problemfällen weiterhin zur Anwendung kommen wird,²⁶⁰ aber auch den anderen Teil des von der Kommission vorgelegten Pakets in Form der Verordnung über einen Binnenmarkt für digitale Dienste

²⁵⁹ Cambridge Academic Content Dictionary.

²⁶⁰ Und hat bereits in den vergangenen 15 Jahren eine wichtige Rolle beim Schutz des Wettbewerbs im Plattformsektor gespielt, vgl. zum Beispiel Kommission, Beschlüsse vom 14.07.2016, Rechtssache Nr. 40411, *Google Search* (AdSense); vom 15.4.2015, Rechtssache Nr. 400099, *Google Android*; vom 30.11.2010, Rechtssache Nr. 39740, *Google Search* (Shopping). Vgl. hierzu ausführlich Hoepfner, „Google’s (Non-) Compliance with the EU Shopping Decision“, 2020, https://www.hausfeld.com/media/npcjrw2k/final_googles_-non-_compliance_with_google_search_-shopping-_stand_15-12-2020_reduced_size.pdf?abstract_id=3700748.



(Gesetz über digitale Dienste [DSA]) und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG.²⁶¹ Dieser Gesetzesentwurf, der mit seinem abgestuften Pflichtensystem dem gleichen Grundgedanken wie der DMA-Vorschlag (mehr Verantwortung führt zu mehr Verpflichtungen) folgt, verfolgt zwar eine andere Zielsetzung, wird aber dennoch - nicht zuletzt wegen seiner Vorschriften für sehr große Online-Plattformen - zusammen mit wettbewerbspolitischen Lösungen dazu beitragen, die systemischen Probleme, die in der Plattformökonomie entstehen, anzugehen.²⁶² Und schließlich darf nicht vergessen werden, dass es bereits sektorspezifische Rechtsvorschriften gibt; sie gelten für die Plattformökonomie und müssen ein wesentlicher Bestandteil einer gut funktionierenden, interdependenten Regulierungsarchitektur bleiben.²⁶³

Die Vielfalt des Online-Umfelds - von Marktplätzen und sozialen Netzwerken bis hin zu Nachrichten- und Videoplattformen sowie vielen anderen Formen wirtschaftlicher Tätigkeit - spiegelt die Tatsache wider, dass sich die Aktivitäten einer zunehmenden Zahl von Sektoren auf den Online-Bereich verlagern oder als aktive Elemente dieses Umfelds angesehen werden können. Bei der Entscheidung über einen Regulierungsansatz für jeden dieser Sektoren oder eine horizontale Lösung kann dies eine Herausforderung darstellen. Wenn es um Inhalte geht, die für die Meinungsbildung der Bürger relevant sind, ist der (audiovisuelle) Mediensektor nach wie vor von maßgeblichem Interesse. Plattformen und andere Online-Akteure sind Teil der Mediendistributionskette, indem sie als Vermittler zwischen den Inhalteproduzenten und Nutzern fungieren, auf die die Medien daher angewiesen sind, um für die Nutzer zugänglich und sichtbar zu sein. Gleichzeitig sind sie aber auch Konkurrenten der Medien, nämlich um die Aufmerksamkeit der Nutzer und die Werbeeinnahmen. Viele Plattformen sind - nach dem Wortlaut des DMA-Vorschlags - Gatekeeper zwischen Medien und Dritten (sowohl Endnutzern als auch Werbetreibenden), was bedeutet, dass sie nicht nur ein Vermittler, sondern ein entscheidender Faktor sind, wenn es darum geht, eine sichere, freie und pluralistische Online-Medienlandschaft zu gewährleisten, was wiederum eine Erwartung ist, die sich aus den Grundrechten und -werten in den europäischen Staaten ergibt.²⁶⁴ Auch wenn der wettbewerbsrechtlich inspirierte Ansatz des DMA-Vorschlags einen anderen Schwerpunkt hat, haben das Wettbewerbsrecht und solche Instrumente im Kontext des Online-Umfelds und der Rolle der Gatekeeper auch eine grundrechts- und demokratieerhaltende Funktion.²⁶⁵ Wegen der

²⁶¹ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über einen Binnenmarkt für digitale Dienste (Gesetz über digitale Dienste) und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (COM(2020) 825 final; der Autor dieses Beitrags hat eine ausführliche Analyse des DSA-Vorschlags veröffentlicht in Cole M. D., Etteldorf C. und Ullrich C., "Updating the Rules for Online Content Dissemination", 2021, <https://doi.org/10.5771/9783748925934>.

²⁶² Mitteilung der Kommission „Gestaltung der digitalen Zukunft Europas“ (n 257).

²⁶³ Vgl. hierzu allgemein Cole M. D., Ukrow J. und Etteldorf C., "On the Allocation of Competences between the European Union and its Member States in the Media Sector", 2021, <https://doi.org/10.5771/9783748924975>, Kapitel D; Beispiele sind (siehe unten) P2B, AVMD-Richtlinie für VSPs.

²⁶⁴ Siehe zu diesem Aspekt Cole M. D., Etteldorf C., Ullrich C., Cross-Border Dissemination of Online Content, <https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/9783748906438/cross-border-dissemination-of-online-content?hitid=02&search-click>, S. 53 f.

²⁶⁵ Dies lässt sich am Beispiel der Fusion von Facebook und WhatsApp verdeutlichen: Während bei der eigentlichen wettbewerbsrechtlichen Genehmigung des Zusammenschlusses durch die Kommission im Jahr 2014, Rechtssache Nr. COMP/M.7217, offenbar nur wirtschaftliche Aspekte der Marktmacht berücksichtigt wurden (abgesehen davon, dass die damalige Marktsituation für Messenger-Apps eine etwas andere war als



grundlegenden Bedeutung der Medien für demokratische Gesellschaften muss zudem der Einfluss der Gatekeeper auf die Medien bei der Erfüllung ihrer öffentlich-rechtlichen Funktion berücksichtigt werden. Dies gilt umso mehr, wenn man bedenkt, dass insbesondere audiovisuelle Mediendienste aufgrund ihrer Rolle besonderen Vorschriften unterliegen, weshalb bei der Abfassung eines DMA diese besonderen Vorschriften beachtet werden müssen.²⁶⁶

6.2. Der DMA-Vorschlag im Überblick

Der DMA ist sowohl hinsichtlich des Inhalts als auch der Struktur des Vorschlags ein ehrgeiziger Rechtsakt. Insgesamt 39 Artikel und 79 Erwägungsgründe zielen darauf ab, „bestreitbare und faire Märkte“ im digitalen Sektor zu schaffen, indem sie in erster Linie Wettbewerbsaspekte in Bezug auf sogenannte „zentrale Plattformdienste“ (ZPD), die von durch die Kommission als solche benannten Gatekeepern bereitgestellt oder angeboten werden, adressieren. Dieses in Art. 1 Abs. 1 genannte Ziel muss bei der Bewertung des Geltungsbereichs und der Verpflichtungen der vorgeschlagenen Vorschriften sowie der Frage, wie sie mit anderen geltenden Vorschriften für den digitalen Sektor zusammenwirken oder neben ihnen existieren, stets im Auge behalten werden.

In seinen Zielsetzungen spricht der DMA-Vorschlag zwei Grundsätze an, die aus dem bestehenden Wettbewerbsrecht herausgebildet sind. Der Grundsatz eines bestreitbaren Marktes zielt darauf, dass es keine Zutritts- oder Austrittsschranken, keine versunkenen Kosten und einen Zugang zum gleichen technologischen Stand gibt, während der Grundsatz der Fairness weniger deutlich umrissen ist und mehrere Dimensionen hat, die in der jüngeren Wettbewerbspolitik verfolgt wurden.²⁶⁷ Bei der Frage nach einem fairen Markt geht es im Wesentlichen darum, die Erfolgsanreize für Unternehmen zu bewahren und sicherzustellen, dass Verbraucher weiterhin zwischen konkurrierenden Optionen wählen können, indem verhindert wird, dass ein einzelner Akteur die Macht hat

die monopolnahe Situation der jüngeren Zeit), wird derzeit in vielen mitgliedstaatlichen Ermittlungsverfahren die unbestreitbar gewachsene Macht des Unternehmens auf dem „Meinungsmarkt“, nicht zuletzt durch die Übernahme des WhatsApp-Nutzerstamms, hinterfragt - und zwar auch über wettbewerbsrechtliche Erwägungen hinaus, vgl. allgemein Etteldorf C., „Data ‘Protection’ from a Different Perspective: German Competition Authority Targets Facebook’s Data Usage“, EDPL 2019-2, S. 238 - 245, <https://doi.org/10.21552/edpl/2019/2/14>.

²⁶⁶ Der Autor dieses Beitrags hat die Auswirkungen des DSA- und DMA-Vorschlags auf den Rundfunksektor in seinem juristischen Themenpapier „Overview of the impact of the proposed EU Digital Services Act Package on broadcasting in Europe“, 2021, https://emr-sb.de/wp-content/uploads/2021/06/EMR_Legal-Issue-Paper-DSA-DMA-and-Broadcasting.pdf analysiert.

²⁶⁷ Zum Hintergrund der zugrundeliegenden Wirtschaftstheorien, die in den 1980er Jahren von Baumol W. J., Panzar J. C. und Willig R. D. entwickelt wurden, „Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure“; Reply, in: *The American Economic Review* 73(3), 1983, S. 491-496) vgl. allgemein Amavilah V. H., die „Theory of Contestable Markets and Industry Structure: A Summary of Reactions“ von Baumol, Panzar, und Willig, https://mpira.ub.uni-muenchen.de/41974/1/MPRA_paper_41974.pdf, mit Erläuterungen und weiteren Verweisen. Zum Grundsatz der Fairness insbesondere Gerard D., „Fairness in EU Competition Policy: Significance and Implications“, *Journal of European Competition Law & Practice*, 9(4), 2018, S. 211-212.



zu entscheiden, ob andere überhaupt Zugang zum Markt erhalten.²⁶⁸ Der DMA-Vorschlag geht jedoch über die Sicherung der „bloßen“ Bestreitbarkeit hinaus, indem zum Beispiel unverfälschter Wettbewerb auf Plattformen sichergestellt (Art. 6 Buchst. a) und d) DMA) oder die Verschiebung von Marktmacht des ZPD in einem Markt in andere Märkte verhindert wird (Art. 5 Buchst. f), Art. 6 Buchst. b) und f)).²⁶⁹ Die Instrumente des DMA-Vorschlags sind nicht in erster Linie auf Verbraucherschutz ausgerichtet, sondern sollen anderen Unternehmen helfen, auf dem Markt erfolgreich zu sein, was wiederum den Verbrauchern zugutekommen wird.²⁷⁰

Wie bereits erwähnt, handelt es sich beim DMA-Vorschlag nicht um ein typisches wettbewerbsrechtliches Instrument, obwohl er von der Wettbewerbspolitik inspiriert ist. In Art. 1 Abs. 6 und dem dazugehörigen Erwägungsgrund 10 wird ausdrücklich erklärt, dass der DMA-Vorschlag eine Zielsetzung verfolgt, die das Wettbewerbsrecht „ergänzt, sich aber davon unterscheidet“ und es unberührt lässt. Anders als bei der Ankündigung eines „Ex-ante-Wettbewerbsinstruments“ zu erwarten war, das Mitte 2020 eindeutig in den Kontext von Artikel 101 und 102 AEUV gestellt wurde,²⁷¹ hat die Kommission folglich nicht Artikel 103 AEUV oder Artikel 352 AEUV, sondern die Binnenmarktklausel des Artikels 114 AEUV als Rechtsgrundlage für den DMA-Vorschlag herangezogen. Zentraler Anknüpfungspunkt dieses Artikels ist die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes, und obwohl die Gewährleistung eines ungehinderten Wettbewerbs ein Teil davon ist, gibt es eine separate Grundlage für Maßnahmen der EU in diesem Bereich. Im digitalen Binnenmarkt, der von einem Netz sektorspezifischer Vorschriften für bestimmte Arten von Akteuren geprägt ist, hat die Kommission ein Ungleichgewicht festgestellt, das der Markt aufgrund der Dimension des Machtungleichgewichts nicht aus eigener Kraft durch Wettbewerb der Konkurrenten ausgleichen kann. Die Antwort auf die Herausforderung wird daher in neuen Vorschriften gesehen, da das bestehende Wettbewerbsrecht aufgrund seiner allgemeinen Vorschriften eine **konkrete** Analyse eines spezifischen **abgrenzbaren** Marktes und die Feststellung **konkreter** missbräuchlicher Verhaltensweisen seitens eines **spezifischen** Unternehmens auf diesem Markt, die den Wettbewerb im fraglichen Segment beeinträchtigen, erfordert. Abweichend von diesen Vorschriften betrachtet der DMA-Vorschlag den Wettbewerb losgelöst von einem konkreten Fall, indem für den Online-Sektor (= den spezifischen Markt) bereits

²⁶⁸ Kommissionspräsidentin Ursula von der Leyen sprach anschaulich von Plattformen, die nicht zum „neuen Leviathan“ werden dürften, Rede auf dem Lissabonner Web-Gipfel 2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_20_2266.

²⁶⁹ Schweitzer H., „The Art to Make Gatekeeper Positions Contestable and the Challenge to Know What is Fair: A Discussion of the Digital Markets Act Proposal“, 2021. In Vorbereitung, *ZEUP* (3) 2021, S. 8, <https://ssrn.com/abstract=3837341>.

²⁷⁰ Ein ähnlicher Ansatz wird auch im Vereinigten Königreich verfolgt, wo die neu eingeführte *Digital Markets Unit* (DMU) über umfassendere Aufsichtsbefugnis verfügt, die die Anwendung von Instrumenten zugunsten gewerblicher Nutzer von Plattformen, aber auch die direkte Durchsetzung von Verbraucherschutzvorschriften gegenüber diesen ermöglicht, vgl. Wettbewerbs- und Marktaufsichtsbehörde, Strategiepapier, „The CMA’s Digital Markets Strategy“, revidierte Version Februar 2021, aktualisiert am 9. Februar 2021, <https://www.gov.uk/government/publications/competition-and-markets-authoritys-digital-markets-strategy/the-cmas-digital-markets-strategy-february-2021-refresh>.

²⁷¹ EU-Kommission, „Kartellrecht: Kommission konsultiert Interessenträger zu einem möglichen neuen Wettbewerbsinstrument“, Pressemitteilung, 2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_20_977.



Verhaltensweisen definiert werden, die als missbräuchlich anzusehen sind, wenn sie von vorab definierten Akteuren, den Gatekeepern, angewendet werden. Langwierige Analysen und individuelle Bewertungen in Einzelverfahren durch die Kommission oder nationale Behörden entfallen somit, was schnellere Reaktionen ermöglicht. Diese Unterschiede in der Herangehensweise erklären den Rückgriff auf Artikel 114 AEUV,²⁷² erfordern aber gleichzeitig eine sorgfältige Prüfung der Wechselwirkungen mit anderen binnenmarktfördernden Harmonisierungsvorschriften im sektorspezifischen Recht. Dies ist besonders wichtig, da der DMA-Vorschlag offensichtliche Berührungspunkte beispielsweise mit der Platform-to-Business-Verordnung,²⁷³ der DS-GVO²⁷⁴ oder der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste²⁷⁵ hat, zu denen er lediglich als Ergänzung, nicht aber als Ersatz gedacht ist, wenn es um den digitalen Sektor und Online-Plattformen geht.²⁷⁶

Nach Gegenstand und allgemeinem Anwendungsbereich (Kapitel I) enthält der DMA-Vorschlag in Kapitel II die Bedingungen, unter denen ZPD-Anbieter als Gatekeeper zu benennen sind (ausführlicher siehe unten unter 6.3.2). Das Kernstück des DMA-Vorschlags ist Kapitel III mit seiner Liste von Praktiken, von denen angenommen wird, dass sie den Wettbewerb auf dem Markt einschränken, indem sie die Bestreitbarkeit verringern und daher unlauter sind. Es ähnelt damit der Essential Facilities-Doktrin im Wettbewerbsrecht, die den Betreibern von Einrichtungen, die für das Anbieten anderer Dienste wesentlich sind und dabei nicht repliziert werden können, vorschreibt, ihre Dienste auch für Wettbewerber zu öffnen.²⁷⁷ Die Überwachung und Durchsetzung der Vorschriften liegt auf der Ebene der Mitgliedstaaten, wobei die Kommission die zentrale Aufsichtsbehörde ist. In einem bemerkenswerten Ansatz schlägt die Kommission vor, dass

²⁷² Schweitzer H. (n 269), S. 6.

²⁷³ Verordnung (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex%3A32019R1150>.

²⁷⁴ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) (konsolidierter Text), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A02016R0679-20160504>.

²⁷⁵ Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste) (kodifizierte Fassung), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A02010L0013-20181218>.

²⁷⁶ Vgl. hierzu: de Streeck A. und Larouche P., "The European Digital Markets Act proposal: How to improve a regulatory revolution", *Concurrences* 2, 2021, S. 46-63.

²⁷⁷ Diese Doktrin hat ihre Wurzeln im US-Recht, ist jedoch im EU-Wettbewerbsrecht fest verankert und auch im Bereich der Telekommunikation und des geistigen Eigentums von besonderer Bedeutung, vgl. zum Beispiel Garzaniti et al (ed.), *Electronic Communications, Audiovisual Services and the Internet - EU Competition Law & Regulation*, 4. Auflage 2020, Abschnitt 10-294 f. Siehe ein aktuelles Beispiel für die Anwendung der grundlegenden Kriterien in der Rechtssache *Bronner* durch den EuGH, C-165/19 P - *Slovak Telekom*, Art. 38 f. (und die parallele Rechtssache C-152/19 P - *Deutsche Telekom gegen die Kommission*, Art. 38 f.) und die möglichen Auswirkungen auf die Anwendung auf Online-Plattformen, Mandrescu D., "Online platforms and the essential facility doctrine - a status update following Slovak Telekom and the DMA", *Lexxion Competition Blog* vom 06.04.2021, <https://www.lexxion.eu/en/coreblogpost/online-platforms-and-the-essential-facility-doctrine-a-status-update-following-slovak-telekom-and-the-dma/>.



weder die nationalen Behörden noch die Mitgliedstaaten eine entscheidende Rolle bei der künftigen Ausgestaltung der Aufsichtsstruktur spielen werden (siehe unten 4.). Was die konkreten Befugnisse anbelangt, so enthält Kapitel IV Vorschriften für die Durchführung von Marktuntersuchungen, während Kapitel V Vorschriften für die Umsetzung und Durchsetzung des DMA enthält. Der Vorschlag schließt mit Kapitel VI und allgemeinen Bestimmungen über die Veröffentlichung von Beschlüssen (Artikel 34), einer Bestätigung der uneingeschränkten Zuständigkeit des Gerichtshofs der Europäischen Union für die Überprüfung von Sanktionen (Artikel 35) und der Möglichkeit, Durchführungsrechtsakte (Artikel 36) und delegierte Rechtsakte (Artikel 37) zu erlassen, die der Kommission noch mehr Befugnisse übertragen, als sich bereits aus den Bestimmungen zur Aufsicht ergeben.

6.3. Anwendungsbereich: Weit, aber Wenige

6.3.1. Adressierte Akteure

Da der DMA - in Verbindung mit dem DSA - den „digitalen Raum“ in der EU für die kommenden Jahrzehnte organisieren soll,²⁷⁸ ist es von entscheidender Bedeutung, dass der personelle Anwendungsbereich all jene Dienste umfasst, für die Risiken identifiziert wurden und denen der DMA entgegenwirken würde, während all jene Dienste, die keine solchen Risiken darstellen, eindeutig ausgeschlossen werden. Der personelle Geltungsbereich des DMA ist in gewissem Sinne zweigeteilt: Zum einen werden die ZPD angesprochen, die in Art. 2 Abs. 2 erschöpfend aufgeführt und definiert sind; zum anderen gelten die Verpflichtungen für diese ZPD jedoch nur dann, wenn sie von einem Anbieter bereitgestellt werden, der in diesem Segment einen in einem Benennungsverfahren vergebenen Gatekeeper-Status hat.

6.3.1.1. Zentrale Plattformdienste

Die Liste der ZPD in Art. 2 Abs. 2 umfasst unter anderem Online-Vermittlungsdienste, Online-Suchmaschinen, Online-Dienste sozialer Netzwerke, Video-Sharing-Plattform-Dienste (VSP), nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste, Betriebssysteme, Cloud-Computing-Dienste und Werbedienste. Auf den ersten Blick mag die erschöpfende Aufzählung als Einschränkung eines Ansatzes empfunden werden, der ansonsten offen ist, auf künftige technologische und Marktentwicklungen zu reagieren. Der Vorschlag verweist jedoch auf die Möglichkeit, die Liste erneut zu prüfen, sollten künftige Entwicklungen darauf hindeuten, dass in einem bestimmten Sektor eine Veränderung eingetreten ist, die dieselben Risiken birgt wie bei den derzeit vorgesehenen Diensten; Art. 17 und Art. 38 Abs. 2 bestimmen in diesem Sinne lediglich deklaratorisch,

²⁷⁸ Vgl. Kommissar Thierry Breton in der Pressemitteilung der Kommission, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_20_2347.



dass als Folge von (fakultativen) Marktuntersuchungen oder (regelmäßigen) Bewertungen der Verordnung neue Legislativvorschläge (in diesem Fall zur Änderung der ZPD-Liste) eingebracht werden können.²⁷⁹ Darüber hinaus decken die acht aufgelisteten Dienstarten bereits ein breites Spektrum an Diensten ab; sie sind das Ergebnis eines Bewertungsprozesses, der darauf abzielt, Dienste zu identifizieren, die von Anbietern in einer Gatekeeping-Position so angeboten werden, dass es für andere Unternehmen sehr schwierig ist, auf einer vergleichbaren Basis zu konkurrieren.²⁸⁰ Die Kommission hat diese Dienste aufgrund mehrerer Merkmale ausgewählt: extreme Größenvorteile, sehr starke Netzwerkeffekte, Mehrseitigkeit ihrer Dienste, beträchtliche Abhängigkeit sowohl von gewerblichen Nutzern als auch von Endnutzern, was zu möglichen Lock-in-Effekten und fehlendem Multi-Homing führt, vertikale Integration sowie Datenvorteile.²⁸¹

Die sehr spezifischen Merkmale haben dazu geführt, dass mehrere Märkte ausgeschlossen wurden, obwohl auch dort Abhängigkeiten bestehen können. Aus Mediensicht ist der Sektor der Videoabrufdienste, obwohl er ebenfalls ein wichtiger Teil des Online-Umfelds ist, absichtlich nicht in der ZPD-Liste enthalten, da es keine Lock-in-Effekte gibt (die Umstellungskosten für Verbraucher sind hier unwesentlich) und – trotz eines auf einige wenige Anbieter wie Netflix und Disney+ konzentrierten Marktes – Wettbewerb herrscht.²⁸² Die Begrenzung des Anwendungsbereichs durch präzise Angaben bereits im Rechtsakt ist wichtig, da die mit der Anwendbarkeit des DMA-Vorschlags verbundenen Folgen erhebliche Auswirkungen auf die Rechte der betroffenen Unternehmen haben.²⁸³

Was die angesprochenen ZPD angeht, so werden traditionelle Anbieter audiovisueller Medien im Sinne der AVMD-Richtlinie in der Regel selbst nicht in den Anwendungsbereich des DMA fallen. Und selbst wenn sie zumindest einen solchen ZPD betreiben, ist es unwahrscheinlich, dass sie das Gatekeeper-Kriterium erfüllen (siehe unten unter 6.3.1.2). Die Relevanz für den audiovisuellen Sektor ergibt sich vielmehr aus der Tatsache, dass Anbieter audiovisueller Mediendienste auf die angegebenen Dienste zurückgreifen oder sogar zurückgreifen müssen, um im digitalen Umfeld zugänglich und sichtbar zu sein. Dieser Aspekt wird in sehr allgemeiner Form auch in der neuen Bestimmung in Artikel 7a der AVMD-Richtlinie angesprochen, indem den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eingeräumt wird, Maßnahmen zu ergreifen, um eine angemessene Herausstellung audiovisueller Mediendienste von allgemeinem Interesse sicherzustellen. Was die Vertriebsinfrastruktur in der Liste der ZPD betrifft, so sind insbesondere Online-Vermittlungsdienste, Online-Suchmaschinen und VSPs von Bedeutung. Diese sind im DMA-Vorschlag selbst nicht definiert, sondern die Liste verweist auf die entsprechenden Definitionen in der P2B-Verordnung und der AVMD-Richtlinie und ermöglicht so eine

²⁷⁹ Vgl. hierzu *de Stree et al.*, “The European Proposal for a Digital Markets Act: A First Assessment”, <https://cerre.eu/publications/the-european-proposal-for-a-digital-markets-act-a-first-assessment/>, S. 12.

²⁸⁰ Vgl. *Cole* (n 266), S. 22.

²⁸¹ DMA-Vorschlag, Erwägungsgrund 2. Vgl. für eine ausführliche Erläuterung die Folgenabschätzung zum DMA-Vorschlag, SWD(2020 363) final, Teil 1/2, Abs. 128-130.

²⁸² Vgl. hierzu allgemein die Diskussion im EAI-Webinar zum Gesetzespaket zu digitalen Diensten, “Gatekeepers in the DSA Package: What about VoD?”, <https://www.youtube.com/watch?v=hlhMwtYOjnU>, Minute 22 f.

²⁸³ Vgl. *Cole* (n 266), S. 25.



dynamische Anpassung der sektorspezifischen Gesetze mit Wirkung auch für den geplanten DMA.

Art. 2 der P2B-Verordnung definiert in Ziff. 2 „Online-Vermittlungsdienste“ als Dienste der Informationsgesellschaft, die auf vertraglicher Grundlage gewerblichen Nutzern angeboten werden, damit diese Verbrauchern Waren oder Dienstleistungen anbieten können, indem sie die Anbahnung direkter Transaktionen zwischen ihnen und den Verbrauchern vermitteln. Dies scheint auf den ersten Blick als eine Art Auffangbestimmung für diejenigen Online-Dienste zu dienen, die nicht ausdrücklich angesprochen werden, aber bereits als unter potenziell problematischen Marktbedingungen angeboten gelten. Eine solche Sichtweise würde zwar mehr Flexibilität im DMA ermöglichen, birgt aber auch die Gefahr, dass der Anwendungsbereich des DMA in unbeabsichtigter Weise erweitert wird.²⁸⁴ Außerdem ist es fraglich, ob diese Kategorie aufgrund des Erfordernisses eines Vertragsverhältnisses wirklich dazu dienen kann, andere Dienste zu erfassen, die eine Vermittlerfunktion haben und eine Schlüsselstellung im digitalen Umfeld einnehmen. Dieses Kriterium lässt die eigentliche Bedeutung dieser Kategorie für den audiovisuellen Sektor, für den Webbrowser oder Sprachassistenten als zentrale Vermittler besonders relevant sein könnten, in gewisser Weise offen.

Mit der Aufnahme von VSPs in die Liste, greift der DMA auch Dienste auf, die bereits in den neuen Bestimmungen der überarbeiteten AVMD-Richtlinie 2018 enthalten sind. Während in der AVMD-Richtlinie im Vergleich zum umfassenderen Rahmen für Anbieter audiovisueller Mediendienste lediglich eine begrenzte Zahl wesentlicher Vorschriften für diese gilt, muss ein Gatekeeper-ZPD die (zusätzlichen) Verpflichtungen des DMA erfüllen. Neben diesen drei oben genannten, besonders wichtigen Diensten beinhaltet die Liste weitere für den audiovisuellen Sektor relevante Dienste. Dies ist auf die Komplexität des digitalen Umfelds zurückzuführen, das verschiedene Kanäle für die Verbreitung und Finanzierung ein und desselben Inhalts bietet. Der Begriff „Betriebssysteme“ umfasst beispielsweise Gerätesoftware und damit Schnittstellen der Verbraucher zu ihrer Hardware oder zu Softwareanwendungen, zum Beispiel vernetzte Fernsehgeräte oder App-Stores und vorinstallierte Software auf Geräten. Auch sind Werbedienste offensichtlich besonders wichtig für die Finanzierung audiovisueller Mediendienste, zumindest wenn es um werbebasierte Einnahmemodelle geht, die durch die Geschäftsmodelle der Plattformen beeinträchtigt werden können; Letztere lassen häufig die Integration von Werbediensten Dritter nicht zu und zwingen daher die gewerblichen Nutzer, auf die eigenen Werbedienste der Vermittler zurückzugreifen. Wie in der Begründung klar zum Ausdruck kommt, soll diese Definition Werbedienste einschließen, die mit einem der anderen ZPD „verbunden“ sind, das heißt sie gilt auch für ausgelagerte Dienste.

²⁸⁴ Vgl. *Cole* (n 266), S. 22 f.



6.3.1.2. Gatekeeper und Gatekeeper-Kriterien

Der Begriff des Gatekeeping ist geschichtlich mit dem Mediensektor verbunden, obwohl seine Verwendung als zentrales Konzept des DMA-Vorschlags kein Versuch ist, speziell den Mediensektor zu regulieren. Gatekeeping wurde bereits zu Beginn des 20. Jahrhunderts als eine Vorgehensweise diskutiert, durch die Medien Nachrichten beziehungsweise den Nachrichtenprozess in einer bestimmten Art und Weise filtern, indem sie Themen ein- oder ausschließen, was zu einer Art Flaschenhals-Effekt führt. Später wurden Flaschenhälse in der Verteilungsinfrastruktur festgestellt, über die Medieninhalte an den Endnutzer gebracht wurden, zum Beispiel über Kabelnetze. Bei der heutigen Diskussion über Gatekeeping geht es nicht darum, dass Nachrichtenmedien den Zugang zu Informationen kontrollieren oder einschränken, sondern dass Vermittler das Tor zu Medien und ihren Inhalten bewachen. In gewisser Weise wurde der Boden der Flasche also verbreitert und der Flaschenhals verlagert und verengt. Der DMA-Vorschlag richtet sich jedoch nicht speziell an den Mediensektor, sondern an den gesamten digitalen Sektor, in dem die „Gatekeeper“ ein wesentliches Bindeglied in der Beziehung zwischen gewerblichen Nutzern und Endnutzern (Business-to-Consumer [B2C]) bilden, aber auch selbst Rechtsverhältnisse zu gewerblichen Nutzern (Plattform-to-Business [P2B]) und Endnutzern (Plattform-to-Consumer [P2C]) unterhalten und als Infrastruktur für den Wettbewerb zwischen verschiedenen gewerblichen Nutzern (Business-to-Business [B2B]) fungieren. Es kann aber auch ein Wettbewerbsverhältnis zwischen Plattformen und gewerblichen Nutzern bestehen, wenn die Plattform selbst ähnliche Produkte und Dienste anbietet (gegebenenfalls über verbundene Unternehmen). In all diesen Beziehungen kann es zu Problemen kommen, wenn die Plattform eine bestimmte Größe oder Marktmacht erreicht. Dies zeigt die systemische Relevanz - ein Begriff, der eigentlich im DSA verwendet wird, tatsächlich aber das Grundkonzept des DMA ist - des Gatekeepers im B2C-Verhältnis, auf die der DMA abzielt und die Sonderregelungen für diese Anbieter erforderlich macht (und gleichzeitig rechtfertigt).

Um nur systemrelevante Akteure zu erfassen, verwendet der DMA die in Art. 3 Abs. 1 Buchst. a) DMA aufgeführten Gatekeeper-Kriterien. Ein ZPD-Anbieter muss drei Kriterien erfüllen, um als Gatekeeper benannt zu werden:

- a) er hat erhebliche Auswirkungen auf den Binnenmarkt,
- b) er betreibt einen zentralen Plattformdienst, der gewerblichen Nutzern als wichtiges Zugangstor zu Endnutzern dient, und
- c) er hat hinsichtlich seiner Tätigkeiten eine gefestigte und dauerhafte Position inne oder es ist absehbar, dass er eine solche Position in naher Zukunft erlangen wird.

In Absatz 2 werden dann für jedes dieser Kriterien Schwellenwerte festgelegt, die, wenn der ZPD sie alle überschreitet, dazu führen, dass der ZPD in jedem Fall als Gatekeeper eingestuft wird. Er ist dann verpflichtet, der Kommission innerhalb von drei Monaten (Abs. 3) den im Hinblick auf Bedeutung, Wichtigkeit und starke Position offensichtlichen Status als Gatekeeper zu melden. Eine erhebliche Auswirkung auf den Markt wird angenommen, wenn das Unternehmen, dem der ZPD-Anbieter gehört, in den vergangenen drei Geschäftsjahren im EWR einen Jahresumsatz von mindestens EUR 6,5 Mrd. erzielt hat oder wenn die durchschnittliche Marktkapitalisierung oder ein entsprechender Marktwert des



Unternehmens, dem er gehört, im vergangenen Geschäftsjahr mindestens EUR 65 Mrd. betragen hat und es in mindestens drei Mitgliedstaaten einen zentralen Plattformdienst betreibt. Die Kriterien eines Zugangstors zu Endnutzern gelten als erfüllt, wenn der ZPD einen zentralen Plattformdienst betreibt, der im vergangenen Geschäftsjahr mehr als 45 Millionen in der Union niedergelassene oder aufhältige monatlich aktive Endnutzer und mehr als 10.000 in der Union niedergelassene jährlich aktive gewerbliche Nutzer hatte. Schließlich ist eine gefestigte und dauerhafte Position mit den letztgenannten Kriterien verknüpft und wird daher vermutet, wenn die genannten Schwellenwerte an Nutzern in jedem der vergangenen drei Geschäftsjahre erreicht wurden.

In diesem Zusammenhang sind zwei Feststellungen zu treffen: Erstens sind die Schwellenwerte recht hoch, so dass nur einige wenige, besonders große und bedeutende Akteure unter die strengen Vorschriften des DMA fallen werden. Es ist daher zu erwarten, dass es in der Praxis nicht um die Details der Kriterien gehen wird. In ihrer Folgenabschätzung geht die Kommission davon aus, dass der DMA 10 bis 15 Anbieter betreffen wird.²⁸⁵ Dazu gehören sicherlich die „GAFAM“ (Google, Amazon, Facebook, Apple und Microsoft), was die Bedeutung für den Mediensektor unterstreicht, da die von den GAFAM angebotenen Dienste (insbesondere Suchmaschinen, App-Stores, Werbendienste) wichtige Kanäle für die audiovisuelle Industrie sind. Weitere Folgen sind noch nicht klar absehbar. Große chinesische Plattformen sind möglicherweise (noch) nicht in ausreichendem Maße auf dem EU-Markt vertreten, um die Kriterien zu erfüllen, und kleinere Plattformen, die als Gatekeeper in Nischenmärkten tätig sind, erreichen möglicherweise nicht die Schwellenwerte an erforderlichen Nutzern.²⁸⁶ Einige weitere ZPD-Anbieter könnten diese Kriterien jedoch erfüllen.²⁸⁷ Zweitens müssen die Schwellenwerte über einen bestimmten Zeitraum erreicht werden, das heißt ZPD-Anbieter müssen sich auch über einen gewissen Zeitraum als Gatekeeper auf dem Markt etablieren, was Startups, die „über Nacht“ großen Erfolg erzielen, ausschließt. Es sei dennoch darauf hingewiesen, dass die Benennung als Gatekeeper nur den spezifischen ZPD eines Plattformanbieters betrifft, der die Kriterien erfüllt, und nicht alle ZPD oder andere Dienste, die eine Plattform anbietet.²⁸⁸

Aber auch wenn ein ZPD-Anbieter die Schwellenwerte nicht oder nicht in allen Punkten erreicht, kann er als Gatekeeper benannt werden, wenn die Kommission nach einer umfassenden Bewertung zu dem Schluss kommt, dass die Kriterien aus Absatz 1 dennoch alle erfüllt sind (Art. 3 Abs. 4). Zu den Kriterien, die bei dieser Bewertung zu

²⁸⁵ DMA-Folgenabschätzung, SWD(2020) 363 final, Teil 1, Absatz 148.

²⁸⁶ Cabral et al, „The EU Digital Markets Act - A Report from a Panel of Economic Experts“, 2021, ISBN 978-92-76-29788-8, doi:10.2760/139337, JRC122910, S. 9.

²⁸⁷ Nach einer ersten Schätzung von Caffarra C. und Morton F. C. (The European Commission Digital Markets Act: A translation, 5. Januar 2021, <https://voxeu.org/article/european-commission-digital-markets-act-translation>) scheinen beispielsweise Oracle und SAP ebenso wie AWS und Microsoft Azure die Schwellenwerte zu erreichen. Umgekehrt scheinen Twitter, AirBnB, Bing, LinkedIn, Xbox, Netflix, Zoom und Expedia ihrer Einschätzung nach die Schwellenwerte derzeit nicht zu erreichen, während Booking.com, Spotify, Uber, Bytedance/TikTok, Salesforce, Google Cloud und IBM Cloud einige Schwellenwerte zu erreichen scheinen, andere hingegen nicht.

²⁸⁸ Unter Bezugnahme auf Art. 3 Abs. 7 und Erwägungsgrund 29, de Streeck A. et al. (n 279), S. 13.



berücksichtigen sind, gehören beispielsweise die Größe, einschließlich Umsatz und Marktkapitalisierung, die Anzahl der gewerblichen Nutzer und Endnutzer, die Marktzutrittsschranken, die sich aus Netzwerkeffekten und Datenvorteilen ergeben, sowie Lock-in-Effekte. Es handelt sich also um eine eher qualitative als rein quantitative Bewertung, die das Ergebnis im konkreten Fall weniger vorhersehbar macht, sowohl aus Sicht der potenziellen Adressaten als auch der gewerblichen Nutzer und Wettbewerber.

6.3.2. Benennungsverfahren

Das Benennungsverfahren hängt zunächst davon ab, ob ein ZPD-Anbieter die Schwellenwerte erreicht. Wie bereits erwähnt, besteht in diesem Fall eine Melde- und Auskunftspflicht gegenüber der Kommission bezüglich der Schwellenwerte, der innerhalb von drei Monaten nach Erreichen der Schwellenwerte nachzukommen ist.²⁸⁹ Die Kommission prüft dies dann unverzüglich, spätestens innerhalb von 60 Tagen, und benennt den ZPD als Gatekeeper. Allerdings besteht für Anbieter die Möglichkeit, die (mögliche) Benennung im Voraus und unabhängig davon, ob die Schwellenwerte aus Art. 3 Abs. 2 tatsächlich erreicht werden, anzufechten. In einem solchen Fall muss die Kommission eine Marktuntersuchung einleiten, wobei die Anbieter jedoch die erforderlichen Angaben bereitstellen müssen. Die für dieses Verfahren vorgesehene Frist, innerhalb derer festzustellen ist, ob eine Benennung aufgrund der Erfüllung der qualitativen Kriterien erfolgen sollte oder nicht, ist nur ein Richtwert (fünf Monate, gemäß Art. 15 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 4 und 6). Das Verfahren, das einen „Regulierungsdialog“ zwischen dem Regulierer und dem Regulierten vorsieht, kann daher zu erheblichen Verzögerungen (etwa 10 Monate) bis zur Verabschiedung von Maßnahmen führen, selbst wenn offensichtlich ist, dass der betreffende Anbieter die Schwellenwerte als Gatekeeper erreicht. Diese Verzögerung wird dadurch verschärft, dass der Gatekeeper dann weitere sechs Monate Zeit hat, um der Implementierung der Verpflichtungen nachzukommen (Art. 3 Abs. 8).²⁹⁰

Bei Nichterreichen der Schwellenwerte hängt die Qualifizierung eines ZPD-Anbieters als Gatekeeper von einem Benennungsverfahren ab, das durch eine Marktuntersuchung der Kommission eingeleitet wird. Wird die Kommission nicht von sich aus aktiv, können die Mitgliedstaaten eine solche Untersuchung beantragen.

Sobald ein Gatekeeper identifiziert ist, schließt die Kommission das Verfahren mit seiner Aufnahme in eine Liste. Die Kommission ermittelt hierbei zudem, welchem Unternehmen dieser gehört, und erstellt eine Liste der relevanten zentralen Plattformdienste, die von eben diesem Unternehmen betrieben werden und jeweils für sich genommen gemäß Abs. 1 Buchst. b) gewerblichen Nutzern als wichtiger Zugangstor zu Endnutzern dienen. Dies führt insbesondere für Geschäftskunden weltweit zu

²⁸⁹ Der DMA-Vorschlag sieht vor, dass die Verordnung erst sechs Monate nach ihrem Inkrafttreten greift (Art. 39 Abs. 2), während das Benennungsverfahren (sowie weitere Befugnisse der Kommission) unmittelbar danach Gültigkeit erlangt, was die Ermittlung der wichtigsten „Ziele“ des DMA beschleunigen soll.

²⁹⁰ Ausführlich zu diesem Aspekt *Cole* (n 266), S. 26.



Rechtssicherheit, dient aber auch als Signal, dass diese Anbieter und Dienste unter besonderer Beobachtung stehen.

6.4. Verpflichtungen und Verbote oder „Dos und Don'ts“ für Gatekeeper

Die Artikel 5 bis 7 des DMA-Vorschlags enthalten eine Reihe sehr spezifischer Verpflichtungen, die Gatekeeper einhalten müssen und die zum einen das Verhalten gegenüber gewerblichen Nutzern der Gatekeeper-Dienste und zum anderen die Rechte betreffen, die Endnutzern, einschließlich Kunden gewerblicher Nutzer der Gatekeeper-Dienste, eingeräumt werden. Sie können je nach den Problemen, die sie adressieren, in verschiedene Kategorien eingeteilt werden: Bekämpfung mangelnder Transparenz auf dem (Werbe-)Markt, Verhinderung von „Plattform-Envelopment“,²⁹¹ Erleichterung der Mobilität von gewerblichen Nutzern und Kunden sowie Verhinderung unlauterer Praktiken.²⁹²

6.4.1. Strukturelle Aspekte

Was die Struktur der Verpflichtungen betrifft, so war und ist in der Diskussion häufig von einer schwarzen, grauen und einer weißen Liste die Rede. Dies geht auf eine Liste „unlauterer Praktiken“ in einer Vorbereitungsunterlage der Kommission zurück, die geleakt wurde und eine schwarze und eine graue Liste enthielt, aber auch auf eine zu erstellende weiße Liste verwies. Da der endgültige Vorschlag diese Terminologie²⁹³ oder Struktur nicht verwendet, ist es besser, auf diese Begriffe zu verzichten und die Bestimmungen der Artikel 5 und 6 des DMA-Vorschlags als das zu bezeichnen, was sie sind: Verpflichtungen für Gatekeeper, die bestimmte „Do's und Don'ts“ in Bezug auf ihre Geschäftspraktiken auflisten. Hierbei sind jedoch die Unterschiede zwischen den in Artikel 5 und 6 festgelegten Verpflichtungen zu berücksichtigen und sie sollten klargestellt werden, bevor einige der Verpflichtungen, die für den (audiovisuellen) Mediensektor von besonderer Bedeutung sind, näher betrachtet werden.

Artikel 5 enthält „Verpflichtungen von Gatekeepern“, während Artikel 6 auf „Möglicherweise noch näher auszuführende Verpflichtungen von Gatekeepern“ verweist.

²⁹¹ „Envelopment“ bedeutet in diesem Zusammenhang, dass ein Plattformanbieter in den (nicht notwendigerweise verwandten) Markt einer anderen Plattform oder eines anderen Diensteanbieters eintritt, auf dem vergleichbare Nutzergruppen vorhanden sind; durch die Kombination seiner eigenen Funktionalitäten mit den neuen des Zielmarktes kann es zu einer Abschottung des zweiten Marktes kommen: dessen Nutzer werden exklusiv angesprochen und von der etablierten Plattform weggelotst.

²⁹² Diese Kategorisierung wurde von de Streel et al. (n 279), S. 19, vorgeschlagen.

²⁹³ Vgl. zu möglichen Gründen Georgieva Z., „The Digital Markets Act Proposal, of the European Commission: Ex-ante Regulation, Infused with Competition Principles“, <https://www.europeanpapers.eu/fr/europeanforum/digital-markets-act-proposal-european-commission-exante-regulation>.



Unabhängig von der konkreten Art der darin enthaltenen Verpflichtungen unterstreicht Art. 7 Abs. 1, dass Maßnahmen, die Gatekeeper umsetzen, um die Einhaltung der Vorschriften zu gewährleisten, geeignet sein müssen, die Zielsetzung der jeweiligen Verpflichtung beider Artikel zu erreichen. Gleich behandelt werden Art. 5 und 6 auch hinsichtlich einer möglichen Aussetzung der Verpflichtungen, die Gatekeeper ausnahmsweise beantragen können (Art. 8), der Aktualisierung der Vorschriften durch delegierte Rechtsakte (Art. 10), des Umgehungsverbots (Art. 11) sowie in Bezug auf die Durchsetzungsbefugnisse der Kommission, wie beim Marktuntersuchungsverfahren (Art. 15 und 16) sowie den Überwachungsmaßnahmen (insbesondere Art. 22 bis 25) und den Sanktionsmaßnahmen (Art. 26 und 27) zu sehen ist. Obwohl beide Artikel unmittelbar verbindlich sind, das heißt nach Ablauf der Sechsmonatsfrist nach der Benennung müssen sie erfüllt werden und im Falle der Nichteinhaltung können Sanktionen verhängt werden, besteht der Unterschied darin, dass die Kommission im Hinblick auf die Verpflichtungen in Artikel 6 ermächtigt ist, für einige der Verpflichtungen gemäß Artikel 36 des DMA-Vorschlags Durchführungsrechtsakte zu erlassen, und die Möglichkeit hat, in einem an einen Gatekeeper gerichteten spezifischen Beschluss die Art und Weise festzulegen, in der eine Verpflichtung zu erfüllen ist. In den Erwägungsgründen 29 und 33, aber auch in Erwägungsgrund 58 wird hier ein Verfahren vorgeschlagen, das die Gatekeeper in die Festlegung entsprechender Maßnahmen im Rahmen eines „Regulierungsdialogs“ einbezieht, um „die Einhaltung der Vorgaben durch die Gatekeeper zu erleichtern und die ordnungsgemäße Durchführung der Verordnung zu beschleunigen“. Der DMA-Vorschlag selbst bleibt jedoch vage, wenn es um die Rolle der Gatekeeper in diesem „Dialog“ sowie um das Verfahren geht, nach dem er stattfindet. Man kann die Notwendigkeit eines solchen Verfahrens bereits in Frage stellen, denn schließlich sind die Vorgaben nach Artikel 6 bereits das Ergebnis einer Einzelfallbewertung der Kommission, wonach die vom jeweiligen Anbieter durchgeführten (oder möglicherweise vorgesehenen) Maßnahmen wahrscheinlich nicht ausreichend sind. Die Unterscheidung scheint von dem Gedanken motiviert zu sein, dass bei einigen Verpflichtungen die zu ergreifenden Maßnahmen von dem jeweiligen Gatekeeper (und dem von ihm angebotenen spezifischen Dienst) abhängen und sich von anderen unterscheiden können oder dass die Folgen der Verpflichtung nicht so selbsterklärend oder offensichtlich sind wie bei den Verpflichtungen gemäß Artikel 5. Gleichzeitig kann diese zusätzliche Aktionsebene in der Praxis zu einer verzögerten Durchsetzung führen. Daher sollte im anstehenden Gesetzgebungsverfahren sorgfältig abgewogen werden, ob eine Verpflichtung in Art. 5 oder 6 DMA eingeordnet wird oder ob sie sogar vollständig in einem Artikel zusammengefasst werden können und die Flexibilität der Kommission auf andere Weise gewährleistet werden kann.

Abgesehen davon sind die einzelnen Verpflichtungen in den Artikeln in keiner bestimmten Reihenfolge aufgeführt.²⁹⁴ In beiden Artikeln werden die Verpflichtungen entweder als Handlungspflichten (erlauben, zur Verfügung stellen) oder als Unterlassungspflichten für ein bestimmtes Verhalten formuliert. Dies bedeutet jedoch nicht, dass sich die Unterlassungspflichten auf das Abstandnehmen von einer bestimmten

²⁹⁴ Vgl. hierzu mit alternativen Vorschlägen zur Auflistung, Monti G., „The Digital Markets Act - Institutional Design and Suggestions for Improvement“, TILEC Diskussionspapier 2021-004, S. 3.



Handlung beschränken, da bei einigen der betreffenden Bestimmungen proaktive Maßnahmen erforderlich sein könnten, um das von der Verpflichtung selbst und den weiteren Konkretisierungen in den jeweiligen Erwägungsgründen geforderte Maß an Regelbefolgung zu erreichen; dies gilt für die meisten Verpflichtungen. Darüber hinaus sieht der DMA-Vorschlag für beide Artikel Möglichkeiten zur Konkretisierung der Verpflichtungen durch delegierte Rechtsakte (Art. 37, in Bezug auf Art. 5 und 6) und den Erlass von Durchführungsbestimmungen (Art. 36, in Bezug auf Art. 6) vor. Damit soll die Liste der Verpflichtungen auf einem aktuellen Stand gehalten werden, um auf Praktiken reagieren zu können, die gegebenenfalls erst in Zukunft auftauchen, sich aber ebenso negativ auf den Markt auswirken, wie die bereits beinhalteten.

Die Kommission hat die Möglichkeit, die Verpflichtung für einen ZPD für einen bestimmten Zeitraum ganz oder teilweise auszusetzen (Art. 8) und/oder einen Gatekeeper aus zwingenden Gründen des öffentlichen Interesses, einschließlich Fragen der Sittlichkeit, Gesundheit und Sicherheit, von einer bestimmten Verpflichtung zu befreien (Art. 9).

6.4.2. Einige Verpflichtungen im Detail

Um einen fairen und bestreitbaren Markt zu schaffen, schlägt der DMA eine ganze Reihe von Verpflichtungen vor, die dieses Ziel aus verschiedenen Blickwinkeln angehen. Insbesondere sollen Gatekeeper davon absehen, personenbezogene Daten aus den zentralen Diensten mit Daten aus anderen Diensten zusammenzuführen. Die Gatekeeper dürfen ihre gewerblichen Kunden nicht daran hindern, sich bei Aufsichtsbehörden zu beschweren. Gatekeeper dürfen Nutzer nicht mehr daran hindern, vorinstallierte Software oder Apps zu deinstallieren oder auf Dienste zuzugreifen, die sie außerhalb der Gatekeeper-Plattform erworben haben. Gatekeeper dürfen die von ihren gewerblichen Nutzern erhobenen Daten nicht verwenden, um mit diesen gewerblichen Nutzern in Wettbewerb zu treten. Es sollte ihnen auch nicht gestattet sein, die Inanspruchnahme ihrer Dienste von der Anmeldung bei einem anderen ihrer Dienste abhängig zu machen. Andererseits müssen sie es gewerblichen Kunden ermöglichen, ihre Dienste und Produkte auch über Vermittlungsdienste Dritter zu unterschiedlichen Preisen anzubieten und ihre Angebote zu bewerben und Verträge mit ihren Kunden außerhalb der Plattform des Gatekeepers abzuschließen. Gatekeeper müssen Unternehmen, die auf ihrer Plattform werben, Zugang zu ihren Instrumenten zur Leistungsmessung und zu den Informationen (zum Beispiel über Preise) gewähren, die erforderlich sind, damit Werbetreibende und Verlage ihr Werbeportfolio auf dem Gatekeeper-Dienst selbständig überprüfen können. Dazu gehören auch Daten, die im Rahmen der Nutzung der Plattform durch die gewerblichen Kunden generiert werden. Darüber hinaus sind bestimmte Situationen definiert, in denen Gatekeeper Dritten die Interaktion mit den eigenen Diensten gestatten, also Interoperabilität gewährleisten müssen. Betrachtet man diese verschiedenen Verpflichtungen, so wird deutlich, dass mehrere von ihnen für Anbieter audiovisueller Mediendienste sowohl aus der Sicht eines Wettbewerbers des Gatekeepers als auch aus der Sicht eines gewerblichen Nutzers, der auf die Dienste des Gatekeepers angewiesen ist, von großer Bedeutung sind.



Insbesondere Online-Werbung ist ein wesentliches Element für die Refinanzierung der Produktion von Inhalten und damit unmittelbar relevant für den Medienpluralismus; hier herrschte in der Vergangenheit große Intransparenz. Google und Facebook, die ein „Quasi-Duopol“ bei der Suchmaschinen- und Anzeigenwerbung²⁹⁵ haben, sind in diesem Bereich die Gatekeeper, um die gewerbliche Nutzer nicht herumkommen. Obwohl es bei den audiovisuellen Medien unterschiedliche Geschäftsmodelle gibt – neben werbefinanzierten frei empfangbaren Diensten auch abonnementbasierte Refinanzierungsmodelle – und daher einige der für Gatekeeper geltenden Verpflichtungen je nach Modell von größerem Belang sind, sind die Werbeinformationen für alle von entscheidender Bedeutung. Die in diesem Zusammenhang relevanten Bestimmungen des DMA-Vorschlags sind Art. 5 Buchst. g) und Art. 6 Abs. 1 Buchst. g), die beide den Zugang zu Informationen über die Funktionsweise der Wertschöpfungsketten von Online-Werbung betreffen und somit auf die Gewährleistung von Transparenz und den Ausgleich des auf dem Werbemarkt herrschenden Informationsungleichgewichts abzielen. Art. 5 Buchst. g) verpflichtet Gatekeeper, Werbetreibenden und Verlagen, für die sie Werbedienstleistungen erbringen, auf deren Anfrage hin Auskunft über den vom Werbetreibenden und vom Verlag gezahlten Preis sowie über den Betrag beziehungsweise die Vergütung zu geben, die der Verlag für die Veröffentlichung einer bestimmten Anzeige und für jede der relevanten Werbedienstleistungen des Gatekeepers erhält. In Erwägungsgrund 42 wird darauf hingewiesen, dass die Informationen unter Berücksichtigung der hohen Komplexität der Wertschöpfungskette in der Werbung nur „so weit wie möglich“ bereitgestellt werden müssen.²⁹⁶ Art. 6 Abs. 1 Buchst. g) fügt dem die Transparenz über die Leistung der Werbung hinzu, indem er den gewerblichen Nutzern Zugang zu den Instrumenten zur Leistungsmessung des ZPD (oder gemäß Erwägungsgrund 53 einer von ihm beauftragten Werbeagentur) gewährt, was sie in die Lage versetzen soll, über mögliche Änderungen zu entscheiden, die sie vornehmen möchten, um die Effizienz zu steigern. Diese Verpflichtungen sind wichtige Instrumente, um das bestehende Informationsungleichgewicht im Bereich der programmatischen Werbung, mit dem Mediendienste konfrontiert sind, zu beseitigen.

Ein weiteres Ungleichgewicht, das für den Mediensektor von Bedeutung ist, wird in Art. 5 Buchst. a) und Art. 6 Abs. 1 Buchst. a) behandelt, nämlich das der Macht über große Datenmengen. Die parallele Anmeldung bei mehreren Diensten und die Nutzung der „Eingangstür“ eines Benutzerkontos zu einem ZPD, um die Nutzung anderer Dienste zu erleichtern, wodurch diese Unternehmen Zugang zu einer breiten Palette von Daten ihrer Nutzer erhalten, hat andere Diensteanbieter ins Hintertreffen gebracht.²⁹⁷ Die Frage der Anhäufung von Daten wurde daher aus datenschutzrechtlicher Sicht intensiv diskutiert, wegen der Auswirkungen auf Wettbewerber und Endnutzer aber auch von den Wettbewerbsbehörden aufgegriffen.²⁹⁸ Auf den von mehreren Wettbewerbsbehörden der

²⁹⁵ Britische Wettbewerbs- und Marktaufsichtsbehörde (CMA) „Online platforms and digital advertising market study“, 2020, <https://www.gov.uk/cma-cases/online-platforms-and-digital-advertising-market-study>.

²⁹⁶ Vgl. hierzu Knapp D., „Medienpluralismus aus der wirtschaftlichen Perspektive: Algorithmische Medien – Neue Überlegungen zum Medienpluralismus“, in: Cappello M. (Hrsg.), *Medienpluralismus und Wettbewerbsfragen*, 2020, S. 13, 21.

²⁹⁷ Ausführlicher dazu Cole M.D. (n 266), S. 30 f.

²⁹⁸ *Etteldorf* (n 265), S. 243 f.



Mitgliedstaaten festgestellten dringenden Klärungsbedarf bei missbräuchlichen Praktiken in der Datenakkumulation hat der DMA nun mit Verboten reagiert, die in eine Verordnung eingekleidet wurden, die nach ihrem Inkrafttreten EU-weite Einheitlichkeit schafft. Art. 5 Buchst. a) verpflichtet die Gatekeeper, personenbezogene Daten aus dem ZPD nicht mit personenbezogenen Daten aus anderen vom Gatekeeper oder von Dritten angebotenen Diensten zu verknüpfen, ohne dass der Nutzer freiwillig seine Zustimmung gegeben hat. Art. 6 Abs. 1 Buchst. a) berücksichtigt eher die Perspektive der gewerblichen Nutzer, indem er Gatekeepern verbietet, im Wettbewerb mit gewerblichen Nutzern nicht öffentlich zugängliche Daten zu nutzen, die durch Tätigkeiten dieser gewerblichen Nutzer, einschließlich der Endnutzer dieser gewerblichen Nutzer, generiert wurden, das heißt er stellt sicher, dass gewerbliche Nutzer nicht von der Nutzung ihrer eigenen Daten ausgeschlossen werden können.

Schließlich lohnt sich noch ein kurzer Blick auf die Bestimmungen, die darauf abzielen, dem Ungleichgewicht entgegenzuwirken, das durch Lock-in-Effekte auf Plattformen entsteht, was ebenfalls ein Problem für den Pluralismus darstellen kann. Art. 6 Abs. 1 Buchst. h) führt eine Verpflichtung für Gatekeeper zur Datenübertragbarkeit ein, die es gewerblichen Nutzern und Endnutzern ermöglicht, „ihre Daten mitzunehmen“, wenn sie zu anderen Anbietern wechseln, die vergleichbare Dienste anbieten, für die die (bereits generierten) Daten weiterhin von Bedeutung sind. Über die datenschutzrechtliche Verpflichtung zur Gewährleistung von Datenübertragbarkeit (Art. 20 DS-GVO) hinaus, soll die Übertragbarkeit durch einen „permanenten Echtzeitzugang“ zu den Daten sowohl für gewerbliche Nutzer als auch für Endnutzer erleichtert werden. Eine ähnliche Verpflichtung, auch in technischer Hinsicht, da sie sich wiederum auf einen „effektiven, hochwertigen und permanenten Echtzeitzugang“ bezieht, ergibt sich aus Art. 6 Abs. 1 Buchst. i), der Gatekeeper verpflichtet, gewerblichen Nutzern kostenlos aggregierte oder nicht aggregierte Daten zur Verfügung zu stellen, die im Zusammenhang mit der Nutzung des betreffenden ZPD durch diese gewerblichen Nutzer und die Endnutzer, die die von diesen gewerblichen Nutzern bereitgestellten Produkte oder Dienste in Anspruch nehmen, bereitgestellt oder generiert werden. Allerdings müssen die Grenzen der DS-GVO beachtet werden, wenn es sich um personenbezogene Daten handelt, das heißt der Endnutzer behält das Verfügungsrecht, so dass seine Zustimmung erforderlich sein kann. Dies stärkt eindeutig die Wettbewerbsposition der gewerblichen Nutzer von Plattformen gegenüber diesen Plattformen und verbessert die Chancen eines rentablen Betriebs. Art. 5 Buchst. f) ergänzt die Bekämpfung von Lock-in-Effekten, indem er deren Verstärkung verhindert: Gatekeepern ist es untersagt, von gewerblichen Nutzern oder Endnutzern zu verlangen, einen ZPD zu abonnieren oder sich dort zu registrieren.

Insgesamt tragen die Bestimmungen dazu bei, zumindest die geeignete Infrastruktur für ein Online-Umfeld zu schaffen, das eine Vielfalt ermöglicht, bei der die Nutzer ohne größere Hindernisse aus einer Vielzahl von Diensten wählen können.

6.5. Durchsetzung: Ein zentralisierter Ansatz

Hinsichtlich der Überwachung und Durchsetzung der vorgeschlagenen Verordnung verfolgt der DMA einen zentralisierten Ansatz, bei dem die Europäische Kommission der



Hauptakteur ist. In diesem Sinne unterscheidet er sich vom DSA.²⁹⁹ Um eine angemessene und zeitnahe Verabschiedung der Vorschriften zu gewährleisten, überträgt der DMA-Vorschlag der Kommission zum einen mehrere Befugnisse zur Durchführung von Marktuntersuchungen (Artikel 15 bis 17), insbesondere zur Benennung eines zentralen Plattformdienstes als Gatekeeper, zur Untersuchung von systematischer Nichteinhaltung und von neuen zentralen Plattformdiensten und neuen Praktiken, sowie Regulierungs- und Durchsetzungsbefugnisse. Zu den Befugnissen gehört es, Informationen einzuholen, in der Untersuchungsphase Befragungen und Vor-Ort-Kontrollen durchzuführen, vorläufige Maßnahmen zu verabschieden, Verpflichtungszusagen des Gatekeepers für verbindlich zu erklären, die Nichteinhaltung von Vorschriften zu überwachen und schließlich entsprechende Beschlüsse zu erlassen sowie unter bestimmten Bedingungen Geldbußen oder Zwangsgelder zu verhängen. Mit diesen Befugnissen übt die Kommission die zentrale Aufsichtsfunktion im DMA aus.

Die Behörden der Mitgliedstaaten spielen in diesem Rahmen hingegen keine Rolle. Und für die Mitgliedstaaten selbst wird der übliche Begleitausschuss zu Verordnungen, die die Kommission ermächtigen, delegierte Rechtsakte zu erlassen, als Beratender Ausschuss für digitale Märkte nach den Regeln der Verordnung (EU) Nr. 182/2011³⁰⁰ eingesetzt. Er setzt sich aus Vertretern der Mitgliedstaaten zusammen und gibt Stellungnahmen zu bestimmten Einzelbeschlüssen der Kommission ab, ist jedoch nicht mit Regulierungsbefugnissen ausgestattet. Darüber hinaus sieht der DMA-Vorschlag die Möglichkeit vor, dass drei oder mehr Mitgliedstaaten bei der Kommission die Einleitung einer Marktuntersuchung hinsichtlich der Benennung von (neuen) Gatekeepern beantragen können (Artikel 33).

Es sei daran erinnert, dass der DMA-Vorschlag wettbewerbsrechtliche Instrumente unberührt lässt, so dass nationale Behörden weiterhin befugt sind, ihr nationales Wettbewerbsrecht unabhängig von den Vorschriften des DMA auf diese Anbieter anzuwenden. Es ist jedoch nicht klar, ob es zu widersprüchlichen Ergebnissen kommen kann und wie diese aufgelöst werden können, da der DMA einen jüngeren Rechtsakt gegenüber dem bestehenden Wettbewerbsrecht darstellen wird.³⁰¹ Darüber hinaus bleiben neben dem Wettbewerbsrecht auch nationale Vorschriften, insbesondere solche, die öffentlichen Interessen wie der Wahrung des Medienpluralismus dienen (vgl. Art. 1 Abs. 5 DMA-Vorschlag), anwendbar und durchsetzbar.

Dieser zentralisierte Ansatz ähnelt dem, der beispielsweise aus der EU-Fusionskontrollverordnung oder dem Einheitlichen Bankenaufsichtsmechanismus bekannt

²⁹⁹ Zum Aufbau nach dem DSA-Vorschlag vgl. Cole M D., Etteldorf C., Ullrich C., „Updating the Rules for Online Content Dissemination“ (n 261), S. 202 f.

³⁰⁰ Verordnung (EU) Nr. 182/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 2011 zur Festlegung der allgemeinen Regeln und Grundsätze, nach denen die Mitgliedstaaten die Wahrnehmung der Durchführungsbefugnisse durch die Kommission kontrollieren, ABL. L 55 vom 28.02.2011, S. 13-18, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=celex%3A32011R0182>.

³⁰¹ Fernández C., „A New Kid on the Block: How Will Competition Law Get along with the DMA?“, *Journal of European Competition Law & Practice*, 12(4), 2021, S. 271-272, plädiert für die Notwendigkeit einer umfassenden Koordinierung und Verbesserung des DMA-Vorschlags in dieser Hinsicht. Eine abweichende Auffassung vertritt Schweitzer H. (n 269), S. 13.



ist.³⁰² Die internationale Dimension des Problems, die den DMA-Vorschlag ausgelöst hat, und die Tatsache, dass es sich um eine Verordnung handelt, lassen einen solchen zentralisierten Ansatz als die naheliegende Lösung erscheinen. Sowohl der DSA-Vorschlag als auch die DS-GVO sind jedoch Beispiele dafür, dass die Rechtswahl als Verordnung nicht notwendigerweise eine zentralisierte Aufsicht bedingt. Die Kommission argumentiert hier, dass es lediglich um einige wenige große Akteure geht, die ihre Dienste EU-weit anbieten, so dass es sinnvoll ist, sie einer einzigen Regulierungsbehörde als Ansprechpartner zu unterstellen. Der Regulierungsdialog, der, wie erwähnt, an einigen Stellen vorgesehen ist, lässt sich leichter umsetzen, als wenn er von mehreren nationalen Behörden koordiniert würde. Auch wenn sie dem Wesen nach alle unterschiedlich sind, lässt sich ein gemeinsames Vorgehen der zuständigen Behörden aller Mitgliedstaaten zum Beispiel durch den Europäischen Datenschutzausschuss oder die Gruppe europäischer Regulierungsstellen für audiovisuelle Mediendienste koordinieren. Einige Autoren führen wirtschaftliche und finanzielle Aspekte ins Feld: Die Einhaltung der Vorschriften zu überwachen, ist wahrscheinlich kostspielig; es ist möglicherweise eine sorgfältige, groß angelegte Datenanalyse oder eine direkte Überprüfung des Algorithmusdesigns erforderlich, wofür die einzelnen nationalen Regulierungsbehörden höchstwahrscheinlich nicht gut gerüstet wären.³⁰³ Die Generaldirektion Wettbewerb wendet die EU-Wettbewerbsregeln bereits in Fusionskontroll- und Kartellverfahren an und hat „insgesamt [...] ihre Durchsetzungsbefugnisse gut genutzt“, wie auch der Europäische Rechnungshof kürzlich in einem Sonderbericht feststellte, wobei er auch darauf hinwies, dass „in einer Reihe von Bereichen Verbesserungen erforderlich sind“.³⁰⁴ Wie oben jedoch bereits mehrfach erwähnt, ist der DMA kein Instrument des Wettbewerbsrechts. Es müsste eine neue Stelle geschaffen und mit Ressourcen ausgestattet werden, sei es auf nationaler Ebene oder von der Kommission auf EU-Ebene. Eine Koordinierung mit nationalen Behörden, insbesondere den Wettbewerbs- und Datenschutzbehörden, wird daher zumindest wegen der Überschneidungen des DMA mit diesen Bereichen und der Notwendigkeit eines gewissen Maßes an Konsistenz und Kohärenz sowie ganz allgemein zur Gewährleistung eines koordinierten Ansatzes im Plattformumfeld erforderlich sein.³⁰⁵

6.6. Fazit

Der DMA-Vorschlag ist ein ehrgeiziges, wahrscheinlich notwendiges und lang erwartetes Instrument, um mehr Kontrolle über den Plattformmarkt mit seiner beispiellosen Konzentration und Marktmacht einiger weniger Akteure aufgrund ungewöhnlicher Netzwerkeffekte zu erlangen. Da er erhebliche Eingriffe in bestehende Geschäftsmodelle derjenigen Anbieter ermöglicht, die künftig als Gatekeeper gelten können, ist im weiteren

³⁰² Vgl. hierzu Monti G. (n 294), S. 4 f.

³⁰³ Monti G. (n 294), S. 5.

³⁰⁴ „Die EU-Fusionskontroll- und Kartellrechtsverfahren der Kommission: Marktaufsicht sollte verstärkt werden“, Bericht 24/2020, https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR20_24/SR_Competition_policy_DE.pdf.

³⁰⁵ Georgieva Z. (n 293).



Gesetzgebungsverfahren wohl mit langwierigen kontroversen Diskussionen zu rechnen. Abgesehen von der Diskussion über die Angemessenheit der einzelnen Elemente des DMA-Vorschlags besteht ein sehr wichtiger Aspekt, den es sorgfältig zu berücksichtigen gilt, in der Notwendigkeit, alle Elemente des Gesetzespakets zu digitalen Diensten mit bestehenden Instrumenten auf EU- und nationaler Ebene in Einklang zu bringen.

Der DMA hat das Potenzial, ein Instrument zu sein, das die Lücken im Rechtsrahmen schließt, wenn es um die Besonderheiten der großen Online-Plattformen und das grundlegende Wesen der von ihnen angebotenen Dienste geht, die wiederum Voraussetzung dafür sind, dass andere Anbieter Endnutzern Dienste anbieten können. Er wird ein leistungsfähigeres, sicherlich schnelleres und flexibleres Instrument darstellen - da er *ex ante* angewendet wird, bevor ein Marktversagen auftritt oder verfestigt wird, und ohne die Notwendigkeit, das unlautere Marktverhalten in einem bestimmten Fall nachzuweisen - als das bestehende Wettbewerbsrecht. Aber auch hier sollte diskutiert werden, ob die Verfahren mit den bestehenden Erfahrungen in der Zusammenarbeit mit und zwischen den nationalen Behörden und der Kommission in Einklang gebracht werden können.

Der DMA-Vorschlag ist vor allem deshalb bemerkenswert, weil er klar zum Ausdruck bringt, dass die Europäische Union nicht gewillt ist, Probleme auf den für Unternehmen und Bürger gleichermaßen wichtigsten Märkten in unserer digitalen Welt ungelöst zu lassen. Und dass sie dies auf der Grundlage der Werte und Prinzipien tun wird, auf denen die EU - und ihre Mitgliedstaaten - gründen. Damit hat der DMA das Potenzial, ein weiterer „Goldstandard“ der Plattformregulierung zu werden - wie es bei der DSGVO der Fall war - mit Auswirkungen auf die ganze Welt, sobald er in der EU eingeführt ist und ordnungsgemäß angewandt wird.



Eine Frage des Anwendungsbereichs?

Regelmäßige Leserinnen und Leser unserer Veröffentlichungen wundern sich vielleicht über eine wichtige Tatsache: Der Anwendungsbereich von DMA und DSA umfasst Video-Sharing-Plattformen wie YouTube und ähnliche, nicht aber Video-on-Demand-Plattformen wie Netflix, Amazon Prime oder Disney+. VoD-Anbieter unterliegen weiterhin den Verpflichtungen der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste, weil hier eine redaktionelle Verantwortung naheliegt, die bei Vermittlern, für die der DSA gilt, fehlt.

Allerdings scheinen auch im VoD-Bereich bestimmte Akteure eine Art Gatekeeper-Rolle zu haben. Einige unserer Leserinnen und Leser werden sich daher fragen, ob der Anwendungsbereich des DMA nicht auch VoD-Dienste einschließen sollte.

Oliver Budzinski *befasst sich im folgenden Kapitel mit der Ökonomie des Gatekeeping im audiovisuellen Sektor und stellt seine Erkenntnisse über Probleme und mögliche Lösungen vor.*



7. Gatekeeping im audiovisuellen Sektor: ökonomischer Hintergrund, Wettbewerb und Regulierung

Oliver Budzinski, Technische Universität Ilmenau*

7.1. Einführung

Im Zusammenhang mit der aktuellen Initiative der Europäischen Union zur Regulierung von Online-Diensten mit dem vorgeschlagenen Digital-Services-Act-Paket („DSA-Paket“)³⁰⁶ taucht immer wieder der Begriff „Gatekeeper“ auf. Im Vorschlag für den Digital Markets Act und dann auch in der akademischen Literatur über die Vorschläge zur Regulierung großer Technologieunternehmen spielt er eine wichtige Rolle.³⁰⁷ Jede Regulierung

* Professor für Wirtschaftstheorie, Direktor des Instituts für Volkswirtschaftslehre, Institut für Medien und Mobilkommunikation, Technische Universität Ilmenau, Deutschland, E-Mail: oliver.budzinski@tu-ilmenau.de. Ich danke Sophia Gänßle, Maja Cappello und Francisco Cabrera für wertvolle Kommentare zu einem früheren Entwurf dieses Beitrags.

³⁰⁶ Das Digital-Services-Act-Paket enthält zwei Gesetzesinitiativen zum Ausbau der Regeln für digitale Dienste in der EU: den Digital Services Act (DSA, auf Deutsch offiziell „Gesetz über digitale Dienste“) und den Digital Markets Act (DMA, „Gesetz über digitale Märkte“). Siehe Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über einen Binnenmarkt für digitale Dienste (Gesetz über digitale Dienste) und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG, COM(2020) 825 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/de/TXT/?uri=COM:2020:825:FIN>, und Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte), COM(2020) 842 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/de/TXT/?uri=COM:2020:842:FIN>.

³⁰⁷ Zur – ökonomischen und juristischen – akademischen Debatte über das DSA/DMA-Paket, siehe unter anderem auch Cabral, L. et al, „The Digital Markets Act: A Report from a Panel of Economic Experts“, Luxembourg: European Union 2021, <http://dx.doi.org/10.2760/139337>; Bentata, P., „Regulating Gatekeepers: Predictable Unintended Consequences of the DMA for Users’ Welfare“, 2021, <https://ssrn.com/abstract=3804067>; Podszun, R., Bongartz, P. und Langenstein, S., „Proposals on how to Improve the Digital Markets Act“, Policy paper in preparation for the information session on the Digital Markets Act in the European Parliament’s Committee on Internal Market and Consumer Protection (IMCO) on 19 February 2021, <https://ssrn.com/abstract=3788571>; Vezzoso, S., „The Dawn of Pro-Competition Data Regulation for Gatekeepers in the EU“, 2021, <https://ssrn.com/abstract=3772724>; Geradin, D., „What Is a Digital Gatekeeper? Which Platforms Should Be Captured by the EC Proposal for a Digital Markets Act?“, 2021, <https://ssrn.com/abstract=3788152>; Leistner, M., „The Commission’s Vision for Europe’s Digital Future: Proposals for the Data Governance Act, the Digital Markets Act and the Digital Services Act – A Critical



geschäftlicher Aktivitäten auf Märkten unterliegt immer sowohl ökonomischen als auch rechtlichen Überlegungen. Die Ökonomik ist bestrebt, (i) die Bedingungen, unter denen Anreize für Gatekeeping-Verhalten entstehen, und (ii) die Auswirkungen von Gatekeeping auf das Wohl von Konsumenten und Gesellschaft zu ermitteln. Die Rechtswissenschaft befasst sich (i) mit der rechtlichen Kodifizierung von Regeln für Märkte, die von Gatekeeping betroffen sind, und für Gatekeeper (Unternehmen) sowie (ii) mit der Durchsetzung dieser Regeln. In einem sinnvollen Regulierungssystem repräsentiert das Recht die zugrunde liegende Ökonomie in dem Sinne, dass wohlfahrtssenkende Geschäftsstrategien durch das Recht verhindert (und wohlfahrtssteigernde damit indirekt gefördert) werden. Die Regulierung des Gatekeeping muss daher dessen Ökonomik um der gesellschaftlichen Wohlfahrt willen einbeziehen.

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der Ökonomik des Gatekeeping im audiovisuellen Sektor. Audiovisuelle Inhalte werden zunehmend online konsumiert, wobei die jüngeren Generationen bereits überwiegend Online-Dienste nutzen, die älteren dagegen noch immer vor allem traditionelle Kanäle (Fernsehen als terrestrisches, Kabel- oder Satellitenfernsehen). Die Abkehr vom traditionellen Fernsehen hin zu Online-Diensten ist in praktisch allen Altersgruppen zu beobachten, wenn auch in unterschiedlichem Ausmaß.³⁰⁸ Zu den Online-Diensten im audiovisuellen Sektor gehören die internetbasierte Übertragung des traditionellen Fernsehens sowie neue Arten von Diensten, insbesondere Bewegtbilddienste auf Abruf³⁰⁹ (wie Netflix, AmazonPrime, Disney+, DAZN oder HBO Max) und marktplatzartige Video-Sharing-Plattformen³¹⁰ (wie

Primer“, 2021, <https://ssrn.com/abstract=3789041>; De Stree, A. et al., „The European Proposal for a Digital Markets Act: A First Assessment“, Cerre 2021; <https://cerre.eu/publications/the-european-proposal-for-a-digital-markets-act-a-first-assessment/>; Kerber, W., „Taming Tech Giants With a Per-Se Rules Approach? The Digital Markets Act from the ‚Rules vs. Standard‘ Perspective“, *Concurrences*, 2021, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3861706.

³⁰⁸ Für eine Übersicht und Zusammenfassung der jüngsten Entwicklungen in Deutschland siehe Lindstädt-Dreusicke, N. und Budzinski, O., „The Video-on-demand Market in Germany – Dynamics, Market Structure and the (Special) Role of YouTube“, *Journal of Media Management and Entrepreneurship* 2(1), 2020, 108-123, <http://dx.doi.org/10.4018/JMME.2020010107>, und allgemeiner Budzinski, O., Gaenssle, S. und Lindstädt-Dreusicke, N., „The Battle of YouTube, TV and Netflix – An Empirical Analysis of Competition in Audio-visual Media Markets“, *Ilmenau Economics Discussion Papers* 26(137), 2020, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3569553>.

³⁰⁹ Diese werden auch im Deutschen zunehmend als Video-on-demand bezeichnet und administrativ-technisch als audiovisueller Mediendienst benannt. Gemäß Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe g der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (AVMD-RL) bezeichnet der Ausdruck „audiovisueller Mediendienst auf Abruf (d.h. ein nichtlinearer audiovisueller Mediendienst) einen audiovisuellen Mediendienst, der von einem Mediendienstanbieter für den Empfang zu dem vom Nutzer gewählten Zeitpunkt und auf dessen individuellen Abruf hin aus einem vom Mediendienstanbieter festgelegten Programm katalog bereitgestellt wird“. Siehe Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste) (kodifizierte Fassung) (Text von Bedeutung für den EWR), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:02010L0013-20181218>.

³¹⁰ Gemäß Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe aa AVMD-RL bezeichnet der Ausdruck „Video-Sharing-Plattform-Dienst“ eine Dienstleistung im Sinne der Artikel 56 und 57 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, bei der der Hauptzweck der Dienstleistung oder eines trennbaren Teils der Dienstleistung oder eine wesentliche Funktion der Dienstleistung darin besteht, Sendungen oder nutzergenerierte Videos, für die der Video-Sharing-Plattform-Anbieter keine redaktionelle Verantwortung trägt, der Allgemeinheit über elektronische Kommunikationsnetze im Sinne des Artikels 2 Buchstabe a der



YouTube, TikTok, Facebook oder Dailymotion).³¹¹ Ein wesentlicher Unterschied zwischen dem traditionellen Fernsehen, das „einfach nur“ online übertragen wird, und den meisten speziell entwickelten Online-Streaming-Diensten ist die Linearität des Programms: Während das traditionelle Fernsehen Programme mit festen Sendezeiten ausstrahlt, bieten die meisten Streaming-Dienste nicht-lineares Video-on-Demand, bei dem die Verbraucherinnen und Verbraucher entscheiden können, wann sie welche Inhalte sehen wollen.³¹² Jüngste Untersuchungen zeigen, dass lineares Fernsehen und nicht-lineare Streaming-Dienste mit vergleichbaren Arten von Inhalten zumindest teilweise um dieselben Verbraucher (und, bei werbefinanzierten Diensten, Werbekunden) konkurrieren.³¹³ Umstritten ist, ob Video-Sharing-Plattformen sowohl mit dem traditionellen Fernsehen als auch mit Video-on-Demand (VoD) konkurrieren, denn es heißt ja, sie böten ganz andere Inhalte an, die andere Verbraucher ansprechen und/oder für andere Konsumzwecke bestimmt sind.³¹⁴ Anstelle von Filmen, Serien und Features sehen die Nutzerinnen und Nutzer von Video-Sharing-Plattformen vor allem kürzere Videos (insbesondere Musikvideos und Tutorials), nicht-kommerzielle Inhalte (Katzen-/Witzvideos usw.) und kommerzielle Inhalte von Social-Media-Stars (darunter Unboxing-Videos, Lifestyle- und Beauty-Inhalte sowie Videospiele und E-Sport).³¹⁵ Jüngste Untersuchungen zeigen jedoch, dass von Video-Sharing-Plattformen, ungeachtet dieser Unterschiede, ein erheblicher Wettbewerbsdruck sowohl auf das traditionelle Fernsehen

Richtlinie 2002/21/EG zur Information, Unterhaltung oder Bildung bereitzustellen, und deren Organisation vom Video-Sharing-Plattform-Anbieter bestimmt wird, auch mit automatischen Mitteln oder Algorithmen, insbesondere durch Anzeigen, Tagging und Festlegung der Abfolge“.

³¹¹ Zu Kategorisierungen von Geschäftsmodelltypen siehe u. a. Lindstädt-Dreusicke, N. und Budzinski, O., „The Video-on-demand Market in Germany – Dynamics, Market Structure and the (Special) Role of YouTube“, *Journal of Media Management and Entrepreneurship* 2(1), 2020, 108-123, <http://dx.doi.org/10.4018/JMME.2020010107>. Zu beachten ist, dass sich Geschäftsmodelle weiterentwickeln und Mischmodelle sowie Modellinnovationen möglich sind; zudem können Geschäftsmodelle in Zukunft konvergieren, sodass bisherige Klassifizierungen unter Umständen obsolet werden. Gleiches gilt für die alternative Klassifizierung in einzelhandelsartige Videoübertragungen („Streaming“) und marktplatzartige Video-Sharing-Dienste.

³¹² Zu beachten ist, dass einige Inhaltstypen, etwa Liveübertragungen von Sportereignissen, auch in Online-Streaming-Katalogen ein festes Zeitfenster haben.

³¹³ Siehe Prince, J. und Greenstein, S., „Measuring Consumer Preferences for Video Content Provision via Cord-Cutting Behavior“, *Journal of Economics & Management Strategy* 26(2), 2017, 293-317, <https://doi.org/10.1111/jems.12181>; McKenzie, J. et al., „Experimental Evidence on Demand for ‘On-demand’ Entertainment“, *Journal of Economic Behavior and Organization* 161, 2019, 98-113, <https://doi.org/10.1016/j.jebo.2019.03.017>; Budzinski, O., Gaenssle, S. und Lindstädt, N., „The Battle of YouTube, TV and Netflix – An Empirical Analysis of Competition in Audio-visual Media Markets“, *Ilmenau Economics Discussion Papers* 26(137), 2020, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3569553>.

³¹⁴ Für eine aktuelle Zusammenfassung der Kontroverse siehe Budzinski, O. und Lindstädt-Dreusicke, N., „Antitrust Policy in Video-on-Demand Markets: The Case of Germany“, *Journal of Antitrust Enforcement* 8(3), 2020, 606-626, <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnaa001>.

³¹⁵ Zur Kommerzialisierung und Professionalität audiovisueller Inhalte im Zusammenhang mit Social-Media-Stars siehe Budzinski, O. und Gaenssle, S., „The Economics of Social Media (Super-)Stars: An Empirical Investigation of Stardom and Success on YouTube“, *Journal of Media Economics*, 31(3-4), 2020, 75-95, <https://doi.org/10.1080/08997764.2020.1849228>; Gaenssle, S. und Budzinski, O., „Stars in Social Media: New Light Through Old Windows?“, *Journal of Media Business Studies* 18(2), 2021, 79-105, <https://doi.org/10.1080/16522354.2020.1738694>; Gaenssle, S., „Attention Economics of Instagram Stars: #Instafame und Sex Sells?“ *Ilmenau Discussion Papers* 27(150), 2021, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3861486>.



als auch auf On-demand Bewegtbilddienste ausgeht.³¹⁶ Daher werde ich in der folgenden Analyse nicht zwischen den Teilmärkten des audiovisuellen Sektors unterscheiden. Stattdessen werde ich von Video-Streaming-Diensten oder Video-on-Demand-Diensten (VoD-Diensten) sprechen, um sowohl Video-Sharing-Plattformen als auch audiovisuelle Mediendienste auf Abruf zu erfassen.

7.2. Wettbewerb und Gatekeeper in der digitalen Wirtschaft: ökonomische Grundlagen

In Bezug auf Medienmärkte wird Gatekeeping seit Langem vor allem mit zwei Problemen in Verbindung gebracht: (i) mit der Macht von Redaktionen, das auszuwählen, was das Publikum von Fernsehen, Radio und (gedruckten) Zeitungen zu sehen, zu hören und zu lesen bekommt, und (ii) mit der Macht von (meist) staatlichen Stellen, terrestrischen Radio- und Fernsehsendern knappe Frequenzen zuzuweisen.³¹⁷ In diesem Sinne bezieht sich Gatekeeping also auf die Fähigkeit, den Fluss oder Umlauf von Informationen zu hemmen oder zu fördern, sodass eine bestimmte Art von Marktmacht entsteht.³¹⁸ Diese Marktmacht manifestiert sich in der (allerdings nicht perfekten) Fähigkeit, zu bestimmen, welche Inhalte die Aufmerksamkeit eines großen Publikums finden können und welche nicht, oder anders ausgedrückt: „Gatekeeper (...) kontrollieren in Medienmärkten den Zugang zum Publikum“.³¹⁹ Allerdings sind die beiden obigen Probleme des traditionellen Gatekeeping in den Medienmärkten im digitalen Zeitalter weitgehend verschwunden: Das Internet ermöglicht allen (zumindest technisch), ihre Inhalte zu veröffentlichen, und durch die Digitalisierung werden weniger knappe Frequenzen benötigt, um das Publikum zu erreichen. Diese Entwicklung hat Zweifel an der Bedeutung des Gatekeeping in digitalen Medienmärkten geweckt.³²⁰

Im Gegensatz dazu zeigt das empirische Bild mehrere Unternehmen, die eindeutig Gatekeeper in dem Sinne sind, dass sie den Zugang zum Publikum, Verbraucherinnen und

³¹⁶ Siehe Budzinski, O., Gaenssle, S. und Lindstädt-Dreusicke, N., „The Battle of YouTube, TV and Netflix – An Empirical Analysis of Competition in Audio-visual Media Markets“, *Ilmenau Economics Discussion Papers* 26(137), 2020, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3569553>.

³¹⁷ Siehe u. a. die Übersicht von Heinderyckx, F. und Vos, T., „Reformed Gatekeeping“, *Communication & Media* 11(38), 2016, 29-46, <https://dx.doi.org/10.5937/comman11-10306>.

³¹⁸ Siehe Heinderyckx, F. und Vos, T., „Reformed Gatekeeping“, *Communication & Media* 11(38), 2016, 29-46, <https://dx.doi.org/10.5937/comman11-10306>.

³¹⁹ Gaenssle, S. und Budzinski, O., „Stars in Social Media: New Light Through Old Windows?“, *Journal of Media Business Studies*, 18(2), 2021, 79-105, S. 90, <https://doi.org/10.1080/16522354.2020.1738694>.

³²⁰ Siehe Heinderyckx, F. und Vos, T., „Reformed Gatekeeping“, *Communication & Media* 11(38), 2016, 29-46, <https://dx.doi.org/10.5937/comman11-10306> sowie Gaenssle, S. und Budzinski, O., „Stars in Social Media: New Light Through Old Windows?“, *Journal of Media Business Studies* 18(2), 2021, 79-105, <https://doi.org/10.1080/16522354.2020.1738694>. Beide widersprechen zwar der Vorstellung, dass die digitalen Medienmärkte von Gatekeeping frei seien, verweisen aber auf die skeptische Literatur.



Verbrauchern oder anderen relevanten Gruppen von Marktteilnehmenden effektiv kontrollieren.³²¹

- Google Search beherrscht den Markt für (horizontale) Suchmaschinen in vielen Teilen der Welt, oft mit Marktanteilen von über 80% oder sogar 90%. Außerdem kontrolliert die Alphabet-Google-Gruppe große Teile des Informationsflusses auf den Märkten für Online-Werbung.³²²
- Wer Smartphone-Apps nutzen oder verkaufen möchte, ist de facto gezwungen, die Marktplätze The Apple App Store für Apple-Geräte (100%) und GooglePlay für Android-Geräte (Marktanteile von oft mehr als 90%) zu nutzen. Dies verschafft diesen Marktplananbietern Macht über (i) die Apps, die die Nutzerinnen und Nutzer einsetzen können, und (ii) den Fluss von Informationen über Verkäufe, Nutzerreaktionen und anderen Daten an die App-Hersteller.³²³
- Die Facebook-Gruppe (zu der auch Instagram und WhatsApp gehören) kontrolliert die Verbreitung von Informationen in sozialen Netzwerken in beträchtlichem Umfang – wobei der Aufstieg von TikTok diese Position in Frage stellen könnte.³²⁴
- Amazon kontrolliert mit seinem Online-Marktplatz („Marketplace“) insbesondere den Informationsfluss zu den dort vertretenen Shops, aber – aufgrund dieses Informationsvorsprungs – auch, welche Produkte das Unternehmen selbst anbietet und welche Produkte den anderen Shops im Marktplatz überlassen

³²¹ Siehe zu den folgenden Fällen u. a. Crémer, J., de Montjoye, Y.A. und Schweitzer, H., *Competition Policy for the Digital Era*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2019, <http://dx.doi.org/10.2763/407537>; Marsden, P. und Podszun, R. (2020), *Restoring Balance to Digital Competition – Sensible Rules, Effective Enforcement*. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, <https://www.kas.de/documents/252038/7995358/Restoring+Balance+to+Digital+Competition+%E2%80%93+Sensible+Rules%2C+Effective+Enforcement.pdf/7cb5ab1a-a5c2-54f0-3dcd-db6ef7fd9c78?version=1.0&t=1601365173489>; Bougette, P., Budzinski, O. und Marty, F., „Exploitative Abuse and Abuse of Economic Dependence: What Can We Learn from an Industrial Organization Approach?“ *Revue d'Economie Politique* 129(2), 2019, 261-286, https://www.cairn-int.info/article.php?ID_ARTICLE=E_RED_P_292_0261; Budzinski, O., Grusevaja, M. und Noskova, V., „The Economics of the German Investigation of Facebook’s Data Collection“, *Market and Competition Law Review* 5(1), 2021, 43-80, <https://doi.org/10.34632/mclawreview.2021.10008>.

³²² Siehe European Commission, *Case AT.39740 – Google Shopping*, Brüssel 2017, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf.

³²³ Siehe Geradin, D. und Katsifis, D., „The Antitrust Case Against the Apple App Store“, TILEC Discussion Paper No. DP2020-039, 2020, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3583029>; Marty, F. und Pillot, J., „Cooperation, Dependence, and Eviction: How Platform-to-business Competition Relationships Should Be Addressed in Mobile Telephony Ecosystems“, in: D. Bosco und M. Gal (eds.), *Challenges to Assumptions in Competition Law*, Cheltenham: Elgar 2021, 2-22; Budzinski, O., Gaenssle, S. und Lindstädt-Dreusicke, N., „Wettbewerb und Antitrust in Unterhaltungsmärkten“, in: O. Budzinski, J. Haucap, A. Stöhr und D. Wentzel (eds.), *Zur Ökonomik von Sport, Entertainment und Medien – Schnittstellen und Hintergründe*, Berlin: DeGruyter 2021, 111-143.

³²⁴ Siehe Podszun, R., „Regulatory Mishmash? Competition Law, Facebook and Consumer Protection“, *Journal of European Consumer and Market Law* 8(2), 2019, 49-52, <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Journal+of+European+Consumer+and+Market+Law/8.2/EuCML2019010>; Buiten, M. C., „Exploitative Abuses in Digital Markets: Between Competition Law and Data Protection Law“, *Journal of Antitrust Enforcement* 9, 2021, <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnaa041>; Budzinski, O., Grusevaja, M. und Noskova, V., „The Economics of the German Investigation of Facebook’s Data Collection“, *Market and Competition Law Review* 5(1), 2021, 43-80, <https://doi.org/10.34632/mclawreview.2021.10008>; Kerber, W. und Zolna, K., *The German Facebook Case: The Law and Economics of the Relationship between Competition and Data Protection Law*, 2020, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3719098>.



werden. Über seine Suchfunktion und sein Ranking beeinflusst das Unternehmen auch maßgeblich, auf welche Angebote die Verbraucher aufmerksam gemacht werden.³²⁵

Die ersten drei Beispiele in dieser (unvollständigen und exemplarischen) Liste sind klar mit marktbeherrschenden Stellungen verbunden, während dies beim Amazon Marketplace schwieriger ist, da der relevante Markt hier nicht eindeutig bestimmt werden kann. (Sind Online-Shops auf anderen Märkten aktiv als Offline-Shops, wenn sie relativ ähnliche Waren verkaufen?) Dies steht im Einklang mit der traditionellen Ökonomik, die hier zu dem Schluss kommen würde, dass ein wirksamer Wettbewerb die Ballung von Gatekeeping-Macht verhindern sollte. Das digitale Zeitalter und das spezielle Geschäft der Online-Dienste haben jedoch auch die Entwicklung ökonomischer Theorien vorangetrieben. Dabei sind vor allem drei spezifische Theorieströmungen zur Digitalisierung bzw. zum Online-Geschäft entstanden.³²⁶

- Plattformökonomik:³²⁷ Online-Dienste können Plattformmerkmale aufweisen, die definiert sind als (i) Ausrichtung auf zwei oder mehr unterschiedliche und unterscheidbare Kundengruppen, die (ii) durch indirekte Netzwerkeffekte miteinander verbunden sind, wobei (iii) relevante Transaktionskosten eine direkte Selbstkoordination zwischen den Kundengruppen erschweren. Sowohl Offline- als auch Online-Medien können Plattformmerkmale aufweisen, wenn sie zumindest teilweise werbefinanziert sind.³²⁸ Ein Beispiel hierfür ist das werbefinanzierte kommerzielle Fernsehen. Hier sind die beiden Kundengruppen des Fernsehunternehmens die Zuschauenden und die Werbetreibenden. Für die Werbetreibenden steigt der Wert einer Fernsehsendung mit der Zuschauerzahl (insgesamt oder aus bestimmten Zielgruppen), was einen positiven indirekten Netzwerkeffekt von der Kundengruppe der Zuschauenden zur Kundengruppe der Werbetreibenden darstellt.³²⁹ Gleiches gilt für werbefinanzierte Online-Inhalte (wie YouTube-Videostreaming). Auf den Medienmärkten ist der Plattformcharakter jedoch nicht inhärent, anders als auf den Märkten, für welche die Plattformökonomik ursprünglich entwickelt wurde (z. B. Zahlungssysteme,

³²⁵ Siehe Budzinski, O. und Köhler, K.H., „Is Amazon The Next Google?“ *ORDO*, 66(1), 2015, 263-288; Khan, L.M., „Amazon’s Antitrust Paradox“, *The Yale Law Journal*, 126(3), 2017, 710-805.

³²⁶ Für einen Überblick über die Ökonomik der modernen Medienindustrie siehe Budzinski, O. und Kuchinke, B.A., „Industrial Organization of Media Markets and Competition Policy“, in: M.B. von Rimscha (ed.), *Management and Economics of Communication*, Berlin: DeGruyter 2020, 21-45.

³²⁷ Siehe u. a. Armstrong, M., „Competition in Two-sided Markets“, *The RAND Journal of Economics* 37(3), 2006, 668-691; Caillaud, B. und B. Jullien. „Chicken & Egg: Competition among Intermediation Service Providers“, *The RAND Journal of Economics* 34(2), 2003, 309-328.; Evans, D.S. und R. Schmalensee; „The Antitrust Analysis of Multisided Platform Businesses“, in: R.D. Blair und D.D. Sokol (eds.), *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Oxford: Oxford University Press 2015, 404-447; Haucap, J. und T. Stühmeier, „Competition and Antitrust in Internet Markets“, in: J.M. Bauer und M. Latzer (eds.), *Handbook on the Economics of the Internet*, Cheltenham: Edward Elgar 2016, 183-210; Rochet, J.-C. und J. Tirole, „Platform Competition in Two-sided Markets“, *Journal of the European Economic Association* 1(4), 2003, 990-1029.

³²⁸ Siehe Anderson, S.P. und J.J. Gabszewicz, „The Media and Advertising: A Tale of Two-sided Markets“, *Handbook of the Economics of Art and Culture* 1, 2006, 567-614.

³²⁹ Nicht so klar ist der umgekehrte Effekt: Legt das Publikum Wert auf mehr Werbung?



Partnervermittlungen). Es handelt sich vielmehr um ein bewusst gewähltes Geschäftsmodell. Spotify etwa betreibt ein Plattformmodell (die werbefinanzierte Basisversion) neben einem klassischen Händlermodell (die mit kostenpflichtigen Nutzerabonnements finanzierte Premiumversion). Die Plattformökonomik erklärt also nicht alle Elemente, die auf den Medienmärkten im Allgemeinen und auf den VoD-Streaming-Märkten im Besonderen zu finden sind. Während eine Video-Sharing-Plattform einer Plattform im ökonomischen Sinne ähnelt, basiert ein werbefreier abonnementbasierter audiovisueller Mediendienst auf Abruf auf einem eher traditionellen Einzelhandelsmodell (Kauf von Übertragungsrechten von vorgelagerten Anbietern und Verkauf von Streaming-Diensten an eine Kundengruppe – die Zuschauenden –, die direkt über eine Monatspauschale bezahlt). Zu den bemerkenswerten Implikationen der Plattformökonomik gehört unter anderem eine asymmetrische Preisstruktur, bei der die Kundengruppe, die den stärksten indirekten Netzeffekt erzeugt, einen sehr niedrigen Preis (unter Umständen sogar überhaupt nichts) zahlt, während die andere Kundengruppe einen wesentlich höheren Preis zahlt und die Einnahmen für die Plattform generiert. Darüber hinaus stellen indirekte Netzwerkeffekte nachfrageseitige Größenvorteile dar, sodass Plattformmärkte – in Kombination mit anderen Faktoren wie direkten Netzwerkeffekten³³⁰ – zu einer engen oligopolistischen Marktstruktur tendieren können, bei der manchmal ein einziges Unternehmen den Markt beherrscht (wie in den obigen Beispielen von Google Search oder der Facebook-Gruppe). Somit können Plattformen durch die Zunahme von horizontaler Marktmacht die Entstehung von Gatekeepern begünstigen.

- Datenökonomik:³³¹ Einer der deutlichsten Unterschiede zwischen Offline- und Online-Medienmärkten ist die Verfügbarkeit und kommerzielle Nutzung personalisierter Nutzerdaten. Zu diesen Daten gehören (i) einfache Registrierungsdaten (wie E-Mail-Adressen, Namen, Geschlecht, Alter, Wohnort, Konto-/Zahlungsinformationen usw.), (ii) erweiterte Verhaltensdaten (wie individuelle Browser-, Such- und Kaufverläufe, Postings, Kommentare, Bewertungen/„Likes“ usw.) und (iii) abgeleitete Daten durch Zusammenführung der einfachen und erweiterten personalisierten Daten mit anderen Informationen, einschließlich Vergleichen mit ähnlichen Personen. Die Analyse der letzteren ergibt mehr oder weniger genaue individuelle Konsummuster, aus denen sich sinnvolle Hypothesen über individuelle Verbraucherpräferenzen ableiten lassen.

³³⁰ Siehe Katz, M.L. und Shapiro, C., „Network Externalities, Competition, and Compatibility“, *The American Economic Review* 75(3), 1985, 424-440; Katz, M.L. und Shapiro, C., „Systems Competition and Network Effects“, *Journal of Economic Perspectives* 8(2), 1994, 93-115.

³³¹ Siehe u. a. Acquisti, A., C.R. Taylor und L. Wagman, „The Economics of Privacy“, *Journal of Economic Literature* 54(2), 2016, 442-492, <http://dx.doi.org/10.1257/jel.54.2.442>; Budzinski, O. und Kuchinke, B.A., „Industrial Organization of Media Markets and Competition Policy“, in: M.B. von Rimscha (ed.), *Management and Economics of Communication*, Berlin: DeGruyter 2020, 21-45; Hirshleifer, J., „Privacy: Its Origin, Function, and Future“, *The Journal of Legal Studies* 9(4), 1980, 649-664; Kerber, W., „Digital Markets, Data, and Privacy: Competition Law, Consumer Law and Data Protection“, *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 11(11), 2016, 856-866; Posner, R.A., „The Economics of Privacy“, *American Economic Review* 71(2), 1981, 405-409; Taylor, C.R., „Consumer Privacy and the Market for Customer Information“, *The RAND Journal of Economics* 35(4), 2004, 631-650; Hermalin, B.E. und Katz, M.L., „Privacy, Property Rights and Efficiency: The Economics of Privacy as Secrecy“, *Quantitative Marketing and Economics* 4(3), 2006, 209-239.



Diese abgeleiteten hypothetischen Konsummuster und Präferenzvermutungen spielen bei kommerziellen datenbasierten Geschäftsmodellen eine wichtige Rolle. Sie können gewinnbringend eingesetzt werden, um erstens Waren und Dienstleistungen entsprechend den vermuteten Nutzerpräferenzen zu personalisieren. Streaming-Dienste personalisieren insbesondere Such- und Empfehlungsdienste (in der Regel auf der Grundlage von Algorithmen), sodass die Nutzer auf einfache Weise Inhalte finden, die sie vermutlich mögen (Ergebnislisten mit individuellem Ranking als Antwort des Systems auf eine Suchanfrage), und Empfehlungen zu anderen Inhalten bekommen, die ihnen wahrscheinlich gefallen (proaktive individuelle Empfehlungslisten).³³² Dies steigert die Zufriedenheit der Nutzer und führt dazu, dass sie nicht nur mehr Zeit mit dem Streaming von Inhalten verbringen, sondern etwa auch loyaler werden, bereitwilliger zahlen und mehr personalisierte Daten liefern. Zweitens können die Ergebnisse der komplexen Datenanalysen an interessierte Dritte verkauft werden. Streaming-Dienste verkaufen die Ergebnisse der Datenanalysen beispielsweise an Unternehmen, die sich mit ihrer Werbung an bestimmte Zielgruppen richten wollen (gezielte Werbung),³³³ oder an vorgelagerte Unternehmen wie Inhaltsproduzenten (die mehr darüber wissen wollen, was die Streaming-Nutzer mögen und wie sie sich verhalten). Drittens können personalisierte Daten für datenbasierte Preisdiskriminierung auf individueller Ebene verwendet werden. Soweit mir bekannt ist, setzen Streaming-Dienste datenbasierte Preisdiskriminierung derzeit jedoch nicht in nennenswertem Umfang ein. Zu den bemerkenswerten Implikationen der Datenökonomik gehören unter anderem die Bedeutung des vertikalen Informationsflusses durch die Lieferkette und die Anreize, diesen zu verzerren. In diesem Rahmen zeigt sich Gatekeeping als die Fähigkeit, (vertikale) Informationsflüsse und Anreize zu deren gewinnbringender Verzerrung zu kontrollieren – und nicht unbedingt durch traditionelle horizontale Marktmacht oder durch Tendenzen zur horizontalen Marktbeherrschung allein. Gatekeeping-Effekte treten durch vertikale Integration schon viel früher auf, werden aber durch die Marktkonzentration natürlich noch verschärft.

- **Aufmerksamkeitsökonomik:**³³⁴ Letztendlich konkurriert der audiovisuelle Sektor um die Aufmerksamkeit der Zuschauenden – wie viele andere Offline- und Online-

³³² Eine eingehende Analyse des Gutes „Such- und Empfehlungsdienstes“ findet sich in Budzinski, O., Gaenssle, S. und Lindstädt-Dreusicke, N., „Data (R)Evolution – The Economics of Algorithmic Search & Recommender Services“, erscheint in Kürze in: S. Baumann (ed.), *Handbook of Digital Business Ecosystems*, Cheltenham: Elgar 2021.

³³³ In diesem Fall treffen Plattformökonomie und Datenökonomie aufeinander. Während sich die Plattformökonomie auf den indirekten Netzwerkeffekt konzentriert, der sich aus der Gewinnung des Publikums für das Zahlungsbereitschaftsmodell von Werbetreibenden ergibt, betrachtet die Datenökonomie dasselbe Phänomen als Verkauf von Informationen (d. h. wo und wie die anzusprechenden Verbraucher zu finden sind) an einen Dritten (indirekt, wenn der Streaming-Dienst auch die entsprechende Platzierung der Werbung anbietet).

³³⁴ Siehe u. a. Falkinger, J., „Limited Attention as a Scarce Resource in Information-Rich Economies“, *The Economic Journal* 118(532), 2008, 1596-1620; Anderson, S.P. und A. de Palma, „Competition for Attention in the Information (Overload) Age“, *The RAND Journal of Economics* 43(1), 2012, 1-25; Taylor, G., „Scarcity of Attention for a Medium of Abundance“, in: M. Graham und W.H. Dutton (eds.), *Society and the Internet: How Networks of Information and Communication are Changing Our Lives*, Oxford University Press 2014, 257-271;



Dienste auch. Während die Aufmerksamkeit knapp ist, führt allein das Informationsangebot im Internet zu einer grundlegenden Informationsüberlastung. Die Aufmerksamkeitsökonomik impliziert also, dass zwar das Anbieten von Inhalten auf dem Markt oft nicht mit relevanten (technologischen) Hürden verbunden ist, die wichtigere Eintrittshürde aber darin besteht, Aufmerksamkeit zu erregen und zu erhalten („Audience Building“).³³⁵ Nur ein Bruchteil der audiovisuellen Inhalte erhält von den Verbrauchern so viel Aufmerksamkeit, dass sie tatsächlich bei Konsumententscheidungen zur Option werden, – und noch weniger Inhalte sind wirklich erfolgreich. Hinzu kommen bei erfolgreichen Inhalten selbstverstärkende Effekte: Verschiedene Netzwerkeffekte führen dazu, dass einige wenige Inhalte zu Konsum-Superstars werden.³³⁶ So überblicken die Verbraucher nur einen kleinen Teil des tatsächlichen Inhaltsportfolios und daher ist die Markttransparenz de facto gering. Die Verbraucher brauchen Unterstützung in Form einer Vorstrukturierung, um die Informationsüberlastung zu bewältigen, können aber die Qualität solcher Dienste nur unvollkommen beurteilen. Insbesondere mit ihren auf Algorithmen basierenden Such- und Empfehlungssystemen treffen Streaming-Dienste für die Nutzerinnen und Nutzer eine Vorauswahl – eine moderne Version dessen, was früher in der traditionellen Medienwelt die Redaktionen taten, allerdings mit deutlich anderen Auswahlkriterien.³³⁷ Zu den bemerkenswerten Implikationen der Aufmerksamkeitsökonomik gehört unter anderem, dass die Vorstrukturierung von Informationsflüssen und die Vorauswahl von Inhalten ein notwendiges Element einer informationsreichen Gesellschaft sind. Dies erfordert jedoch eine gewisse Kontrolle über die Informationsflüsse und führt in Verbindung mit der unvollkommenen Qualitätsbeurteilungskompetenz der Verbraucher zwangsläufig zu einer gewissen Gatekeeping-Macht (d. h. zu einem begrenzten Spielraum für eine vom Verbraucher unbemerkte Verzerrung des Informationsflusses

Che, Y.-K. und Mierendorff, K., „Optimal Dynamic Allocation of Attention“, *American Economic Review* 109(8), 2019, 2993-3029, <http://dx.doi.org/10.1257/aer.2017.1000>; Boik, A., Greenstein, S.M. und Prince, J., „The Empirical Economics of Online Attention“, Kelley School of Business Research Paper No. 22427, 2017, <http://www.nber.org/papers/w22427.pdf>; Gaenssle, S., „Attention Economics of Instagram Stars: #Instafame and Sex Sells?“, *Ilmenau Discussion Papers* 27(150), 2021, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3861486>.

³³⁵ Siehe Budzinski, O. und Gaenssle, S., „The Economics of Social Media (Super-)Stars: An Empirical Investigation of Stardom and Success on YouTube“, *Journal of Media Economics* 31(3-4), 2020, 75-95, <https://doi.org/10.1080/08997764.2020.1849228>; Gaenssle, S., „Attention Economics of Instagram Stars: #Instafame and Sex Sells?“, *Ilmenau Discussion Papers* 27(150), 2021, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3861486>.

³³⁶ Siehe in Bezug auf Online-Inhalte Budzinski, O. und Gaenssle, S., „The Economics of Social Media (Super-)Stars: An Empirical Investigation of Stardom and Success on YouTube“, *Journal of Media Economics* 31(3-4), 2020, 75-95, <https://doi.org/10.1080/08997764.2020.1849228>; Gaenssle, S. und Budzinski, O., „Stars in Social Media: New Light Through Old Windows?“, *Journal of Media Business Studies* 18(2), 2021, 79-105, <https://doi.org/10.1080/16522354.2020.1738694>.

³³⁷ Siehe Budzinski, O., Gaenssle, S. und Lindstädt-Dreusicke, N., „Data (R)Evolution – The Economics of Algorithmic Search & Recommender Services“, erscheint in Kürze in: S. Baumann (ed.), *Handbook of Digital Business Ecosystems*, Cheltenham: Elgar 2021; Belleflamme, P. und Peitz, M., „Ratings, Reviews, Recommendations and the Consumption of Cultural Goods“, in: R. Towse und T. Navarrete Hernández (eds.), *Handbook of Cultural Economics*, 3. Aufl., Cheltenham: Elgar 2020, 466-473.



entsprechend den eigenen Profitinteressen³³⁸) – unabhängig von der Marktmacht. Die Ansammlung von Inhalten, auf die die Verbraucher aufmerksam gemacht werden, wird einerseits durch die Personalisierung und Individualisierung von Such- und Empfehlungsdiensten (die das Spektrum der auf Spitzenplätzen gelisteten Inhalte über alle Nutzer hinweg erhöhen) begrenzt, aber andererseits gefördert durch inhaltsbezogene Superstar-Effekte und den Wunsch der Verbraucher nach One-Stop-Shopping und Single-Homing, d. h. nach Vermeidung des lästigen Umgangs mit mehreren Abonnements bei verschiedenen Streaming-Diensten.

Die folgende Diskussion von Gatekeeping-Effekten auf VoD-Märkten stützt sich auf diese Theorieelemente.

7.3. Wettbewerb und Gatekeeping auf Streaming-Märkten

Gegenwärtig sind die VoD-Märkte durch intensiven Wettbewerb und häufige Markteinstiege von Newcomern gekennzeichnet.³³⁹ So wurden die eher sklerotischen Marktstrukturen des traditionellen Fernsehens durch eine Welle neuer Konkurrenz durch die verschiedenen Arten von Online-Streaming-Diensten erschüttert. Diese Erhöhung des Wettbewerbsdrucks und die Wiederbelebung des Wettbewerbs im audiovisuellen Sektor sind aus Sicht der gesellschaftlichen Wohlfahrt zu begrüßen. Doch bedeutet das Fehlen eines einzelnen marktbeherrschenden Anbieters wie auf den Märkten für Suchmaschinen oder soziale Netzwerke automatisch, dass es auf den VoD- bzw. Streaming-Märkten keine Gatekeeping-Macht gibt? Beschränkt sich das zugrunde liegende ökonomische Denken auf die Plattformökonomik, so wird horizontale Marktmacht in der Tat zum entscheidenden Faktor für eine Gatekeeping-Macht, die wettbewerbswidrig missbraucht werden kann. Nur wenn der Wettbewerb zwischen den Plattformen nicht nachhaltig ist, wird letztlich wohl eine Plattform dominieren. Mit anderen Worten: Nur wenn die Merkmale der Streaming-Märkte die Relevanz der Plattformgröße stark genug begünstigen, dürfte horizontale Marktmacht in Zukunft zu Gatekeeping führen. Einerseits ist unklar, und wohl auch

³³⁸ Wenn die Abweichung von optimalen Suchergebnissen und Empfehlungen klein genug ist, werden die Verbraucher keine Qualitätseinbußen bemerken und den Dienst nicht verlassen. Außerdem ist die Sensitivität der Verbraucher (Empfehlungselastizität der Nachfrage) individuell verschieden. Siehe Budzinski, O., Gaenssle, S. und Lindstädt-Dreusicke, N., „Data (R)Evolution – The Economics of Algorithmic Search & Recommender Services“, erscheint in Kürze in: S. Baumann (ed.), *Handbook of Digital Business Ecosystems*, Cheltenham: Elgar 2021.

³³⁹ Siehe Aguiar, L. und Waldfogel, J., „Netflix: Global Hegemon or Facilitator of Frictionless Digital Trade?“, *Journal of Cultural Economics* 42(3), 2018, 419-445, <https://doi.org/10.1007/s10824-017-9315-z>; Lindstädt-Dreusicke, N. und Budzinski, O., „The Video-on-demand Market in Germany – Dynamics, Market Structure and the (Special) Role of YouTube“, *Journal of Media Management and Entrepreneurship* 2(1), 2020, 108-123, <http://dx.doi.org/10.4018/JMME.2020010107>; Budzinski, O. und Lindstädt-Dreusicke, N., „Antitrust Policy in Video-on-Demand Markets: The Case of Germany“, *Journal of Antitrust Enforcement* 8(3), 2020, 606-626, <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnaa001>; Budzinski, O., Gaenssle, S. und Lindstädt-Dreusicke, N., „The Battle of YouTube, TV and Netflix – An Empirical Analysis of Competition in Audio-visual Media Markets“, *Ilmenau Economics Discussion Papers* 26(137), 2020, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3569553>.



zweifelhaft, ob direkte und indirekte Netzwerkeffekte stark genug sind, um langfristig eine natürliche Dynamik in Richtung einer zwangsläufig dominierenden Streaming-Plattform in Gang zu setzen. Andererseits können potenziell starke Präferenzen für Single-Homing und One-Stop-Shopping sowie strategische Elemente wie künstliche Inkompatibilitäten zwischen Plattformen und absichtlich erhöhte Wechselkosten einen Konzentrationsprozess hin zu einer einzigen dominierenden Streaming-Plattform begünstigen (langfristig, denn kurzfristig ist dies eindeutig nicht in Sicht). Darüber hinaus verursachen bei digitalen Gütern Entfernungen und Geografie keine relevanten Kosten mehr, sodass der Spielraum für getrennte regionale Märkte schwindet – abgesehen von den verbleibenden sprachlichen und kulturellen Hürden.³⁴⁰ Daher ist es verständlich, dass relevante oder dringende Bedenken gegen Gatekeeper auf Streaming-Märkten bei einer plattformzentrierten Sicht übersehen werden.

Moderne Erkenntnisse aus der Daten- und der Aufmerksamkeitsökonomik verändern jedoch die Perspektive. Danach verschärft horizontale Marktmacht sicherlich die Bedenken gegen Gatekeeper, doch auch weit unterhalb jeglicher Schwelle zur gemeinsamen Marktbeherrschung dürften schon relevante Gatekeeper entstehen. Die Datenökonomik weist auf die Bedeutung der vertikalen Integration als hinreichende Bedingung für Bedenken gegen wohlfahrtssenkendes Gatekeeping hin.³⁴¹ Sobald Streaming-Dienste mit vorgelagerten Inhaltsproduzenten unternehmerisch vereint sind, haben sie Anreize, ihre Gatekeeper-Position zu missbrauchen. Derartige Missbräuche können in Abschottungsstrategien bestehen, etwa in der Verweigerung des Zugangs zu dem Streaming-Dienst für die Inhalte vorgelagerter Wettbewerber („Blackout“ vorgelagerter Wettbewerber oder Entfernung ihrer Inhalte aus dem Angebot) – eine Strategie, die sich besonders gut gegen kleinere Wettbewerber und neu aufkommende, besonders innovative Konkurrenten auf den vorgelagerten Inhaltsmärkten eignet. Eine ähnliche Wirkung lässt sich mit diskriminierenden Zugangsbedingungen erzielen, darunter datenbasierte Varianten wie die Blockierung der Übermittlung von Absatzdaten oder Kundeninformationen an Wettbewerber von Produzenten eigener Inhalte auf der vorgelagerten Ebene.³⁴²

³⁴⁰ Siehe Gaenssle, S. et al., „Conquering the Box Office: Factors Influencing Success of International Movies in Russia“, *Review of Network Economics* 17(4), 2019, 245-266, <https://doi.org/10.1515/rne-2019-0017>.

³⁴¹ Siehe auch die neuere wirtschaftstheoretische Literatur zu der Frage, wann Anreize für eine Abschottung und/oder Selbstpräferenzierung bestehen: Bourreau, M. und Gaudin, G., „Streaming Platform and Strategic Recommendation Bias“, 2018, <https://ssrn.com/abstract=3290617>; Crawford, G.S., Lee, R.S., Whinston, M.D. und Yurukoglu, A., „The Welfare Effects of Vertical Integration in Multichannel Television Markets“, *Econometrica* 86(3), 2018, 891-954, <https://doi.org/10.3982/ECTA14031>; De Cornière, A. und Taylor, G., „A Model of Biased Intermediation“, *The Rand Journal of Economics* 50(4), 2019, 854-882, <https://doi.org/10.1111/1756-2171.12298>; Hagiu, A., Teh, T.-H. und Wright, J., „Should Platforms be Allowed to Sell on their Own Marketplaces?“, Working Paper, 2020, http://andreihagiu.com/wp-content/uploads/2020/08/DualModePlatform_20200818.pdf; Padilla, J., Perkins, J. und Piccolo, S., „Self-Preferencing in Markets with Vertically-Integrated Gatekeeper Platforms“, *CSEF Working Paper* 582, 2020, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3701250>; Marty, F., „Competition and Regulatory Challenges in Digital Markets: How to Tackle the Issue of Self-Preferencing“, GREDEG Working Paper, 2021, <http://www.gredeg.cnrs.fr/working-papers/GREDEG-WP-2021-20.pdf>.

³⁴² Siehe Salop, S.C., „Invigorating Vertical Merger Enforcement“, *The Yale Law Journal* 127(7), 2018, 1962-1994; Bougette, P., Budzinski, O. und Marty, F., „Exploitative Abuse and Abuse of Economic Dependence: What Can We Learn from an Industrial Organization Approach?“, *Revue d'Economie Politique* 129(2), 2019, 261-286,



Etwas eleganter ist die Selbstpräferenzierung, also die Bevorzugung des eigenen Unternehmens durch den Einsatz von Such- und Empfehlungssystemen, um das Publikum zu eigenen bzw. verwandten Inhalten hin und von den Inhalten der härtesten Konkurrenten weg zu lenken. Die Konkurrenz anderer Streaming-Dienste schränkt den Spielraum für solches Gatekeeper-Verhalten ein, allerdings nur in begrenztem Umfang. Damit die Verbraucher auf die Verzerrung von Suchergebnissen und Empfehlungen tatsächlich reagieren, müsste ihnen die geringfügig schlechtere Such- und Empfehlungsqualität (also die geringfügig schlechtere Übereinstimmung mit ihren Präferenzen) bewusst werden, wenn diese Dienste im Sinne einer Selbstpräferenzierung verzerrt werden. Die Aufmerksamkeitsökonomik lehrt jedoch, dass Verbraucher bei Informationsüberflutung kaum die notwendige Übersicht hierfür haben. Im Zusammenhang mit VoD werden die Verbraucher erkennen, dass die Leistung schlecht ist, wenn ihnen die Ergebnisse ihrer Suchanfragen (also wenn sie das Gesuchte nicht finden) und/oder die empfohlenen Inhalte nicht gefallen. Oft wissen sie aber gar nicht, ob sich unter den Hunderten oder Millionen von Inhalten auf den hinteren Listenplätzen nicht etwas noch Besseres verbirgt, wenn die empfohlenen Inhalte ihren Vorstellungen immerhin hinreichend entsprechen. Ein gewisses Maß an Verzerrung ist daher wohl immer möglich – und ihr Ausmaß wächst mit der Tiefe der vertikalen Integration und der Schwächung der Wettbewerbskräfte. Dennoch bedarf es einer gewissen vertikalen Integration (oder vertikaler Verträge, die bestimmte Inhaltsanbieter bevorzugen), damit Anreize für gewinnbringendes wettbewerbswidriges Gatekeeping bestehen. Wenn man die rein plattformzentrierte Sichtweise aufgibt und die umfassendere Perspektive der modernen Ökonomik einnimmt, ergibt sich daher ein weniger optimistisches Bild von der Abwesenheit und Wahrscheinlichkeit von Gatekeeping-Macht im audiovisuellen Sektor.

Wie bereits zu Beginn dieses Abschnitts erwähnt, ist der Wettbewerb auf den VoD-Märkten momentan dynamisch und intensiv. Für die Aussichten für Gatekeeping-Macht auf den Streaming-Märkten und im audiovisuellen Sektor insgesamt sind jedoch einige Entwicklungen bei Fusionen und Übernahmen aus letzter Zeit von Bedeutung:

- Horizontale Megafusionen wie der (2018 genehmigte) Zusammenschluss zwischen Disney und Fox haben einen anhaltenden Konzentrationsprozess auf den vorgelagerten Marktstufen des audiovisuellen Sektors ausgelöst.³⁴³ Das resultierende Medienkonglomerat ist auch auf der Streaming- bzw. VoD-Stufe der Lieferkette aktiv (Disney+, Hulu).
- Nach der Fusion von Comcast und NBCU Anfang der 2010er Jahre entstand durch die (2018 genehmigte) vertikale Fusion des Telekommunikationsunternehmens AT&T mit dem Content-Giganten Time Warner ein weiteres vertikal integriertes Unternehmen, das die gesamte Lieferkette von der Content-Produktion (WarnerMedia) über Streaming- und Fernsehverbreitung (HBO Max, Turner Networks) bis hin zu Internet- und Kabelanbietern (AT&T) abdeckt.³⁴⁴ Auf dem US-

https://www.cairn-int.info/article.php?ID_ARTICLE=E_REDP_292_0261; Stöhr, A. et al., „Happily Ever After? Vertical and Horizontal Mergers in the US Media Industry“, *World Competition* 43(1), 2020, 135-162.

³⁴³ Siehe Stöhr, A. et al., „Happily Ever After? Vertical and Horizontal Mergers in the US Media Industry“, *World Competition* 43(1), 2020, 135-162.

³⁴⁴ Siehe Salop, S.C., „Invigorating Vertical Merger Enforcement“, *The Yale Law Journal* 127(7), 2018, 1962-1994; Salop, S.C., „The AT&T/Time Warner Merger: Judge Leon Garbled Professor Nash“, *Journal of Antitrust*



Fernsehmarkt war daher der Einsatz von Blackout-Strategien bereits zu beobachten.³⁴⁵

- Darüber hinaus streben die führenden Streaming-Dienste ebenfalls eine vertikale Integration an. Neben Investitionen in die Produktion eigener Inhalte sieht 2021 alles nach einer baldigen Übernahme von MGM Studios durch Amazon aus.³⁴⁶
- Die beiden größten französischen Privatsender, TF1 und M6, haben 2021 angekündigt, dass sie fusionieren wollen, um auf den Konzentrationswettbewerb im audiovisuellen Sektor und den Aufstieg der Streaming-Dienste mit der Bildung eines „nationalen Champions“ zu reagieren. Dies geht Hand in Hand mit Forderungen nach europaweiten Allianzen privater Rundfunkveranstalter.³⁴⁷
- Ebenfalls 2021 plant AT&T-Time Warner eine weitere Expansion durch die Übernahme von Discovery (Inhalte, Fernsehkanäle und Streaming-Dienste).³⁴⁸

Dieser dynamische Prozess der horizontalen und vertikalen Integration wird die Möglichkeiten, Spielräume und Anreize für einen wettbewerbswidrigen Einsatz von Gatekeeping-Macht höchstwahrscheinlich stark erhöhen.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das gemeinsame Auftreten von vertikaler Integration und Kontrolle über das Audience Building (also über den Zugang zu Aufmerksamkeit) die Gatekeeping-Macht im audiovisuellen Sektor fördert. Letztere ist bis zu einem gewissen Grad unvermeidlich, da Videokonsumenten in einer Welt der Informationsüberlastung, in der Aufmerksamkeit ein knappes Gut ist, Unterstützung in Form einer Vorstrukturierung benötigen. Da digitalen Streaming-Diensten eine gewisse Gatekeeping-Macht inhärent ist, werden die Anreize dafür entscheidend, diese Macht auch einzusetzen, um Selbstpräferenzierung zu betreiben und die Lenkung der Aufmerksamkeit der Verbraucher zu verzerren. Vertikale Integration erzeugt automatisch solche Verzerrungsanreize, sobald sie die Marktstufe der Streaming-Dienste einschließt (und wird noch verstärkt, wenn zusätzlich auch die Marktstufe der Internetzugangsanbieter dazugehört). Dann sind Spielraum und Anreize für wettbewerbswidriges Gatekeeping vorhanden. Eine hohe oder wachsende Marktkonzentration verschärft das Problem auf allen Stufen der Lieferkette noch.

Enforcement 6, 2018, 459-469, <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jny016>; Stöhr, A. et al., „Happily Ever After? Vertical and Horizontal Mergers in the US Media Industry“, *World Competition* 43(1), 2020, 135-162.

³⁴⁵ Siehe Stöhr, A. et al., „Happily Ever After? Vertical and Horizontal Mergers in the US Media Industry“, *World Competition* 43(1), 2020, 135-162, Seiten 145, 154, 160.

³⁴⁶ Siehe CPI, „Amazon Nears Deal to Buy MGM Studios For \$9B“, <https://www.competitionpolicyinternational.com/amazon-deal-to-buy-mgm-studios-for-9b-nearly-done/>.

³⁴⁷ Siehe CPI, „French Broadcasters Merge to Compete with US Netflix“, <https://www.competitionpolicyinternational.com/french-broadcasters-merge-to-compete-with-us-netflix/>.

³⁴⁸ Siehe CPI, „AT&T, Discovery Agree to Merger of CNN“, <https://www.competitionpolicyinternational.com/att-discovery-agree-to-merger-of-cnn/>.



7.4. Regulatorische Implikationen für audiovisuelle Streaming-Märkte aus ökonomischer Sicht

Audiovisuelle Mediendienste auf Abruf fallen nicht in den Anwendungsbereich des DSA-Pakets,³⁴⁹ obwohl auf den digitalen audiovisuellen Märkten aus ökonomischer Sicht, wie in den vorangegangenen Abschnitten dargelegt, Gatekeeping-Macht durchaus bestehen und auch relevante ökonomische Auswirkungen haben dürfte. Doch was wäre, wenn das Paket für solche Dienste ebenfalls gelten würde? In diesem Abschnitt greife ich ausgewählte Regulierungsideen aus dem DSA-Paket auf und analysiere in einem „Was-wäre-wenn-Szenario“, ob sie als Vorbilder für die Entschärfung der Bedenken gegen das Gatekeeping auf Video-Streaming-Märkten dienen könnten. Betrachtet man die Ökonomik des Gatekeeping im audiovisuellen Sektor, so zeigen sich Bedenken vor allem in Bezug auf zwei Phänomene: erstens die Selbstpräferenzierung und zweitens die vertikale Integration (besonders wenn sie entweder die Marktstufe der Streaming-Dienste oder die Marktstufe der Internetzugangsanbieter umfasst). Beide hängen nicht davon ab, dass das Unternehmen eine beherrschende Stellung auf einem relevanten Markt innehat.

7.4.1. Selbstpräferenzierung

Das DSA-Paket befasst sich mit dem Problem der Selbstpräferenzierung. Ein Betreiber zentraler Plattformdienste (im Sinne von Artikel 2 und 3 DMA) ist verpflichtet, von Selbstpräferenzierung abzusehen (Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe d DMA), und „sehr große“ Online-Dienste müssen bei den Hauptparametern, die in ihren Empfehlungssystemen zum Einsatz kommen, für eine gewisse Transparenz sorgen (Artikel 29 DSA).³⁵⁰ Darüber hinaus ist das DSA-Paket so konzipiert, dass es „nur“ die größten Online-Dienste erfasst, im Wesentlichen die mit dem Akronym GAFAM bezeichneten Unternehmen (Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft), indem es absolute Größenschwellen (Zahl der Nutzer) festlegt, um damit ökonomische Größe und Marktanteile zu approximieren.³⁵¹

³⁴⁹ Siehe Artikel 2(2) DMA.

³⁵⁰ Da ich aus einer ökonomischen Perspektive schreibe, verzichte ich auf juristische Interpretationen mit Blick auf den audiovisuellen Sektor und spezifische VoD-Dienste. Für solche Interpretationen siehe z. B. Kapitel 6 dieser Veröffentlichung. Siehe auch Podszun, R., Bongartz, P. und Langenstein, S., „Proposals on how to Improve the Digital Markets Act“, Policy paper in preparation for the information session on the Digital Markets Act in the European Parliament’s Committee on Internal Market and Consumer Protection (IMCO) on 19 February 2021, <https://ssrn.com/abstract=3788571>; Vezzoso, S., „The Dawn of Pro-Competition Data Regulation for Gatekeepers in the EU“, 2021, <https://ssrn.com/abstract=3772724>; Geradin, D., „What Is a Digital Gatekeeper? Which Platforms Should Be Captured by the EC Proposal for a Digital Markets Act?“ 2021, <https://ssrn.com/abstract=3788152>; Leistner, M., „The Commission’s Vision for Europe’s Digital Future: Proposals for the Data Governance Act, the Digital Markets Act and the Digital Services Act – A Critical Primer“ 2021, <https://ssrn.com/abstract=3789041>.

³⁵¹ Siehe u. a. Cabral, L. et al., „The Digital Markets Act: A Report from a Panel of Economic Experts“, Luxembourg: European Union 2021, Seite 9, <http://dx.doi.org/10.2760/139337>.



Interessanterweise rückt das DSA-Paket damit von Konzepten wie der Beherrschung eines genau abgegrenzten relevanten Marktes ab.³⁵² In Anbetracht der Analyse im vorliegenden Beitrag ist es im Hinblick auf das Gatekeeping im audiovisuellen Sektor auch wichtig, über die traditionellen Konzepte der Marktbeherrschung hinauszublicken (siehe Abschnitt 7.3). Generell geht das DSA-Paket jedoch von einem Gatekeeper-Begriff aus, der vor allem von der Plattformökonomik bestimmt ist und damit von dem Konzept des Gatekeeping abweicht, das im Medienkontext typischerweise verwendet wird (siehe Abschnitt 7.2). Selbst wenn das DSA-Paket auf VoD-Dienste anwendbar wäre, würden daher zumindest einige der relevanten Akteure mit Gatekeeping-Macht im audiovisuellen Sektor der neuen Regulierung entgehen. Aus ökonomischer Sicht ist es etwas seltsam, dass Artikel 2 Absatz 2 DMA „Video-Sharing-Plattform-Dienste“ aufführt, nicht aber Video-Streaming-Dienste im Allgemeinen. Angesichts der engen wettbewerblichen Verflechtung zwischen diesen verschiedenen Arten von Diensten (siehe Abschnitt 7.1) erscheint es aus ökonomischer Sicht zweifelhaft, einige Akteure in einem Markt einer Regulierung zu unterwerfen, nicht aber deren Konkurrenten (zu denen der Hauptunterschied letztlich vor allem in der Wahl des Geschäftsmodells besteht). Der Grund dafür scheint in einer auf die Plattformökonomik fokussierten Perspektive zu liegen (wobei die Erkenntnisse der Daten- und der Aufmerksamkeitsökonomik möglicherweise vernachlässigt werden). In Übereinstimmung mit anderen ökonomischen Einschätzungen könnte ein eindeutiges Blacklisting von selbstpräferenzierendem Verhalten bei Gatekeepern (ohne Rücksicht darauf, wie sie ihr Geschäft organisieren, und unabhängig von traditionellen Marktbeherrschungskonzepten) aus ökonomischer Sicht gerechtfertigt sein.³⁵³

Einen weiteren interessanten Ansatz stellen die Vorschriften gegen die Diskriminierung gewerblicher Nutzer von Plattformen im DSA-Paket (Artikel 5 und 6 DMA) dar. Aufgrund der Komplexität algorithmusgestützter Suchempfehlungs-Rankings kann es jedoch schwierig sein, eine Nichtdiskriminierungsvorschrift in diesem allgemeinen Sinne *ex ante* (wie bei der Branchenregulierung) anzuwenden, und die Durchsetzung muss sich möglicherweise eher auf Interventionen *ex post* stützen (wie in der Wettbewerbspolitik).³⁵⁴ Wichtig ist, dass der Begriff der Nichtdiskriminierung nicht über die Verhinderung der Selbstpräferenzierung hinausgeht, denn jedes präferenzorientierte (und überhaupt jedes nicht zufällige) Ranking- und Empfehlungssystem ist bis zu einem gewissen Grad

³⁵² Zur kritischen ökonomischen Betrachtung der Relevanz von Marktabgrenzung siehe u. a. Farrell, J. und Shapiro, C., „Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition“, *The B.E. Journal of Theoretical Economics* 10(1), 2010, 1-40, <https://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/alternative.pdf>; Kaplow, L., „Market Definition and the Merger Guidelines“, *Review of Industrial Organization* 39(1-2), 2011, 107-125, <https://link.springer.com/article/10.1007/s11151-011-9305-9>; Kaplow, L., „Market Definition, Market Power“, *International Journal of Industrial Organization* 43(C), 2015, 148-161, <https://doi.org/10.1016/j.ijindorg.2015.05.001>.

³⁵³ Siehe u. a. Cabral, L. et al., „The Digital Markets Act: A Report from a Panel of Economic Experts“, Luxembourg: European Union 2021, <http://dx.doi.org/10.2760/139337>.

³⁵⁴ Siehe Cabral, L. et al., „The Digital Markets Act: A Report from a Panel of Economic Experts“, Luxembourg: European Union 2021, <http://dx.doi.org/10.2760/139337> sowie Budzinski, O., Gaenssle, S. und Lindstädt-Dreusicke, N., „Data (R)Evolution – The Economics of Algorithmic Search & Recommender Services“, erscheint in Kürze in: S. Baumann (ed.), *Handbook of Digital Business Ecosystems*, Cheltenham: Elgar 2021.



diskriminierend – zum Beispiel im idealen und größtenteils vorteilhaften³⁵⁵ Fall dadurch, dass es Inhalte diskriminiert, die nach der algorithmischen Einschätzung des Verbraucherwillens als weniger passend erachtet werden.

Ebenso wären Transparenzanforderungen für Streaming-Dienste hinsichtlich der Parameter, die über die algorithmischen Such- und Empfehlungsrankings entscheiden – wie im DSA exemplarisch dargelegt – aus ökonomischer Sicht ambivalent, wenn sie für audiovisuelle Mediendienste auf Abruf gelten würden. Sie mögen den Verbrauchern helfen zu verstehen, womit sie es dabei zu tun haben, stellen aber auch Parameter eines gesellschaftlich sinnvollen Wettbewerbs zwischen VoD-Diensten dar. Die Anreize zur Verbesserung individualisierter Such- und Empfehlungsdienste – eine Innovationsdynamik, die in Zukunft vor allem Verbrauchern außerhalb des Mainstreams zugutekommen könnte, da möglicherweise gerade hier noch Verbesserungspotenzial besteht – sollten nicht durch (allzu) weitreichende Transparenzanforderungen untergraben werden. Insbesondere ein Szenario, in dem der Vorteil der schnellen Suche und bequemer Konsumententscheidungen durch langatmige Aufklärungseinblendungen untergraben wird, die erst „weggeklickt“ werden müssen, wäre aufmerksamkeitsökonomisch nicht wünschenswert. Die angesichts der Informationsüberlastung notwendige Hilfestellung für Verbraucher würde dadurch konterkariert. Andererseits könnten mehr freiwillige Möglichkeiten zur Beeinflussung der Gewichtung verschiedener Parameter für die eigenen personalisierten Such- und Empfehlungsrankings (ohne Zwang, diese selbst anpassen zu müssen) das Wohl der Verbraucher möglicherweise erhöhen.

7.4.2. Vertikale Integration

Einige der Märkte, auf die sich das DSA-Paket bezieht, sind bereits von dominierenden Gatekeepern geprägt, doch im audiovisuellen Sektor herrscht gegenwärtig dynamischer Wettbewerb. Daher ist es wichtig, den Wettbewerbsprozess hier aktiv zu schützen, anstatt zu warten, bis sich ein dominierender Gatekeeper etabliert hat, und ihn dann dem Regulierungspaket zu unterwerfen. Angesichts der allgegenwärtigen Schwierigkeiten (aber nicht Unmöglichkeiten!) der Durchsetzung, die mit einem (empfehlenswerten) Verbot der Selbstpräferenzierung (und weiteren Regulierungen) verbunden sind, ist es wirksamer, die Anreize für einen wettbewerbswidrigen Einsatz von Gatekeeping-Macht zu verhindern, die durch vertikale Integration (die Streaming-Dienste und/oder den Internetzugang umfasst) entstehen, als dominierende Gatekeeper zu regulieren. Dazu müsste die Zusammenschlusskontrolle als Ex-ante-Instrument einbezogen werden, damit potenziell wettbewerbswidrige Marktstrukturen die Regulierungsmöglichkeiten zur Bekämpfung von Gatekeeping-Macht nicht einschränken können. Das DSA-Paket schweigt sich zum Thema Zusammenschlusskontrolle im Großen und Ganzen aus, insbesondere im

³⁵⁵ Selbst dann können Bedenken hinsichtlich kultureller Konsumblasen in Betracht gezogen werden. Siehe Budzinski, O., Gaenssle, S. und Lindstädt-Dreusicke, N., „Data (R)Evolution – The Economics of Algorithmic Search & Recommender Services“, erscheint in Kürze in: S. Baumann (ed.), *Handbook of Digital Business Ecosystems*, Cheltenham: Elgar 2021.



Hinblick auf die Verhinderung und Begrenzung von Gatekeeping-Macht.³⁵⁶ Somit liegt dieses Thema eindeutig außerhalb des Anwendungsbereichs des DSA-Pakets.

Um die anhaltende Welle vertikaler Integration im audiovisuellen Sektor (siehe Abschnitt 7.3), die zu einer besorgniserregenden Gatekeeping-Macht führt, in den Griff zu bekommen, muss die Kontrolle vertikaler und konglomerater Fusionen insbesondere im audiovisuellen Sektor (aber auch in der digitalen Wirtschaft generell) verstärkt werden.³⁵⁷ Die Konzentration auf horizontale Fusionen und die damit einhergehende Milde bei nicht-horizontalen Unternehmenszusammenschlüssen war auf den traditionellen Märkten der analogen Offline-Welt möglicherweise durch Effizienzüberlegungen gerechtfertigt. In der digitalen Online-Welt können die wettbewerbswidrigen Auswirkungen einer vertikalen Integration jedoch weitaus schwerwiegender sein, und es kommt darauf an, welche Marktstufen eine vertikale Integration umfasst. Marktstufen, in denen die Aufmerksamkeit des Publikums – oft datengestützt – kanalisiert und gelenkt wird, sind besonders empfindlich, wenn es um die Entstehung wettbewerbswidriger Anreize durch vertikale Integration geht. Aus ökonomischer Sicht sinnvoll wäre eine restriktivere Zusammenschlusskontrolle, die sich auf die Anreize für wettbewerbswidriges Gatekeeping und nicht auf theoretische marginale Effizienzgewinne konzentriert.

Ungeachtet der zentralen Bedeutung vertikaler Integration ist auch eine aktive Zusammenschlusskontrolle zur Verhinderung horizontaler Macht von Bedeutung, weil Gatekeeping-Macht durch Marktkonzentration noch verstärkt wird. Die derzeitige Welle von Megafusionen im audiovisuellen Sektor verändert die Marktstruktur bereits in einer Weise, die Anreize für vermehrtes Gatekeeping-Verhalten schafft.

7.4.3. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Wettbewerbsdynamik im audiovisuellen Sektor sensibel ist und geschützt werden muss. Gatekeeping-Macht ist den Streaming-Märkten inhärent und eine unvermeidliche Begleiterscheinung der sinnvollen Unterstützung in Form einer Vorstrukturierung, die in einer von Informationsüberlastung geprägten Welt notwendig ist. Daher wäre es wohlfahrtsmindernd, darauf zu warten, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen den Markt „kippt“, um es dann einer speziellen Gatekeeper-Regulierung zu unterwerfen. Die besten Chancen, den gesellschaftlich vorteilhaften Wettbewerb im audiovisuellen Sektor zu schützen – einschließlich seiner Vielfalt und der kleineren Marktteilnehmer auf verschiedenen Marktstufen – böte stattdessen die Adressierung der Gatekeeper-Probleme auf den Video-Streaming-Märkten,

³⁵⁶ Siehe auch Cabral, L. et al., „The Digital Markets Act: A Report from a Panel of Economic Experts“, Luxembourg: European Union 2021, <http://dx.doi.org/10.2760/139337> sowie allgemein zu der wichtigen Rolle der Fusionskontrolle bei der Bekämpfung der Macht von Online-Gatekeepern Budzinski, O., Gaenssle, S. und Stöhr, A., „Outstanding Relevance across Markets: A New Concept of Market Power?“, *Concurrences* 17(3), 2020, 38-43.

³⁵⁷ Siehe Salop, S.C., „Invigorating Vertical Merger Enforcement“, *The Yale Law Journal* 127(7), 2018, 1962-1994; Stöhr, A. et al., „Happily Ever After? Vertical and Horizontal Mergers in the US Media Industry“, *World Competition* 43(1), 2020, 135-162.



etwa durch eine Kombination aus (i) wettbewerbspolitischen Instrumenten (Zusammenschlusskontrolle) zur Verhinderung problematischer horizontaler und vor allem vertikaler Strukturen und (ii) einer verhaltensorientierten Regulierung von Gatekeeping-Macht, die Selbstpräferenzierung und diskriminierenden Zugang zu Absatz- und Kundeninformationen verbietet. Dies würde auch fairen Wettbewerbsbedingungen am nächsten kommen. Als Vorbild könnten hier aus ökonomischer Sicht einige Ideen und Konzepte aus dem DSA-Paket dienen. Ebenfalls sinnvoll wäre aus ökonomischer Sicht darüber hinaus aber auch eine Aktivierung und Wiederbelebung der Fusionskontrolle.



8. Zusammenfassungen der Veranstaltungen der Informationsstelle zum DSA-Paket³⁵⁸

Dieser Abschnitt enthält eine kurze Zusammenfassung der Diskussionen bei der Veranstaltungsreihe zum DSA-Paket, die die Europäische Audiovisuelle Informationsstelle von Februar bis Juli 2021 organisiert und moderiert hat.³⁵⁹

- „Das neue Gesetzespaket zu digitalen Diensten: ein Paradigmenwechsel?“, 11. Februar 2021
- „Transparenz der Inhaltsmoderation in sozialen Medien“, 18. März 2021
- „Gatekeeper im DSA-Paket: Was ist mit VoD?“, 22. April 2021
- „Urheberrecht und DSA“, 27. Mai 2021;
- „Der DSA und der Kampf gegen Desinformation“, 1. Juli 2021

Die Zusammenfassungen geben nur die wichtigsten Punkte der Diskussionen wieder. Daher sollten alle Aussagen der Teilnehmenden anhand der Aufzeichnungen überprüft werden, die für jede Veranstaltung auf der Website der Informationsstelle bereitstehen.

Die Kapitel dieser Publikation wurden von den Expertinnen und Experten verfasst, die eingeladen waren, die Veranstaltungsthemen vorzustellen.

³⁵⁸ Die Zusammenfassungen wurden von Léa Chochon verfasst, Junior-Analystin bei der Europäischen Audiovisuellen Informationsstelle.

³⁵⁹ Die Auftaktkonferenz <https://www.obs.coe.int/de/web/observatoire/-/the-new-digital-services-package-a-paradigm-shift-> und die vier Webinare <https://www.obs.coe.int/de/web/observatoire/-/series-of-webinars-from-march-to-july> wurden vom Analystenteam der Abteilung für juristische Informationen der Europäischen Audiovisuellen Informationsstelle (Francisco Cabrera, Julio Talavera und Sophie Valais) konzipiert und von Maja Cappello, Leiterin der Abteilung für juristische Informationen der Informationsstelle, moderiert.



8.1. Ein erster Blick auf die neuen EU-Vorschriften für Onlinedienste und ihre möglichen Auswirkungen auf die audiovisuelle Industrie³⁶⁰

8.1.1. Hintergrund: Überblick über das neue Gesetzespaket zu digitalen Diensten

Francisco Cabrera, Senior-Rechtsanalyst in der Abteilung für juristische Informationen der Informationsstelle, beschrieb zur Einführung in die Konferenz die Entwicklung des europäischen Rechtsrahmens zur Regulierung von Online-Plattformen, beginnend mit der E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG. Diese Richtlinie habe eine Haftungsbeschränkung für Internet-Diensteanbieter eingeführt und sei über 20 Jahre lang unverändert geblieben. Aus offensichtlichen Gründen habe sie nicht mit den neuartigen Diensten Schritt halten können, die seit ihrer Verabschiedung entstanden sind. Ergänzt worden sei diese Richtlinie dann durch andere Rechtsinstrumente wie die Richtlinie 2018/1808 über audiovisuelle Mediendienste (AVMD-Richtlinie) und die Richtlinie 2019/790 über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt (DSM-Richtlinie), die jedoch beide keinen vergleichbaren Anwendungsbereich hätten. Im Jahr 2019 habe die Europäische Kommission das Verfahren zur Verabschiedung eines breiteren Rechtsrahmens eingeleitet, der dann zum DSA-Paket geführt habe. Der neue Legislativvorschlag sei im Dezember 2020 vorgelegt worden und bestehe aus zwei Verordnungen: dem Digital Services Act (DSA, auf Deutsch offiziell „Gesetz über digitale Dienste“), der grundlegende Vorschriften für Vermittlungsdienste, die eine Netzinfrastruktur anbieten, sowie weitere und spezifische Vorschriften für bestimmte Unterkategorien wie Hosting-Anbieter, Online-Plattformen und sehr große Plattformen vorsehe, sowie dem Digital Markets Act (DMA, „Gesetz über digitale Märkte“), der sich mit „Gatekeepern“ befasse, unter anderem mit einem Verbot verschiedener unlauterer Praktiken, einer Verpflichtung zur proaktiven Ergreifung bestimmter Maßnahmen und der Einführung von Sanktionen für Verstöße.

³⁶⁰ Dieser Abschnitt enthält eine kurze Zusammenfassung der Diskussionen bei der Einführungskonferenz „Das neue Gesetzespaket zu digitalen Diensten: ein Paradigmenwechsel?“, 11. Februar 2021, <https://www.obs.coe.int/de/web/observatoire/-/the-new-digital-services-package-a-paradigm-shift->. Die Zusammenfassung gibt nur die wichtigsten Punkte der Diskussionen wieder. Bitte überprüfen Sie sie daher anhand der Konferenzaufzeichnung, <https://www.youtube.com/watch?v=eqFLGiTsnFO>.



8.1.2. Expertenecke: Wettbewerb, Haftung und die Wechselbeziehung zwischen dem DSA-Paket, der AVMD-Richtlinie und der DSM-Richtlinie

Im ersten Beitrag befasste sich Mark Cole, Professor für Medien- und Telekommunikationsrecht an der Universität Luxemburg und Wissenschaftlicher Direktor des Instituts für Europäisches Medienrecht (EMR), mit dem Begriff der „Gatekeeper“ und dem Wettbewerb im Rahmen des DMA. Er führte aus, dass Gatekeeper in den Artikeln 2 und 3 des DMA als Betreiber zentraler Plattformdienste definiert würden, was bedeute, dass sie erhebliche Auswirkungen auf den Binnenmarkt haben, gewerblichen Nutzern als wichtiges Zugangstor zu Endnutzern dienen und eine gefestigte und dauerhafte Position innehaben oder absehbar erlangen werden. Ergänzt werde diese Definition durch numerische Kriterien wie Umsatz oder Kundenreichweite. Das Ziel des DMA gelte zwar als eng mit dem Wettbewerb verbunden, doch seine rechtliche Grundlage sei im Binnenmarkt und in Artikel 114 AEUV verankert. Er ziele also darauf ab, einen bestreitbaren und fairen Markt im digitalen Sektor zu schaffen, indem er Maßnahmen vorsehe, um diesen transparenter zu machen und für alle zu öffnen. Zu diesen Maßnahmen gehörten mehr Transparenz bei Daten im Zusammenhang mit Online-Plattformen (etwa bei Werbesystemen oder Profiling-Techniken) und ein besserer Zugang zu Instrumenten zur Leistungsmessung. Zudem sehe der DMA eine erhebliche Ausweitung der Durchsetzungsbefugnisse der Kommission vor, einschließlich der Befugnis, Sanktionen zu verhängen.

Im zweiten Beitrag sprach Joan Barata, Intermediary Liability Fellow der Stanford Law School, über die Entwicklung der Haftungsbefreiung, beginnend mit der E-Commerce-Richtlinie, die – anders als die Guter-Samariter-Klausel in der US-Tradition – Plattformen einen Anreiz biete, bei der Moderation von Online-Inhalten passiv vorzugehen, um die Haftungsbefreiung nicht zu verlieren. Der DSA übernehme diese Regelung teilweise, führte aber weitere Verpflichtungen ein, etwa die Verpflichtung für Plattformen, die von ihnen ausgehenden systemischen Risiken zu bewerten und entsprechend bestimmte Maßnahmen zu ergreifen, die sowohl für illegale als auch für schädliche Inhalte gelten. Außerdem sehe der DSA vor, dass eine proaktive Haltung nicht automatisch zum Verlust der Immunität führt, was auf eine Art von Guter-Samariter-Ansatz hindeute.

Im dritten Beitrag stellte Martin Senftleben, Professor für Geistiges Eigentum und Direktor des Instituts für Informationsrecht (IViR) an der juristischen Fakultät der Universität Amsterdam, die Wechselbeziehung zwischen dem DSA, der AVMD-Richtlinie und der DSM-Richtlinie näher vor. Grundsätzlich sehe Artikel 1 Absatz 5 des DSA vor, dass die Regeln des DSA verschiedene spezifische Rechtsvorschriften unberührt lassen. Dies könne als *lex specialis*-Ansatz verstanden werden, allerdings in einer komplementären Weise, was bedeute, dass zwischen den verschiedenen Instrumenten spezifische Schnittstellen bestehen können und dass durch den DSA Klarstellungen und zusätzliche Maßnahmen in Regulierungsbereichen eingeführt werden können, die bereits von der DSM- oder der AVMD-Richtlinie behandelt werden. Dies sei beispielsweise im Bereich der Bekämpfung schädlicher Inhalte der Fall, wo der DSA Maßnahmen wie vertrauenswürdige



Hinweisgeber oder Verpflichtungen für sehr große Online-Plattformen zur Risikobewertung und -minderung einführe.

8.1.3. Stakeholder-Panel: Der DSA als dringend benötigtes Update für einen veralteten Rechtsrahmen

Zur Eröffnung der Diskussion stellten die Vertreterinnen bzw. Vertreter der Europäischen Kommission die Grundsätze vor, die dem Regulierungsansatz des DSA zugrunde liegen. Erstens müsse die Regulierung von Online-Inhalten so gestaltet sein, dass die Grundrechte, insbesondere das Recht auf freie Meinungsäußerung, gewahrt bleiben. Zweitens müsse ein Gleichgewicht zwischen privater und öffentlicher Durchsetzung gefunden werden, das ein ausreichendes Maß an öffentlicher Durchsetzung bei der Festlegung und Anwendung von Standards für die Moderation von Inhalten im Internet gewährleistet. Zu diesen Standards berichteten die Vertreterinnen bzw. Vertreter, dass die AVMD-Richtlinie der wichtigste Bezugsrahmen für die Moderation schädlicher Inhalte, einschließlich des Schutzes Minderjähriger, bleiben solle. Der DSA werde dann diese Gesamtstruktur liefern und einige der Lücken füllen. Im Zusammenhang mit der Wechselbeziehung des DSA-Pakets mit anderen Instrumenten wie den kürzlich verabschiedeten Aktionsplänen wurden drei wichtige Themen angesprochen:³⁶¹ Zusammenarbeit zwischen den Behörden in Bezug auf illegale Online-Inhalte, allgemeine Transparenz bei Online-Werbung und die Förderung europäischer Werke.

Alle Vertreterinnen bzw. Vertreter von Interessenträgern erkannten grundsätzlich die Notwendigkeit an, den Rechtsrahmen für Online-Plattformen zu aktualisieren, und begrüßten dies aus verschiedenen Gründen. Allerdings wurde mehrfach auf die Komplexität der Bestimmungen des DSA-Pakets, seinen Anwendungsbereich und seine Wechselbeziehung mit anderen Rechtsinstrumenten hingewiesen. Aus der Sicht der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten wurde vorgebracht, dass dieser neue Rechtsrahmen einen faireren Wettbewerb im digitalen Raum und ein verantwortungsvolleres und transparenteres Online-Umfeld ermögliche. Die Teilnehmenden unterstrichen zudem die Bedeutung des Verbots unlauterer und diskriminierender Praktiken im DMA, das darauf abziele, die Daten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten zu schützen und ihren Missbrauch durch Hightech-Unternehmen zu verhindern. Sie wiesen aber auch auf die Notwendigkeit hin, den Anwendungsbereich der verschiedenen sektoralen EU-Vorschriften klar abzugrenzen. Darüber hinaus forderten sie, dass der DSA professionell bearbeitete Sendeinhalte schützt, die auf nationaler Ebene sorgfältig reguliert werden, weil private Plattformen nicht in der Lage sein sollten, solche Inhalte zu entfernen oder nach eigenen privaten Geschäftsstandards zu „re-regulieren“. Auf der kreativen Seite debattierten die Urhebervertreterinnen bzw. -vertreter über die

³⁶¹ Der Europäische Aktionsplan für Demokratie (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_20_2250) und der Aktionsplan zur Unterstützung der Medien und des audiovisuellen Sektors und ihres Wandels (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_20_2239).



möglichen Auswirkungen des DSA auf die Frage des Gleichgewichts zwischen der künstlerischen Ausdrucksfreiheit und der angemessenen Verwertung von geistigem Eigentum. Insbesondere stellten sie die Frage, ob der DSA mit Blick auf den derzeitigen Rechtsrahmen zur Bekämpfung der Online-Piraterie einen Mehrwert bietet und ob diese neuen Vorschriften für Gatekeeper zu mehr Transparenz bei den Zuschauerdaten zwischen Rechteinhabern und Plattformen führen werden.

Die Vertreterinnen bzw. Vertreter der kommerziellen Rundfunkanstalten begrüßten die Bestimmungen über größere Transparenz für Online-Vermittler, Regulierungsaufsicht und den möglichen Zugang von Forschenden zu den Daten dieser großen Plattformen. Allerdings wiesen sie auch auf einige Schwachstellen hin, etwa die Instrumente zur Bekämpfung der Online-Piraterie, die Kleinstunternehmen und KMU von bestimmten Verpflichtungen ausnehmen, und den begrenzten Anwendungsbereich der KYBC-Bestimmungen (Know Your Business Customer). Auf der Regulierungsseite forderten die Vertreterinnen bzw. Vertreter der nationalen Medienregulierer bei Aufsicht und Regulierung eine klarere Abgrenzung zwischen den Arten von Diensten, die sich mit Medieninhalten befassen, und den eher marktähnlichen Diensten. Außerdem erklärten sie, es brauche mehr Informationen über die Koordinatoren für digitale Dienste und deren Aufgabenbereich.

Die Vertreterinnen bzw. Vertreter der Online-Plattformen äußerten sich zufrieden darüber, dass die Haftungsbefreiungsregelung und die Abwesenheit einer allgemeinen Überwachungspflicht im DSA beibehalten und ergänzt wurden. Dies ermögliche eine gewisse Harmonisierung zwischen den EU-Ländern und ein gewisses Maß an Klarheit und Rechtssicherheit für die Unternehmen. Zudem äußerten sie sich besorgt über die Herausforderungen bei der Moderation von Online-Inhalten und die Bedeutung von Transparenz und Nutzersicherheit im gesamten Ökosystem. Gleichzeitig wiesen sie auf die Gefahr hin, dass der Ausschluss kleiner Plattformen von bestimmten Verpflichtungen zu einer Verlagerung schädlicher Inhalte auf solche Plattformen führen könnte. Die Vertreterinnen bzw. Vertreter der nationalen Medienregulierer erklärten, die Besonderheiten der Regulierung von Inhalten erforderten einen maßgeschneiderten Ansatz, und sprachen sich daher für eine Haftungsregelung aus, die über das Guter-Samariter-Prinzip hinausgeht und eher einem abgestuften System ähnelt.



8.2. Webinar Nr. 1 – Transparenz der Inhaltmoderation in sozialen Medien³⁶²

8.2.1. Hintergrund

Francisco Cabrera, Senior-Rechtsanalyst der Abteilung für juristische Informationen (EAI), gab zu Beginn des Webinars eine zwiespältige Einschätzung zur Lage der Meinungsfreiheit und des Informationszugangs in der heutigen Gesellschaft. Um es mit Charles Dickens zu sagen, sei angesichts der Möglichkeit, im Internet Gedanken und Meinungen sofort mit so vielen Menschen zu teilen, momentan „die beste aller Zeiten“, angesichts des zunehmenden Misstrauens³⁶³ gegenüber öffentlichen Institutionen und Medien dagegen „die schlimmste aller Zeiten“.

Bei all dem spielten Social-Media-Dienste eine zentrale Rolle, denn sie ermöglichten es Milliarden von Menschen, zu interagieren wie nie zuvor. Gleichzeitig könnten sie – innerhalb der Grenzen, die der geltende Rechtsrahmen setzt – Informationen nach eigenen internen Richtlinien filtern und bewerten. Auf EU-Ebene stütze sich dieser Rechtsrahmen auf die E-Commerce-Richtlinie, und ergänzt werde er durch spezifische EU-Rechtsvorschriften wie die AVMD-Richtlinie und die DSM-Richtlinie. Um diesen Rechtsrahmen zu vervollständigen, lege das DSA-Paket klare Sorgfaltspflichten für bestimmte Vermittlungsdienste und höhere Standards für Transparenz und Rechenschaftspflicht bei der Moderation von Online-Inhalten fest.

8.2.2. Expertenecke: Moderation illegaler Online-Inhalte durch Online-Plattformen

Prof. Alexandre de Streel von der Universität Namur, Wissenschaftlicher Co-Direktor beim Centre on Regulation in Europe (CERRE), stellte die wichtigsten Herausforderungen bei der Moderation von Online-Inhalten vor und erläuterte, wie der DSA-Vorschlag diese zu lösen versucht. Ihm zufolge besteht die erste Herausforderung in der Herstellung eines Gleichgewichts zwischen der Förderung von Innovationen und der Sorge dafür, dass das Internet sicherer wird, als es heute ist. Der DSA ermögliche dies in gewisser Weise, indem er die Haftungsbefreiungsregelung beibehält, die Innovationen ermöglicht, und einige neue Sorgfaltspflichten einführt, die ein sichereres Internet gewährleisten. Die zweite

³⁶² Dieser Abschnitt enthält eine kurze Zusammenfassung der Diskussionen beim ersten Webinar, „Transparenz der Inhaltmoderation in sozialen Medien“, vom 18. März 2021, <https://www.obs.coe.int/de/web/observatoire/-/series-of-webinars-from-march-to-july>. Die Zusammenfassung gibt nur die wichtigsten Punkte der Diskussionen wieder. Bitte überprüfen Sie sie daher anhand der Konferenzaufzeichnung, <https://youtu.be/c0s9nEbEdT0>.

³⁶³ Siehe Edelman Trust Barometer 2021, <https://www.edelman.com/sites/g/files/aatuss191/files/2021-03/2021%20Edelman%20Trust%20Barometer.pdf>.



Herausforderung bestehe seiner Ansicht nach darin, eine Regulierung zu finden, die sich auf die verschiedenen Risiken einstellen kann, die Online-Inhalte und -Plattformen mit sich bringen können. Der DSA enthalte daher eine Standardregelung für illegale Inhalte aller Art und ergänzende Vorschriften, die nach der Größe der Plattform differenziert seien, sodass die größten Plattformen stärker in die Verantwortung genommen würden. Die Frage dieser großen globalen Plattformen führe zur dritten Herausforderung: der Durchsetzung. Hierzu führe der DSA-Vorschlag einen völlig neuen Ansatz im digitalen Sektor ein, nämlich die Möglichkeit, die Durchsetzung nicht auf nationaler, sondern auf europäischer Ebene durch die Europäische Kommission zu gewährleisten.

Diese dritte Herausforderung hänge auch damit zusammen, dass sich der Charakter der Plattformen rasant verändert, sodass die Bekämpfung illegaler Inhalte rasche Anpassungen und Eingriffe erfordere, teils auch unter Einsatz von KI-Tools. Überwachung und Durchsetzung der Regeln für die Moderation von Inhalten müssten daher eine Art „Ökosystem“ bilden, an dem nicht nur die nationalen Medienregulierer beteiligt sind, sondern auch die Plattformen über verschiedene interne Compliance-Mechanismen und die Zivilgesellschaft über vertrauenswürdige Hinweisgeber und zugelassene Forscher, die von einer größeren Datentransparenz profitieren können.

Zu der neuen „europäisierten“ Version der Guter-Samariter-Klausel erklärte der Experte, dass dies den Anreiz für ein wirksames und schnelles Eingreifen der Plattformen erhöhe, allerdings unter der Voraussetzung, dass unabhängige staatliche Gerichte (und nicht private Plattformen) das letzte Wort darüber haben, was einen illegalen Inhalt darstellt. Eine Möglichkeit, die in dem Vorschlag noch nicht enthalten sei, könne darin bestehen, die Einhaltung dieser Sorgfaltspflichten zur Bedingung für die Haftungsbefreiung zu machen. Abschließend betonte der Experte die Notwendigkeit, den Anwendungsbereich des DSA auf illegale Inhalte zu beschränken und nicht auch schädliche Inhalte einzubeziehen, da Letzteres eine Reihe zusätzlicher Grundrechtsfragen und -probleme aufwerfen würde.

8.2.3. Stakeholder-Panel: Moderation von Inhalten aus der Sicht von Plattformen, Verbrauchern und nationalen Medienregulierern

Die Vertreterinnen bzw. Vertreter der Interessenträger diskutierten darüber, wie Online-Moderation funktioniert, welche Herausforderungen es dabei gibt, was Erfolg verspricht, was verbessert werden muss und was der DSA beitragen kann. Die Vertreterinnen bzw. Vertreter aus dem Bereich Vertrauen und Online-Sicherheit gaben Empfehlungen zur Umsetzung und Entwicklung von Online-Moderationsaktivitäten. Eine gute gemeinsame Grundlage wäre, unabhängig von Größe und Standort der Plattform von Anfang an eine Reihe unternehmensspezifischer Werte einzuführen, die sich dann darin widerspiegeln, wie die Unternehmen das Produkt oder den Dienst produzieren und wie sie es bzw. ihn moderieren.

Auf der Regulierungsseite berichteten die Vertreterinnen bzw. Vertreter der nationalen Medienregulierer, wie sie sich auf die neuen Vorschriften des DSA-Pakets



vorbereiten, aber auch auf die Umsetzung der Bestimmungen der AVMD-Richtlinie in Bezug auf die neuen Verpflichtungen der VSPs. Sie wiesen auf eine Ähnlichkeit zwischen diesen beiden Instrumenten hin, die beide eine Art systemische Regulierung vorschlagen, die nicht jeden einzelnen Inhalt auf diesen Plattformen in den Blick nimmt, sondern den systematischen Umgang der Plattformen mit Inhalten. Die nationalen Medienregulierer hätten dann zu überwachen, was für Moderationsmaßnahmen die Plattformen ergreifen, wie sie umgesetzt werden und wie wirksam sie sind. Bedenken äußerten sie in Bezug auf die im DSA-Paket vorgesehene Funktion des „Koordinators für digitale Dienste“ und auf die Frage, ob diese angesichts des erweiterten Umfangs der Eingriffe effizient sein wird.

Mehrere Vertreterinnen bzw. Vertreter griffen die Idee eines Aufsichts-Ökosystems auf, die der Experte erwähnt hatte, und schlugen vor, dass die Rolle und die Aufgaben der Inhaltsmoderatoren durch vertrauenswürdige Hinweisgeber und den Einsatz von KI-Tools erleichtert werden könnten. Einige fügten hinzu, dass dies auch für die Entwicklung von Moderationsstandards gelten sollte. Die Vertreterinnen bzw. Vertreter der Zivilgesellschaft wiesen zudem darauf hin, dass die Rolle der Zivilgesellschaft von wesentlicher Bedeutung sei und in gewisser Weise formalisiert werden sollte. Sie warnten jedoch vor dem ausschließlichen Einsatz von KI und dem Einsatz unterqualifizierter menschlicher Arbeitskräfte, da beides bei der Moderation zu Missbrauch oder ethischen Problemen führen könne. Als Beispiel nannten sie die Ergebnisse einer kürzlich durchgeführten Studie, wonach Sätze wie *„Als Schwarze stimme ich mit dem vorherigen Kommentar überein“* mit zehnmal höherer Wahrscheinlichkeit entfernt würden als der Satz *„Als Franzose stimme ich mit dem vorherigen Kommentar überein“*.³⁶⁴

Eingegangen wurde im Zusammenhang mit der Online-Moderation auch auf andere Risiken, etwa dass sich eine bestimmte Art von Missbrauch oder schädlichen Inhalten, die auf einer Plattform wirksam moderiert wurde, einfach auf eine andere Plattform verlagert, die weniger moderiert oder verteidigt wird. Andere Teilnehmende wiesen auf die Gefahr der Übermoderation hin, also den Reflex, Inhalte allein sicherheitshalber zu löschen, um jegliche Haftung zu vermeiden. Zudem erinnerten sie daran, dass die Meinungsfreiheit in Verbindung mit dem Informationsrecht gewährleistet werden müsse, damit sich jeder Mensch seine Meinung anhand korrekter Informationen bilden könne.

Die Vertreterinnen bzw. Vertreter von Social-Media-Diensten betonten, dass die Meinungsfreiheit einen wesentlichen Bestandteil dieser Dienste bilde, auch wenn dagegen abzuwägen sei, dass ein gewisses Maß an Integrität und Sicherheit innerhalb der Plattform gewährleistet werden müsse, weshalb einige von ihnen „Community-Standards“ formuliert hätten. Diese seien für eine weltweite Anwendung gedacht, müssten aber auch lokale Gegebenheiten und rechtliche Rahmenbedingungen berücksichtigen. Außerdem müssten sie so klar sein, dass sie schnelle und fundierte Entscheidungen ermöglichen, aber auch so beständig, dass sie sich langfristig bewähren und dem Wandel sozialer Normen standhalten. Die Vertreterinnen bzw. Vertreter aus dem Bereich Vertrauen und Online-Sicherheit berichteten ebenfalls von der Herausforderung, Standards zu finden, die die richtigen Werte verkörpern und von politischer Macht unabhängig bleiben.

³⁶⁴ <https://algorithmwatch.org/en/automated-moderation-perspective-bias/>.



Ein weiterer Zweck dieser Standards sei die Annäherung an die im DSA-Paket angesprochenen Themen, nämlich die Gewährleistung von mehr Rechenschaftspflicht, Transparenz und Aufsicht über Online-Plattformen und deren Aktivitäten. Die neue „europäisierte“ Version der Guter-Samariter-Klausel bezeichneten die Vertreterinnen bzw. Vertreter von Social-Media-Diensten als Schritt in die richtige Richtung, da diese proaktiven Maßnahmen dank ihr ergriffen werden könnten, ohne dass automatisch die Haftungsbefreiung entfällt. Zu den neuen Transparenzanforderungen betonten die Vertreterinnen bzw. Vertreter, dass es verschiedene Grade von Transparenz gebe und diese Anforderungen nicht zwangsläufig zu einer Verletzung von Geschäftsgeheimnissen führten, sondern zu echten strukturellen Veränderungen in den Unternehmen. Die Vertreterinnen bzw. Vertreter von nationalen Medienregulierern fügten ihrerseits hinzu, dass diese Transparenz unerlässlich sei, damit sie ihre Überwachungsaufgaben wahrnehmen können, und dass möglicherweise Dritte eingeschaltet werden müssten, um die Richtigkeit der von den Plattformen bereitgestellten Daten zu überprüfen.

8.3. Webinar Nr. 2 – Gatekeeper im DSA-Paket: Was ist mit VoD?³⁶⁵

8.3.1. Hintergrund

Gilles Fontaine, Leiter der Abteilung für Marktinformationen der Europäischen Audiovisuellen Informationsstelle, gab zu Beginn des Webinars einige Einblicke in den VoD-Sektor und dessen Platz im europäischen audiovisuellen Ökosystem. Er erklärte, die VoD-Märkte seien durch drei verschiedene Geschäftsmodelle gekennzeichnet: TVoD mit titelbezogenen Transaktionsgebühren, SVoD mit monatlichen Abonnements und das werbefinanzierte AVoD. Die Unterscheidung zwischen diesen Diensten sei nicht immer eindeutig. So böten einige Rundfunkanstalten den Zugang zu linearen Kanälen und On-Demand-Inhalten oft in einem einzigen Abonnement an. Bei den Vertriebsmodellen seien vier Hauptmodelle zu unterscheiden: erstens reine Over-the-top-Dienste (von diesen selbst verbreitet), zweitens Dienste, die von einem Pay-TV-Packager (etwa einem IPTV-Betreiber) verbreitet werden, bei dem auch die Kundenbeziehung verbleibt, drittens Dienste, die von einem Kabel- oder IPTV-Betreiber verbreitet werden, wobei die Abonnentenbeziehung bei dem VoD-Dienst verbleibt, und viertens Dienste, die von den Kabel- oder IPTV-Betreibern selbst betrieben werden.

³⁶⁵ Dieser Abschnitt enthält eine kurze Zusammenfassung der Diskussionen beim zweiten Webinar, „Gatekeeper im DSA-Paket“: Was ist mit VoD?, vom 22. April 2021, <https://www.obs.coe.int/de/web/observatoire/-/series-of-webinars-from-march-to-july>. Die Zusammenfassung gibt nur die wichtigsten Punkte der Diskussionen wieder. Bitte überprüfen Sie sie daher anhand der Konferenzaufzeichnung, <https://youtu.be/hlhMwtYQjnU>.



Bei den Marktdaten zeigten die verfügbaren Zahlen, dass SVoD das am schnellsten wachsende Segment sei und gegenüber Pay-TV an Bedeutung gewinne, während TVoD zwar noch wachse, aber noch nicht ausgereift sei. Was schließlich die Hauptakteure auf diesen verschiedenen Märkten betreffe, so entfalle auf europäischer Ebene der Löwenanteil des Marktes auf internationale Dienste, während auf nationaler Ebene teilweise nationale Akteure unter den Top 3 seien.

8.3.2. Expertenecke: Regulatorische und wettbewerbsbezogene Aspekte

Oliver Budzinski, Professor für Wirtschaftstheorie an der Technischen Universität Ilmenau, befasste sich mit der Frage des Wettbewerbs auf dem VoD-Markt. Er erklärte, den meisten Wirtschaftstheorien zufolge könne ein wirksamer Wettbewerb Gatekeeping verhindern. Auf den VoD-Märkten herrsche derzeit ein starker Wettbewerb zwischen SVoD-Diensten, aber auch mit AVoD-Diensten (wie YouTube) und mit dem linearen Fernsehen. Anschließend erläuterte der Experte, welche Elemente zur Entstehung von Gatekeepern führen und wie sich dies auf die VoD-Märkte übertragen lasse: Netzwerkeffekte bei Plattformen, das datengetriebene Geschäftsmodell, das Entstehen einer zentralen Anlaufstelle auf der Verbraucherseite und die vertikale Integration auf allen Marktstufen. Bislang wiesen VoD-Dienste Merkmale auf, die sich nur teilweise mit den ersten drei Elementen in Verbindung bringen lassen.

Die vertikale Integration sei jedoch bei einigen der großen VoD-Dienste wie Disney+, Netflix oder Amazon bereits zu beobachten, die Inhalte produzieren und den Verbrauchern per Internet ins Haus liefern. Die Kombination aus dieser vertikalen Integration mit einem Angebot, das dem Verbraucherwunsch nach einer zentralen Anlaufstelle entspricht, und der Nutzung personalisierter Daten, insbesondere über algorithmische Such- und Empfehlungssysteme, könne tatsächlich zu Gatekeeper-Effekten, zu Markteintrittsbarrieren für kleinere Produktionsunternehmen und zu einer Selbstpräferenzierung, also zur Neuorientierung des Publikums auf eigene Inhalte, führen. Darüber hinaus wies der Experte darauf hin, dass diese Effekte nach der modernen Wirtschaftstheorie keine beherrschende Stellung auf dem relevanten Markt erforderten: Größe und außergewöhnliche Relevanz auf dem Markt, in einem gegebenen Ökosystem, reichten aus. Daraus folge, dass große und vertikal integrierte Unternehmen Gatekeeper sein können, ohne den Markt zu beherrschen.

8.3.3. Stakeholder-Panel: Der VoD-Markt, ein wettbewerbsintensiver und stark regulierter Markt ohne Gatekeeper?

Die Vertreterinnen bzw. Vertreter der Europäischen Kommission erklärten zu Beginn der Diskussion, dass VoD-Dienste vom Anwendungsbereich des DSA-Pakets ausgenommen



seien, da der VoD-Markt bereits stark reguliert sei. Außerdem diene der DSA einem anderen Zweck, insbesondere der Schaffung eines starken Haftungsrahmens zum Schutz der Nutzerinnen und Nutzer mit einer abgestuften Haftung für Online-Plattformen, unter anderem auch für einige neue Akteure im Bereich der Medienregulierung auf EU-Ebene, darunter Video-Sharing-Plattformen wie YouTube oder Facebook, nicht aber VoD-Dienste. Darüber hinaus fielen sie auch nicht in den Geltungsbereich der Definition von Gatekeepern im Rahmen des DMA, weil sie weder die typischen Merkmale multilateraler Märkte noch die Netzwerkeffekte traditioneller Gatekeeper im Sinne des Vorschlags aufwiesen. Erklären lasse sich dies damit, dass die Kosten für die Produktion audiovisueller Inhalte für die VoD-Dienste enorm, die Umstellungskosten für die Nutzer dagegen nicht besonders hoch seien. Überdies sei der VoD-Markt ein sehr dynamischer und wettbewerbsintensiver Markt, auf dem immer noch neue Anbieter antreten könnten. Zudem befasse sich der DMA hauptsächlich mit Gatekeepern, die auf einem Markt mit hohem Konzentrationsgrad und hohen Eintrittsbarrieren tätig seien, was auf die meisten VoD-Dienste nicht zutrefte, und VoD-Dienste, die als Gatekeeper fungierten, könnten künftig nach einer Marktuntersuchung gemäß Artikel 17 des DMA immer noch einbezogen und als solche betrachtet werden.

Ferner würden insbesondere im Aktionsplan zur Unterstützung der Medien und des audiovisuellen Sektors³⁶⁶ bestimmte negative Trends festgestellt, etwa die Anwendung des „Work-for-Hire“-Modells auf europäische Urheberinnen und Produzenten, die dazu führen könne, dass Talente und Produzentinnen auf eine bestimmte Plattform festgelegt werden. Die Urhebervertreterinnen bzw. -vertreter bedauerten, dass trotz dieser Erkenntnis in dem Aktionsplan und im DSA-Paket keine geeigneten Abhilfemaßnahmen vorgeschlagen würden. Sie seien über diesen neuen Trend besorgt, weil er die Gefahr berge, dass europäische Urheberinnen und Urheber audiovisueller Werke ihrer Rechte des geistigen Eigentums beraubt werden. Mehrere Teilnehmende wiesen darauf hin, dass der VoD-Sektor auf EU-Ebene bereits stark reguliert sei, und begründeten seinen Ausschluss mit dem *lex specialis*-Ansatz. Insbesondere wiesen einige darauf hin, dass der VoD-Sektor im Rahmen der AVMD-Richtlinie bereits die volle redaktionelle Verantwortung und Rechenschaftspflicht habe, die durch eine Einbeziehung in den DSA eingeschränkt worden wäre. Andere argumentierten, der DSA ziele darauf ab, mit der Regulierung von Online-Vermittlern eine Gesetzeslücke zu schließen, während VoD-Dienste ja bereits reguliert seien. Die Vertreterinnen bzw. Vertreter von kommerziellen Rundfunkanstalten und VoD-Diensten wiesen insbesondere darauf hin, dass der VoD-Markt trotz seiner Komplexität jünger sei als der Markt, den der DMA regeln wolle, und dass der Markteintritt großer Streaminganbieter wie Disney+ im vergangenen Jahr nicht zu Lock-in-Effekten oder Eintrittshürden für andere Wettbewerber geführt habe. Die Vertreterinnen bzw. Vertreter von Telekommunikationsdiensten erklärten ihrerseits, ihnen erscheine es sinnlos, zwei parallele Wettbewerbsregelungen zu haben, denn Telekommunikationsbetreiber, die lineare und nicht-lineare Dienste anbieten, seien schon jetzt nicht nur als Pay-TV-Anbieter, sondern auch als VoD-Anbieter reguliert. Die VoD-Märkte bildeten zusammen mit dem Pay-TV-Markt ein sehr wettbewerbsintensives Feld für die Verbreitung von Inhalten in ganz Europa.

³⁶⁶ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_20_2239.



Andererseits vertraten mehrere Teilnehmende die Ansicht, dass einige VoD-Dienste als „Gatekeeper“ eingestuft werden könnten. Die Urhebervertreterinnen bzw. -vertreter äußerten gewisse Schwierigkeiten mit den Bündelangeboten sehr großer Plattformen, die als Gatekeeper eingestuft werden könnten, wie beispielsweise Amazon und sein Angebot Amazon Prime, denn diese Bündelangebote erschwerten es den Verwertungsgesellschaften audiovisueller Urheberinnen und Urheber, einen Tarif auf der Grundlage der Einnahmen aus VoD-Diensten festzulegen. Auf der Seite der unabhängigen Produzentinnen und Produzenten prangerten einige an, dass sich bestimmte VoD-Dienste wie Gatekeeper im Sinne von Artikel 3 des DMA verhielten oder dies in sehr naher Zukunft tun könnten.

Darüber hinaus waren sich die meisten Teilnehmenden einig, dass mehr Transparenz erforderlich sei. Die Urhebervertreterinnen bzw. -vertreter sprachen sich dafür aus, eine Art Gesellschaft oder Instrument zur Messung der Leistung (d. h. des Erfolgs) eines Werks auf VoD-Plattformen zu entwickeln, wie es ähnlich bereits für den Film- und Rundfunksektor existiert. Die unabhängigen Produzentinnen und Produzenten bedauerten, dass die Transparenzverpflichtungen des DMA nicht auch für VoD-Dienste gelten, und forderten mehr Transparenz in Bezug auf die von den großen Streaminganbietern verwendeten Daten und Algorithmen, mit deren Hilfe sie wertvolle Informationen über die Zuschauerquoten oder die Funktionsweise personalisierter Empfehlungsalgorithmen gewinnen könnten. Die Vertreterinnen bzw. Vertreter von kleineren VoD-Plattformen bestätigten, dass ihnen das Teilen von Daten mit Verbraucherinnen und Verbrauchern und das Einholen von Feedback zu ihren Interessen helfe, langfristig bessere Produkte und Dienste anzubieten. Zudem könne es schwierig sein, Daten über Algorithmen zu erhalten, aber sie wollten sich bemühen, die Lage mit der Zeit zu verbessern.

8.4. Webinar Nr. 3 – Urheberrecht und DSA³⁶⁷

8.4.1. Hintergrund

Maja Cappello, Leiterin der Abteilung für juristische Informationen der Europäischen Audiovisuellen Informationsstelle, eröffnete das Webinar zur Frage des Urheberrechts im DSA. Sie stellte kurz die wichtigsten Maßnahmen vor, die der DSA zur Bekämpfung illegaler Inhalte im Internet einführt, darunter die Mechanismen zur Kooperation mit „vertrauenswürdigen Hinweisgebern“, über die Nutzer illegale Inhalte melden können, und das KYBC-Prinzip mit seinen Regeln zur Rückverfolgbarkeit gewerblicher Nutzer auf

³⁶⁷ Dieser Abschnitt enthält eine kurze Zusammenfassung der Diskussionen beim dritten Webinar, „Urheberrecht und DSA“, vom 27. Mai 2021, <https://www.obs.coe.int/de/web/observatoire/-/series-of-webinars-from-march-to-july>. Die Zusammenfassung gibt nur die wichtigsten Punkte der Diskussionen wieder. Bitte überprüfen Sie sie daher anhand der Konferenzaufzeichnung, https://youtu.be/BHGv2UI_OU.



Online-Marktplätzen, das der Aufdeckung von Verkäuferinnen und Verkäufern illegaler Waren dient. Der DSA harmonisiere zudem die Sorgfaltspflichten für Plattformen und Hosting-Dienste und solle die Mitgliedstaaten bei der Rechtsdurchsetzung im Internet unterstützen, indem er Mechanismen für die Erteilung von Anordnungen an Diensteanbieter im gesamten Binnenmarkt einführt.

Zu den möglichen Arten illegaler Inhalte gehörten auch unerlaubt verbreitete urheberrechtlich geschützte Inhalte, und der DSA enthalte mehrere Berührungspunkte mit den geltenden Urheberrechtvorschriften, wie sie in der DSM-Richtlinie festgelegt seien. Artikel 17 dieser Richtlinie, dessen Anwendung (zum Zeitpunkt des Webinars) noch durch Leitlinien der Kommission geklärt werden müsse und der aktuell Gegenstand eines anhängigen Verfahrens beim EuGH sei, mache Plattformen für das Teilen von Online-Inhalten (Online Content Sharing Platforms, OCSPs) direkt haftbar, wenn ihre Nutzerinnen und Nutzer unter bestimmten Bedingungen unerlaubt urheberrechtlich geschützte Werke oder andere Schutzgegenstände bei ihnen hochladen. Die Diskussion bei diesem Webinar trug dazu bei, die neuen urheberrechtlichen Vorschriften des DSA und gleichzeitig auch die DSM-Richtlinie besser zu verstehen.

8.4.2. Expertenecke: Risiken und Chancen des DSA

Eleonora Rosati, Professorin für Immaterialgüterrecht an der Universität Stockholm und Direktorin des Instituts für Immaterialgüterrecht und Marktrecht (IFIM), erörterte zunächst die verschiedenen Risiken und Chancen des DSA in Bezug auf den Urheberrechtsschutz. Sie betonte, die Entstehungsgeschichten des DSA und der DSM-Richtlinie seien eng miteinander verflochten, auch wenn es zwischen beiden Instrumenten keine formale Beziehung gebe, denn das *lex specialis*-Prinzip und die Bestimmungen in Artikel 1 des DSA sähen vor, dass die Vorschriften des Unionsrechts über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte unberührt bleiben.

Anschließend erläuterte die Expertin ausführlich die spezifische und komplexe Haftungsregelung nach Artikel 17 der DSM-Richtlinie, die auf dem Grundgedanken beruhe, dass Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten (Online Content-Sharing Service Providers, OCSSPs) bestimmte Handlungen der öffentlichen Wiedergabe urheberrechtlich geschützter Inhalte vornehmen, für die sie eine Genehmigung der jeweiligen Rechteinhaber benötigen. Dieser Artikel sehe jedoch auch einen besonderen Haftungsmechanismus für den Fall vor, dass der OCSSP alle Anstrengungen unternommen hat, um eine solche Genehmigung einzuholen, aber keine erhalten hat: Die Bestimmung schütze ihn vor der Haftung, sofern eine Reihe kumulativer Voraussetzungen erfüllt sei, die eine Art Mindestunterstützung und -schutz für die Rechteinhaber gewährleisten. Zudem enthalte Artikel 17 der DSM-Richtlinie eine Bestätigung, dass dieser Artikel nicht zu einer Pflicht zur allgemeinen Überwachung führen darf, wie sie auch nach Artikel 15 der E-Commerce-Richtlinie bereits ausgeschlossen sei.

Was das Zusammenspiel und die Ähnlichkeit zwischen diesen beiden Instrumenten betreffe, enthalte der DSA mehrere Bestimmungen, die der Anwendung von Artikel 17 der DSM-Richtlinie dienen. Während die DSM-Richtlinie beispielsweise nicht festlege, unter welchen territorialen Bedingungen ein OCSSP unter Artikel 17 fällt,



verfolge der DSA einen Ansatz, der sich an dessen Ausrichtung orientiere. Der DSA enthalte Berechnungsmethoden zur Ermittlung der Anzahl der unterschiedlichen monatlichen Besucher des OCSSP, die wiederum für die Geltung der in Artikel 17 vorgesehenen weichen Haftungsregelung maßgeblich sei. Außerdem sehe er ein System zur Regulierung vertrauenswürdiger Hinweisgeber vor, das einigen Kommentaren zufolge notwendig sein könnte, damit Artikel 17 funktioniert. Daher sei es wichtig, die Entwicklung dieser beiden Instrumente zu verfolgen.

8.4.3. Stakeholder-Panel: Zusammenspiel zwischen DSA und Urheberrecht, Risiken, Herausforderungen und Chancen

Die Vertreterinnen bzw. Vertreter der Europäischen Kommission erläuterten zum Einstieg ihre Ansichten über die Wechselbeziehung zwischen DSA und Urheberrechtsschutz. Der DSA sei ein horizontales Instrument zur Regelung verschiedener wichtiger Aspekte der Internetwirtschaft, nicht aber speziell der Frage des Urheberrechts. Diese Regelung, die sich insbesondere aus Artikel 1 des DSA ergebe, spiegele den politischen Willen wider, nicht wegen der DSA-Verhandlungen wider die DSM-Richtlinie zur Diskussion zu stellen. Dies bedeute, dass Online-Plattformen mit urheberrechtlich geschützten Inhalten nicht unter die Haftungsregelung des DSA fallen, sondern unter die spezifische Regelung der DSM-Richtlinie, die insbesondere in deren Artikel 17 enthalten ist. In diesem Sinne erinnerten die Vertreterinnen bzw. Vertreter der Online-Plattformen daran, dass der Formulierungs- und Umsetzungsprozess der DSM-Richtlinie das Ergebnis sehr komplexer und langwieriger Verhandlungen gewesen sei. Daher warnten sie vor dem Versuch, einzelne Elemente der Richtlinie zu ändern.

Die Vertreterinnen bzw. Vertreter der Kreativbranche erörterten die Auswirkungen des DSA auf die Bekämpfung illegaler Inhalte aus der Perspektive der Cyberkriminalität. Im Kampf gegen Online-Piraterie bringen die „Guter-Samariter-Klausel“ und die im DSA vorgesehenen Sorgfaltspflichten ihrer Ansicht nach eigentlich keine große Veränderung. Außerdem vertraten sie die Auffassung, dass diese Pflichten verschärft werden sollten oder deren Einhaltung zumindest eine Voraussetzung für die Inanspruchnahme der Haftungsbefreiung sein sollte. Die KYBC-Verpflichtungen schränkten Cyberkriminelle besonders stark ein, weil sie bei der Anmeldung für Webhosting- oder Domännennamen echte und überprüfbare Kontaktinformationen angeben müssten. Allerdings seien diese Verpflichtungen auf die E-Commerce-Marktplätze beschränkt.³⁶⁸ Auch die Urhebervertreterinnen bzw. -vertreter kritisierten diesen begrenzten Anwendungsbereich und empfahlen, ihn auf alle Arten von Online-Vermittlern auszudehnen, um illegale Inhalte und wiederholte Verstöße im digitalen Umfeld wirksam bekämpfen zu können. Für Urheberinnen und Urheber seien diese Verpflichtungen ein wichtiges Instrument, um Rechtsverletzerinnen und Rechtsverletzer zu ermitteln, illegale Inhalte zu finden und sicherzustellen, dass der Ausgleich für Privatkopien nicht im Internet umgangen wird.

³⁶⁸ Weitere Informationen zu diesem Thema, <https://www.kybc.eu/>.



Die Vertreterinnen bzw. Vertreter der Plattformen äußerten gewisse Bedenken hinsichtlich des Prozesses zur Umsetzung bestimmter Elemente der Richtlinie, etwa hinsichtlich des Prinzips in Artikel 17, dass Anbieter alle Anstrengungen zu unternehmen haben, und der Frage, wie dieses Prinzip von den verschiedenen Mitgliedstaaten definiert werden würde. Hier biete der DSA den Vertreterinnen bzw. Vertretern von Plattformen eine gewisse Klarheit und Orientierungshilfe zum Umfang ihrer Haftung und ihrer Pflichten, etwa mit der Beschreibung des Meldeverfahrens. Beim Stichwort Klarheit bedauerten die Zuschauervertreterinnen bzw. -vertreter, dass einige Bestimmungen im DSA nicht detailliert genug seien. Ihrer Ansicht nach hängt viel davon ab, wie diese Bestimmungen umgesetzt werden und wie sie durch künftige Leitlinien der Kommission und die Rechtsprechung des EuGH präzisiert und interpretiert werden. Daher müssten etwa die Transparenz- und Rechenschaftspflichten unbedingt erfüllt und in einfacher und klarer Sprache erläutert werden, da dies das Vertrauen in den Rechtsrahmen stärken werde. Diese Transparenzanforderungen wurden von den Urhebervertreterinnen bzw. -vertretern begrüßt, da Transparenz von entscheidender Bedeutung für die Sichtbarkeit im Hinblick auf Rechtsverletzungen sei. Dies trage dazu bei, illegale Online-Inhalte besser zu verhindern, und liefere Urheberinnen und Urhebern wichtige Informationen über die Verwertung ihrer Werke, sodass sie bei Vertragsverhandlungen die Vergütungssätze einschätzen könnten.

Mit Blick auf die Nutzerrechte begrüßten die Zuschauervertreterinnen bzw. -vertreter einige positive Elemente des DSA-Pakets, darunter die Tatsache, dass es im Vergleich zu anderen EU-Rechtsvorschriften mehr Grundrechtsbezüge enthalte, und das Potenzial für eine deutliche Verbesserung der Transparenz und Rechenschaftspflicht bei Entscheidungen von Internetvermittlern über die Entfernung von Inhalten oder die Beschränkung des Zugangs zu ihnen. Risiken für die Nutzerrechte betrafen in erster Linie die Auswirkungen der vorgeschlagenen Maßnahmen auf die Grundrechte, insbesondere die Meinungsfreiheit und das Recht auf Privatsphäre und Datenschutz. Hingewiesen wurde auch auf das Risiko übermäßiger Sperrungen, wenn die Regulierung von Online-Inhalten quasi „privatisiert“ werde. Technologische Instrumente könnten nicht gut beurteilen, in welchem Kontext Inhalte im Internet eingestellt werden, sodass es unmöglich sei, Urheberrechtsverletzungen von legalen Verwendungen geschützter Inhalte zu unterscheiden. Darüber hinaus äußerten die Nutzervertreterinnen bzw. -vertreter die Ansicht, dass die aktuelle Haftungsbefreiungsregelung Plattformen einen Anreiz biete, eine Haftung im Zweifelsfall durch übermäßige Sperrung von Inhalten zu vermeiden, und dass der DSA die Vorkehrungen gegen dieses Risiko nicht ausreichend definiere. Noch weiter gingen bei der Haftungsregelung die Vertreterinnen bzw. Vertreter der Kreativbranche. Sie bedauerten, dass der Verlust der Haftungsbefreiung den Nachweis voraussetze, dass es zwischen dem Anbieter von Vermittlungsdiensten und der Nutzerin oder dem Nutzer eine bewusste Zusammenarbeit zur Ausübung illegaler Tätigkeiten gibt.



8.5. Webinar Nr. 4 – Der DSA und der Kampf gegen Desinformation³⁶⁹

8.5.1. Hintergrund

Maja Cappello, Leiterin der Abteilung für juristische Informationen der Europäischen Audiovisuellen Informationsstelle, führte in das Thema dieses letzten Webinars ein, das sich mit der Rolle des DSA im breiteren Ökosystem von Regelwerken und Maßnahmen zur Bekämpfung von Desinformation befasste. Sie führte aus, die Europäische Kommission habe zu dem Thema bereits mehrere Initiativen entwickelt, darunter die Mitteilung „Bekämpfung von Desinformation im Internet: ein europäisches Konzept“,³⁷⁰ der Aktionsplan gegen Desinformation³⁷¹ und der Verhaltenskodex zur Bekämpfung von Desinformation.³⁷² Der DSA-Vorschlag sehe nun ein Koregulierungs-Sicherheitsnetz für die Maßnahmen vor, die in einen überarbeiteten und verstärkten Kodex aufgenommen werden sollten. Er enthalte in Artikel 35 sogar Bestimmungen für die Erstellung von Verhaltenskodizes auf EU-Ebene, in denen die besonderen Herausforderungen bei der Bekämpfung verschiedener Arten illegaler Inhalte und systemischer Risiken im Sinne von Artikel 26 berücksichtigt würden, wie sie etwa mit der Desinformation verbunden seien.

8.5.2. Expertenecke: Risiken und Chancen für den Kampf gegen Desinformation

Tarlach McGonagle, außerordentlicher Professor am Institut für Informationsrecht (IViR) der Universität Amsterdam und Professor für Medienrecht und Informationsgesellschaft an der Universität Leiden, stellte dar, wie die europäischen Institutionen mit dem Thema Desinformation umgehen und welche Definitionen für diesen Begriff im Laufe der Zeit entwickelt worden sind. Er erklärte, ein erster Bericht im Auftrag des Europarats³⁷³ habe einige Elemente von Definitionen enthalten. Aus dem Verhaltenskodex von 2018 und anderen EU-Instrumenten sei dann eine weitere Definition entwickelt worden, die Desinformation als nachweislich falsche oder irreführende Information definiere, die zu

³⁶⁹ Dieser Abschnitt enthält eine kurze Zusammenfassung der Diskussionen beim vierten Webinar, „Der DSA und der Kampf gegen Desinformation“, vom 1. Juli 2021,

<https://www.obs.coe.int/de/web/observatoire/-/series-of-webinars-from-march-to-july>. Die Zusammenfassung gibt nur die wichtigsten Punkte der Diskussionen wieder. Bitte überprüfen Sie sie daher anhand der Konferenzaufzeichnung, <https://youtu.be/bPj4ZSA3lEQ>.

³⁷⁰ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:52018DC0236>.

³⁷¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX:52018JC0036>.

³⁷² https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=59132.

³⁷³ Wardle C. und Derakhshan H., „Information disorder: Toward an interdisciplinary framework for research and policy making“, 2017, <https://edoc.coe.int/fr/medias/7495-information-disorder-toward-an-interdisciplinary-framework-for-research-and-policy-making.html>.



wirtschaftlichen Zwecken oder zur absichtlichen Irreführung der Öffentlichkeit erstellt, präsentiert und verbreitet wird und öffentlichen Schaden anrichten kann, um demokratische Prozesse der Politik und Politikgestaltung sowie öffentliche Güter wie den Schutz der Gesundheit der EU-Bürgerinnen und -Bürger oder die Sicherheit zu gefährden.³⁷⁴

Andere europäische Texte und Instrumente, darunter der Europäische Aktionsplan für Demokratie,³⁷⁵ verdeutlichten und präzisierten diese Definitionen, indem sie ausführlicher darauf eingingen, wie Desinformation verbreitet wird, von wem sie stammt und was für Schäden sie verursachen kann. Zu den an der Erstellung und Verbreitung beteiligten Akteuren betonte der Experte, wie wichtig es sei, zwischen ihnen klar zu differenzieren, und wie komplex ihre Rolle sei. Für eine wirksame Bekämpfung dieser Art von Desinformation seien einerseits wichtige regulatorische Ansätze und andererseits Investitionen in das Ökosystem als solches erforderlich, um Maßnahmen und Strukturen zu schaffen, die gewährleisten, dass der Rahmen für die Freiheit der Meinungsäußerung robust und widerstandsfähig ist. Besonders wichtig seien einige Schlüsselemente des DSA wie die Regelung in den Artikeln 25–27 zur Risikobewertung und -minderung, vor allem für die sehr großen Online-Plattformen mit ihrer großen Reichweite, aus der sich auch eine größere potenzielle Wirkung der dort verbreiteten Desinformation ergebe. Der Experte warnte jedoch davor, dass dies zu blinden Flecken bei anderen Akteuren führen könnte, über die eine sehr intensive und effektive Verbreitung solcher Informationen möglich sei.

8.5.3. Stakeholder-Panel: Desinformationsbekämpfung, freie Meinungsäußerung und Datenzugang

Die Vertreterinnen bzw. Vertreter der Europäischen Kommission stellten ihre Politik und ihre jüngsten Initiativen zur Bekämpfung von Desinformation vor. Eine kürzlich durchgeführte Eurobarometer-Umfrage³⁷⁶ zeige, dass Online-Desinformation für die europäischen Bürgerinnen und Bürger ein bedeutender und zunehmender Grund zur Sorge sei, was sich durch die Covid-19-Krise noch verschärft habe. In diesem Zusammenhang habe die Kommission für die Online-Plattformen, die den Verhaltenskodex unterzeichnet hätten, ein Überwachungsprogramm für Covid-19-Desinformation eingerichtet. Anhand der Ergebnisse dieses Überwachungsprogramms habe die Europäische Kommission Leitlinien³⁷⁷ erstellt, die nicht nur den Kodex verstärken, sondern auch die legislative Lücke bis zur Verabschiedung des DSA schließen und für mehr Transparenz bei politischer Werbung sorgen sollten. Mehrere Teilnehmende äußerten sich zufrieden mit dem Leitfaden, darunter auch die Vertreterinnen bzw.

³⁷⁴ Weitere Informationen finden Sie auf der Website der Kommission, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/online-disinformation>.

³⁷⁵ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_20_2250.

³⁷⁶ <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2183>.

³⁷⁷ Leitlinien zur Verbesserung des Verhaltenskodexes für den Bereich der Desinformation, Mai 2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/OANDA_21_2586.



Vertreter der kommerziellen Rundfunkanstalten, die anmerkten, er entspreche aus ihrer Sicht der zunehmenden Forderung nach einer Überwachung des Kodex anhand von Leistungsindikatoren sowie der anerkannten Bedeutung von Transparenz in der Werbung und der Verpflichtung zu einem Koregulierungssystem. Die Vertreterinnen bzw. Vertreter der kommerziellen Rundfunkanstalten wiesen aber auch auf einige Verbesserungsmöglichkeiten hin. So erklärten sie, dass bei den Kontrollmaßnahmen der nationalen Medienregulierer mehr Transparenz erforderlich sei, dass unter den sonstigen DSA-Verpflichtungen, die in den überarbeiteten Kodex aufgenommen werden sollen, unabhängige Prüfungen hohe Priorität haben sollten und dass stärkere Sanktionsmechanismen benötigt würden.

Darüber hinaus wurden weitere aktuelle Herausforderungen und Risiken im Zusammenhang mit Faktenüberprüfung und Desinformation angesprochen. Die Vertreterinnen bzw. Vertreter der Kommission wiesen auf Studien hin, nach denen die Wirksamkeit von Maßnahmen der Plattformen von der Sprache des betreffenden Inhalts abhängt.³⁷⁸ Andere beklagten, dass einige Faktenprüfer keine Massendaten erhielten. Die Nutzervertreterinnen bzw. -vertreter wiesen zudem darauf hin, dass die Verbreitung von Desinformationen durch die vorhandenen Algorithmen und Empfehlungssysteme beeinflusst werde und dass sich Nutzerinnen und Nutzer oft nicht des Risikos bewusst seien, dass sie aufgrund ihres bisherigen Suchverlaufs einseitige Informationen erhalten. Darüber hinaus unterstrichen mehrere Teilnehmende, dass Desinformation an Bedeutung gewonnen habe und in den letzten Jahren eine besonders schädliche Wirkung entfalte. Einige Teilnehmende warnten jedoch auch vor der Gefahr einer Einschränkung der Meinungsfreiheit und betonten, Online-Äußerungen müssten internationalen Menschenrechtsnormen zufolge unabhängig davon geschützt werden, ob sie wahr oder falsch sind. Eingeschränkt werden sollten nur bestimmte Kategorien von Äußerungen wie die Aufstachelung zum Hass. Andere warnten vor allem vor der Schwierigkeit, unwahre Fakten von Meinungen zu unterscheiden und festzulegen, wer für diese Entscheidung verantwortlich sein sollte. Überdies sei darauf hinzuweisen, dass Fehlinformationen nur einen kleinen Teil der verfügbaren Informationen ausmachten und deren Bekämpfung nicht zur Entfernung legitimer Meinungsäußerungen führen sollte. In diesem Zusammenhang erklärten die Vertreterinnen bzw. Vertreter der Kommission, der Verhaltenskodex zur Bekämpfung von Desinformation und die Leitlinien gründeten voll und ganz im Schutz der Meinungsfreiheit. Vor allem enthielten sie genau aus diesem Grund eine Vielzahl von Instrumenten zur Bekämpfung von Desinformation, bei denen es in keinem Fall um deren Entfernung gehe. Darüber hinaus forderten die Leitlinien Transparenz und angemessene Rechtsbehelfe in Bezug auf Maßnahmen gegen Inhalte, die angeblich Desinformationen enthalten. In der Frage des Datenzugangs forderten die Vertreterinnen bzw. Vertreter der kommerziellen Rundfunkanstalten, dass Online-Plattformen sich für eine wirksame Kontrolle der Überwachungsergebnisse zu unabhängigen Prüfungen verpflichten. Die Online-Plattformen ihrerseits betonten die Notwendigkeit, grundsätzlich Schutzvorkehrungen zu haben, um die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen zu gewährleisten, die den Zugang zu solchen Daten ermöglichen würden, und unter diesen Bedingungen möglicherweise unabhängige Prüfungen

³⁷⁸ https://secure.avaaz.org/campaign/en/facebook_neglect_europe_infodemic/.



zuzulassen. In diesem Zusammenhang mahnten einige Teilnehmende Sorgfalt hinsichtlich der Frage an, wie und von wem Prüfungen durchgeführt werden.

Abschließend wiesen die Vertreterinnen bzw. Vertreter der Kommission darauf hin, dass der Verhaltenskodex durch die Kombination der Artikel 26 und 35 des DSA in den Status eines Koregulierungssystems erhoben werde, eines Verhaltenskodex, an den sich Online-Plattformen halten und an dem sie sich beteiligen könnten, insbesondere bei der Erfüllung der Verpflichtung zur Risikobewertung und -minderung. Die Stärkung der Verpflichtungen, die Erhöhung der Zahl der Unterzeichner, die Förderung einer engen Zusammenarbeit zwischen diesen Akteuren und die Verringerung der Einnahmen aus Desinformation seien wichtige Schritte, die unternommen werden müssten, um diesen Kodex effektiver zu machen und den Kampf gegen Desinformation effizienter zu führen. Andere Teilnehmende wiesen darauf hin, dass eine wichtige Reaktion auf Desinformation auch darin bestehe, für einen ständigen Fluss hochwertiger und vielfältiger Informationsquellen zu sorgen. Von grundlegender Bedeutung seien in diesem Sinne Programme zur Förderung der Medienkompetenz, aber auch die Finanzierung von unabhängigen Medien und von Faktenprüfungen. Die Vertreterinnen bzw. Vertreter der im Rahmen der Strategie der EU-Kommission zur Bekämpfung von Desinformation im Internet eingerichteten Europäischen Beobachtungsstelle für digitale Medien (European Digital Media Observatory, EDMO)³⁷⁹ wiesen darauf hin, dass diese Organisation als zentrale, unabhängige Plattform die Aufgabe habe, Interessenträger zusammenzubringen und relevante Fakten und Instrumente bereitzustellen, die zu einem multidisziplinären und evidenzbasierten Ansatz bei der Bekämpfung von Desinformation im Internet beitragen. Die Vertreterinnen bzw. Vertreter der Plattformen erklärten, dieser Multi-Stakeholder-Ansatz sei ihrer Erfahrung nach eine effizientere Möglichkeit, gegen Desinformation vorzugehen. Sie selbst setzten sehr darauf, dass die EDMO ihrer Aufgabe nachkomme, die Interessenträger zusammenzubringen.

8.6. Teilnehmerliste

	Nachname	Vorname	Organisation	Position
1	Barata	Joan	Stanford Law School	Intermediary Liability Fellow
2	Budzinski	Oliver	Technische Universität Ilmenau	Direktor des Instituts für Volkswirtschaftslehre
3	Burnley	Richard	Europäische Rundfunkunion (EBU)	Direktor Recht und Politik / General Counsel
4	Celot	Paolo	EAVI	Generalsekretär

³⁷⁹ <https://edmo.eu/>



	Nachname	Vorname	Organisation	Position
5	Cole	Mark	Institut für Europäisches Medienrecht (EMR)	Wissenschaftlicher Direktor
6	Craig	Celene	Broadcasting Authority of Ireland (BAI)	Stellv. Geschäftsführerin
7	De Streel	Alexandre	Universität Namur	Wissenschaftlicher Co-Direktor beim CERRE
8	Despringre	Cécile	Society of Audiovisual Authors (SAA)	Geschäftsführende Direktorin
9	Durand-Vialle	Pauline	Federation of European Screen Directors (FERA)	Geschäftsführerin
10	El Ramly	Siada	Dot Europe	Generaldirektorin
11	Estrin	Miriam	Google	Policy Manager
12	Giorello	Marco	Europäische Kommission (GD CONNECT)	Referatsleiter Urheberrecht
13	Gori	Paula	EDMO	Generalsekretärin und Koordinatorin
14	Herold	Anna	Europäische Kommission (GD CONNECT)	Referatsleiterin Politik der audiovisuellen und Mediendienste
15	Herovanu	Miruna	Association of Commercial Television in Europe (ACT)	Referentin für EU-Angelegenheiten
16	Jiménez Martín	Marisa	Facebook	Director Public Policy and Deputy Head of EU Affairs
17	Kukliš	Ľuboš	Rat für Rundfunk und Weiterverbreitung der Slowakei	Geschäftsführer
18	Lebret	Alexandra	European Producers Club (EPC)	Geschäftsführerin
19	Martin	Stéphanie	Society of Audiovisual Authors (SAA)	Rechtsberaterin
20	McCoy	Stan	Motion Picture Association (MPA)	Präsident und Geschäftsführer (EMEA)
21	McGonagle	Tarlach	Institut für Informationsrecht (IViR)	Außerordentlicher Professor
22	Michalis	Maria	European Alliance of Listeners' and Viewers' Associations (Euralva)	Beraterin für europäische audiovisuelle Politik
23	Morrow	Paige	UN-Sonderberichterstatter zur Meinungsfreiheit	Rechtsberaterin
24	Pancini	Marco	YouTube	Director Public Policy EMEA



	Nachname	Vorname	Organisation	Position
25	Polad	Grégoire	Association of Commercial television in Europe (ACT)	Generaldirektor
26	Putman	Marc	EUROVOD und OUTTV	Präsident und Geschäftsführer
27	Rosati	Eleonora	Institut für Immaterialgüterrecht und Marktrecht (IFIM), Universität Stockholm	Professorin für Immaterialgüterrecht und Direktorin
28	Senftleben	Martin	Universität Amsterdam	Direktor des IViR
29	Solar-Bassett	Anna	Vodafone	Group Public Policy
30	Stumpf	Krisztina	Europäische Kommission (GD CONNECT)	Referatsleiterin Medienkonvergenz und soziale Medien
31	Willner	Charlotte	Trust & Safety Professional Association (TSPA/TSF)	Geschäftsführende Direktorin

Europäische Audiovisuelle Informationsstelle

	Nachname	Vorname	Position
1	Nikoltchev	Susanne	Geschäftsführende Direktorin
2	Cabrera Blázquez	Francisco Javier	Senior-Rechtsanalyst, Abteilung für juristische Informationen
3	Cappello	Maja	Leiterin der Abteilung für juristische Informationen
4	Hindhaugh	Alison	Leiterin Kommunikation
5	Talavera Milla	Julio	Analyst, Abteilung für juristische Informationen
6	Valais	Sophie	Senior-Rechtsanalystin, Abteilung für juristische Informationen
7	Chochon	Léa	Junior-Analystin, Abteilung für juristische Informationen
8	Rabie	Ismail	Junior-Analyst, Abteilung für juristische Informationen

Eine Publikation
der Europäischen Audiovisuellen Informationsstelle

