

Die Regulierung von Online-Plattformen durch Digital Services Act und Digitale Dienste Gesetz

Online-Plattformen haben sich zu zentralen Akteuren in der Meinungsbildung der Gesellschaft entwickelt. Mit dem Digital Services Act und dem dazugehörigen Digitale Dienste Gesetz sollen diese nun stärker reguliert werden. Der Beitrag erörtert die Effektivität der Rechtsakte anhand ihrer zentralen Regulierungsprinzipien. Hierfür ausgewählt wurden die bestehende Haftungsprivilegierung, das Prinzip der Transparenz sowie der risikobasierte Ansatz inklusive des Regulating by Size.

A. Einleitung

Verschwörungstheorien, Hass und Desinformationen sind gegenwärtige Probleme, deren Verbreitung durch soziale Netzwerke und Messenger-Dienste befeuert wird. Dies veranlasste die Europäische Kommission nun dazu, die digitale Welt als Ganzes und die Regulierung sozialer Netzwerke im Speziellen in den Blick zu nehmen (ErwG 1, 9 DSA).

Um diesen Phänomenen Herr zu werden, legte die Kommission einige Entwürfe für neue Verordnungen und Richtlinien vor. Teil dieser Digitalstrategie ist auch der Digital Services Act (DSA). Der als Verordnung ausgestaltete Rechtsakt erfasst vielfältige Dienste der Informationsgesellschaft und legt ihnen Pflichten bei der Bereitstellung ihrer Dienste auf, um den Risiken des digitalen Wandels Rechnung zu tragen.

Nachdem der DSA am 16.11.2022 in Kraft getreten ist und seit dem 17.02. dieses Jahres in der gesamten Union vollständig anwendbar ist (vgl. Art. 93 II DSA), ist nun seit dem 13.05.2024 auch das dazugehörige Bundesgesetz zur Durchsetzung des DSA in Deutschland in Kraft getreten, das Digitale Dienste Gesetz (DDG).

Die Effektivität dieser Pflichten des DSA und des ihn in Deutschland vollziehenden DDG zur Gewährleistung des sicheren Online-Umfelds soll im Folgenden evaluiert werden.

B. Die Ziele des Digital Services Acts

Die Pflichten des DSA für soziale Netzwerke sollen insbesondere an den Zielen gemessen werden, die die Union sich selbst gesetzt hat. Diese sind auch für das DDG relevant, welches sich nach den Zielen des DSA richtet.¹

Die Union begründet die Erarbeitung des DSA mit der Bedeutung der Dienste der Informationsgesellschaft in der Volkswirtschaft der Union und für den Alltag der Bürger:innen und welche Risiken diese für Nutzende, Unternehmen und die Gesellschaft als Ganze bürden (vgl. ErwG 1 DSA).² Um die Grundrechte der Beteiligten zu wahren, sei ein verantwortungsvolles Verhalten der Anbietenden erforderlich und es soll ein sicheres, berechenbares und vertrauenswürdiges Online-Umfeld geschaffen werden. Dies solle die Verbreitung rechtswidriger Inhalte eindämmen und die öffentliche Meinungsbildung und den Diskurs gewährleisten (vgl. ErwG 3, 5, 9, 56, 79 DSA). Daneben steht die Gewährleistung der Innovationsförderung des Marktes durch Rechtssicherheit (vgl. ErwG 4 DSA).³

.....

¹ BT-Drs. 676/23, 1 f.

² Kuß/Lehmann, Digital Services Act – Entwurf eines einheitlichen EU-Rechtsrahmens für die EU-Digitalwirtschaft, DB 2021, 605 (605).

³ Vgl. auch Spindler, Der Vorschlag für ein neues Haftungsregime für Internetprovider – der EU-Digital Services Act (Teil 1), GRUR 2021, 545 (546).

C. Überblick über den Regelungsinhalt des DSA für Online-Plattformen

Online-Plattformen sind als eine Subkategorie der Hostingdienste gemäß Art. 3 lit. g (iii), i DSA zu qualifizieren. Daraus folgt, dass sie grundsätzlich für die Inhalte der Nutzenden nur nach Kenntnis haften, Art. 6 DSA.

Gemäß Art. 11 ff. DSA haben sie Kontaktstellen für staatliche Stellen und Nutzende einzurichten und eine gesetzliche Vertretung zu benennen, um die Kommunikation zu ermöglichen.

Zudem treffen sie einige Transparenzpflichten. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Netzwerke haben bestimmte Angaben über die Content Moderation zu enthalten und müssen benutzerfreundlich formuliert und leicht zugänglich sein, vgl. Art. 14 DSA.

Außerdem muss regelmäßig ein Transparenzbericht erstellt und veröffentlicht werden, dessen Umfang nach Größe der Online-Plattform variiert, vgl. Art. 15, 24, 42 DSA. Darüber hinaus müssen Nutzende in der Lage sein, die Kriterien angezeigter Werbung nachzuvollziehen und bei sehr großen Online-Plattformen Zugriff auf ein Werbearchiv haben, Art. 26, 39 DSA. Auch eventuell eingesetzte Empfehlungssysteme müssen in ihrer Funktionsweise für die Nutzenden transparent sein, Art. 27, 38 DSA.

Weiterhin müssen die Online-Plattformen ein Melde- und Abhilfeverfahren bereithalten, um Nutzenden die Meldung rechtswidriger oder unerwünschter Inhalte zu ermöglichen, vgl. Art. 16 DSA.

Ausdrücklich nicht im DSA enthalten ist die Definition des "illegalen Inhalts", wie sie in § 1 III des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG) enthalten war. Die Ausfüllung dieses Begriffs ist durch die Mitgliedsstaaten selbst vorzunehmen, vgl. Art. 3 lit. h DSA.⁴ Hierdurch soll auf nationale Differenzen dieser Definition Rücksicht genommen werden. Problematisch ist jedoch, dass die „Nichtdefinition“ weite Spielräume für

.....
⁴ *Gielen/Uphues*, Digital Markets Act und Digital Services Act, EuZW 2021, 627 (634); *Kalbhenn/Hemmert-Halswick*, EU-weite Vorgaben für die Content-Moderation in sozialen Netzwerken, ZUM 2021, 184 (188).

autoritäre Staaten lässt, die Grenzen des Sagbaren immer enger zu ziehen, indem lediglich unliebsame Inhalte zu illegalen Inhalten erklärt werden.⁵

Sehr große Plattformen gemäß Art. 33 DSA haben zudem mindestens jährlich die durch sie entstehenden systemischen Risiken zu evaluieren und entsprechende Risikominderungsmaßnahmen zu treffen, Art. 34 f. DSA sowie sich einem externen Audit bezüglich der Einhaltung ihrer Pflichten zu unterziehen, Art. 37 DSA.

D. Übergreifende Ansätze des DSA

I. Haftungsprivilegierung

Zunächst fällt auf, dass der DSA in Art. 4-6 grundsätzlich weiter am Prinzip einer Haftungsprivilegierung der sozialen Medien festhält, wie sie auch schon in der E-Commerce Richtlinie im Jahr 2000 festgelegt wurde, und diese fortentwickelt.⁶ Online-Plattformen haften grundsätzlich nicht für Inhalte, die Dritte bereitgestellt haben. Dieses Prinzip basiert auf der Annahme, dass Intermediäre neutrale Akteur:innen seien, die Informationen lediglich veröffentlichen und im Dienst ihrer Nutzenden stünden.⁷

Die Privilegierung soll zum einen sicherstellen, dass keine Inhalte, die oberhalb der Strafbarkeitsgrenze liegen, gesperrt werden, aus Angst im Zweifel dafür haften zu müssen (*Overblocking*). Zudem sollten die damals wachsenden Firmen, die die Plattformen

.....
⁵ *Dregelies*, Digital Services Act - Überblick über den neuen Rechtsrahmen für das Internet, MMR 2022, 1033 (1038).

⁶ *Buchheim*, Der Kommissionsentwurf eines Digital Services Act, in: Demokratie und Öffentlichkeit im 21. Jahrhundert – zur Macht des Digitalen, 2022, S. 249 (253); *Gielen/Uphues*, EuZW 2021, 627 (633); *Hofmann*, in: Hofmann/Raue, DSA, 2023, Vor Art. 4 ff. Rn. 4; *Hoffmann-Riem*, Recht im Sog der digitalen Transformation, 2022, S. 187; *Peukert*, Zu Risiken und Nebenwirkungen des Gesetzes über digitale Dienste, KritV 2021, 57 (59).

⁷ *Savin*, The EU Digital Services Act: Towards a More Responsible Internet, CBS LAW 2021, S. 2.

betreiben, weiter gefördert werden.⁸ Beide Aspekte dienen der Gewährleistung der Meinungsvielfalt, da so Plattformen zur Meinungsäußerung geschaffen und ihre Inhalte geschützt werden.

Diese Privilegierung greift nicht, wenn Kenntnis der Online-Plattform vom konkreten Inhalt vorliegt, was auch dem Prinzip entspricht, dass sich soziale Netzwerke bei aktivem Verhalten zu ihren Inhalten nicht auf die Haftungsprivilegierung berufen können (ErwG 18, 20 DSA).⁹ Diesbezüglich regelt der DSA die Vermutung der Kenntnis ab Erhalt einer den Anforderungen des Art. 16 DSA genügenden Meldung, vgl. Art. 16 III DSA. Ebenfalls bedeutend für die Begründung der Haftung sind die Anforderungen an behördliche und gerichtliche Auskunftsanordnungen in Art. 9 f. DSA.¹⁰

Es ist weiterhin fraglich, ab welchem Zeitpunkt die Online-Plattform spätestens handeln und über die eingereichte Meldung entscheiden muss.¹¹ Im DSA sind (anders als im NetzDG) keine festen Löschfristen geregelt, um Raum für Abwägungen zu lassen. Daher sind im Einzelfall angemessene Zeiträume durch Gerichte zu ermitteln.¹² Gerade im Bereich der „Very Large Online Platforms“ (VLOPs)¹³ zeichnet sich die Moderation jedoch häufig gerade durch das Fehlen von komplexen Abwägungen aus, da Entscheidungen oft automatisiert oder unter großem Zeitdruck getroffen werden, was bei einer Konkretisierung der angemessenen Zeiträume berücksichtigt werden sollte.¹⁴

.....
⁸ *Carvalho u.a.*, Introduction to the Digital Services Act, Content Moderation and Consumer Protection, RDTec 2021, 71 (87); *Cole u.a.*, Updating the Rules for Online Content Dissemination, 2021, S. 57.

⁹ Hierzu auch *Janal*, Haftung und Verantwortung im Entwurf des Digital Services Acts, ZEuP 2021, 227 (239 f.).

¹⁰ *Spindler*, Die Zukunft des europäischen Haftungsrechts für Internet-Provider, MMR 2023, 73 (77).

¹¹ *Kuß/Lehmann*, DB 2021, 605 (608); *Spindler*, GRUR 2021, 545 (550).

¹² *Raue/Heesen*, Der Digital Services Act, NJW 2022, 3537 (3540).

¹³ „Sehr große Online-Plattformen“ i.S.d Art. 33 DSA.

¹⁴ U.a. hier berichtet: *Bigalke*, Mehr als ein Mensch ertragen kann (29.02.2020).

Obgleich die Haftungsprivilegierung also im Wesentlichen bestehen bleibt, liegt eine grundlegende Neuerung des DSA darin, dass das Bestehen von Sorgfaltspflichten nicht mehr an die Haftung der sozialen Netzwerke anknüpfen muss, sondern danebensteht.¹⁵ Durch die ausdrückliche Normierung dieser Sorgfaltspflichten bestehen diese unerheblich von der Kenntnis einzelner Inhalte. Dies hebt den Fokus des Unionsgesetzgebers hervor, soziale Netzwerke stärker in die Verantwortung zu nehmen.¹⁶ Als zentrale Foren zur Meinungsäußerung haben sie sich zu wesentlichen Figuren in der Führung öffentlicher Diskurse entwickelt,¹⁷ die insbesondere mit Blick auf ihre Aggregierungs- und Selektierungsfunktion von Informationen für ihre Nutzenden¹⁸ nicht mehr lediglich als neutrale Akteur:innen der Informationsgesellschaft wahrgenommen werden können.¹⁹

Die Beibehaltung der Haftungsprivilegierung ist daher zu begrüßen.²⁰ Zwar ist der Vorwurf des Overblocking durch die Einführung von Löschfristen im Falle des NetzDG weiterhin strittig.²¹ Ein Overblocking wäre jedoch bei einer grundsätzlichen, von der Herantragung eines konkreten Verdachtsmoments unabhängigen Haftung der Online-Plattformen in jedem Fall zu befürchten gewesen.

Gerechtfertigt wird die Haftungsprivilegierung nun daher durch die Etablierung der Sorgfaltspflichten. Erst die Kombination dieser

.....
¹⁵ *Spindler*, MMR 2023, 73 (74).

¹⁶ *Cole u.a.*, Updating the Rules, S. 59; *Husovec/Roche Laguna*, Principles of the Digital Services Act, 2023, S. 4.

¹⁷ *Schmidt u.a.*, S. 19.

¹⁸ *Buchheim*, in: Demokratie und Öffentlichkeit, 2022, 249 (250); *Flamme*, Schutz der Meinungsvielfalt im digitalen Raum, MMR 2021, 770 (770).

¹⁹ *Dregelies*, MMR 2022, 1033 (1033); *Savin*, CBS LAW, S. 2.

²⁰ So auch *Cole u.a.*, Updating the Rules, S. 53.

²¹ Hierzu *Eifert u.a.*, Netzwerkdurchsetzungsgesetz in der Bewährung, 2020, kritisch bzgl. gesetzlicher Löschpflicht u.a. *Eisenreich*, Digital Services Act – ein wirksames Instrument gegen Hass und Hetze im Netz?, RD 2021, 289 (291); weiter auch *Liesching u. a.*, Das NetzDG in der praktischen Anwendung: Eine Teilevaluation des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes, 2021.

beiden Elemente kann der Entwicklung der sozialen Netzwerke Rechnung tragen.

II. Risikobasierter Ansatz

In der Vergangenheit setzte die Union immer öfter auf einen sogenannten risikobasierten Ansatz in ihrer Regulierung.²² Bekannt ist dies vor allem aus dem europäischen Umweltrecht, aber auch andere Rechtsakte wie der Entwurf des AI-Acts oder die DSGVO folgen diesem Ansatz.²³

Im Allgemeinen zeichnet den risikobasierten Ansatz aus, dass er keinen rule-based-Ansatz abstrakter Regulierung verfolgt, sondern etwaige Pflichten nach der tatsächlichen Gefahr differenziert, die die Akteur:innen für die identifizierten Risiken darstellen.²⁴ Dies lässt sich auch auf eine entsprechende Kosten/Nutzen-Abwägung der Gesetzgebung zurückführen: Wird auf die Regulierung besonders hoher Risiken gezielt, können Maßnahmen, die diese eindämmen den größten Effekt bringen, sodass die Regulierenden ihre Ressourcen möglichst effizient einsetzen.²⁵ Elemente risikobasierter Regulierung sind solche der Identifizierung von Risiken, Risikoevaluierungen und die Implementierung entsprechender Maßnahmen.²⁶

Im DSA wird der risikobasierte Ansatz insbesondere durch zwei Elemente ausgedrückt. Dies ist zum einen die Staffelung der Sorgfaltspflichten der sozialen Netzwerke nach ihrer Größe, zum anderen sind dies die Vorschriften über Risikobewertungen und Risikominderungsmaßnahmen, Krisenreaktionsmechanismen und das externe Audit,

.....
²² *Dunn/De Gregorio*, The Ambiguous Risk-Based Approach of the Artificial Intelligence Act, 2020, S. 1.

²³ So auch *Efroni*, The Digital Services Act: risk-based regulation of online platforms (16.11.2021); *Gonçalves*, The risk-based approach under the new EU data protection regulation: a critical perspective, *Journal of Risk Research* 2020, 139 (139 ff.).

²⁴ *Dunn/De Gregorio*, Risk-Based Approach, 2020, S. 2.

²⁵ So auch im Public Policy Ansatz, *Efroni* (16.11.2021); *Goldman/Miers*, Regulating Internet Services by Size, 2021, S. 2; *Gonçalves*, *Journal of Risk Research*, 139 (139, 143).

²⁶ *Efroni* (16.11.2021).

Art. 34 ff. DSA. Bezugsobjekt des Risikos im DSA sind stets die Grundrechte der Betroffenen, im hier untersuchten Fall also die Nutzenden der sozialen Netzwerke auf individueller Ebene, sowie die im DSA aufgezählten systemische Risiken für die Gesellschaft (ErwG 80 f. DSA).

1. Das Regulating by Size

Der Ansatz der Regulierung der Internetdienste nach ihrer Größe ließ sich schon im NetzDG finden, welches lediglich auf soziale Netzwerke mit mind. Zweimillionen inländischen Nutzern anwendbar war, § 1 II NetzDG.

Die Größe eines sozialen Netzwerkes wird als maßgeblicher Faktor in der Beurteilung des Risikos gesehen, das von diesem Netzwerk für die öffentliche Meinungsbildung und Informationsbeschaffung ausgeht (ErwG 75 f. DSA).²⁷ Darüber hinaus spielt die Größe des sozialen Netzwerkes und im Besonderen des Content Moderationsteams eine Rolle für die Art und Weise der Moderation,²⁸ woraus auch verschiedene Risiken des Netzwerkes an sich entstehen können. Kleinere soziale Netzwerke neigen zum Beispiel zu händischer Moderation direkt durch Mitarbeitende oder durch ehrenamtliche Moderation, was in starkem Kontrast zur industriellen Moderation größerer Netzwerke steht.²⁹

Der Gesetzgeber möchte durch die Staffelung der Pflichten insbesondere die Gefahren für die Meinungsbildung minimieren, die von großen Online-Plattformen ausgehen. Durch verschiedene ökonomische Besonderheiten, wie Netzwerkeffekte, können sich große Online-Plattformen insgesamt stärker auf die Meinungsbildung auswirken.³⁰ Dass große

.....
²⁷ *Cole u.a.*, Updating the Rules, S. 60; *Flamme*, MMR 2021, 770 (773); vgl. *Raue/Heesen*, NJW 2022, 3537 (3538).

²⁸ *Caplan*, Content or context moderation? Artisanal, Community-Reliant and Industrial Approaches, 2018, S. 15 f.

²⁹ *Caplan*, Content or context moderation?, 2018, S. 17.

³⁰ *Flamme*, MMR 2021, 770 (773); *Kalbhenn/Hemmert-Spindler/Seidel*, Die Regulierung von Online-Plattformen, NJW 2022, 2730 (2731 f.); *Halswick*, ZUM 2021, 184 (186); *Spindler*, Der Vorschlag für ein neues Haftungsre-

Unternehmen besonders reguliert werden können, zeigt sich auch an der Entscheidung des BVerfG, die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte dann anzunehmen, wenn ein strukturelles Ungleichgewicht, soziale Mächtigkeit sowie eine große gesellschaftliche Bedeutung des Angebots vorliegen.³¹

Zudem ist der Faktor der Ressourcen verschiedener Unternehmen zu bedenken: Große Unternehmen mit mehr Umsatz haben auch mehr Möglichkeiten umfangreiche Pflichten zu erfüllen, während dies eine prozentual höhere Belastung für kleinere Unternehmen darstellt,³² und die Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung bergen würde.³³ Im DSA wird die Größe der Plattform anhand der monatlich aktiven Nutzenden sowie anhand bestimmter Merkmale des die Plattform betreibenden Unternehmens bestimmt, Art. 19, 29, 33 DSA. Für Online-Plattformen, die als Klein- und Kleinstunternehmen im Sinne des Anhangs der Empfehlung 2003/361/EG zu qualifizieren und keine VLOPs sind, gelten die wenigsten Pflichten. Darüber hinaus gibt es Online-Plattformen, die keine Klein- und Kleinstunternehmen sind, für die zusätzlich die Pflichten aus Art. 19 ff. DSA gelten. Pflichten aus Art. 33 ff. DSA treffen ausschließlich sehr große Online-Plattformen.

Mit Blick auf die Ressourcen für die Umsetzung ist die Staffelung der Regelungen zu begrüßen.³⁴ Der DSA setzt richtigerweise auf eine Kombination verschiedener Variablen zur Bestimmung der Größe eines sozialen Netzwerks: Während es bei der Ausnahme für Klein- und Kleinstunternehmen auf die Anzahl der Mitarbeitenden und den Jahresumsatz ankommt, werden die VLOPs nach ihrer

.....
 gime für Internetprovider – der EU-Digital Services Act (Teil 2), GRUR 2021, 653 (658); .

³¹ BVerfGE 148, 267 ff.; BVerfGE 152, 152.
³² Auch bei größenbasierter Regulierung ist dies noch so, *Buri/Hoboken*, The DSA Proposal's Impact on Digital Dominance, in: To Break Up or Regulate Big Tech?, 2021, 10 ff.
³³ *Budzinski*, Europäische Regulierung digitaler Dienste: Eine kritische Würdigung der Entwürfe DMA & DSA aus medienökonomischer Perspektive, 2021, S. 14.
³⁴ *Gielen/Uphues*, EuZW 2021, 627 (634).

Nutzendenzahl bestimmt. Zu sehen ist allerdings auch, dass angesichts der Grundkosten der Implementierung des Rechtsakts auch bei der nun vorliegenden Staffelung wohl nichts an der Dominanz größerer sozialer Netzwerke geändert wird.³⁵ Kritisch ist daneben auch der Schwellenwert der VLOPs selbst, da dieser aufgrund des unionsweiten Ansatzes regional sehr einflussreiche soziale Netzwerke nicht genügend einbezieht.³⁶

Wichtig ist zudem, dass die Erhebung der Nutzendenzahlen durch die Netzwerke konkreten Vorgaben entspricht und tatsächlich durch die EU kontrolliert werden kann. Die Europäische Kommission hat hierzu unverbindliche Leitlinien, nicht aber einen delegierten Rechtsakt erlassen.³⁷ Dies ist jedoch notwendig, um allzu große Spielräume für die betreffenden sozialen Netzwerke zu schließen.³⁸

2. Die Art. 34 ff. DSA

Das zweite Element des risikobasierten Ansatzes findet sich in den Art. 34 ff. DSA. Sie schreiben eine ex ante Identifizierung in Art. 34 DSA benannter Risiken sowie die Ergreifung von Minderungsmaßnahmen vor, Art. 35 DSA. Diese durch die Online-Plattform durchgeführte Risikobewertung und -minderung wird durch eine unabhängige Prüfung auf Kosten der Online-Plattformen flankiert, die auch die Einhaltung der Art. 34 ff. DSA überprüfen soll, Art. 37 I lit. a DSA sowie den Krisenreaktionsmechanismus in Art. 36 DSA.

Art. 34 I DSA schreibt die jährliche Ermittlung, Analyse und Bewertung aller systemischen Risiken vor, die sich aus dem Betrieb, der Konzeption oder der Nutzung des betreffenden

.....
³⁵ *Buri/Hoboken*, in: The DSA Proposal's Impact, 2021, 12 ff.; kritisch *Heldt*, EU Digital Services Act: The White Hope of Intermediary Regulation, in: Digital Platform Regulation: Global Perspectives on Internet Governance, 2022, 69 (79).
³⁶ *Eustrup*, Die EU-Plattformregulierung: Eine „Verfassung“ für digitale Akteure im Werden?, ZUM 2023, 178 (178).
³⁷ *Europäische Kommission*, Leitlinien für Meldepflichten von Online-Plattformen/Suchmaschinen (01.02.2023).
³⁸ *Schmid*, MMR-Aktuell 2023, 455779.

Dienstes ergeben. Die Norm gibt einige besonders wichtige Risikokategorien vor, sowie eine nicht abschließende Aufzählung zu beachtender Risikofaktoren.

Im Anschluss an die Risikobewertung sollen verhältnismäßige und wirksame Maßnahmen zur Risikominderung ergriffen werden. Über Risikobewertung und eingesetzte Best Practices der Risikominderung wird zudem das Gremium der Koordinierenden der digitalen Dienste einen jährlichen Bericht veröffentlichen, Art. 35 II DSA. Die Einhaltung dieser und aller anderer Pflichten des Kapitel III wird einer jährlichen, unabhängigen Prüfung unterzogen, Art. 37 DSA. Auch hier trifft die Online-Plattformen eine Mitwirkungspflicht, Art. 37 II DSA. Bei einer nicht positiven Stellungnahme am Ende der Prüfung werden konkrete Maßnahmen empfohlen. Diese Maßnahmen sind umzusetzen; eine Nichtumsetzung ist zu begründen, Art. 37 VI DSA.

Grundsätzlich kann die Risikobewertung dazu führen, dass die Öffentlichkeit über verschiedene Praktiken informiert wird, die durch die Netzwerke eingesetzt wurden und werden, was sich auch auf das Verhalten verschiedenster Stakeholder, wie Werbetreibende, Politiker:innen, aber auch Nutzende, auswirken kann.³⁹ Eingeschränkt wird dieser Effekt jedoch durch die Ausnahme von der Publikationspflicht der Risikobewertung in Art. 42 V DSA.⁴⁰ Zudem legt der DSA die Risk Assessments und die entsprechenden Maßnahmen weitestgehend in die Hände der verpflichteten sozialen Netzwerke. Hierin ähnelt der DSA in seiner Struktur der DSGVO. Dabei ist im Besonderen die Befugnis der sozialen Netzwerke besorgniserregend, selbst zu entscheiden, welche Risikominderungsmaßnahmen verhältnismäßig und effektiv sind.⁴¹

Zwar haben die Netzwerke selbst die beste Kenntnis über die Funktionsweise ihres eigenen Unternehmens, eine weitere Stärkung der Privatisierung der Rechtsdurchsetzung ist jedoch auch bezüglich der Risikobewertung weiter kritisch zu sehen,⁴² da hier in den Unternehmen eine vollständige Abwägung zwischen Policy-Gedanken und Grundrechten der Nutzenden vorgenommen wird. Diese ist sonst staatlichen Stellen vorbehalten.⁴³ Zwar haben große soziale Netzwerke nationale Grundrechte auch bei bestimmten Maßnahmen wie der Löschung von Inhalten oder Sperrung von Nutzerkonten zu beachten.⁴⁴ Allerdings liegt dabei lediglich eine mittelbare Wirkung der Grundrechte auf die Gestaltung der privaten Macht der Unternehmen vor. Die Abwägung bei Art. 35 DSA entscheidet jedoch unmittelbar über die Implementierung der Verordnung, was ein deutlich höheres Maß an Gestaltungsmacht für die Netzwerke bedeutet. Diese sollte effektiv durch Befugnisse seitens der Union abgefangen werden, da ansonsten der Interpretationsspielraum des Art. 35 DSA die Wirksamkeit der Norm erheblich mindert. Wann die Union einen Verstoß gegen den Art. 35 DSA gemäß Art. 73 DSA annimmt, ist hierfür entscheidend. Durch die eher vagen Anforderungen an die Risikominderungsmaßnahmen kann es zudem länger dauern, bis sich eine vorhersehbare Praxis diesbezüglich entwickelt, was die Etablierung von Best Practices Anleitungen der Kommission und des Gremiums gemäß Art. 35 III DSA verzögern kann, wobei dies besonders wichtig für eine effektive Durchsetzung ist.⁴⁵

Aus der Kritik an der Umsetzung des risikobasierten Ansatzes in der DSGVO lässt sich auch für den DSA ableiten, dass eine effektive Durchsetzung der Risikobewertung und -maßnahmen auf genügend Supervision durch

.....
³⁹ *Heldt*, in: Digital Platform Regulation, 2022, 69 (75 f).
⁴⁰ *Leerssen*, Counting the days: what to expect from risk assessments and audits under the DSA – and when? (30.01.2023); *Ranganathan*, Regulating influence, timidly (04.11.2022).
⁴¹ *Bertrand u.a.*, The GDPR and private sector measures to detect criminal activity, IntDataPrivL 2021, 276 (277).

.....
⁴² *Dreyer u.a.*, European Media Law in Times of Digitality, in: *Kettemann u.a.*, The Law of Global Digitality, 2022, 182 (198).
⁴³ *Buri/Hoboken*, in: The DSA Proposal's Impact, 2021, 13.
⁴⁴ BGH v. 29.07.2021 – III ZR 179/20; BGH v. 29.07.2021 – III ZR 192/20.
⁴⁵ *Schmid/Grewe*, MMR 2021, 279 (281).

staatliche Stellen angewiesen ist,⁴⁶ und präzise Vorgaben bezüglich der Implementierung durch die Netzwerke erfordert.⁴⁷ Einige solcher Befugnisse bestehen bereits, wie etwa der Krisenreaktionsmechanismus und die Berichterstattung der Kommission über die Einhaltung gemäß Art. 35 II DSA.

Bei der Durchsetzung des risikobasierten Ansatzes ist darauf zu achten, dass die tatsächlichen Auswirkungen der konkreten Risiken nicht aus den Augen verloren werden. Hier reicht kein oberflächliches Abstellen auf Nutzendenzahlen aus.⁴⁸ Ein Risikomodell, welches sich allein auf tatsächliche Auswirkungen fokussiert, wäre aus diesem Aspekt effektiver gewesen, auch da hier nicht nur Prozesse der Netzwerke selbst, sondern auch externe Beeinflussungsfaktoren einbezogen würden.⁴⁹

An dieser Stelle ist auch auf die Bedeutung akademischer Risikountersuchungen hinzuweisen, die neue Risiken hervorheben können und in die Bewertungen einbezogen werden sollten.⁵⁰ Zur Stärkung der Risikobewertung könnte auch eine konkrete Vorgabe zur Partizipation von Nutzenden hilfreich sein.⁵¹

Ob die unabhängigen Prüfungen aus Art. 37 DSA ebenfalls zu einer effektiven Implementierung des risikobasierten Ansatzes führen werden, kommt auf ihre jeweilige Qualität an. Werden diese durch Beratungsfirmen durchgeführt, die nicht genügend Expertise aufweisen, ginge ein wichtiges Element der Kontrolle verloren.⁵²

III. Transparenz

Regelungen zur Transparenz werden zumeist eingesetzt, um eine bestimmte Gruppe zum bewussteren Umgang mit dem Regelungsgegenstand zu befähigen, indem Informationen hierüber veröffentlicht werden und so ein besseres Verständnis des digitalen Gegenstands geschaffen wird.⁵³ Dies dient dem Schutz vor den speziellen Gefahren des Gegenstands. Bekannt ist dies aus dem Verbraucherschutzrecht, hat aber auch im Bereich digitaler Dienste an Bedeutung gewonnen. Die Regelung von digitalen Diensten ist in diesem Sinne auch als Verbraucherregelung zu sehen.⁵⁴ Dadurch, dass Nutzende, aber auch staatliche Akteur:innen die Funktionsweisen des Gegenstandes verstehen können, können die Betreibenden in die Verantwortung genommen werden (*Accountability*)⁵⁵ und selbst zu einem bewussteren Umgang mit der eigenen Plattform gelenkt werden.⁵⁶

Auch im DSA ist das Ziel der Transparenz insbesondere die Stärkung der Verantwortlichkeit der Online-Plattformen durch Rechenschaftspflichten (ErwG 65 DSA).⁵⁷ Darüber hinaus soll das so publizierte Wissen die Bevölkerung und Forschende sowie Regulierende dazu befähigen, die Internetdienste zu verstehen und einschätzen zu können.⁵⁸

Die Regelungen zur transparenten Gestaltung der Content Moderation in den AGB der Online-Plattformen gemäß Art. 14 DSA entsprechen der bisherigen deutschen Rechtslage, nach der intransparente AGB gemäß § 307 I BGB für

.....

⁵³ Hoffmann-Riem, *Recht im Sog*, 2022, S. 201.

⁵⁴ Vgl. Hofmann/Raue, in: Hofmann/Raue, *DSA*, 2023, Einl. Rn. 8.

⁵⁵ Herberger, „Künstliche Intelligenz“ und Recht, *NJW* 2018, 2825 (2828).

⁵⁶ Buchheim, in: *Demokratie und Öffentlichkeit*, 2022, 249 (260); Heldt, in: *Digital Platform Regulation*, 2022, 69 (74).

⁵⁷ Gielen/Uphues, *EuZW* 2021, 627 (636); Kettemann/Schulz/Fertmann, *Anspruch und Wirklichkeit der Plattformregulierung*, *ZRP* 2021, 138 (140).

⁵⁸ Flamme, *MMR* 2021, 770 (774); Heldt, in: *Digital Platform Regulation*, 2022, 69 (74).

.....

⁴⁶ So der Vorschlag, den Datenschutzbehörden mehr Befugnisse diesbezüglich einzuräumen: Gonçalves, *Journal of Risk Research*, 139 (139).

⁴⁷ Bertrand u.a., *IntDataPrivL* 2021, 276 (276); Buri/Hoboken, in: *The DSA Proposal's Impact*, 2021, 10 ff.

⁴⁸ Kübler u.a., *The 2021 German Federal Election in on Social Media*, 2021, 52.

⁴⁹ Mantelero, *Fundamental rights impact assessments in the DSA* (01.11.2022).

⁵⁰ Mantelero (01.11.2022).

⁵¹ Mantelero (01.11.2022).

⁵² Mantelero (01.11.2022).

unzulässig erklärt wurden.⁵⁹ Insgesamt muss klar sein, an wen sich die Transparenzregelungen richten und welche Informationen vermittelt werden müssen, damit das Ziel auch erreicht werden kann. Nur wenn dies geregelt ist, liegt auch ein klarer Maßstab für die Koordinierenden der digitalen Dienste (DSC) vor, wann diese Durchsetzungsmaßnahmen ergreifen müssen.⁶⁰ Im DSA werden sich insbesondere die Vorgaben über die AGB der Netzwerke an die Nutzenden richten,⁶¹ da diese die Adressat:innen der AGB sind. Es bleibt abzuwarten, ob die Texte derart gestaltet werden, dass die Adressat:innen sie auch zur Kenntnis nehmen und so ihre Wirkung entfalten.⁶² Die Pflicht sehr großer Netzwerke, ihre AGB zusammenzufassen, kann für die Nutzenden hilfreich sein.

Bezüglich der Transparenzberichte sind die Adressat:innen eher unklar. Aus den Anforderungen an die Berichte („klar und leicht verständlich“) kann geschlossen werden, dass diese auch für Nutzende und nicht lediglich für Forschende einen Erkenntnisgewinn bringen sollen.⁶³ Ob diese die Berichte tatsächlich wahrnehmen wollen, kann bezweifelt werden.

Zentral für die Effektivität der Transparenzpflichten sind außerdem die geltenden Ausnahmen. Der Zugang für Forschende zu bestimmten Daten kann verweigert werden, wenn dies die Sicherheit des Dienstes gefährden oder ein Geschäftsgeheimnis betreffen würde. Unklar ist, wie durch Behörden überprüft werden kann, ob die Verweigerung tatsächlich berechtigt war.⁶⁴

An der Ausgestaltung des Datenzugangs wird

⁵⁹ BGH, Urt. v. 29.07.2021 – III ZR 179/20; BGH v. 29.07.2021 – III ZR 192/20; *Spindler*, GRUR 2021, 545 (551).

⁶⁰ *Kettemann u.a.*, ZRP 2021, 138 (139).

⁶¹ *Raue*, in: Hofmann/ders., DSA, 2023, Art. 14 Rn. 47 f.

⁶² *Dregelies*, MMR 2022, 1033 (1036); *Flamme*, MMR 2021, 770 (774); *Gielen/Uphues*, EuZW 2021, 627 (636); *Kuß/Lehmann*, DB 2021, 605 (609).

⁶³ *Raue*, in: Hofmann/ders., DSA, 2023, Art. 15 Rn. 14 f.

⁶⁴ *Gielen/Uphues*, EuZW 2021, 627 (636); *Kuß/Lehmann*, DB 2021, 605 (609).

zudem kritisiert, dass dieser nicht auf NGOs ausgeweitet wurde und einzelne Forschende ihre Berechtigung erstreiten müssen, was die Hemmschwelle des Zugangs wiederum erhöht.⁶⁵ Die Transparenzpflichten werden zudem durch vage Formulierungen abgeschwächt. Dazu zählen unter anderem die „aussagekräftigen [...] Informationen über die [...] durchgeführte Moderation“ in Art. 15 DSA oder die „wichtigsten Parameter zur Bestimmung der Nutzer, denen die Werbung angezeigt wird“ in Art. 26 DSA. Welche Profiling-Kriterien in der Werbung zu den „Wichtigsten“ zählen, wird auch in den Erwägungsgründen nicht näher definiert. Hierdurch wird den Netzwerken viel Spielraum eingeräumt. Für eine effektive Implementierung dieser Vorschriften ist daher die Sicherstellung richtiger und genügender Angaben durch die im DSA vorgesehenen Durchsetzungsstrukturen besonders bedeutend, wobei wieder die Adressat:innen der Angaben zu beachten sind.

Das DDG selbst enthält hierzu keine genauen Angaben. Es bleibt daher zu hoffen, dass das Gremium der Europäischen Digitalen Dienste Richtlinien zur harmonischen Durchsetzung beschließt. Grundsätzlich ist das Erstellen eines nicht vollständigen Transparenzberichts gemäß § 33 V Nr. 7 DDG eine Ordnungswidrigkeit, die gemäß § 33 V Nr. 2 lit. b DDG mit bis zu 100.000 EUR geahndet werden kann.

E. Durchsetzung der Vorgaben des DSA durch das DDG

Um die Vorgaben des DSA mit nationalem Recht in Einklang zu bringen und die geforderte Durchsetzungsstruktur zu etablieren, wurde das DDG verabschiedet.

Als DSC wird hier in § 14 DDG eine Koordinierungsstelle bestimmt, die in der Bundesnetzagentur anzusiedeln ist.

Der DSC wird Regelverstöße der Online-Plattformen gegen den DSA beaufsichtigen und kann diese ahnden. Darüber hinaus ist er die zuständige Stelle für Anträge auf Datenzugang, Trusted-Flagger Status sowie für Beschwerden von Nutzenden. Allerdings ist der DSC nicht

⁶⁵ *Kettemann/Schulz/Fertmann*, ZRP 2021, 138 (140).

zuständig für die Beaufsichtigung sehr großer Online-Plattformen; dies übernimmt die Europäische Kommission, Art. 56 III DSA. Dennoch kann ein DSC Informationen, die er etwa durch Nutzende erhält, an die Kommission weiterleiten.

Darüber hinaus arbeiten die DSCs aller Mitgliedstaaten im Europäischen Gremium für Digitale Dienste zusammen und können Stellungnahmen und Empfehlungen entwickeln, um eine einheitliche Durchsetzung des DSA zu ermöglichen. Insbesondere mit Blick auf die Antragsverfahren für Datenzugänge und die Beschwerdeverfahren für die Nutzenden gibt dies die Chance, eine einheitliche Durchsetzung zu gewährleisten, sodass Forschende nicht in verschiedenen Mitgliedstaaten unterschiedliche Chancen auf Zugänge haben. Weiter ist es wichtig, dass sie auch die Qualität der Daten abschätzen können, bzw. sich hier etwa durch den in § 21 DDG vorgesehenen Beirat beraten lassen, um zu prüfen, ob diese Pflicht durch die Online-Plattformen auch erfüllt wird.

Relevant für die Durchsetzung ist auch das Beschwerderecht der Nutzenden aus Art. 53 DSA. Diese können sich bei mutmaßlichen Verstößen gegen den DSA an den DSC ihres Mitgliedstaates wenden. Dies gibt Nutzenden eine niedrigschwellige Möglichkeit, auf Verstöße aufmerksam zu machen und kann dazu führen, dass weitere Regelungslücken aufgedeckt werden. Zu diesem Zweck muss das Beschwerdeverfahren jedoch handhabbar ausgestaltet werden und der DSC müsste dieses zuverlässig und rasch durchführen, bzw. für eine Weiterleitung an die zuständige Stelle sorgen. Letztendlich verbleibt die Schlagkraft der Durchsetzung bei dem DSC, in dessen Mitgliedstaat die betreffende Online-Plattform ihre Niederlassung hat.⁶⁶ Darüber hinaus ist es aufgrund der Klarheit zu begrüßen, dass der DSC gemäß § 20 DDG während des ganzen Verfahrens die zentrale Stelle für Nutzende bleibt.⁶⁷

F. Fazit

Wie gezeigt wurde, sind die Ansätze der Haftung, Regulierung nach Risiko und Transparenz für dieses Ziel eines sicheren Online-Umfelds im Grundsatz geeignete Regelungsansätze, was durch ihr Zusammenwirken noch verstärkt werden kann.⁶⁸

Zu begrüßen ist besonders die Weiterentwicklung des Haftungsprinzips dergestalt, dass auf Ebene einzelner Inhalte weiterhin die Privilegierung gilt, während daneben Sorgfaltspflichten gelten. Dies legt den Grundstein zur Stärkung der Verantwortlichkeit der sozialen Netzwerke. Durch die Abstufung der Pflichten wird der DSA zudem den verschiedenen Risiken der Netzwerke gerecht, was im Besonderen auf die Kombination verschiedener Variablen in der Bestimmung ihrer Größe zurückzuführen ist.

Auffallend im negativen Sinn sind allerdings zahlreiche vage Formulierungen im Bereich der Risikominderung und Transparenzvorgaben. Diese geben den Netzwerken in der Umsetzung des DSA viel Spielraum. Problematisch sind außerdem die Ausnahmen zur Publikation der Risikobewertung und die Ausnahme vom Datenzugang. Insbesondere bei der Verweigerung des Datenzugangs findet keine Kontrolle des Berufens auf die Ausnahme statt.

Insgesamt sind daher einige positive Neuerungen des DSA hervorzuheben, die jedoch nur dann ihre volle Wirkung entfalten können, wenn diese auch effektiv durchgesetzt und durch delegierte Rechtsakte konkretisiert werden. Wünschenswert ist ebenfalls eine konstante Evaluation des DSA durch Best Practices der Minderungsmaßnahmen und Kontrolle der Inanspruchnahme der Ausnahmen. Insbesondere die Wirkung der Risikobewertung und -minderungsmaßnahmen ist auf dieser Grundlage aktuell schwer vorherzusehen.⁶⁹ Gerade die Koordinierenden haben hier eine wichtige Position, um die Publikationen der

.....

⁶⁸ Den Fokus allein auf einen risikobasierten Ansatz kritisierend *Hoffmann-Riem*, *Recht im Sog*, 2022, S. 194.

⁶⁹ *Leerssen* (30.01.2023).

.....

⁶⁶ *Windwehr*, *Stellungnahme DDG* (15.02.2024) S. 7.

⁶⁷ *Windwehr* (15.02.2024), S. 9.

Union und Unternehmen in der Öffentlichkeit bekannt zu machen und die ihr obliegenden Verfahren effektiv durchzusetzen und sich auch auf Europäischer Ebene zu engagieren.

- **Lena Hinrichs** ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Wirtschaftsrecht von Prof. Dr. Christian Ernst an der Universität der Bundeswehr Hamburg. Dieser Beitrag ist eine Weiterentwicklung einer in einem Seminar zum Digitalrecht der EU erstellten Seminararbeit bei Prof. Dr. Johannes Caspar.

ANZEIGE

ESCHE
SCHÜMANN
COMMICHAU
lawyers since 1822

Rechtsberatung | Steuerberatung | Wirtschaftsprüfung

Ihre Zukunftsmusik spielt in Hamburgs HafenCity

esche.de/karriere

ESCHE SCHÜMANN COMMICHAU
Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater
Partnerschaftsgesellschaft mbB

Am Sandtorkai 44 | 20457 Hamburg
Tel +49 (0)40 36805-0 | karriere@esche.de

Unser KarriereEvent:

JUR
KANZLEIEN.
KONTAKTE. KARRIERE.
FI
XE | jurfixe.de