



# Der DSA auf dem Prüfstand – Zwischen Grundrechten und Regulierung

Alexander Niebler und Sofian Djebbari



## Open Peer Review

Dieser Beitrag wurde lektoriert von:  
Hendrik Eppelmann & Lea Heyder



**Alexander** ist wissenschaftliche Hilfskraft am Institut für Öffentliches-, Völker- und Europarecht von Professor Daniel Erasmus-Khan an der Universität der Bundeswehr München. Er hat im Juli 2021 in Frankreich die Licence en droit abgelegt.

**Sofian** ist wissenschaftliche Hilfskraft am Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb sowie studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Privates, Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht an der LMU München. Er hat im Juli 2021 in Frankreich die Licence en droit abgelegt.

**A**m 28.10.2022, einen Tag nachdem der Gründer und CEO von *Tesla*, *Elon Musk*, den Kurznachrichtendienst *Twitter* endgültig erworben hatte, twitterte dieser – in Anspielung an das Logo des Unternehmens – dass der „*Vogel befreit wurde*“.<sup>1</sup> Der europäische Kommissar für den Binnenmarkt, *Thierry Breton*, reagierte schnell und antwortete in einem „*Retweet*“, dass „*in Europa der Vogel nach den europäischen Regeln fliegen wird*“.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> [Hier abrufbar](#) (Stand: 10.11.2022).

<sup>2</sup> [Hier abrufbar](#) (Stand: 10.11.2022).



Der *EU*-Kommissar spielt damit auf den Versuch der *Europäischen Union* an, den großen Digitalunternehmen mit europäischer Regulierung entgegenzutreten und illegalen Aktivitäten, die in der analogen Welt strafbar sind, auch in der digitalen Welt einen Riegel vorzuschieben.<sup>3</sup>

Die *Europäische Union* hat sich mit der europäischen Digitalstrategie zum Ziel gesetzt, der fortschreitenden Digitalisierung regulatorisch entgegenzutreten. Im Mittelpunkt stehen dabei zwei Legislativpakete, welche die *Europäische Kommission* am 15. Dezember 2020 vorgestellt hat: der Digital Markets Act (im Folgenden DMA)<sup>4</sup> und der Digital Services Act (nachfolgend DSA)<sup>5</sup>. Während der DMA die Regulierung spezifischer Verhaltensformen von sogenannten *Gatekeepern* vorsieht<sup>6</sup>, möchte der DSA Anbieter digitaler Dienste wegen illegaler Inhalte stärker in die Verantwortung nehmen.<sup>7</sup> Damit geht die Verordnung deutlich über die 20 Jahre alte E-Commerce-Richtlinie (ECRL) hinaus.<sup>8</sup>

1996 haben die *Vereinigten Staaten von Amerika* mit Section 230 des Communication Decency Acts einen Rechtsakt erlassen, der als *Magna Charta* des Internets gilt.<sup>9</sup> Das dort kodifizierte Haftungsprivileg für Plattformbetreiber<sup>10</sup> wurde nicht nur in Art. 14 der E-Commerce-Richtlinie übernommen, sondern steht auch weiterhin im Mittelpunkt der Regulierung des DSA.<sup>11</sup>

<sup>3</sup> Mitteilung der Kommission, KOM(2020) 67 endgültig, 11; Mitteilung der Kommission, Digitaler Kompass 2030: der europäische Weg in die digitale Dekade, KOM (2021) 118 endgültig/2 vom 9.3.2021, 15; siehe ErwGr. 3, 27 ff., 57 DSA.

<sup>4</sup> Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreithare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte).

<sup>5</sup> Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste), im Folgenden DSA.

<sup>6</sup> Eppelmann, CTRL 2/21, 123 ff.

<sup>7</sup> Duda, CTRL 2/2022, 10 ff.; Gielen/Uphues, EuZW 2021, 627 (632).

<sup>8</sup> 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); Schmid/Grewe, MMR 2021, 279; Berberich/Seip, GRUR-Prax 2021, 4.

<sup>9</sup> Langvardt 106 Geo. L. J. 2018, 1353 (1373); Gielen/Uphues, EuZW 2021, 627 (632).

<sup>10</sup> „No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider.“

<sup>11</sup> Gielen/Uphues, EuZW 2021, 627 (632).

Art. 14 I E-Commerce-Richtlinie: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass im Fall eines Dienstes der Informationsgesellschaft, der in der Speicherung von durch einen Nutzer eingegebenen Informationen besteht, der Diensteanbieter nicht für die im Auftrag eines Nutzers gespeicherten Informationen verantwortlich ist, sofern folgende Voraussetzungen erfüllt sind [...].“

Das Ziel des DSA ist es, ein „*level playing field*“ der Mitgliedstaaten im Digitalmarkt zu schaffen und damit die nationalen Abweichungen der E-Commerce-RL zu harmonisieren.<sup>12</sup> Es sollen um diese *Magna Charta* der Digitalwirtschaft herum neue, fundamentale Regelungen eingeführt werden, deren Ausmaß für manche Autoren bereits als „*Grundgesetz*“ der Digitalwirtschaft bezeichnet werden.<sup>13</sup>

In diesem Beitrag wird zunächst eine Positionierung des DSA in der Digitalstrategie der EU vorgenommen (Kapitel A) bevor auf den persönlichen Anwendungsbereich eingegangen wird (Kapitel B). Dann werden die neuen Regelungsinhalte sowie deren Vollziehbarkeit vertieft dargestellt (Kapitel C). Abschließend wird die Durchsetzung des neuen Gesetzes aus rechtspolitischer Sicht analysiert (Kapitel D).

Zum DSA wurden durch den Bericht des *Ausschusses für Binnenmarkt und Verbraucherschutz* im *Europäischen Parlament* („*DSA-E-Schaldemose*“) vom 20.12.2021 wichtige Änderungsvorschläge formuliert. Am 22.04.2022 haben sich *Rat, Europäisches Parlament* und *Europäische Kommission* im Rahmen des fünften Trilogs über den DSA auf eine vorläufig endgültige Fassung. Das *Europäische Parlament* hat in erster Lesung am 05.07.2022 seinen Standpunkt verabschiedet. Der *Rat* hat am 04.10.2022 den Entwurf final erörtert. Am 19.10.2022 wurde der DSA im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht. Bereits zum 16.11.2022 traten erste

<sup>12</sup> ErwGr. 7 DSA; Berberich/Seip, GRUR-Prax 2021, 4.

<sup>13</sup> Schmid/Grewe, MMR 2021, 279.

Inhalte der Verordnung in Kraft, der Großteil der Regelungen wird jedoch erst ab dem 17.02.2024 anwendbar sein.<sup>14</sup> Die publizierte Verordnung bildet die Grundlage für die Bearbeitung des vorliegenden Beitrags.<sup>15</sup>

### A. Der DSA als Teil der Digitalstrategie der EU

Zu Beginn ihrer Amtszeit betonte Kommissionspräsidentin *Ursula von der Leyen*, dass Europa auf dem Weg in eine neue digitale Welt international die Führungsrolle übernehmen müsse und erklärte die Digitalpolitik zu einer Priorität ihrer Amtszeit.<sup>16</sup> Dazu präsentierte die *Kommission* am 09.03.2021 ein allumfassendes digitalpolitisches Programm; den *digitalen Kompass*.<sup>17</sup> In diesem formuliert die *Kommission* ihre Zielvorstellung für den digitalen Wandel in Europa bis 2030 und benennt konkrete Ziele in den Bereichen digitale Kompetenzen, Aufbau digitaler Infrastrukturen, Digitalisierung der Unternehmen und Digitalisierung öffentlicher Dienste.<sup>18</sup> Dieses Programm wurde mit leichten Änderungen in Form eines Beschlusses des Parlaments und des Rates am 14.12.2022 verabschiedet.<sup>19</sup>

Auf der gesetzgeberischen Ebene hat die *Kommission* am 19.02.2020 eine Strategie zur Gestaltung der digitalen Zukunft Europas vorgelegt.<sup>20</sup> Dieses Konzept der *EU* stützt sich auf drei Säulen und möchte mit der Digitalstrategie auf Technologie im Dienste der Menschen (1), eine faire und wettbewerbsfähige digitale Wirtschaft (2) und eine offene, demokratische und nachhaltige Gesellschaft (3) hinarbeiten.<sup>21</sup> Der DSA ist inhaltlich zu großen Teilen der dritten Säule zuzuordnen und stellt eine von mehreren Schlüsselmaßnahmen dar, mit welchen die *Kommission* europäische

<sup>14</sup> Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste). In: Amtsblatt der Europäischen Union. L 277, 27. Oktober 2022, S. 1–102, Art. 93 Abs. 2 S. 2 DSA.

<sup>15</sup> Alle nicht anderweitig benannten ErwGr. und Artikel sind solche des DSA-E.

<sup>16</sup> Politische Leitlinien für die künftige Europäische Kommission 2019–2024, [hier](#) abrufbar (Stand: 02.06.2022).

<sup>17</sup> Mitteilung der Kommission, Digitaler Kompass 2030: der europäische Weg in die digitale Dekade, KOM (2021) 118 endgültig vom 09.03.2021; Vorschlag für einen Beschluss des Europäischen Parlaments und des Rates über das Politikprogramm für 2030 „Weg in die digitale Dekade“, KOM (2021) 574 endgültig.

<sup>18</sup> Beschluss (EU) 2022/2481 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2022 über die Aufstellung des Politikprogramms 2030 für die digitale Dekade.

<sup>19</sup> [Hier](#) abrufbar (Stand: 31.12.2022).

<sup>20</sup> Mitteilung der Kommission, KOM(2020) 67 endgültig.

<sup>21</sup> Ebd., 2.

Werte und ethische Regeln sowie die sozialen und ökologischen Standards auch im digitalen Raum durchsetzen möchte.<sup>22</sup> Das erklärte Regelungsziel des DSA ist gemäß den Erwägungsgründen 1, 3, 4 und 9 die Wahrung der in der Charta garantierten Grundrechte und eines funktionierenden Binnenmarkts im Online-Umfeld sicherzustellen.

Erwägungsgrund 3 des DSA [paraphrasiert]: „Damit das Online-Umfeld sicher, berechenbar und vertrauenswürdig ist und Bürger der Union die ihnen in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union garantierten Grundrechte ausüben können, insbesondere das Recht auf Meinungs- und Informationsfreiheit und die Erreichung eines hohen Verbraucherschutzniveaus, ist unbedingt ein verantwortungsvolles Verhalten der Anbieter von Vermittlungsdiensten erforderlich.“

Erwähnenswert in diesem Zusammenhang ist neben dem DSA insbesondere die europäische Datenstrategie, die ebenfalls am 19.02.2020 veröffentlicht wurde und sich zum Ziel gesetzt hat, Europa eine globale Führungsrolle in der von Daten geprägten Wirtschaft zu verschaffen.<sup>23</sup> Als Kernmaßnahmen der Datenstrategie hat die Kommission am 25.11.2020 einen Vorschlag für den Data-Governance-Act vorgelegt, der am 16.05.2022 final vom Rat beschlossen wurde.<sup>24</sup> Der Rechtsakt schafft Regeln für die erleichterte Wiederverwendung und Teilung geschützter Daten des öffentlichen Sektors.<sup>25</sup> Am 23.02.2020 hat die *Kommission* ferner einen Vorschlag für eine Richtlinie über harmonisierte Regeln zum gerechten Zugang und Nutzen von Daten (Data Act) vorgelegt, der aktuell vom Rat und zukünftig vom Parlament diskutiert wird.<sup>26</sup>

<sup>22</sup> Ebd., 11.

<sup>23</sup> Mitteilung der Kommission, Eine europäische Datenstrategie, KOM(2020) 66 endgültig.

<sup>24</sup> Verordnung über europäische Daten-Governance und die Anpassung der Verordnung (EU) 2018/1724 (Data Governance Act).

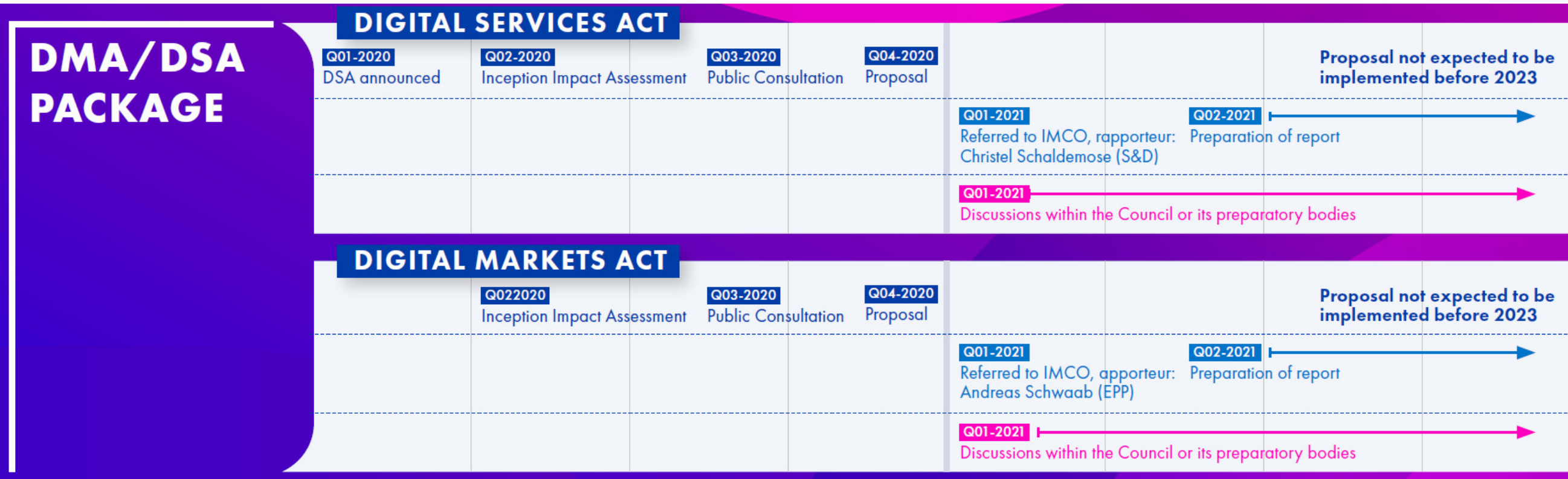
<sup>25</sup> Rat der Europäischen Union, Pressemitteilung vom 16. Mai 2022, 441/22; *Eppelmann*, CTRL 2/21, 123 ff.

<sup>26</sup> Vorschlag für eine Richtlinie über harmonisierte Regeln zum gerechten Zugang und Nutzen von Daten (Data Act), KOM(2022) 68 endgültig.

Die Vielzahl der genannten Rechtsakte, insbesondere hinsichtlich ihrer Parallelität zum DMA sowie der Umstand, dass – wie Erwägungsgründe 10 ff. und Art. 2 II, III DSA explizit normieren – der DSA andere Rechtsakte der Union als *lex specialis* unberührt lassen soll, macht eine genaue Eingrenzung des persönlichen Anwendungsbereichs des DSA notwendig.

erbracht werden können.<sup>28</sup> Insbesondere mit Blick auf die systematisch abgestufte Regulierung des DSA, die neben allgemeinen Regelungen für alle Vermittlungsdienste auch zusätzliche besondere Regelungen für „*Host-Provider*“ und „*Online-Plattformen*“, sowie „*sehr große Online-Plattformen*“ vorsieht, ist eine Abgrenzung dieser vier Adressatenkategorien erforderlich.<sup>29</sup> Um das Verhältnis der vier

Begriffe „*Vermittlungsdienste*“, „*Host-Provider*“ und „*Online-Plattformen*“ bzw. „*sehr große Online-Plattformen*“ untereinander zu verdeutlichen, ist der bildliche Vergleich zur Matroschka-Puppe hilfreich<sup>30</sup>: Der DSA sieht die Kategorie der „*Vermittlungsdienste*“ als Überbegriff an, zu dem unter anderem auch „*Host-Provider*“ gehören und gemäß Art. 3 i) sind „*Online-Plattformen*“ wiederum als Unterkategorie von „*Host-Providern*“ zu qualifizieren. Für die Kategorie der „*Online-Plattformen*“ sieht



Quelle: EU-Kommission

### B. Der Begriff der Anbieter digitaler Dienste im DSA-E

Gemäß Art. 2 I gilt die Verordnung grundsätzlich für alle Vermittlungsdienste, die für Nutzer angeboten werden, welche ihre Niederlassung in der EU haben. Dabei ist der Niederlassungsort des Dienstansbieters grundsätzlich unbeachtlich.<sup>27</sup> Der Oberbegriff der Vermittlungsdienste wird in Art. 3 g) näher beschrieben. Dieser definiert Vermittlungsdienste als kommerzielle, in der Regel gegen Entgelt erbrachte Dienstleistungen der Informationsgesellschaft, die in Form der „*reinen Durchleitung*“ (Art. 3 g) i)), der „*Caching*“-Leistung (Art. 3 g) ii)) oder in Form von „*Hosting*“-Diensten

die abgestufte Regulierung des DSA dann zuletzt noch besondere Vorschriften für sogenannte „*besonders große Online-Plattformen*“ vor. Das heißt, der Begriff der „*Vermittlungsdienste*“ umfasst noch die meisten Dienstleister, während die Kategorie „*besonders große Online-Plattformen*“ die wenigsten Dienstleister betrifft (zur visuellen Darstellung der Begriffe vgl. Abbildung 2).

<sup>27</sup> Raue/Heesen, NJW 2022, 3537 (3538).

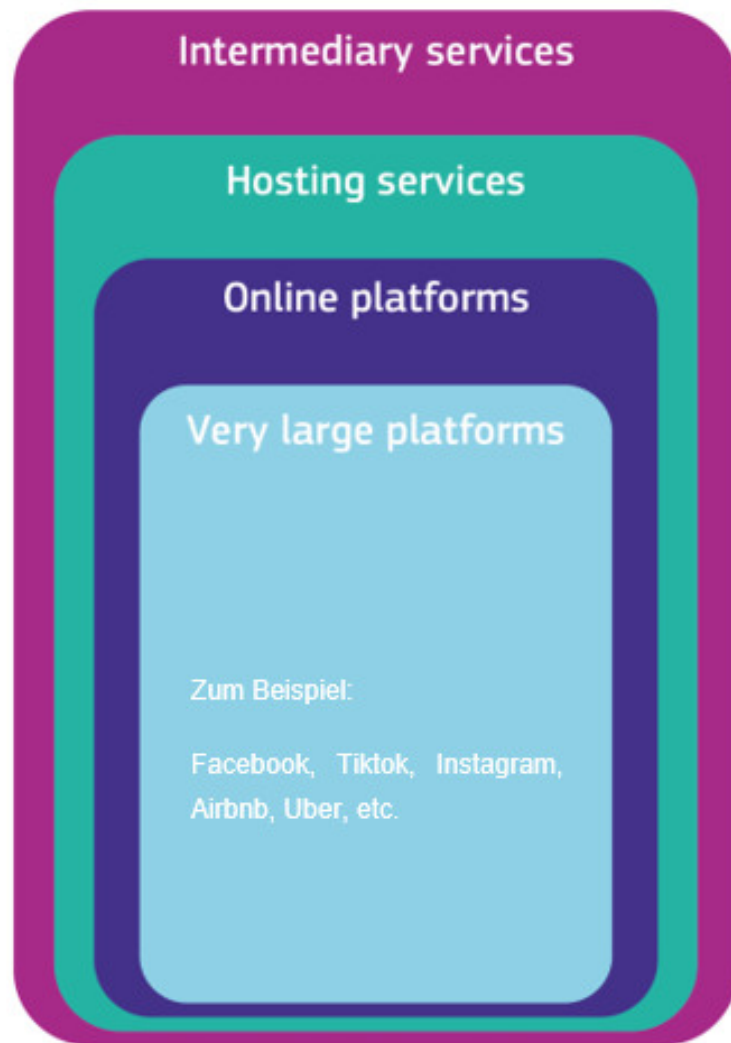
<sup>28</sup> Spindler, GRUR 2021, 545 (547); ErwGr. 5.

<sup>29</sup> Vgl. Schmidt/Grewe, MMR 2021, 279 (279).

<sup>30</sup> Vgl. Gielen/Uphues, EuZW 2021, 627 (634).



Als „**Host-Provider**“ definiert Art. 3 g) iii) einen Dienst der Informationsgesellschaft, der darin besteht, die von einem Nutzer bereitgestellten Informationen in dessen Auftrag zu speichern. Es handelt sich somit regelmäßig um Plattformen, auf denen Nutzer ihre Inhalte hochladen, speichern und der Öffentlichkeit zur Verfügung stellen können, wobei die Inhalte in Abgrenzung zu den sogenannten „**Access-Providern**“ nicht nur „durchgeleitet“ werden.<sup>31</sup> Bedeutsam ist dabei, dass es sich bei den Inhalten nicht um eigene Inhalte der Dienstleister handelt, sondern um die der Nutzer und es aus Sicht des „**Host-Provider**“ also fremde Drittinhalte sind.<sup>32</sup>



Der Zusammenhang zwischen den Begriffsdefinitionen im DSA (Quelle: EU-Kommission)

Gemäß Art. 3 i) sind „**Online-Plattformen**“ eine Unterkategorie von „**Host-Providern**“, die im Auftrag eines Nutzers Informationen speichern und öffentlich verbreiten; etwa Online-Marktplätze oder soziale Netzwerke.<sup>33</sup> Mit Blick auf das Merkmal der erforderlichen öffentlichen Verbreitung der Inhalte, stellt sich die Frage, ob Messenger-Dienste wie **WhatsApp** und **Telegram** als „**Online-Plattformen**“ im Sinne des DSA qualifiziert werden können oder vom Anwendungsbereich ausgenommen werden.

Denn diese Messenger stellen die Nachrichten der Nutzer nur einem Kontakt oder einer bestimmten Anzahl von Kontakten in Gruppenchats zur Verfügung. Art. 3 k) definiert die „**öffentliche Verbreitung**“ als Bereitstellung der Informationen für eine potenziell unbegrenzte Zahl von Dritten im Auftrag des Nutzers. Damit sind beispielsweise klassische Sprachanrufe, E-Mails oder Privat- bzw. Gruppenchats grundsätzlich nicht erfasst, da die relevanten Informationen nur an bestimmte Dritte bereitgestellt werden.<sup>34</sup> Anders sind jedoch solche Messenger-Dienste und Gruppenchats zu behandeln, bei denen die Anzahl der Gruppenteilnehmer unbegrenzt ist und für mögliche neue Nutzer keine Zutrittschindernisse bestehen, also sogenannte „**öffentliche Gruppen**“ oder „**offene Kanäle**“.<sup>35</sup> In diesen Fällen, in denen der Absender den Empfängerkreis nicht vorab konkret bestimmt hat, kann wieder von einer „**öffentlichen Bereitstellung**“ ausgegangen werden und der entsprechende Dienst unterliegt erneut dem Anwendungsbereich des DSA.<sup>36</sup> Zuletzt ist noch auf die vierte und restriktivste Unterkategorie der „**sehr großen Online-Plattformen**“ hinzuweisen. Gemäß Art. 33 I sind Online-Plattformen mit einer durchschnittlichen monatlichen Anzahl von mindestens 45 Mio. Nutzern in der **EU** als „**sehr große Online-Plattformen**“ einzustufen, für die der DSA-E noch weitere, spezifischere Regulierungen vorsieht.

### C. Die gestufte Regulierungsregime des DSA aus rechtsökonomischer Sicht

Der DSA sieht in Fortführung der Grundentscheidung aus der ECRL ein allgemeines Haftungsregime sowie hinsichtlich des dargestellten Definitionsmodells (vgl. Kapitel B und Abbildung 2) ein abgestuftes Modell der Regulierung vor.<sup>37</sup>

#### I. Beibehaltung der alten Haftungsregelungen

Im ersten Abschnitt des DSA (insb. Art. 4 bis 10) werden beinahe identisch die Haftungsprivilegierungen der Art. 12 bis 15 ECRL übernommen, welche für alle Vermittlungsdienste i.S.d. Art. 3 g – also Access- und Host-Provider sowie Caching-Dien-

<sup>31</sup> Hier abrufbar (Stand: 30.12.2022).

<sup>32</sup> Ebd.

<sup>33</sup> Vgl. *Gielen/Uphues*, EuZW 2021, 627 (634).

<sup>34</sup> Vgl. ebd., 634.

<sup>35</sup> Erwägungsgrund. 14.

<sup>36</sup> Vgl. *Gielen/Uphues*, EuZW 2021, 627 (634).

<sup>37</sup> *Duda*, CTRL 2/2022, 10 (12 ff.); *Berberich/Seip*, GRUR-Prax 2021, 4.

ste – gelten. Hierbei handelt es sich um die Übermittlung oder Abrufung der von Nutzern bereitgestellten Informationen, also fremder Inhalte.<sup>38</sup> Für diese Nutzer-Inhalte soll der Diensteanbieter grundsätzlich nicht haften. Eine Ausnahme hiervon gilt gem. Art. 6 III für Host-Provider, wenn aus Sicht eines Verbrauchers der Eindruck entsteht, dass die angebotene Information als Leistung vom Host-Provider selbst oder ihm unterstellten Nutzern bereitgestellt wird.<sup>39</sup> Dies erinnert an die vom EuGH entwickelte Rechtsprechung der „**aktiven Rolle**“, nach welcher eine Haftung des Host-Providers dann geboten ist, wenn er 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 vielmehr eine „**aktive Rolle**“ einnimmt.<sup>40</sup> Dies wirft jedoch die Frage nach der Reichweite der Ausnahme, insbesondere außerhalb des Verbrauchsgüterrechts, auf.<sup>41</sup> Neu ist ebenso Art. 7, demzufolge freiwillige Untersuchungen zur Erkennung und Entfernung rechtswidriger Inhalte die Privilegierungen der Art. 4 ff. nicht entfallen lassen.<sup>42</sup> Wenn ein Vermittlungsdienstleister ohne rechtliche Verpflichtung solche Maßnahmen anwendet, dann soll er nicht schlechter stehen als ein Dienstleister, der dies unterlässt.

## II. Regelung des Umgangs mit rechtswidrigen Inhalten

Neuland betritt der DSA durch Auflagen zum Vorgehen gegen rechtswidrige Inhalte nach Art. 9 f. Wie Art. 8 klarstellt, wird es keine allgemeine Pflicht zur Überwachung der übermittelten Informationen auf rechtswidrige Inhalte geben. Jedoch haben Vermittlungsdienste neuerdings auf Grundlage einer behördlichen Anordnung gegen rechtswidrige Inhalte vorzugehen und darüber Auskunft zu geben (Art. 9, 10). Solche Inhalte sind gem. Art. 3 h alle Informationen, die nicht im Einklang mit Unionsrecht sowie mitgliedstaatlichem Recht stehen.<sup>43</sup> Bemerkenswert ist hier-

<sup>38</sup> Ebd.

<sup>39</sup> Schmid/Grewe, MMR 2021, 279 (280).

<sup>40</sup> Explizit ErwGr. 18; EuGH GRUR 2010, 445 Rn. 114 ff. – Google France; Berberich/Seip, GRUR-Prax 2021, 4; ähnlich auch die vom BGH entwickelte Rechtsprechung des „Zu-eigen-machens“ (BGH MMR 2010, 556 m. Anm. Engels).

<sup>41</sup> Schmid/Grewe, MMR 2021, 279 (280).

<sup>42</sup> Ebd.

<sup>43</sup> Ebd.

bei zunächst, dass die Einordnung, welche Inhalte rechtswidrig sind, ohne Differenzierung erfolgt und in großem Maße an die Mitgliedstaaten abgegeben wird.<sup>44</sup> Aus deutscher Sicht ist anzumerken, dass diese Definition deutlich über § 1 Abs. 3 NetzDG hinausgeht, welche sich nur auf strafbare Inhalte bezieht.<sup>45</sup> Jedoch werden damit schädliche Inhalte, mithin Desinformationen, sofern diese nicht rechtswidrig sind, nicht erfasst.<sup>46</sup> Hierbei wird auch weiterhin ein Selbstregulierungsansatz der Plattformen verfolgt.<sup>47</sup>

---

„Wie Art. 8 DSA klarstellt, wird es grds. keine allgemeine Pflicht zur Überwachung der Nutzer-Informationen auf rechtswidrige Inhalte geben.“

---

Die Transparenzregeln der Art. 11 ff. sollen zukünftig die Kommunikation zwischen den Behörden und den Diensteanbietern durch Einrichtung von „single *points of contact*“ erleichtern (Art. 11, 12). Anbieter von Vermittlungsdiensten haben bei fehlender Niederlassung in der Union einen rechtlichen Vertreter zu benennen, der für Pflichtverstöße gegen den DSA unmittelbar haftet (Art. 13 III).<sup>48</sup> Intermediäre haben nach Art. 15 ferner jährliche Transparenzberichte mit Informationen über gelöschte und gesperrte Inhalte zu veröffentlichen. Interessant ist, dass diese Regelungen, im Unterschied zu den weitreichenderen Verpflichtungen für **sehr große Online-Plattformen** und **Suchmaschinen**, keine Regelungen zur Vereinbarkeit dieser Offenlegungspflichten mit der Wahrung von Geschäftsgeheimnissen vorsehen.<sup>49</sup>

<sup>44</sup> Gielen/Uphues, EuZW 2021, 627 (634).

<sup>45</sup> Ebd.

<sup>46</sup> ErwGr. 106; Art. 45 ff.; Kühling, ZUM 2021, 461 (470).

<sup>47</sup> Ebd.

<sup>48</sup> Berberich/Seip, GRUR-Prax 2021, 4.

<sup>49</sup> Ebd.

### III. Einführung von Melde- und Abhilfverfahren

Herzstück des DSA bildet die Fortentwicklung des „*Notice-and-takedown*“-Verfahrens hin zu einem „*Notice-and-action*“-Verfahren.<sup>50</sup> Hosting-Dienste und Plattformen müssen demnach Verfahren schaffen, nach denen Nutzer rechtswidrige Inhalte einfach melden können, der Eingang von Meldungen bestätigt wird, diese zeitnah, sorgfältig und objektiv bearbeitet werden und eine begründete Rückmeldung über die Entscheidung gegeben wird (Art. 16 und 17).<sup>51</sup> Sie können Meldungen vollständig automatisiert bearbeiten.<sup>52</sup> Nach Art. 16 III begründet eine berechtigte Meldung Kenntnis im Sinne des Art. 6, sodass ab diesem Zeitpunkt der Diensteanbieter für die Löschung des Inhalts haftet.<sup>53</sup> Dabei bleibt offen, ob dies eine unwiderlegliche Fiktion oder eine Vermutungsregel darstellt.<sup>54</sup> Dies erinnert an den US-amerikanischen Digital Millennium Copyright Act (*DMCA*), welcher jedoch ergänzend eine Haftungsfreistellung für Anbieter, die ihnen als rechtswidrig notifizierte Inhalte rechtskonform löschen, vorsieht.<sup>55</sup> Damit normiert der DSA keine explizite Löschpflicht, weswegen einige kritisieren, dass das Schutzniveau unter demjenigen des NetzDG absinken könnte und ergänzende Bußgelder fordern, um bei den Host-Providern Druck zum Löschen zu erzeugen.<sup>56</sup>

Als Gegenargumente werden diesbezüglich stets die Einschränkung der Meinungsfreiheit sowie die Gefahr des Overblocking von kritischen Meinungen vorgebracht.<sup>57</sup> Besonders die Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe wie der Entscheidungsmaßstab „*sorgfältig, frei von Willkür und objektiv*“ in Art. 16 VI lässt den Plattformen großen Freiraum für Wertentscheidungen, die nach Stimmen der Literatur aufgrund der Grundrechtsrelevanz der Materie eigentlich vom europäischen Gesetzgeber

geregelt werden müssten.<sup>58</sup> Art. 18 verpflichtet Anbieter darüber hinaus, bei Kenntnis Strafverfolgungsbehörden den Verdacht von Straftaten mitzuteilen.<sup>59</sup>

### IV. Besondere Regeln für Online-Plattformen

Die Art. 19 ff. normieren für Online-Plattformen weitergehende Pflichten. Demnach stehen privaten Nutzern (Art. 3 b) bei Löschung ihrer Beiträge oder Sperrung ihres Nutzerkontos gegen die Plattform ein Recht auf ein internes Beschwerdeverfahren beim Plattformbetreiber<sup>60</sup> (Art. 20) und eine außergerichtliche Streitbeilegung (Art. 21) zu. Bemerkenswert ist hierbei, dass gem. Art. 22 V Online-Plattformen in Vorleistung zu treten haben und selbst im Falle ihres Obsiegens bei einer außergerichtlichen Streitbeilegung ihre Gebühren und Auslagen nicht ersetzt bekommen.<sup>61</sup> Ferner werden Online-Plattformen zusätzliche Transparenz- und Berichtspflichten auferlegt (Art. 24 ff.). Dies betrifft etwa Online-Werbung wie *targeted advertising*<sup>62</sup> oder *Microtargeting*, wobei Nutzer künftig bei jeder angezeigten Werbung in klarer, präziser Art und in Echtzeit erkennen können müssen, ob und um wessen Werbung es sich handelt und was die Hauptparameter für die Ausspielung an ihre Zielgruppen sind (Art. 26 I).<sup>63</sup> Art. 26 III normiert ferner ein Verbot von Profiling.

### V. Regeln für sehr große Online-Plattformen und -Suchmaschinen

Am stärksten verpflichtet der DSA sehr große Online-Plattformen und Suchmaschinen (Abschnitt 5 DSA).<sup>64</sup> Als solche gelten gem. Art. 33 I, IV solche Plattformen und Suchmaschinen, die durchschnittlich monatlich mindestens 45 Millionen aktive Nutzer in der *EU* haben und als solche von der *Kommission* per Beschluss benannt wurden. Auf solche Diensteanbieter kommen zukünftig erhöhte Transparenz-, Audit- und Publizitätspflichten zu (Art. 34 ff.).<sup>65</sup> Der DSA sieht in deren Reich-

<sup>50</sup> Ebd., 5; Schmid/Grewe, MMR 2021, 279 (280); Spindler, GRUR 2021, 545 ff.

<sup>51</sup> Berberich/Seip, GRUR-Prax 2021, 5.

<sup>52</sup> Art. 16 VI 2; Raue/Heesen, NJW 2022, 3537 (3540).

<sup>53</sup> Schmid/Grewe, MMR 2021, 279 (280).

<sup>54</sup> Ebd., Rn. 9.

<sup>55</sup> Ebd.

<sup>56</sup> Eisenreich, RDt 2021, 289 (290 f.).

<sup>57</sup> Eisenreich, RDt 2021, 289, 291; Zum NetzDG Liesching, *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*, 1. Online-Auflage 2018, § 3 NetzDG, Rn. 8 ff., m. w. N. zum Meinungsstand.

<sup>58</sup> Eisenreich, RDt 2021, 289 (292).

<sup>59</sup> Raue/Heesen, NJW 2022, 3537 (3541).

<sup>60</sup> Zu dem spannenden Konflikt zwischen dem *Facebook Oversight Board* und der Meinungsfreiheit siehe bereits Beckmann, *CTRL 1/22*, 54 ff.

<sup>61</sup> Schmid/Grewe, MMR 2021, 279 (281), eine Ausnahme besteht bei Böswilligkeit des Nutzers.

<sup>62</sup> Schmid/Grewe, MMR 2021, 279 (281).

<sup>63</sup> Berberich/Seip, GRUR-Prax 2021, 5.

<sup>64</sup> Ebd.

<sup>65</sup> Spindler, GRUR 2021, 653 (658 f.).

weite die Gefahr potenzieller gesellschaftlicher Risiken, welche zusätzliche Pflichten und insbesondere Compliance-Maßnahmen für die Bewertung systemischer Risiken begründen (Art. 34 f.).<sup>66</sup> Zu diesen Risiken zählen gem. Art. 34 I a – d die Verbreitung rechtswidriger Inhalte sowie potenziell nachteilige Auswirkungen auf die gesellschaftliche Debatte, Wahlprozesse<sup>67</sup> und die öffentliche Sicherheit.<sup>68</sup> Um diesen entgegenzutreten, werden Diensteanbieter dazu verpflichtet, die Moderation von Inhalten, Werbesystemen sowie Algorithmen entsprechend anzupassen (Art. 35). Hinzu kommen die Pflicht zur Einrichtung eines Krisenreaktionsmechanismus (Art. 36), einer jährlichen unabhängigen Prüfung (Art. 37) und weitgehende Transparenzanforderungen an Online-Werbung (Art. 39). Letztere werden durch den Aufbau spezifischer, leicht zugänglicher Verzeichnisse, in denen Informationen zur Art der Werbung, den Werbetreibenden und der Ausspielung verfügbar sind, sichergestellt.<sup>69</sup> Darüber hinaus entstehen zusätzliche Compliance- (Art. 41) und Transparenzberichtspflichten (Art. 42). Einige Stimmen in der Literatur befürchten, dass diese zusätzlich veröffentlichten Informationen nicht zu einer tatsächlich erhöhten Transparenz, sondern nur „zu weiteren Texten führen, die von den Konsumenten nicht gelesen werden“.<sup>70</sup>

Noch weitgehender sind die Verpflichtungen des Art. 40 I, welche die Diensteanbieter verpflichten, den Koordinatoren für digitale Dienste (Art. 3 n) oder der *Kommission* Zugang zu den Daten, die zur Überwachung der Pflichten aus dem DSA notwendig sind, zu gewähren. Diese Möglichkeit steht gem. Art. 40 IV ff. bei begründetem Verlangen nunmehr auch zugelassenen Forschern offen. Damit soll der Forschung ermöglicht werden, Plattformen zukünftig besser zu untersuchen.<sup>71</sup> Diese Offenlegungspflichten teils wettbewerbslich sensibler Informationen stellt einen als sehr weitreichenden Eingriff in das – grundrechtlich geschützte – Geschäftsgeheim-

nis der Diensteanbieter dar.<sup>72</sup> Diesbezüglich räumt der DSA den Anbietern nunmehr lediglich unter Berufung auf die Sicherheit des Dienstes oder dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen die Möglichkeit der Unterbreitung eines Alternativvorschlags ein (Art. 40 V, VI).<sup>73</sup> Mit Stimmen der Literatur ist festzustellen, dass insbesondere die Regelungen zum Zugang von Daten des DSA neben einer wirtschaftspolitischen auch eine gesellschaftspolitische Zielrichtung erkennen lassen.<sup>74</sup>

### VI. Zwischenfazit

Unter rechtsökonomischen Gesichtspunkten sieht der DSA für Plattformen eine bislang ungekannte Regulierung vor. Die spärlichen Regelungen zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen, fehlende Haftungsfreistellungen wie aus dem DMCA bekannt, die Kostentragungsregelungen sowie die Pflicht zum weitreichenden Zugang zu sensiblen Daten lassen aufhorchen und nehmen große Plattformen und Suchmaschinen klar in die Pflicht. Fraglich ist insoweit, wie durch diese Regelungen der Schulterschluss zu den USA gelingen kann.<sup>75</sup> Hierbei einen gemeinsamen Rechtsrahmen aufzubauen, ist immerhin die Absicht der *Kommission*.<sup>76</sup>

## D. Die geteilten Durchsetzungsbefugnisse aus rechtspolitischer Perspektive

### I. Das geteilte Zuständigkeitsregime des DSA

Die Durchsetzung der Verpflichtungen des DSA erfolgt primär durch europäische Aufsichtsbehörden sowie durch Selbstverpflichtung der Vermittlungsdienste.<sup>77</sup> Jedoch wurde auf Vorschlag des Parlaments der in Art. 54 normierte Schadensersatz eingefügt, der privaten Nutzern bei Verstößen der Vermittlungsdienste gegen nutzerbezogene Pflichten nach den Vorschriften des nationalen Rechts eine „Ent-

<sup>66</sup> Ebd.; ErwGr. 75 f.

<sup>67</sup> Zur derzeit bereits bestehenden Problematik von Deepfakes in großen sozialen Medien, vgl. *Beute/Dhungel* in dieser Ausgabe der CTRL.

<sup>68</sup> *Berberich/Seip*, GRUR-Prax 2021, 6; *Raue/Heesen*, NJW 2022, 3537 (3542).

<sup>69</sup> Ebd.

<sup>70</sup> *Kuß/Lehmann*, DB 2021, 605 (609); *Gielen/Uphues*, EuZW 2021, 627 (636).

<sup>71</sup> *Schmid/Grewe*, MMR 2021, 279 (281), ErwGr. 97.

<sup>72</sup> So u.a. *Spindler*, GRUR 2021, 653 (660); *Berberich/Seip*, GRUR-Prax 2021, 6; *Gielen/Uphues*, EuZW 2021, 627 (636).

<sup>73</sup> *Gielen/Uphues*, EuZW 2021, 627 (636).

<sup>74</sup> *Schmid/Grewe*, MMR 2021, 279 (281).

<sup>75</sup> Umfassend zum derzeit bestehenden Problem des EU-US-Datentransfers *Stark*, CTRL 2/22, 58 ff.; *Gielen/Uphues*, EuZW 2021, 627 (637).

<sup>76</sup> Ebd.; so die Präsidentin der EU-Kommission in ihrer Rede in Davos, [hier](#) abrufbar (Stand: 31.12.2022).

<sup>77</sup> *Raue/Heesen*, NJW 2022, 3537 (3542).



„*schädigung*“ einräumt.<sup>78</sup> Die behördliche Durchsetzung erfolgt durch von den Mitgliedstaaten geschaffene Behörden, die sog. „*Koordinatoren für digitale Dienste*“ (Art. 49 ff.).<sup>79</sup> Diese Koordinatoren werden nach Art. 51 durch die Mitgliedstaaten mit Auskunfts-, Durchsuchungs- und Ermittlungsbefugnisse ausgestattet, die sich zwar aus dem nationalen Recht ergeben, jedoch in Art. 51 einen europarechtlich determinierten Mindeststandard finden.<sup>80</sup> Die Koordinatoren haben gem. Art. 52 III ferner die Kompetenz, Geldbußen von bis zu 6 % des jährlichen Umsatzes zu verhängen.<sup>81</sup> In Hinsicht auf die örtliche Zuständigkeit der Koordinatoren verfolgt Art. 56 I das Herkunftslandprinzip, nach dem der Mitgliedstaat, in dem sich die Hauptniederlassung des Vermittlungsdienstes befindet, für die Durchsetzung zuständig ist.<sup>82</sup> Teile der Literatur sehen hierbei die Gefahr eines standortpolitischen „*race to the bottom*“.<sup>83</sup> Es besteht die Gefahr, dass die Vermittlungsdienste ihre Hauptniederlassungen in das Land verlegen, welches die Befugnisse nach Art. 51 im höchstmöglichen Mindestmaß umsetzt. Für die Überwachung sehr großer Online-Plattformen und Suchmaschinen ist gem. Art. 65 ff. die *Kommission* selbst zuständig. Dabei kann sie selbständig tätig werden oder zu einer Untersuchung aufgefordert werden.<sup>84</sup> Der *Kommission* stehen darüber hinaus umfangreiche Untersuchungs-, Anordnungs- und Sanktionsbefugnisse zu, die sich aus dem DSA selbst ergeben (Art. 67 ff., 74).<sup>85</sup> Diese Befugnisse erinnern dabei an die Kompetenzen der Kommission in Kartellverfahren, insbesondere aus Art. 11 III, VI VO 1/2003/EG.<sup>86</sup> Vor allem die erweiterten Kommissionskompetenzen lassen für einige eine effizientere Rechtsdurchsetzung erwarten. Wie beim DMA lassen jedoch begrenzte (Personal-) Ressourcen auch hier potenziell daran zweifeln, ob dies so einfach gelingen wird.<sup>87</sup>

<sup>78</sup> Ebd.; ErwGr. 121.

<sup>79</sup> Schmid/Grewe, MMR 2021, 279 (281).

<sup>80</sup> Ebd., 282.

<sup>81</sup> Raue/Heesen, NJW 2022, 3537 (3543).

<sup>82</sup> Schmid/Grewe, MMR 2021, 279 (282).

<sup>83</sup> Ebd.; Berberich/Seip, GRUR-Prax 2021, 6.

<sup>84</sup> Raue/Heesen, NJW 2022, 3537 (3543).

<sup>85</sup> Schmid/Grewe, MMR 2021, 279 (282); Spindler, GRUR 2021, 653 (661 f.).

<sup>86</sup> Schmid/Grewe, MMR 2021, 279 (282); VO 1/2003/EG des Rates v. 16.12.2002 zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln.

<sup>87</sup> So Djebbari/Niebler, rescriptum studentische Rechtszeitschrift (im Erscheinen).

---

„Die spärlichen Regelungen zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen und dem Zugang zu sensiblen Daten nehmen die großen Plattformen klar in die Pflicht.“

---

## II. Vereinbarkeit mit bestehenden nationalen Regelungen

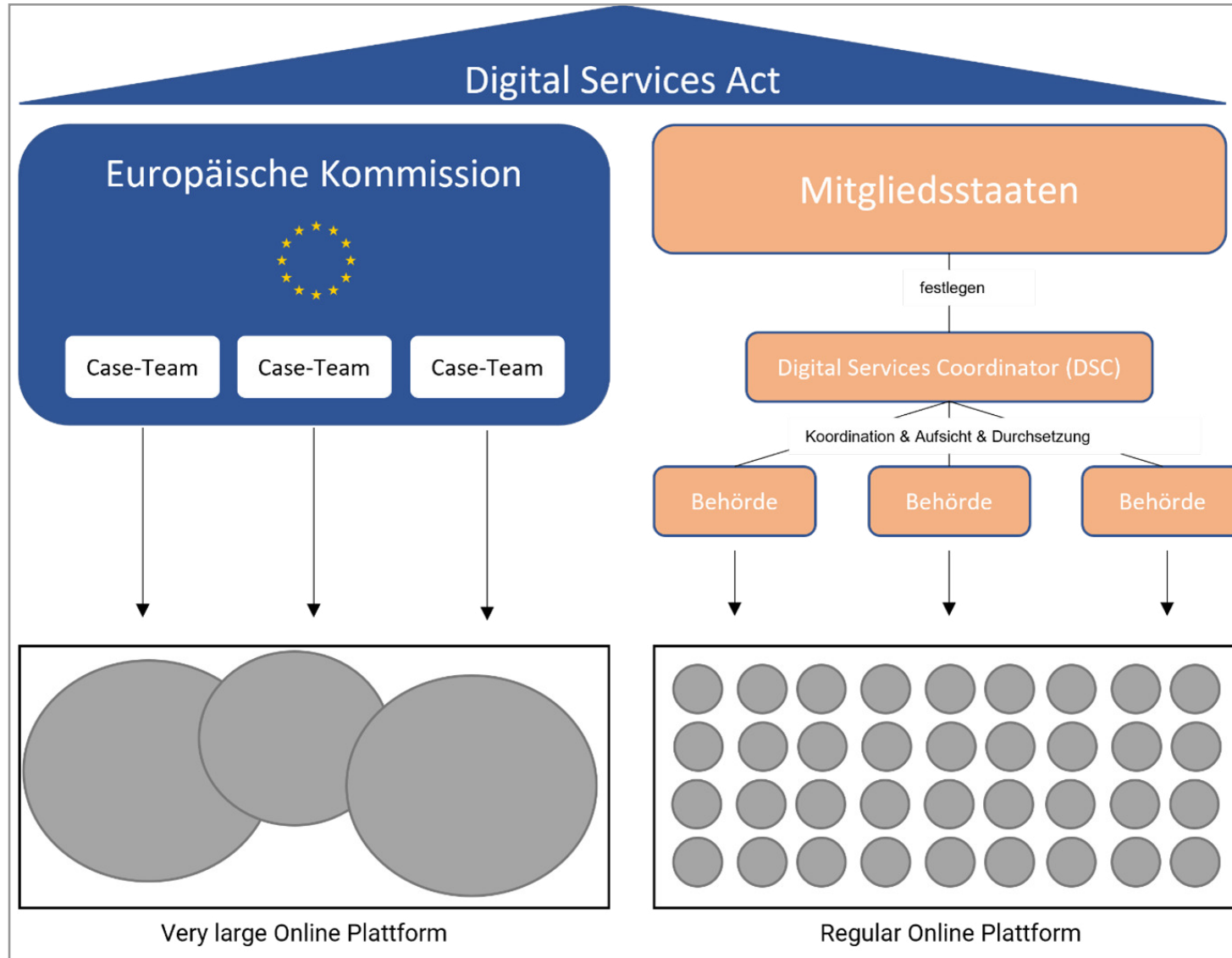
Der DSA wurde seitens der EU als Verordnung erlassen, welche Anwendungsvorrang vor entsprechenden nationalen Regelungen genießt (Art. 288 II AEUV). Jedoch ordnet Art. 2 III, IV an, dass andere europäische Rechtsakte als Spezialvorschriften unberührt bleiben.<sup>88</sup>

Wie beim DMA, der es Mitgliedstaaten verbietet, Gatekeepern zusätzliche Verpflichtungen aufzuerlegen (Art. 1 V DMA), harmonisiert der DSA die Regulierung von Vermittlungsdiensten abschließend (Erwägungsgrund 9), sodass nationale Regelungen wie das NetzDG, die über den DSA hinausgehen, allenfalls in europarechtskonformer Auslegung noch angewandt werden können (Erwägungsgrund 9).<sup>89</sup> Nicht unbegründet ist, dass hierbei einige Autoren ein Absinken des Schutzniveaus befürchten.<sup>90</sup> Für das deutsche Recht stellt hier insbesondere die Anzeigepflicht des Art. 18 einen Rückschritt zur aktuellen Gesetzeslage dar, wonach eine Anzeigepflicht nur für eine Straftat besteht, die eine „*Gefahr für das Leben oder die Sicherheit einer Person oder von Personen darstellt*“. Diese Regelung verdrängt den

<sup>88</sup> Gielen/Uphues, EuZW 2021, 627 (633).

<sup>89</sup> Raue/Heesen, NJW 2022, 3537 (3542).

<sup>90</sup> So insb. Eisenreich, RD 2021, 289 (290 f.).



Das geteilte Durchsetzungskonzept des DSA (Quelle: EU-Kommission)

wesentlich bestimmteren § 3a NetzDG zwar in Hinblick auf schwere staatsgefährdende Straftaten wie die Verbreitung von Propagandamitteln verfassungswidriger Organisationen aus § 86 StGB aufgrund Erwägungsgrund 9 nicht vollständig, lässt aber gewisse Schutzlücken bestehen.<sup>91</sup> So könnte beispielsweise bei älterem kinderpornografischem Material in Einzelfällen fraglich sein, ob noch eine „Gefahr“ für die Sicherheit des Opfers und somit eine Anzeigepflicht besteht.<sup>92</sup>

<sup>91</sup> Dregelies, MMR 2022, 1033 (H. 12/2022); Raue/Heesen, NJW 2022, 3537 (3541).

<sup>92</sup> Eisenreich, RD 2021, 289 (293).

Schlussendlich besteht für die Strafverfolgungsbehörden im Falle der Löschung von Inhalten das Bedürfnis, für einen ausreichenden Zeitraum zu Beweis Zwecken auf die Informationen auch nach der Löschung zugreifen zu können.<sup>93</sup> Dies ist aber im DSA nicht explizit geregelt.<sup>94</sup>

### E. Fazit

Insbesondere in Hinblick auf den Vollzug lässt der DSA noch viele Fragen offen. Inwieweit die angeführten Durchführungs- und Vollzugsbestimmungen eine effektive Regulierung durchsetzen werden, ist zum aktuellen Zeitpunkt sehr fraglich.

Zusammenfassend lässt sich auf jeden Fall anführen, dass die Verordnung durch ihren weiten Anwendungsbereich, das abgestufte Regulierungsregime und die neu zu schaffenden Durchsetzungsautoritäten regulatorisches Neuland betritt.<sup>95</sup> Ob der DSA im schwierigen Umfeld zwischen der Verwirklichung von Grundrechten und Regulierung das richtige Maß trifft, bleibt abzuwarten.

<sup>93</sup> Ebd.; Bundesrat, BR-Drs. 96/21B, Ziff. 39.

<sup>94</sup> Eisenreich, RD 2021, 289 (293).

<sup>95</sup> So auch Raue/Heesen, NJW 2022, 3537 (3543).



Welche digitalen Klagewege es aktuell schon gibt, erklärt der hier verlinkte CTRL-Podcast. Einfach mal Reinhören!

Zurück zum  
Inhaltsverzeichnis

# CTRL

1/23

3. Jahrgang, 1. Ausgabe  
[www.legaltechcologne.de/ctrl](http://www.legaltechcologne.de/ctrl)

Cologne Technology  
Review & Law



Hier geht's zur ganzen Ausgabe!

Was das BGB mit Data Science und das StGB  
mit Deepfakes zu tun hat und noch vieles mehr  
in 12 spannenden Beiträgen!



LEGAL TECH LAB  
COLOGNE



Cologne Technology  
Review & Law