

Marktmacht und Meinungsbildung in der Digitalindustrie

Madlen Karg

Inhaltsübersicht

I.	Plattformökonomie	68
1.	Digitale Marktmacht und Plattformökonomie	69
a)	Plattformen und Daten als Wachstumsfaktoren	70
b)	Digitale Ökosysteme	71
2.	Digitale Kommunikationsordnung	71
a)	Meinungsbeeinflussung	72
b)	Rechtsverletzungen	73
II.	Regulierung in der Plattformökonomie zwischen freiem Wettbewerb und Meinungspluralismus	73
1.	Empirische Evidenz und Relevanz in der EU	74
2.	Betroffene Grundrechtspositionen	75
3.	EU-Digitalstrategie	75
4.	Regelungskompetenzen der EU und ihre Grenzen	76
III.	DMA-E	78
1.	Bisherige Rechtslage	79
a)	Bisheriger Rechtsrahmen und Praxis	79
b)	Europäische Kommission	79
c)	Nationale Verfahren	80
d)	Verfahrensdauer	80
e)	Erfassung digitaler Ökosysteme	81
2.	Regelungstechnik	82
a)	Zweistufige Regulierung	82
b)	Gatekeeper-Stellung	82
c)	Verhaltenspflichten	82
d)	Fehlende Rechtfertigungsmöglichkeit	83
3.	Verhältnis zu nationalen Bestrebungen	84

IV. DSA-E	84
1. Bisherige Rechtslage	84
a) EU	84
b) Nationale Bestrebungen	85
c) Regelsetzung durch Plattformen	86
2. Regelungstechnik	86
a) Fortgeltung der Haftungsprivilegierung	86
b) Illegaler Inhalt	87
c) Abgestufte Verantwortlichkeit	87
d) Melde- und Abhilfeverfahren	88
e) Moderation von nutzergeneriertem Inhalt und Bindung an die GRC	88
3. Verhältnis zu nationalen Bestrebungen	90
V. Plattformregulierung und Gemeinwohlförderung durch freien Wettbewerb	90

I. Plattformökonomie

Die Digitalisierung bringt zwar erhebliche wohlfahrtssteigernde Effekte mit sich, aber die Vermachtungsgefahren der Digitalindustrie rufen auch dringenden Anpassungsbedarf in der Rechtsordnung hervor. Digitale Plattformen dominieren seit geraumer Zeit die Geschäftswelt. Die derzeit wertvollsten Unternehmen weltweit sind Digitalkonzerne wie Alphabet, Apple, Meta, Amazon oder Microsoft.¹ Sie haben es innerhalb kurzer Zeit geschafft, hohe Marktkonzentrationen zu erreichen.

Die sich rasant verändernden Marktstrukturen gefährden die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs. Parallel wächst die Bedeutung sozialer Netzwerke für den gesellschaftlichen Meinungsaustausch exponentiell. Die digitalen Kommunikationskanäle ermöglichen eine rasante Informationsverbreitung und Meinungsäußerung, nehmen eine Informationssortierung

1 PWC, Global Top 100 companies by market capitalisation, May 2021, <https://www.pwc.de/de/kapitalmarktorientierte-unternehmen/global-top-100-companies-2021.pdf> (letzter Aufruf am 13.4.2022), S. 22; zum Konzern Alphabet gehören unter anderem Google und YouTube, zum Meta-Konzern gehören unter anderem die Plattformen Facebook und Instagram sowie der Messenger-Dienst WhatsApp.

vor und haben daher einen erheblichen Einfluss auf den demokratiepolitischen Prozess der Meinungsbildung. Während in der analogen Kommunikationsordnung Medien noch als Informationsintermediäre fungierten, obliegt die Verantwortung für den Meinungspluralismus in der digitalen Kommunikation einigen wenigen privaten Wirtschaftsunternehmen. Beide Problemkreise lassen sich auf die Geschäftsmodelle der Plattformökonomie zurückführen.

1. Digitale Marktmacht und Plattformökonomie

Online-Dienste und Plattformen eröffnen neue Transaktionsmöglichkeiten und erleichtern den grenzüberschreitenden Handel, indem sie Marktteilnehmer:innen der vor- und nachgelagerten Marktstufe zusammenbringen. Digitale Geschäftsmodelle sind einfacher und schneller skalierbar und führen zu zentralen und effizienten Marktplätzen.²

Andererseits haben immer mehr Plattformen eine „Gatekeeper-Stellung“ inne, da sie über den Zugang zum Markt entscheiden, und die Regeln auf Plattformen bestimmen.³ Dies führt zu einer einseitigen Abhängigkeit der Nutzer:innen vom Zugang sowie der Sichtbarkeit auf Plattformen und birgt Diskriminierungspotenzial.⁴ Entgegen früheren Prognosen⁵ hat sich herausgestellt, dass das Internet weder perfekte Märkte hervorbringt, noch, dass digitale Märkte besonders wettbewerbsintensiv sind. Im Gegenteil: die Marktmacht dieser führenden Unternehmen ist konstant und kaum bis keinem Wettbewerb ausgesetzt.⁶

Die grundlegenden Veränderungen der Wettbewerbsprozesse und Wettbewerbsbedingungen auf digitalen Märkten sind bedingt durch die zunehmende Bedeutung von digitalen Plattformen und Daten (a.) sowie der Entstehung von digitalen Ökosystemen (b.).⁷

2 *Furman et al*, Unlocking Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel, 2019, S. 19.

3 *Schweitzer*, ZEuP 2019, 1; *Klonick*, Harvard Law Review 2018, 1589; *Kettmann/Schulz/Fertmann*, ZRP 2021, 138 (139).

4 *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, S. 8.

5 *Brynjolfsson/Smith*, Management Science (2000), Vol. 46, Nr. 4, 563; *Brown/Goolsbee*, Journal of Political Economy (2002), Vol. 110, Nr. 3, 481, (482, 504).

6 *Scott Morton et al.*, Report of the Committee for the Study of Digital Platforms „Stigler-Report“, 2019, S. 11.

7 *Haucap*, Wirtschaftsdienst 2020, 20.

a) *Plattformen und Daten als Wachstumsfaktoren*

Plattformangebote sind in hohem Ausmaß von Konzentrationstendenzen und Größenvorteilen geprägt. Der Zugriff auf Daten, die durch die Nutzung der Plattform gesammelt werden, führt zu Wettbewerbsvorteilen, was wiederum zu einem erhöhten Datenzugriff führt (sog. „Feedback-Loops“).⁸ Bei plattformbasierten Geschäftsmodellen verbinden sich positive Netzwerkeffekte mit der Erweiterung des Datenzugriffs: Der Nutzen der Plattform steigt mit zunehmender Teilnehmerzahl entweder für die gleiche Plattformseite (direkte Netzwerkeffekte, z. B. soziale Netzwerke wie Facebook) oder für die andere Plattformseite (indirekte Netzwerkeffekte, z. B. Verkaufsplattformen wie Amazon).⁹ Plattformbetreiber:innen neigen daher zu aggressiven Wachstumsstrategien.

Bei vertikal integrierten Plattformen sind Plattformbetreiber:innen gleichzeitig auch Nutzer:innen der Plattform (z. B. Amazon Market Place), was die Gefahr von Wettbewerbsbehinderung durch Selbstbevorzugung erhöht.¹⁰ Auch bei Informationsintermediären besteht Missbrauchspotenzial, dies sind Plattformen, die für Endnutzer:innen das Sammeln und Ranking von Informationen vornehmen (z. B. Suchmaschinen oder Preisvergleichsdienste). Informationsverfälschungen sind für Endnutzer:innen nicht erkennbar, was sich der Intermediär zu Eigen machen kann, um Verbraucherverhalten zugunsten seines eigenen wirtschaftlichen Nutzens zu lenken.¹¹

Zweiter Kernfaktor des Aufstieges der Digitalindustrie ist die Nutzung von Datenbeständen als Inputfaktor für Angebotspersonalisierung, Innovation und Wettbewerbsfähigkeit. Der Zugang zu Daten, die ausschließlich in der Kontrolle einzelner Marktakteure stehen, kann neue Markteintritte verhindern. Daneben ergeben sich erhebliche Spannungsfelder mit der Privatsphäre der Verbraucher:innen und dem Datenschutzrecht.¹²

8 BMWi, Bericht der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, 2019, S. 13.

9 Monopolkommission, Sondergutachten 68, Herausforderung digitale Märkte, 2015, Rn. 37 f.

10 BMWi, Bericht Kommission Wettbewerbsrecht (Fn. 8), S. 17.

11 *Haucap* (Fn. 7), 28; *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung (Fn. 4), S. 7.

12 *Schweitzer*, in: Kühling/Zimmer (Hrsg.), Neue Gemeinwohlherausforderungen – Konsequenzen für Wettbewerbsrecht und Regulierung, 2020, S. 41 (50 f.); *Haucap* (Fn. 7), 27.

b) Digitale Ökosysteme

Durch den rasant steigenden Einsatz von Daten als Produktionsfaktor bei plattformbasierten Geschäftsmodellen entstehen digitale Ökosysteme. Die Zusammenführung von Daten aus verschiedenen Märkten lässt neue Konglomerate entstehen. Während diese in traditionellen Industriesparten an Bedeutung verloren haben, nimmt deren Einfluss in der Digitalindustrie zu.¹³ Konglomerate Strukturen können wettbewerbsschädliche Wirkungen entfalten, was auf deren Finanzkraft („deep pockets“) zurückzuführen ist. Diese ermöglicht es, Verluststrategien durchzuhalten, um weniger finanzstarke Wettbewerber vom Markt zu drängen, oder sie aufzukaufen (sog. „Killer-Akquisitionen“).¹⁴ Auch Kopplungsstrategien können wettbewerbsschädigende Effekte haben.¹⁵

2. Digitale Kommunikationsordnung

Neben Transaktionsmöglichkeiten bieten Plattformunternehmen oft als soziale Netzwerke eigene Kommunikationskanäle an. Auf Online-Plattformen wie Facebook können Nutzer:innen eigene Inhalte verfassen, sowie fremde Inhalte liken oder teilen. Auf der Startseite, dem „Newsfeed“, werden Nutzer:innen Inhalte von befreundeten Personen oder von Seiten, die sie abonniert haben, angezeigt. Diese werden nicht über eine redaktionelle Auswahl, sondern durch algorithmenbasierte Personalisierung vortortiert.¹⁶

Soziale Netzwerke, die von privaten Wirtschaftsakteuren kontrolliert werden, organisieren und steuern Kommunikationsströme in der digitalen

13 BMWi, Bericht Kommission Wettbewerbsrecht (Fn. 8), S. 17.

14 Stigler-Report (Fn. 5), S. 54; BMWi, Bericht Kommission Wettbewerbsrecht (Fn. 8), S. 19.

15 Bourreau/de Streel, Digital Conglomerates and EU Competition Policy, 2019, S. 14; BMWi, Bericht Kommission Wettbewerbsrecht (Fn. 8), S. 19; s. auch Hovenkamp, Digital Cluster Markets, 2021, <https://ssrn.com/abstract=3820062> (letzter Aufruf am 13.4.2022).

16 Facebook beschreibt die Sortierung des Newsfeeds selbst folgendermaßen: „[...] If you could look through thousands of stories every day and choose the 10 that were most important to you, which would they be? The answer should be your News Feed. It is subjective, personal, and unique [...]“; <https://about.fb.com/news/2016/06/building-a-better-news-feed-for-you/> (letzter Aufruf am 13.4.2022).

Welt, sie prägen die Informationsverbreitung und Wahrnehmung.¹⁷ Dadurch verschwimmen die Grenzen wirtschaftlicher und politischer Macht. Gleichzeitig nimmt die globale Verbreitung von Desinformation und Hate Speech exponentiell zu.¹⁸ Neben dem Einfluss auf den demokratischen Meinungsbildungsprozess (a.) sind Kommunikationsplattformen Nährboden sowohl für Persönlichkeits- als auch Urheberrechtsverletzungen (b.).

a) Meinungsbeeinflussung

Das deutsche BVerfG hat 2018 festgehalten, dass die Angebote der sozialen Netzwerke nicht auf Meinungsvielfalt gerichtet, „sondern [...] durch einseitige Interessen oder die wirtschaftliche Rationalität eines Geschäftsmodells bestimmt [sind]“. ¹⁹

Das Geschäftsmodell von Plattformen wie Facebook besteht im Verkauf von personalisierter Werbung,²⁰ womit das Unternehmen den Großteil seines Umsatzes generiert; für Nutzer:innen ist der Dienst entgeltfrei.²¹ Diese Konzeption steht in einem inhärenten Spannungsfeld zum Meinungspluralismus in einer Demokratie.²² Je mehr Zeit die Nutzer:innen auf der Plattform verbringen, desto mehr Werbeflächen kann das Unternehmen verkaufen, und desto mehr Daten kann es sammeln. Plattformbetreiber:innen haben ein großes ökonomisches Interesse daran, eine große Nutzerreichweite zu generieren und Nutzer:innen möglichst lange auf der Plattform zu halten. So wird ein suchtähnliches Nutzer:innenverhalten, hetze-

17 Eifert/Metzger/Schweitzer/Wagner, CMLR 2021, 987 (991); Paal, MMR 2018, 567; Paal/Hennemann, JZ 2017, 641 (642); zur US-amerikanischen Diskussion s. Franks, The Yale Law Journal Forum 2021, 427; Klonick (Fn. 3), 1663; Wu, Is the first amendment obsolete?, 2017, S. 7; Balkin, Harvard Law Review 2014, 2296 (2303).

18 Das World Economic Forum hat bereits 2013 in seinem *Global Risks Report* von der zunehmenden Gefahr von Desinformation in sozialen Netzwerken gewarnt, <http://reports.weforum.org/global-risks-2013/risk-case-1/digital-wildfires-in-a-hyperconnected-world/> (letzter Aufruf am 13.4.2022).

19 BVerfG, Urt. v. 18.7.2018 – 1 BVR 1675/16, BVerfGE 149, 222 Rn. 79.

20 Sog. „Microtargeting“, welches es ermöglicht den Empfänger von Werbeanzeigen anhand psychografischer zu bestimmen, s. Schemmel, Der Staat 57 (2018), 501 (508).

21 Statista, Umsatz von Facebook nach Segmenten, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/223277/umfrage/umsaetze-von-facebook-nach-segment-quartalszahlen/> (letzter Aufruf am 13.4.2022).

22 Paal (Fn. 17), 567.

rische und polarisierende Inhalte, sowie die Verletzung von Datenschutz- und Privatsphäre wirtschaftlich attraktiv.²³

Ein Weg Nutzer:innen möglichst lange auf der Plattform zu halten sind sog. „Filter Bubbles“²⁴ oder Echokammern. Darunter sind Isolierungseffekte zu verstehen, welche auf Algorithmen basieren. Sie sortieren den Newsfeed so, dass tendenziell Inhalte präsentiert werden, welche ohnehin schon bestehende Meinungen bestätigen. Auf diesem Wege werden Gegenmeinungen ausgeblendet, und es entstehen in sich geschlossene Gruppen, die die gleichen Weltanschauungen teilen.²⁵

Eine weitere gefährliche Form der Meinungsbeeinflussung und Desinformationsverbreitung durch Online-Plattformen sind sog. „Social Bots“. Darunter sind teilautonome Computerprogramme zu verstehen, die sich in sozialen Netzwerken wie natürliche Personen verhalten, indem sie Inhalte liken, teilen, und auch eigene Nachrichten und Einträge verfassen. Zweck solcher Bots ist es, politische Diskussionen zu verzerren.²⁶

b) Rechtsverletzungen

Daneben ermöglichen Kommunikationsplattformen in großem Ausmaß Rechtsverletzungen, sowohl von Persönlichkeits- als auch von Urheberrechten. Diese gehen zwar nicht von den Plattformbetreiber:innen selbst aus, sondern von den Nutzer:innen, gleichwohl schaffen sie das dafür „notwendige Spielfeld“.²⁷

II. Regulierung in der Plattformökonomie zwischen freiem Wettbewerb und Meinungspluralismus

Es zeigt sich daher, dass gesetzgeberisch dringender Handlungsbedarf besteht. Die Regulierung der Plattformökonomie in der EU stellt die Rechts-

23 Khan/Pozen, Harvard Law Review 2019, 497 (505); s. auch Paal (Fn. 17), 567; Drexler, Economic Efficiency versus Democracy, 2016, S. 10, 21. <https://ssrn.com/abstract=2881191> (letzter Aufruf am 13.4.2022).

24 Pariser, The Filter Bubble, 2011.

25 Schemmel (Fn. 20), 507; Drexler, Economic Efficiency versus Democracy, 2016, S. 5 – 11, <https://ssrn.com/abstract=2881191> (letzter Aufruf am 13.4.2022).

26 Laude, Automatisierte Meinungsbeeinflussung, 2021, S. 31; Schemmel (Fn. 20), 509; Paal/Hennemann (Fn. 17), 644.

27 Eifert/Metzger/Schweitzer/Wagner (Fn. 17), 993.

ordnung vor umfassende Herausforderungen. Für einen Eingriff in widerstreitende Grundrechtspositionen bedarf es zunächst einer empirischen Evidenz (1.), einer umfangreichen Güterabwägung (2.), und nicht zuletzt einer Gesetzgebungskompetenz der EU (3. und 4.).

1. Empirische Evidenz und Relevanz in der EU

Die Plattformökonomie zeichnet ein komplexes Bild. Zwar sind die Unternehmenskonzepte der Digitalindustrie sehr schnelllebig, die wettbewerbsschädlichen Aktivitäten digitaler Marktmacht sind aber ökonomisch weitgehend belegt oder zumindest belegbar. Auf der anderen Seite besteht noch viel Forschungsbedarf, was die sozialen Implikationen der Geschäftsmodelle im Hinblick auf den demokratiepolitischen Prozess der Meinungsbildung angeht.²⁸

Dennoch zeigen diverse Skandale wie die Beeinflussung des US-amerikanischen Wahlkampfes,²⁹ der gewaltsame Sturm auf das Kapitol in Washington oder der Einfluss sozialer Medien auf den Krim-Konflikt³⁰, dass soziale Netzwerke reale Gefahren für Demokratien verursachen können. Freilich lassen sich beispielsweise die Skandale aus den USA nicht uneingeschränkt auf die EU übertragen, was unter anderem an laxeren US-amerikanischen Datenschutzstandards und einer gesteigerten Bedeutung der Meinungsfreiheit im US-amerikanischen Rechtsraum liegt. Eine politische Meinungsbeeinflussung ist aber auch in der EU möglich.³¹ Bei einer Bedrohung eines demokratiepolitisch essenziellen Gutes wie der Meinungsbildung, sollte die Eingriffsschwelle nicht zu hoch angesetzt werden.

28 Eifert/Metzger/Schweitzer/Wagner (Fn. 17), 999 f.

29 *Solon*, theguardian.com v. 7.9.2017, Facebook says likely Russia-based group paid for political ads during US election, <https://www.theguardian.com/technology/2017/sep/06/facebook-political-ads-russia-us-election-trump-clinton> (letzter Aufruf am 13.4.2022); s. zum Ganzen: *Tenove*, Digital Threats to Democratic Elections, 2018, <https://ssrn.com/abstract=3235819> (letzter Aufruf am 13.4.2022).

30 *Laude*, Meinungsbeeinflussung (Fn. 26), S. 43.

31 S. mit einem „proof of concept“ bzgl. Deutschlands: *Papakyriakopoulos/Shabrezaye/Thieltges/Medina Serrano/Hegelich*, Informatik Spektrum 2017, 327; zur Verwendung von Social Bots in Deutschland s. auch *Laude*, Meinungsbeeinflussung (Fn. 26), S. 44.

2. Betroffene Grundrechtspositionen

Für die Regulierung digitaler Marktmacht gilt es, den Schutz des freien Wettbewerbs mit der unternehmerischen Freiheit (Art. 16 GRC) der Plattformbetreiber:innen sowie deren Eigentumsrechten (Art. 17 GRC) in Einklang zu bringen. Diese Güterabwägung ist klarer umrissen als die mehrpolige Güterabwägung in der digitalen Kommunikationssphäre. Denn die Plattformbetreiber:innen können sich hier neben ihren unternehmerischen Freiheiten auch auf ihre Meinungsfreiheit (Art. 11 GRC) inkl. der Freiheit der Medien (Art. 11 Abs. 2 GRC) berufen.³²

3. EU-Digitalstrategie

Die EU plant mit ihrer Digitalstrategie einen Paradigmenwechsel im Umgang mit digitaler Dominanz im Binnenmarkt. Teil der EU-Digitalstrategie sind die Gesetzesentwürfe zum „Digital Markets Act“ (DMA)³³ und dem „Digital Services Act“ (DSA)³⁴, welche die Europäische Kommission im Dezember 2020 vorgestellt hat.

Der Regulierungsansatz ist umfassend, aber durchaus vielschichtig. Während der DSA-E Rechtsverletzungen auf Online-Plattformen und die Integrität des öffentlichen Diskurses adressiert, geht es im DMA-E um Bestreitbarkeit von bestehenden Machtpositionen und Fairness im Wettbewerb.³⁵ Dabei verschärft und konkretisiert der DSA-E bereits bestehende Pflichten von Plattformbetreiber:innen, während der DMA-E eine gänzlich neue sektorspezifische ex-ante Regulierung digitaler Gatekeeper einführen will.

32 *Denga*, EuR 2021, 569 (592).

33 Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte) v. 15.12.2021, COM (2020) 842, final, im Folgenden „DMA-E“.

34 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 v. 15.12.2021, COM (2020) 825, final, im Folgenden „DSA-E“.

35 Kommission, Pressemitteilung IP/20/2347 v. 15.12.2020.

4. Regelungskompetenzen der EU und ihre Grenzen

Beide Gesetzesentwürfe stützen sich auf Art. 114 AEUV, welcher auf eine Rechtsangleichung in der EU abzielt, um das Binnenmarktziel der Art. 3 Abs. 3 S. 1 EUV und Art. 26 AEUV zu fördern.³⁶

Dass sich auch der DMA-E auf Art. 114 AEUV stützt, und nicht auf die wettbewerbsrechtliche Kompetenz des Art. 103 AEUV, hat zu einer umfangreichen Debatte geführt.³⁷

Auf Art. 103 AEUV können Rechtsakte gestützt werden, die für die Verwirklichung der Art. 101 f. AEUV unterstützenden Charakter haben.

Der DMA-E weicht von der Missbrauchsaufsicht nach Art. 102 AEUV jedoch bei der Regulierung digitaler Ökosysteme ab. Während eine Einzelmarktbeherrschung maßgebend für die Missbrauchsaufsicht ist, richtet sich der DMA-E auf die Ermöglichung von Marktzutritten aus.³⁸ Das bedeutet, dass neben Art. 103 AEUV die Kompetenzerweiterungsklausel des Art. 352 AEUV herangezogen werden müsste.³⁹

Nach dem Verständnis der Kommission ist der DMA-E aber nicht dem EU-Wettbewerbsrecht zuzuordnen, es handle sich um eine vom Wettbewerbsrecht getrennte Materie, die ergänzend neben Art. 101 f. AEUV tritt.⁴⁰ Die Kommission betont dabei das Harmonisierungsziel des DMA-E, einer Fragmentierung der Regulierung im Binnenmarkt solle entgegengewirkt werden.⁴¹ Indem sie den Wettbewerbsbezug des DMA-E verneint, vermeidet sie den Rückgriff auf die Kompetenzerweiterungsklausel.⁴²

36 M. Schröder, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl., 2018, Art. 114 AEUV Rn. 18.

37 S. etwa Zimmer/Göhsel, ZWeR 2021, 29 (34); Achleitner, Begrenzung der Marktmacht in der Digitalökonomie als Innovationsbremse?, in: Heger/Goudert (Hrsg.), Fairen Wettbewerb in der EU sichern, 2022, S. 77 (88); Lamadrid/Fernández, JECLP 2021, 576; Larouche/de Streeck, JECLP 2021, 542 (548); Basedow, ZEuP 2021, 217 (220 f.); Polley/Konrad, WuW 2021, 198 (199).

38 Kühling/Weck, ZWeR 2021, 487 (500 f.); Zimmer/Göhsel (Fn. 37), 32; Achleitner, Marktmacht (Fn. 37), S. 92.

39 Die Fusionskontrollverordnung EG Nr. 139/2004 wurde bspw. auf Basis von Art. 103 AEUV und Art. 352 AEUV erlassen, weil Art. 102 AEUV die Marktstruktur nur vor internem, nicht auch vor externem Wachstum durch Zusammenschlüsse schützt, s. Jung, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl., 2022, Art. 103 AEUV Rn. 43.

40 EwGr. 10 DMA-E.

41 EwGr. 8 und 9, sowie Begründung S. 5 DMA-E.

42 Eine Doppelabstimmung hätte einen einstimmigen Ratsbeschluss sowie eine Zustimmung des Europäischen Parlaments erfordert, s. Ludwigs, in: Grabitz/

Nach der Schwerpunkttheorie des EuGH muss die Wahl einer Rechtsgrundlage im Zuständigkeitssystem der EU anhand von objektiven und gerichtlich nachprüfbaren Kriterien erfolgen, wozu insbesondere Ziel und Inhalt des Rechtsaktes gehören.⁴³

Ziel des DMA-E ist es, faire und bestreitbare Märkte in der Digitalindustrie zu gewährleisten. Klassisches Ziel des EU-Wettbewerbsrechts ist nach Protokoll 27⁴⁴ der unverfälschte Wettbewerb. Der DMA-E verzichtet darauf, die Begriffe der „Fairness“ und „Bestreitbarkeit“ genauer zu definieren. Beide Aspekte dienen aber jedenfalls auch einem unverfälschten Wettbewerb.⁴⁵ Bereits die Tatsache, dass viele der Verhaltenspflichten im DMA-E an die bisherige Fallpraxis der Kommission sowie nationaler Wettbewerbsbehörden (s. unten III.1.a.) angelehnt sind,⁴⁶ untermauert den wettbewerbsrechtlichen Bezug, was für Art. 103 und 352 AEUV als zutreffende Rechtsgrundlage spricht.

Demgegenüber spricht die Regelungstechnik (s. unten III.2.) dafür, dass der DMA-E eine vom Wettbewerbsrecht getrennte Materie ist, und auf Basis von Art. 114 AEUV erlassen werden kann. Das neue Konzept des Gatekeepers knüpft nicht an eine marktbeherrschende Stellung i. S. d. Art. 102 AEUV an.⁴⁷ Zudem folgt die vorgesehene ex-ante-Regulierung ohne Rechtfertigungsmöglichkeit nicht der klassischen ex-post-Kontrolle des EU-Wettbewerbsrechts (s. unten III.1.a.).

Die Betrachtung von Inhalt und Ziel des DMA-E führt an dieser Stelle also zu keinem klaren Ergebnis. Es stellt sich daher die Frage des Verhältnisses von Art. 114 AEUV und Art. 103 AEUV (i. V. m. dem grundsätzlich

Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, 74. EL September 2021, Art. 103 AEUV Rn. 15.

43 EuGH, Urt. v. 29.4.2004 – C-338/01, ECLI:EU:C:2004:253 Rn. 54 – *Kommission/Rat*; Urt. v. 8.9.2009 – C-411/06, ECLI:EU:C:2009:518 Rn. 45 – *Kommission/Rat und Parlament*; M. Schröder, in: Streinz, EUV/AEUV (Fn. 36), Art. 114 AEUV Rn. 128.

44 Protokoll (Nr. 27) über den Binnenmarkt und den Wettbewerb, ABl. 2008 Nr. C 155/309.

45 Schweitzer, ZEuP 2021, 503 (508): „EU competition law and the DMA essentially share the same aims“.

46 S. mit einer Zuordnung der Verhaltenspflichten des DMA-E zu laufenden und abgeschlossenen Verfahren: Caffara/Scott Morton, VoxEU v. 5.1.2021, The European Commission Digital Markets Act: A translation, <https://voxeu.org/article/european-commission-digital-markets-act-translation> (letzter Aufruf am 13.4.2022); sowie Podszun/Bongartz/Langenstein, EuCML, 60 (64 f.); Kühling/Weck (Fn. 38), 505 f.

47 EwGr. 5 DMA-E.

subsidiären Art. 352 AEUV). Der DMA-E könnte dem EuGH die Gelegenheit geben dieses zu bestimmen. Hinsichtlich des Verhältnisses von Art. 114 AEUV und Art. 106 Abs. 3 AEUV hat er entschieden, dass, sofern die jeweiligen Voraussetzungen der Kompetenzgrundlage erfüllt sind, ein Wahlrecht besteht.⁴⁸ Im Ergebnis dürfte Art. 114 AEUV als Rechtsgrundlage des DMA-E einer Überprüfung standhalten.⁴⁹ Etwas Anderes könnte sich jedoch ergeben, wenn entsprechend den Abänderungen des Parlaments (Art. 16 Abs. 1 lit. a), in den DMA-E auch Vorschriften zu Killeraquisitionen aufgenommen werden.⁵⁰

III. DMA-E

Der DMA-E führt eine sektorspezifische ex-ante Regulierung ein, um offene, faire und bestreitbare Märkte zu gewährleisten, und ein schnelleres und flexibleres Eingreifen der Behörden zu ermöglichen. Daneben bleiben die Wettbewerbsregeln der Art. 101 f. AEUV anwendbar.⁵¹

48 EuGH, Urt. v. 19.3.1991 – C-202/88, ECLI:EU:C:120 Rn. 24 – 26 – *Frankreich/Kommission*; s. auch *Larouche/de Stree* (Fn. 37), 548.

49 *Achleitner*, Marktmacht (Fn. 37), S. 91.

50 Abänderungen des Europäischen Parlaments v. 15.12.2021 zum DMA-E (COM(2020)0842 – C9-0419/2020 – 2020/0374(COD))(1); dieses Vorhaben hat die Wettbewerbskommissarin *Vestager* in der Pressekonferenz zu den abgeschlossenen Trilog-Verhandlungen bestätigt, Kommission, Speech/22/2042 v. 25.3.2022; s. auch *Achleitner*, Marktmacht (Fn. 37), S. 92 f; für Art. 114 AEUV als zutreffende Rechtsgrundlage auch für den Erlass fusionskontrollrechtlicher Maßnahmen sprechen sich *Franck/Monti/de Stree*, Art. 114 AEUV as a Legal Basis for Strengthened Control of Acquisitions by Digital Gatekeepers, Legal Opinion commissioned by the Federal Ministry for Economic Affairs and Energy v. 20.9.2021, https://www.bmwk.de/Redaktion/EN/Publikationen/Wirtschaft/article-114-tfeu-as-a-legal-basis-for-strengthened-control-of-acquisitions-by-digital-gatekeepers.pdf?__blob=publicationFile&v=5 (letzter Aufruf am 1.6.2022), aus.

51 EwGr. 5 DMA-E; zum Verbot der Doppelbestrafung s. *Achleitner*, Marktmacht (Fn. 37), S. 85 – 87; sowie *Schweitzer* (Fn. 45), 518: „*In particular, the principle of ne bis in idem would not hinder their parallel application. Where fines are imposed, previous fines imposed under a parallel regime need to be taken into account, however.*“

1. Bisherige Rechtslage

Sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene gibt es Bestrebungen von Wettbewerbsbehörden, digitale Marktmacht zu begrenzen.⁵² Daher lässt sich zunächst die Frage stellen, weshalb neben dem EU-Wettbewerbsrecht ein zusätzliches Regulierungsregime notwendig ist.

a) Bisheriger Rechtsrahmen und Praxis

Art. 102 AEUV verbietet es marktbeherrschenden Unternehmen, ihre Machtstellung einseitig zu missbrauchen. Die Durchsetzung der Wettbewerbsregeln obliegt der Kommission, welche auf Basis der VO 1/2003 wettbewerbsrechtliche Zuwiderhandlungen feststellen, Abhilfemaßnahmen auferlegen, Verpflichtungszusagen von Unternehmen annehmen und Geldbußen verhängen kann.⁵³ Die Missbrauchsaufsicht durch die Kommission greift nachträglich ein. Die Kommission setzt bei der Durchsetzung des Art. 102 AEUV seit vielen Jahren auf den „more economic approach“, welcher ökonomischen Bewertungsfaktoren sowie den konkreten Auswirkungen des Verhaltens eine größere Bedeutung beimisst. Dieser zeigt sich in der Praxis vor allem als Rechtfertigungsmöglichkeit aufgrund von Effizienzgewinnen, nachgelagert zur objektiven Rechtfertigung als tatbestandsimmanente Ausnahme von Art. 102 AEUV.⁵⁴

b) Europäische Kommission

Die rege Behördenpraxis gegenüber den Digitalunternehmen zeigt, dass deren Praktiken und Geschäftsmodelle bereits jetzt unter die Wettbewerbsregeln subsumiert werden können.

Die Geschäftspraktiken von Google haben mittlerweile zu drei Entscheidungen mit exorbitanten Bußgeldern geführt.⁵⁵ Das Verfahren gegen

52 S. mit einer umfassenden Verfahrensübersicht *Schweitzer/Gutmann*, e-Competitions, Unilateral Practices in the digital market, Art. N°101045, 14.7.2021.

53 *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl., 2019, Art. 102 AEUV Rn. 418 – 422.

54 *Fuchs* (Fn. 53), Art. 102 AEUV Rn. 8 u. 153 – 156.

55 Kommission, E. v. 27.6.2007 – COMP/39.740, *Google Search (Shopping)*; hierzu EuG, Urt. v. 10.11.21 – T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763; Kommission, E. v. 18.7.2018 – COMP/40.099, *Google Android*; E. v. 20.3.2019 – COMP/40.411,

Amazon zu Meistbegünstigungsklauseln beim Vertrieb von E-Books, wurde 2017 mit Verpflichtungszusagen beendet.⁵⁶ Auch gegenüber Apple sind mehrere Verfahren anhängig. Im Fokus stehen dabei die Geschäftsmodelle des „Apple App-Stores“ und das Bezahlssystem „ApplePay“.⁵⁷

Gegenüber Facebook wurde das erste Verfahren vergleichsweise spät, im Juni 2021, eingeleitet. Facebook wird vorgeworfen, gegen Art. 102 AEUV verstoßen zu haben, indem es Werbedaten von Unternehmen auf anderen Märkten verwendet hat, um mit diesen sodann in Wettbewerb zu treten.⁵⁸

c) Nationale Verfahren

Auch die nationalen Wettbewerbsbehörden sind aktiv.⁵⁹ Mit seinem Facebook-Beschluss⁶⁰ hat das deutsche BKartA in einer Vorreiterrolle weltweit Aufmerksamkeit erregt. Das BKartA hat im Verfahren einen Marktmachtmissbrauch auf die Ausbeutung von Nutzer:innen durch unangemessene Datenverarbeitungskonditionen gestützt, was bislang einzigartig ist.⁶¹

d) Verfahrensdauer

Ein großer Kritikpunkt der bisherigen Fallpraxis ist die lange Verfahrensdauer. Die Erhebung von Effizienzeinreden durch die betroffenen Unternehmen ziehen Verfahren oftmals künstlich in die Länge. Die BigTech-Unternehmen verfügen über die Mittel, den Rechtsweg gegen Entscheidungen vollständig auszuschöpfen und scheuen sich auch nicht, völlig aussichtslose Rechtsmittel einzulegen, um Entscheidungen zu verzögern.⁶²

Google Search (AdSense); anhängig: COMP/ 40.670, *Google – Adtech and Data-related practices*.

56 Kommission, E. v. 4.5.2017 – COMP/40.153, *E-book MFNs and related matters (Amazon)*; anhängig COMP/40.462, *Amazon Marketplace*; COMP/40.703, *Amazon Buy Box*.

57 Kommission – COMP/ 40.716, *Apple-App Store Practices*, mit eigenen Verfahren bezüglich E-Books und Hörbüchern: COMP/ 40.625, sowie Musik-Streaming: COMP/40.437; zudem anhängig: COMP/40.452, *Apple – Mobile payments*.

58 Kommission – COMP/40.684, *Facebook leveraging*.

59 S. umfassend *Schweitzer/Gutmann*, e-Competitions (Fn. 52), S. 4 – 7.

60 BKartA, Beschl. v. 6.2.2019 – B-22/16 – *Facebook*.

61 Bestätigend BGH, Beschl. v. 23.6.2020 – KVR 69/19 – *Facebook*, s. hierzu *Schweitzer*, JZ 2022, 16.

62 *Larouche/de Streel* (Fn. 37), 546.

Die überlange Dauer des *Google-Shopping*-Verfahrens⁶³ ist unter anderem auf fehlgeschlagene Verhandlungen von Verpflichtungszusagen zurückzuführen.

Im Durchschnitt dauerten die weiteren Kommissions-Verfahren im Digitalbereich von der Einleitung bis zur Entscheidung 2 Jahre und 8 Monate. Die Fälle vor den nationalen Wettbewerbsbehörden haben im Schnitt 1,5 Jahre gedauert, im Falle von Verpflichtungszusagen sogar weniger als ein Jahr. Vor diesem Hintergrund geht das Argument der überlangen Verfahrensdauer fehl.⁶⁴

e) Erfassung digitaler Ökosysteme

Die Praxis zeigt, dass es also durchaus möglich ist, bestimmte Verhaltensweisen auch unter den bestehenden Regelungen zu ahnden. Der Bedarf für eine branchenspezifische Regulierung begründet sich vielmehr in der Handhabung von digitalen Ökosystemen und vertikaler Integration. Die Ex-post-Kontrolle erfasst immer einzelfallabhängig und isoliert gewisse Geschäftshandlungen und nicht das übergeordnete Geschäftsmodell der Digitalunternehmen, die danach streben, systematisch ihre Marktmacht immer weiter auszubauen und ihr Ökosystem zu vergrößern. Die *Google*-Verfahren zeigen, dass die Abhilfemaßnahmen nicht das zugrundeliegende systemische Problem beseitigen, und die Unternehmen sehr schnell und flexibel auf andere wettbewerbsschädigende Geschäftspraktiken umsteigen.⁶⁵ Da es bei den Unternehmen selbst liegt, Abhilfemaßnahmen anzubieten, und diese damit einen Informationsvorsprung haben, können sie Strategiewechsel auch frühzeitig planen.⁶⁶

Es zeigt sich, dass das europäische Wettbewerbsrecht bisher nur unzureichend eine Begrenzung digitaler Marktmacht bewirken kann, und der DMA-E dazu einen wichtigen Beitrag leisten kann.

63 Kommission, E. v. 27.6.2007 – COMP/39.740, *Google Search (Shopping)*, das Verfahren hat 6,5 Jahre gedauert.

64 Schweitzer/Gutmann, e-Competitions (Fn. 52), S. 11.

65 Schweitzer/Gutmann, e-Competitions (Fn. 52), S. 3 u.12.

66 Kübling/Weck (Fn. 38), 499.

2. Regelungstechnik

Im Gegensatz zu der aus der Missbrauchsaufsicht bekannten einzelfallbezogenen Ex-post-Betrachtung, stellt der DMA-E für designierte Gatekeeper „one size fits all“-Verhaltensregeln auf.⁶⁷

a) Zweistufige Regulierung

Der strikt formale Regulierungsansatz des DMA-E ist zweistufig. Zunächst werden gewisse Plattformunternehmen als „Gatekeeper“ eingestuft, welchen wiederum in einem nächsten Schritt Verhaltenspflichten auferlegt werden.

b) Gatekeeper-Stellung

Betreiber:innen eines zentralen Plattformdienstes (Art. 2 Abs. 2 DMA-E) haben eine Gatekeeper-Stellung, wenn der Dienst eine erhebliche Bedeutung im Binnenmarkt hat und er eine gefestigte und dauerhafte Position innehat, oder diese in naher Zukunft erreichen wird (Art. 3 Abs. 1 DMA-E). Art. 3 Abs. 2 DMA-E konkretisiert dies durch eine Angabe von Schwellenwerten. Eine solche Gatekeeper-Stellung werden nur wenige Unternehmen in der EU einnehmen; Google, Amazon, Facebook und Apple fallen mit großer Sicherheit darunter.

c) Verhaltenspflichten

Für Gatekeeper gelten sodann in einem zweiten Schritt die abstrakt-generellen Verbote der Art. 5 und 6 DMA-E unmittelbar, es bedarf also keiner vorausgegangenen Behördenentscheidung.

Die Vorschriften des Art. 5 DMA-E sind als Per-se-Verbote ausgestaltet und verbieten unter anderem

- die Datenzusammenführung ohne vorherige Zustimmung (lit. a),
- Meistbegünstigungsklauseln (lit. b),

⁶⁷ Schweitzer (Fn. 45), 534; Eifert/Metzger/Schweitzer/Wagner (Fn. 17), 1003.

- Ausschließlichkeitsbindungen (lit. c),
- Kopplungsgeschäfte (lit. f).

Auch die Pflichten des Art. 6 DMA-E sind unmittelbar anwendbar. Soweit eine Einhaltung nicht bereits durch einseitige Maßnahmen des Gatekeepers sichergestellt ist, sind diese im Regulierungsdiallog (Art. 7 Abs. 2 DMA-E)⁶⁸ mit der Kommission einzelfallabhängig zu präzisieren. Art. 6 regelt DMA-E unter anderem:

- Datenverwendung im Wettbewerb mit Kunden (lit. a),
- Softwareflexibilität (lit. b u. c),
- Selbstbevorzugung (lit. d),
- Erschweren von Multi-Homing (lit. e),
- Datenportabilität (lit. h) sowie Datenzugang (lit. i).

d) Fehlende Rechtfertigungsmöglichkeit

Der DMA-E sieht nur sehr eingeschränkt Rechtfertigungsmöglichkeiten vor. Nach Art. 8 DMA-E können Gatekeeper die Aussetzung aus ökonomischen Gründen beantragen, und für einzelne Regelungen des Art. 5 und 6 DMA-E sind gewisse tatbestandsimmanente Ausnahmen möglich (s. Art. 6 Abs. 1 lit. b u. lit. c, S. 2 DMA-E). In Art. 7 Abs. 2 DMA-E ist ein Regulierungsdiallog mit der Kommission vorgesehen. Ansonsten verzichtet der DMA-E darauf, Verhaltensweisen von Gatekeepern auf ihre konkrete Schädlichkeit hin zu überprüfen.

Das wird von der Literatur teilweise stark kritisiert. Da nicht ausgeschlossen sei, dass von Art. 5 und 6 DMA-E auch unschädliche Verhaltensweisen erfasst würden,⁶⁹ ruft dies aufgrund der Schwere der Grundrechtseingriffe in die wirtschaftlichen Freiheiten der Unternehmen Bedenken hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit hervor.⁷⁰

Da der DMA-E aber gerade eine schnellere und striktere Intervention gegenüber Gatekeepern anstrebt, ist dies auch kohärent. Insbesondere die Erhebung von Effizienz-Einreden durch die Unternehmen, und die folgenden zeitintensiven ökonomischen Analysen verlangsamten die Rechtsdurchsetzung immens (s. oben III.1.b.).

68 S. auch EwGr. 29 DMA-E.

69 Zimmer/Göhl (Fn. 37), 53; Schweitzer (Fn. 45), 535; s. auch Kühling/Weck (Fn. 38), 510.

70 Lamadrid/Fernández (Fn. 37), 586; Zimmer/Göhl (Fn. 37), 53.

3. Verhältnis zu nationalen Bestrebungen

Die Sperrklausel des Art. 1 Abs. 5 DMA-E bestimmt, dass nationale Gesetzgeber Gatekeepern keine weitergehenden Pflichten auferlegen dürfen. Art. 1 Abs. 6 DMA-E enthält eine Öffnungsklausel für nationale kartellrechtliche Regelungen.

Ob der kürzlich in Deutschland in Kraft getretene § 19a GWB,⁷¹ welcher eine sektorspezifische Regulierung bestimmter digitaler Plattformunternehmen eingeführt hat, durch Inkrafttreten des DMA auf EU-Ebene verdrängt wird, oder als kartellrechtliche Regelung unter die Öffnungsklausel fällt, ist offen.⁷² Aus unionsrechtlicher Sicht ist jedenfalls nicht auf die Bezeichnung als Kartellrecht, sondern den Inhalt von § 19a GWB abzustellen, da ansonsten die Sperrklausel des Art. 1 Abs. 5 DMA-E umgangen werden könnte.

IV. DSA-E

Der DSA-E will einen Transparenz- und Rechenschaftsrahmen für Online-Plattformen einführen, um einen besseren Schutz von Verbrauchern sowie ihrer Grundrechte im Internet zu gewährleisten.

1. Bisherige Rechtslage

a) EU

Der Aufstieg von Plattformen wie Facebook oder YouTube wurde erst durch deren Haftungsprivilegierungen für nutzergenerierten Inhalt ermög-

⁷¹ 10. GWB-Novelle, BGBl. 2021, I S. 2.

⁷² Zimmer/Göhl (Fn. 37), 58 f., wonach § 19a GWB „wohl weiterhin anwendbar“ bleibt; für eine Weitergeltung des § 19a GWB s. auch: Lamadrid/Fernández (Fn. 37), 580; Haus/Weusthof, WuW 2021, 318 (324); Jovanovic/Greiner, MMR 2021, 678 (679); für eine Sperrwirkung des DMA: Gielen/Upes, EuZW 2021, 627 (631); Paal/Kumkar, NJW 2021, 809, (815); Schweitzer (Fn. 45), 518.

licht. Diese wurden 1996 in den USA im Communication Decency Act⁷³ und in Europa 2000 in der E-Commerce-Richtlinie⁷⁴ verankert.⁷⁵

Plattformunternehmen für Rechtsverletzungen durch nutzergenerierte Inhalte verantwortlich zu machen, ist durchaus schwierig, da Rechtsverletzungen eben nicht von den Plattformunternehmen selbst ausgehen. Diese bieten lediglich die Kommunikationsfläche (s. oben I.2.b.). Demgegenüber ist die Philosophie der Unternehmensgründer von einem erschreckenden Desinteresse an schädlichen Effekten und Rechtsverletzungen auf ihren Kommunikationsplattformen geprägt.⁷⁶ Das Motto des Facebook-Gründers Mark Zuckerberg ist bekanntermaßen „Move fast and break things“.⁷⁷

b) Nationale Bestrebungen

Mitgliedstaatliche Gesetzgeber haben auf die Zunahme von Hate Speech und Desinformation reagiert. Im Fokus der gesetzgeberischen Aktivitäten stehen prozedurale Vorgaben zum Umgang mit Nutzerbeschwerden. In Österreich trat 2020 das Kommunikationsplattformen-Gesetz (Kopl-G)⁷⁸ in Kraft.⁷⁹ Das französische „Loi Avia“ wurde noch vor Inkrafttreten aufgrund von zu kurzen Bearbeitungsfristen für verfassungswidrig erklärt.⁸⁰ In Deutschland wurde 2017 das Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG)⁸¹ erlassen, welches eine Diskussion über überschießende Löschaktivitäten

73 S. hierzu Klonick (Fn. 3), 1608.

74 Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 8.6.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABl. 2000 Nr. L 178/1.

75 Wagner, GRUR 2020, 329 (333); Kühling, ZUM 2021, 461 (462); Eifert/Metzger/Schweitzer/Wagner (Fn. 17), 992.

76 Taplin, Move fast and break things, 2017, zur „don't ask permission“-Philosophie des Google-Gründers Larry Page, S. 97 – 102.

77 S. bspw. Taneja, „The Era of ‘Move fast and break things’ is over“, v. 22.1.2019 <https://hbr.org/2019/01/the-era-of-move-fast-and-break-things-is-over> (letzter Aufruf am 13.4.2022).

78 ÖBGBl. 2020 I Nr. 151, S. 1.

79 S. hierzu Fischer/Kettemann/Rachinger, ÖJZ 2020, 125.

80 Conseil Constitutionnel, Urt. v. 18.6.2020 – 2020-801 DC.

81 BGBl. 2017 I, S. 3352.

der Plattformbetreiber:innen (sog. „Overblocking“), die in Konflikt mit der Meinungsfreiheit der Nutzer:innen geraten, befeuert hat.⁸²

Inhaltlich erfasst das NetzDG nur strafbare Inhalte (§ 1 Abs. 3). Desinformation ist bis auf wenige Ausnahmen (bspw. § 130 Abs. 3 StGB) strafrechtlich nicht erfasst.⁸³ Das bedeutet, dass die Verantwortung für den Umgang von Desinformation weiterhin bei den privaten Plattformbetreiber:innen liegt.

c) *Regelsetzung durch Plattformen*

In Nutzungsbedingungen, AGB und „Gemeinschaftsstandards“ legen soziale Netzwerke fest, welche Art von Inhalten toleriert werden, und setzen Standards für ihre Lösch- und Sperraktivitäten.⁸⁴ Zivilrechtlich gesehen üben sie damit ihr (virtuelles) Hausrecht (in Deutschland §§ 862, 1004 BGB) aus.⁸⁵ Dadurch werden sie zu privaten Regelsetzern für demokratierelevante Kommunikationsprozesse.⁸⁶

2. *Regelungstechnik*

Der DSA-E will nun einen einheitlichen Transparenz- und Rechenschaftsrahmen für Online-Plattformen in der EU aufstellen. Adressaten des DSA-E sind nach Art. 1 Abs. 3 DSA-E Vermittlungsdienste, die für Nutzer:innen mit Wohnsitz oder Niederlassung in der Union Dienste erbringen.

a) *Fortgeltung der Haftungsprivilegierung*

Der DSA-E hält an der Haftungsprivilegierung aus der E-Commerce-Richtlinie fest, deren Regelungen in Art. 3 – 5 DSA-E überführt werden, ohne dass es zu inhaltlichen Änderungen kommt (Art. 71 DSA-E). Auch die

⁸² S. etwa Guggenberger, ZRP 2017, 98.

⁸³ S. hierzu auch Dengä (Fn. 32), 573.

⁸⁴ Zu Löschungen und Sperrungen auf sozialen Netzwerken s. Raue, JZ 2018, 961; Friebe NJW 2020, 1697.

⁸⁵ Schweitzer (Fn. 3), 5.

⁸⁶ Kettemann/Schulz/Fertmann (Fn. 3), 139; s. auch Klonick (Fn. 3), 1589.

Rechtsprechung des EuGH soll weiterhin beachtet werden, wie der DSA-E betont.⁸⁷

b) Illegaler Inhalt

Inhaltlich knüpft der DSA-E an den Begriff des „illegalen Inhalts“ an. Nach Art. 2 lit. g DSA-E sind dies „alle Informationen, die in irgendeiner Weise gegen das Unionsrecht oder das Recht eines Mitgliedstaates verstoßen.“ Die Haftungsprivilegierung gilt für jegliche illegale Inhalte, es wird nicht zwischen Urheberrechts- oder Persönlichkeitsrechtsverletzungen oder strafrechtlichen Verstößen unterschieden.⁸⁸

Der DSA-E geht damit weiter als das deutsche NetzDG, welches nur auf strafbare Inhalte anwendbar ist. Auch er verzichtet aber auf eine gezielte Ansprache von Desinformation und belässt es bei der ohnehin bestehenden Selbstregulierung durch die Vermittlungsdienste.⁸⁹ Eine Definition besonders schädlicher Inhalte wäre wünschenswert gewesen, um diese bei Löschaktivitäten zu priorisieren.⁹⁰ Demgegenüber ist die rechtliche Definition von Desinformation freilich eine diffizile Aufgabe.⁹¹

c) Abgestufte Verantwortlichkeit

Der Pflichtenkatalog des DSA-E sieht eine gestufte Verantwortlichkeit für verschiedene Vermittlungsdienste vor.⁹² Während für Infrastrukturanbieter lediglich rudimentäre Pflichten gelten, erweitern sich diese schrittweise. Für sehr große Online-Plattformen mit 45 Mio. Nutzer:innenn in der EU (Art. 25 DSA-E) macht der DSA-E die strengsten Vorgaben.

87 EwGr. 16 und 19 DSA-E.

88 Eifert/Metzger/Schweitzer/Wagner (Fn. 17), 1005.

89 Kühling, ZUM 2021, 461 (470); Gielen/Uphues, EuZW 2021, 627 (634).

90 Eifert/Metzger/Schweitzer/Wagner (Fn. 17), 1000.

91 Ó Fathaigh/Helberger/Appelman, The perils of legally defining disinformation, 2021, S. 15, <https://ssrn.com/abstract=3964513> (letzter Aufruf am 13.4.2022).

92 S. mit dem Hinweis auf Abgrenzungsschwierigkeiten: Kettemann/Schulz/Fertmann (Fn. 3), 139.

d) *Melde- und Abhilfeverfahren*

Im Fokus des DSA-E stehen – ähnlich zum deutschen NetzDG oder dem österreichischen Kopl-G – Verfahrensvorgaben zum Umgang mit Nutzerbeschwerden.⁹³

Jeder Hosting Anbieter muss ein benutzerfreundliches System zur Meldung von rechtswidrigen Inhalten anbieten (Art. 14 DSA-E). Über die Gründe für Löschungen und Sperrungen müssen Betroffene informiert werden (Art. 15 DSA-E). Online-Plattformen müssen weder nachgelagert noch ein internes Beschwerdemanagement einrichten (Art. 17 DSA-E) und niedrigschwelliges außergerichtliches Streitbeilegungsverfahren ermöglichen (Art. 18 DSA-E). Sehr große Online-Plattformen werden darüber hinaus verpflichtet, einmal jährlich alle wesentlichen Systemrisiken aus dem Betrieb und der Nutzung ihrer Dienste zu ermitteln, analysieren und bewerten (Art. 26 DSA-E). Zu diesem Zwecke müssen sie zudem nach Art. 31 DSA-E Daten an Wissenschaftler:innen oder den „Digital Services Coordinator“ zur Verfügung stellen.⁹⁴

e) *Moderation von nutzergeneriertem Inhalt und Bindung an die GRC*

Neben den umfangreichen prozessualen Vorschriften macht lediglich Art. 12 Abs. 2 DSA-E materielle Vorgaben für die Content-Moderation. Demnach müssen Dienstanbieter *„sorgfältig, objektiv und verhältnismäßig vor [geben] und [...] dabei die Rechte und berechtigten Interessen aller Beteiligten sowie die geltenden Grundrechte der Nutzer, die in der Charta verankert sind [...]“* berücksichtigen.

Dies wirft die schwierige Frage der Bindung Privater an die GRC auf. Inwiefern Unionsgrundrechte eine Horizontalwirkung entfalten, ist noch nicht abschließend geklärt.⁹⁵ Nach Art. 51 Abs. 1 GRC sind nur die Union selbst sowie die Mitgliedstaaten bei Durchführung des Unionsrechts an die

⁹³ *Gielen/Uphues*, EuZW 2021, 627 (636).

⁹⁴ S. hierzu *Leerssen*, in: Richter/Straub/Tuchtfeld (Hrsg.), *To Break Up or Regulate Big Tech*, 2021, S. 55, <https://ssrn.com/abstract=3932809> (letzter Aufruf am 13.4.2022).

⁹⁵ S. etwa *Kingreen*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 6. Aufl., 2022, Art. 51 GRC Rn. 24 – 27.

GRC gebunden. Private sind vom Wortlaut des Art. 51 Abs. 1 GRC nicht erfasst, jedoch auch nicht ausdrücklich ausgeschlossen.⁹⁶

Der EuGH hat etwa für Art. 21 GRC⁹⁷ und Art. 31 Abs. 2 GRC⁹⁸ eine Horizontalwirkung angenommen, in der Rs. *Google Spain* auch für Art. 7 und 8 GRC.⁹⁹ Diese Rechtsprechung könnte auch auf die Konstellation des Art. 12 Abs. 2 DSA-E übertragen werden. Die Pflicht des Suchmaschinenbetreibers Google bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, die Interessen der betroffenen Person aus Art. 7 und 8 GRC mit dem Interesse der Öffentlichkeit an der Zugänglichkeit zu einer Information abzuwägen, ähnelt der in Art. 12 Abs. 2 DSA-E vorgesehenen Verpflichtung zur Moderation von nutzergeneriertem Inhalt. Zudem betrifft die Rs. *Google Spain* mit Art. 7 und 8 GRC gleichermaßen medien- und marktrelevante Garantien der GRC, wie es bei Art. 11 GRC und dem DSA-E der Fall ist.

Dass der Unionsgesetzgeber Gewährleistungen des Primärrechts sekundärrechtlich konkretisieren darf, ergibt sich aus Art. 3 Abs. 1 u. Abs. 6 EUV und ist in der Praxis durchaus üblich.¹⁰⁰

Die Unionsgrundrechte gehören zu den Werten der Union, deren Verwirklichung ein Ziel der Union ist (Art. 3 Abs. 1 u. 6 EUV). Die Ziele der Union binden den Gesetzgeber (Art. 13 Abs. 1 u. Abs. 2 EUV), welcher nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet ist, ihnen Geltung zu verschaffen. Dabei ist es unvermeidlich, den Inhalt von Grundrechten und Werten zu konkretisieren und fortzubilden. Jüngst hat der EuGH dies zur Rechtsstaatlichkeit in seiner Entscheidung zur Konditionalitätsverordnung (EU, Euratom) 2020/2092 bestätigt.¹⁰¹

96 EuGH, Urt. v. 17.4.2018 – C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 Rn. 76 – *Egenberger*; Urt. v. 6.11.2018 – C-569/16 u. C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871 Rn. 87 – *Bauer*.

97 EuGH, Urt. v. 17.4.2018 – C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 Rn. 76 – *Egenberger*; Urt. v. 22.1.2019 – C-193/17, ECLI:EU:C:2019:43 Rn. 76 – *Cresco Investigation*.

98 EuGH, Urt. v. 6.11.2018 – C-569/16 u. C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871 Rn. 87 – *Bauer*.

99 EuGH, Urt. v. 13.4.2014 – C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317 Rn. 81 – *Google Spain*.

100 S. nur RL 2004/38/EG, welche Art. 21 AEUV konkretisiert; a. A. *Denga* (Fn. 32), 584.

101 EuGH, Urt. v. 16.2.2022, ECLI:EU:C:2022:97 Rn. 231 – 237 – *Ungarn/Parlament und Rat*; s. zum Ganzen *Schroeder*, in: Rosas/Raitio/Pohjankoski (Hrsg.), *The Rule of Law's Anatomy in the EU*, 2022, *im Erscheinen* (Hart Publishing).

3. Verhältnis zu nationalen Bestrebungen

Im DSA-E ist, anders als im DMA-E (s. oben III.3.), keine Öffnungsklausel für nationale Rechtsvorschriften vorgesehen. Demnach würden Teile des NetzDG mit Inkrafttreten des DSA auf EU-Ebene verdrängt.¹⁰²

V. Plattformregulierung und Gemeinwohlförderung durch freien Wettbewerb

Die Regulierungsbestrebungen der EU sind zu begrüßen. Sie sind aber nicht fehlerlos. Vor dem Hintergrund der Komplexität und der Neuartigkeit der Materien ist dies nicht überraschend.

Der DMA-E schafft neben dem Wettbewerbsrecht ein gänzlich neues Regulierungsregime. Demgegenüber muss sich der DSA-E in ein bestehendes, komplexes Regelungssystem einfügen. Die mehrpoligen Grundrechtsverhältnisse in der digitalen Kommunikationssphäre machen die Rechtsetzung nicht einfacher.

Die Verantwortung für die Moderation von nutzergeneriertem Inhalt, und damit auch für Meinungsfreiheit und Meinungpluralismus, obliegt privaten Wirtschaftsakteuren. Nach der Vorstellung der Kommission sollen die Anbieter von Vermittlungsdiensten *„für ein sicheres Online-Umfeld [...] sorgen, das es den Bürgerinnen und Bürgern der Union und anderen Betroffenen ermöglicht, ihre Grundrechte, insbesondere ihr Recht auf Meinungs- und Informationsfreiheit, frei auszuüben.“*¹⁰³

Dies mag mit Blick auf die hohe Demokratierelevanz zunächst befremdlich wirken, ist jedoch richtig. Es wäre schon ökonomisch gar nicht möglich, die inhaltliche Prüfung jeglicher Aktivitäten auf sozialen Netzwerken in Staatshand zu geben.¹⁰⁴ Der DSA-E setzt mit seinen Verfahrens- und Transparenzvorschriften sowie der Bindung von Online-Plattformen an Grundrechte und Werte der Union einen notwendigen Startpunkt für die Regulierung der Content-Moderation.

Ein wert- und grundrechtsbasierter Ansatz für die Plattformregulierung ist zu begrüßen. Es ist aber eine Illusion zu glauben, dass BigTech-Unternehmen Gemeinwohlaspekte über ihre eigenen wirtschaftlichen Interessen

102 Schleif/Kettemann, Komplementär oder konkurrierend: NetzDG und DSA, 9.8.21, <https://leibniz-hbi.de/de/blog/komplementaer-oder-konkurrierend-netzdg-und-dsa> (letzter Aufruf am 13.4.2022).

103 Begründung DSA-E, S. 7.

104 Denga (Fn. 32), 577 u. 581.

stellen werden. Private Wirtschaftsakteure streben natürlicherweise nach Gewinn und Marktkonzentration.¹⁰⁵

Daher sollten zusätzlich wirtschaftliche Anreize gesetzt werden, Plattformen zu einem ausgewogenen Moderationsverhalten zu bewegen. Moderationspolitik kann, sowohl bei überschießenden Löschaktivitäten, als auch bei einer zu liberalen Handhabung zur Abwanderung von Nutzer:innen führen.¹⁰⁶ Bestehen Ausweichoptionen zwischen Plattformangeboten, können Nutzer:innen ihr bevorzugtes Regelungsregime wählen, was zu einem Wettbewerb um die vorbildlichste Moderationspolitik führen würde.

Ein solcher „market for rules“¹⁰⁷ setzt aber einen freien Wettbewerb in der Plattformindustrie voraus, da ohne Alternativenanbieter die Disziplinierungsfunktion der Nachfrage nicht greifen kann.¹⁰⁸

An dieser Stelle setzt der DMA-E an. Erreicht er sein Ziel, die verfestigten Marktkonzentrationen aufzuweichen und neue Markteintritte zu ermöglichen, kann dies gemeinwohlfördernde Effekte haben.

Den Beitrag des DMA-E zum Gemeinwohl hat auch Wettbewerbskommissarin Vestager beim Abschluss der Trilog-Verhandlungen betont: [...] *there is also democracy in this proposal, because a fair market place is part of the democracy.*¹⁰⁹

105 „*Monopolists lie to protect themselves*“, Thiel, „Competition Is for Losers“, *The Wall Street Journal* v. 12.9.2014, <https://www.wsj.com/articles/peter-thiel-competition-is-for-losers-1410535536> (letzter Aufruf am 13.4.2022); s. auch Khan/Pozen (Fn. 23), 497.

106 Denga (Fn. 31), 574.

107 Pozen, *Anarchy, State and the Internet*, 1995 J. ONLINE L Rn. 42.

108 Schweitzer (Fn. 3), 8.

109 Kommission, *Speech/22/2042* v. 25.3.2022.

