

9.129 pornografischen Inhalten 99,3 Prozent (9.063) aufgrund der Community-Regeln gelöscht, im Bereich Hassrede und politischer Extremismus dagegen nur 67,7 Prozent (13.499 von 19.935 Inhalten) (vgl. Google 2019). Auf der einen Seite zeigt sich hier, dass das NetzDG wirkt. Zum einen, weil Inhalte entfernt oder gesperrt werden, die Google andernfalls nicht von sich aus beanstandet hätte. Auf der anderen Seite wird deutlich, welches Potenzial für eine (weitere) Privatisierung der Rechtsetzung durch Plattformregeln besteht. Ein Vergleich mit den folgenden halbjährlichen Transparenzberichten zeigt eine interessante Entwicklung: Die Zahl und der Anteil der nach NetzDG entfernten oder gesperrten Inhalte geht kontinuierlich zurück und lag im ersten Halbjahr 2022 bei unter einem Prozent (vgl. Google 2022). Google scheint also seine Community-Richtlinien (oder deren Auslegung) anzupassen.

Die Novellierung des NetzDG fügt eine weitere Ebene hinzu. Mit der Einführung des Gegenvorstellungsverfahrens sowie der erlaubten regulierten Selbstregulierung – was die mögliche Anerkennung von »privatrechtlich organisierte Einrichtungen als Schlichtungsstellen« durch die Verwaltungsbehörden einschließt (§ 3c) – wurde einerseits auf die Warnungen vor der Gefahr einer unrechtmäßigen Einschränkung der Meinungsfreiheit reagiert. Andererseits bleibt die außerhalb des Gerichtssystems durch private Akteure stattfindende Entscheidungsfindung, was als strafrechtlich (un)relevant erachtet wird, bestehen beziehungsweise wird sogar gestärkt.

Die Regulierung von (global agierenden) Plattformen findet allerdings nicht zuletzt auch auf der europäischen Ebene – mitunter in direkter Wechselwirkung mit nationalstaatlichen Gesetzesinitiativen wie das Beispiel des NetzDGÄndG zeigt⁴⁷ – statt.

V.3.6 Policy III: Digital Services Act (DSA)

Den vorläufigen Höhepunkt erreichte die Plattformregulierung durch die Verabschiedung zweier EU-Verordnungen: des *Digital Services Act (DSA)* (COM/2020/825 final) am 22. April 2022 und des *Digital Markets Act (DMA)* (COM/2020/842 final) am 5. Juli 2022. Das als zwei Säulen bezeichnete Gesetzespaket war Anfang 2020 auf den Weg gebracht worden, um die Regulierung großer Digitalplattformen europaweit zu harmonisieren. Es stellte einen zentralen Teil der Prioritätspakets »A Europe fit for the digital age« dar.⁴⁸ Das Ziel »Ein Europa, das für das digitale Zeitalter gerüstet ist« hatte die neu angetretene deutsche Präsidentin der EU-Kommission, Ursula von der Leyen (2019: 15ff.), als eine ihrer sechs politischen Leitlinien für ihre Präsidentschaft von 2019 bis 2024 ausgegeben.

47 Bei der Verabschiedung des NetzDG sah dies noch anders aus. Hier setzte die EU zunächst weiterhin auf die freiwillige Selbstkontrolle der Plattformen. Die Notwendigkeit einer EU-Gesetzgebung sei angesichts »der Erfolge des Verhaltenskodex« unwahrscheinlich, so EU-Justizkommissarin Vera Jourova. »Die Situation sei in Deutschland eine andere, hier habe man größere Probleme mit Hassrede [...]. Deshalb sei hier das Netzwerkdurchsetzungsgesetz angemessen. Für die EU sei das aber kein Vorbild« (zitiert nach Otto 2018).

48 Neben DSA und DMA lassen sich der *Data Governance Act (DGA)* (COM/2020/767 final) sowie der *Artificial Intelligence Act (AIA)* (COM/2021/206 final) hervorheben (vgl. Europäische Kommission 2020b, 2021b). Mit Stand Juli 2022 umfasste der *Legislative Train Schedule* des Prioritätspakets *A Europe fit for the digital age* bereits 86 Gesetzesvorhaben (vgl. Europäisches Parlament 2022).

DSA und DMA sind im Rahmen dieser Abhandlung nicht nur für die Regulierung von Plattformen relevant, sondern auch gute Beispiele dafür, weshalb trotz der Bedeutung der europäischen Ebene bei der digitalisierungsbezogenen Steuerung die nationalstaatliche Ebene weiterhin eine besondere Rolle spielen kann. Denn beide europäischen Verordnungen besaßen deutsche Vorläufergesetze – das NetzDG beim DSA und das GWB-Digitalisierungsgesetz⁴⁹ beim DMA⁵⁰ – die nicht nur inhaltliche – und damit steuerungstechnische – Referenzpunkte darstellten, sondern die Harmonisierungsbemühungen der EU erst mit ins Rollen brachten.⁵¹ So kann dem NetzDG »insgesamt zu Gute gehalten werden, dass es auf EU-Ebene einen Impuls für eine Harmonisierung der Plattformregulierung und zur Bekämpfung von Desinformation und Hasskriminalität gegeben hat« (Hentsch 2022). Da in diesem Kapitel der Umgang mit rechtswidrigen Inhalten in sozialen Medien (und nicht andere, insbesondere markt- und wettbewerbsbezogene Aspekte der Plattformregulierung) im Fokus steht, beschränken sich die Ausführungen im Folgenden auf den Digital Services Act.

Der DSA reguliert Plattformen⁵² (»intermediary services in the internal market«; Art. 1 Abs. 1) mit dem Ziel einer »safe, predictable and trusted online environment, where fundamental rights [...] are effectively protected« (Art. 1 Abs. 2). Die dafür gemachten Vorgaben entsprechen vielfach dem NetzDG. Nach EU- und nationalem Recht rechtswidrige Inhalte⁵³ (Art. 2) müssen durch die Plattform entfernt oder gesperrt und

-
- 49 Das Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen (GWB-Digitalisierungsgesetz) trat 2021 in Kraft (vgl. Deutscher Bundestag 2020c). Hiermit wurde erstmals »eine[] neuartige[] Kategorie von Normadressaten [geschaffen] – die »Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung«, denen besondere Verhaltenspflichten auferlegt werden können« (Fülling 2020: 46). »Gleichzeitig hat die Bundesregierung die EU-Kommission aufgefordert, eine Lösung für den gesamten Binnenmarkt zu entwickeln« (Gappa 2022: 38). Diese Lösung ist der DMA.
- 50 Der DMA steht für einen stärkeren Ex-ante-Ansatz der Wettbewerbsregulierung. Diese war bislang durch Aufsichtsbehörden und damit insbesondere Ex-post-Eingriffe – etwa nach dem Eintreten von Preisabsprachen oder Monopolbildung – geprägt. Gleichwohl sind in der Wettbewerbskontrolle auch Ex-ante-Regulierungen – etwa bei der Fusionskontrolle – gängige Praxis. Mit dem DMA werden jetzt zentralen Plattformen (Gatekeepern) besondere Verhaltensverpflichtungen ex-ante auferlegt. Hierzu zählt beispielsweise die Interoperabilität zwischen Messengerdiensten (Gappa 2022: 39).
- 51 Zurth (2021: 1152f.) diskutiert den möglichen Vorbildcharakter des NetzDG für die Plattformregulierung in den USA und kommt zu dem Ergebnis, dass es die Debatte um eine Modernisierung des US-amerikanischen Internetgesetzgebung stimulieren kann. In Österreich wurde bereits 2020 mit dem Bundesgesetz über Maßnahmen zum Schutz der Nutzer auf Kommunikationsplattformen (Kommunikationsplattformen-Gesetz; KoPI-G) ein an das NetzDG angelehntes Gesetz verabschiedet (vgl. RIS 2022).
- 52 Hierbei werden, in der Reihenfolge vom Allgemeinen zum Speziellen, Vermittlungsdienste (beispielsweise ISP), Hosting-Dienste (beispielsweise Webhoster), Onlineplattformen und sehr große Onlineplattformen (mit mindestens 10 % der 450 Millionen EU-Bürger:innen als Nutzer:innen) unterschieden (vgl. Weiden 2022: 7).
- 53 »In particular, that concept should be understood to refer to information, irrespective of its form, that under the applicable law is either itself illegal, such as illegal hate speech or terrorist content and unlawful discriminatory content, or that relates to activities that are illegal, such as the sharing of images depicting child sexual abuse, unlawful non-consensual sharing of private images, online

die Störer:innen über die Gründe hierfür informiert werden (Art. 15). Plattformen müssen des Weiteren eine:n Ansprechpartner:in benennen (Art. 10 und 11), ein einfaches Verfahren zur Meldung illegaler Inhalte für Plattformnutzer:innen (Art. 14) sowie einen priorisierten Schnellmeldeweg für »trusted flaggers« etablieren (Art. 19). Über die Anzahl der Meldungen, der entfernten oder gesperrten Inhalte und Schlichtungsverfahren sowie die Funktionsweise und Genauigkeit der genutzten menschlichen und algorithmischen Content-Moderation muss jährlich Bericht erstattet werden (Art. 23).⁵⁴ Sehr große Plattformen unterliegen dabei einer erweiterten Transparenzpflicht. Sie müssen zusätzlich jährlich Risikoanalysen und -vermeidungsmaßnahmen vorlegen (Art. 33) und können zu einem umfassenden Zugang zu ihren Daten verpflichtet werden (um die Einhaltung der Regeln überprüfen zu können, aber auch für Forschungszwecke) (Art. 31). Bei Verstößen gegen den DSA können erhebliche Bußgelder bis zu einer Höhe von sechs Prozent ihres Jahresumsatzes (Art. 59) verhängt werden. Zur Durchsetzung von Vorgaben sind darüber hinaus regelmäßige Zwangsgelder bis zu fünf Prozent des Tagesumsatzes möglich (Art. 60).

Bei aller Ähnlichkeit zum NetzDG zeigen sich insbesondere zwei bedeutende Unterschiede. Während das NetzDG zum einen strikte Fristen festlegt, innerhalb derer rechtswidrige Inhalte entfernt oder gesperrt werden müssen (24 Stunden in eindeutigen Fällen, ansonsten sieben Tage), findet sich im DSA nur die uneindeutige Formulierung »in a timely, diligent and objective manner« (Art. 14 Abs. 6). Ob die Fristen im NetzDG als Konkretisierung des DSA nach dem Marktortprinzip zulässig wären, ist umstritten. Laut Weiden (2022: 12) widerspricht eine solche Konkretisierung jedoch der ECRL. Ähnlich sieht es zum anderen – wie das oben erwähnte Urteil des Verwaltungsgerichts Köln zeigt – mit der Weiterleitungspflicht von Störer:innen und Inhalten an das BKA im NetzDG aus, die so im DSA nicht vorgesehen ist. Aber auch jenseits dieser beiden konkreten Aspekte ist bislang grundsätzlich nicht abschließend geklärt, wie DSA und DMA auf das NetzDG zurückwirken. Hentsch (2022) folgert, dass »zumindest von einer teilweisen Unanwendbarkeit des NetzDG [...] ausgegangen werden« muss. Weiden (2022: 8) sieht in ihrem Rechtsgutachten für die Friedrich-Naumann-Stiftung »nur noch sehr eingeschränkt Raum für das deutsche Netzwerkdurchsetzungsgesetz. [...] Die vorgesehenen Durchsetzungsvorschriften taugen mit Ausnahme des Sanktionsrahmens für eine EU-weite Harmonisierung.«

Allerdings sieht der DSA selbst eine Aufgabenteilung zwischen europäischer und nationalstaatlicher Ebene vor. Nur für sehr große Plattformen mit mehr als 45 Millionen Nutzer:innen in der EU (10 % der EU-Bürger:innen; Art. 25 Abs. 1) ist die Europäische Kommission direkt dafür zuständig, die Regeleinhaltung zu überwachen. Dies kann unter anderem als Antwort auf die Problematik der Auswahl des europäischen Hauptsit-

stalking, the sale of non-compliant or counterfeit products, the non-authorized use of copyright protected material or activities involving infringements of consumer protection law« (Europäische Kommission 2020c: 20).

54 Bezogen auf Algorithmen umfasst die Transparenzpflicht konkret: »any use made of automatic means for the purpose of content moderation, including a specification of the precise purposes, indicators of the accuracy of the automated means in fulfilling those purposes and any safeguards applied« (Art. 31 Abs. 1c).

zes nach nationalstaatlichem Durchsetzungswillen durch Plattformbetreiber:innen gesehen werden (weshalb bisher Digitalkonzerne wie Facebook und Google ihren Hauptsitz in Irland haben). Dagegen obliegt die Überwachung der Regeleinhaltung kleinerer Plattformen den Nationalstaaten. Diese müssen hierfür eine Institution (»competent authorities«) als Koordinatorin für digitale Dienste [*Digital Service Coordinator; DSC*] benennen (Art. 38 Abs. 1).

»Dieser koordiniert aber nicht nur sämtliche nationale und europäische Stellen zum DSA, sondern beteiligt sich auch an der Aufsicht. Dem DSC kommt also eine zentrale Rolle zu, weshalb es eine bedeutsame Frage ist, wer in den Mitgliedsländern diese Aufgabe übernimmt« (Jaurisch 2022).

Dabei müssen die EU-Mitgliedsstaaten sicherstellen, dass der DSC seine Aufgaben »in an impartial, transparent and timely manner« mit »adequate technical, financial and human resources« und »with complete independence«, »free from any external influence, whether direct or indirect« ausführen kann, ohne dabei »neither seek nor take instructions from any other public authority or any private party« (Art. 39 Abs. 1 und 2). Das DSA selbst sieht allerdings keinen Mechanismus vor, um die Unabhängigkeit der DSC zu überprüfen oder sicherzustellen (vgl. Jaurisch 2021a: 32).

Hieraus ergibt sich für die Frage nach der Veränderung von Staatlichkeit im digitalen Zeitalter eine spannende Anschlussperspektive, auf die auch bereits hingewiesen wurde. Hierzu zählt zum einen die, mit der Entwicklung vom intervenierenden Leistungsstaat zum kooperativen Gewährleistungsstaat einhergehende, zunehmende Relevanz von Regulierungsbehörden und Agenturen als Privatisierung und Liberalisierung flankierende Steuerungssubjekte. Zum anderen gehört die damit verbundene, wiederkehrende Forderung nach einer stärkeren Unabhängigkeit dieser Akteure gegenüber dem Staat – beziehungsweise nach dem Wegfall der ministeriellen Fach- und Rechtsaufsicht – dazu (siehe Kapitel III.1.2 und IV.3.2.2).

Jaurisch (2022) sieht in den DSC die Chance für einen neuen »Zuschnitt der Plattformaufsicht in Deutschland«, weshalb nicht nur existierende Institutionen als mögliche DSC in den Blick genommen werden, sondern auch über die Schaffung einer neuen, eigenständigen Aufsichtsagentur nachgedacht werden sollte. Zugleich stellt er fest, dass mit »Blick auf die bisherigen Regulierungsstrukturen [...] in Deutschland nicht viele Institutionen an die [im DSA] geforderte völlige Unabhängigkeit herankommen« und daher die Unabhängigkeit des DSC »eine der zentralen Herausforderungen beim Aufbau des deutschen DSC« sei.

So stellte bereits 2010 der Europäische Gerichtshof (EuGH)⁵⁵ eine deutsche Vertragsverletzung fest, weil »die für die Überwachung der Verarbeitung personenbezogener Daten« zuständige Stelle ihre Aufgaben nicht »in völliger Unabhängigkeit« wahrnehmen konnte (EuGH 2010: Rn. 58). Anschließend dauerte es fünf Jahre, bis das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) 2015 entsprechend geändert wurde. Seit 2016 unterliegt damit der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI), als nun eigenständige oberste Bundesbehörde, nicht mehr der Fach- und Rechtsaufsicht (bezie-

55 EuGH-Urteil vom 9. März 2010 (C-518/07).

ungsweise Dienstaufsicht) des Innenministeriums (vgl. BfDI 2015).⁵⁶ Zuletzt wies der EuGH (2021: Rn. 103ff.)⁵⁷ auch bei der als Bundesoberbehörde unter Aufsicht der Bundesregierung stehenden BNetzA auf eine nicht ausreichende Unabhängigkeit bei der Wahrnehmung ihrer Regulierungsaufgaben (im Energiebereich) hin,⁵⁸ obwohl die Entscheidungen der Beschlusskammern nicht von Ministerien aufgehoben werden können (vgl. Jaursch 2021b).

Neben der BNetzA listet Jaursch (2022) beispielhaft weitere deutsche Institutionen und Organisationen auf, die sich bereits inhaltlich mit Ansätzen der Plattformregulierung auseinandersetzen, von denen zugleich aber keine die eigentlich von DSC erforderte ganzheitliche Plattformaufsicht erfüllt. Darüber hinaus weist er auf die vielfältig vorhandenen Erfahrungen durch existierende Koordinationsstrukturen (insbesondere im Bereich der Medienregulierung) auf Bundes- wie Landesebene hin. Ein »Gremium auf Bundesebene, das politikfeldübergreifend sowohl Koordinations- als auch Aufsichtsfunktionen übernimmt, gibt es bislang für die Plattformaufsicht nicht« (ebd.). Gleichwohl plädiert er mit Blick auf die im DSA geforderte Unabhängigkeit, Ressourcenausstattung, Transparenz und die geforderten Befugnisse für eine »neue, eigenständige Agentur« statt einer »Minimal-DSC«, die »die meisten Aufgaben der Plattformaufsicht an andere Behörden weiterleitet.« Aufgrund der kurzen Frist zur Benennung des DSC und mit Blick auf das Zuständigkeitsgerangel in der Digitalpolitik sowie die Debatten um ein Digitalministerium scheint eine solche Lösung bislang jedoch unrealistisch, zumal beim DSA nicht nur Interessenkonflikte zwischen Bundesministerien zum Tragen kommen, sondern auch unter den Ländern sowie zwischen Ländern und Bund. Rößner und Hain (2022) sehen deshalb auch verfassungsrechtliche Probleme, da nach dem Grundgesetz »die Länder für die publizistische Regulierung der Inhalte und die damit zusammenhängenden Aufgaben des Schutzes der Menschenwürde und des Jugendmedienschutzes zuständig« sind. Sie plädieren daher dafür, die Verteilung der Regulierungskompetenzen beizubehalten, neue Aufgaben der jeweils sachnähesten Behörde zuzuordnen und entweder eine übergeordnete koordinierende Behörde als DSC zu schaffen oder diese Funktion einer existierenden zuzuweisen (wie etwa einer der Landesmedienanstalten). Allerdings müssten sich dafür nicht nur Bund und Ländern einigen, sondern darüber hinaus auch alle dann weiterhin zuständigen Regulierungsbehörden völlig unabhängig aufgestellt werden.

56 Zugleich wurden insbesondere von zivilgesellschaftlichen Akteuren und den Datenschutzbeauftragten selbst die (weiterhin) unzureichenden finanziellen und personellen Ressourcen kritisiert (vgl. Thomé 2015: 132f.).

57 EuGH-Urteil vom 2. September 2021 (C-718/18).

58 Eine unmittelbare Übertragbarkeit des Urteils auf den Telekommunikationsbereich sieht eine Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste (2021: 9f.) des Bundestages nicht, da die Stellung der BNetzA in diesem Bereich weder vergleichbar noch ihre Unabhängigkeit ähnlich eingeschränkt sei.