Der Kommissionsentwurf eines Digital Services Act – Regelungsinhalte, Regelungsansatz, Leerstellen und Konfliktpotential

Johannes Buchheim

I. Einführung: Europäische Antwort auf systemische Risiken digitaler Vermittlungsdienste

Die in diesem Sammelband erörterten Herausforderungen, vor die digitale Technologien und Dienste, insbesondere digitale Äußerungsplattformen, demokratische Öffentlichkeiten stellen, sind nicht ohne regulatorische Antwort geblieben. Dabei scheint sich in den letzten Jahren ein Konsens gebildet zu haben, dass der eher deregulative Ansatz der frühen Digital-Ära[1] bestimmte Gefahren digitaler Vermittlungsdienste strukturell nicht erfassen kann.[2] So sind etwa die jedermann verfügbare Möglichkeit, mit gänzlich ungefilterten und unedierten Äußerungen ein Millionenpublikum zu erreichen,[3] oder die Tendenzen zu einer fortwährenden Individualisierung und Spezifizierung von Medienerlebnissen und Informationsangeboten[4] Phänomene, die gerade durch digitale Plattformen und deren Geschäftsmodell begründet werden. Diese spezifischen Gefahren liegen nicht in einzelnen Äußerungen und Inhalten begründet, sondern ergeben

1 S. etwa Art. 12 bis 15 Richtlinie 2000/31/EG (e-Commerce-Richtlinie) oder U.S. Code, Titel 47, Section 230 (eingeführt durch den Communications Decency Act 1996); zur deregulativen Tendenz der „Gründerjahre" Eifert, NJW 2017, S. 1450 (1450); für einen Überblick Wagner, GRUR 2020, S. 329.

2 Ebenso Wagner, GRUR 2020, S. 329 (333): „Die Schlüsselstellung der Plattformen hat indessen dazu geführt, dass sie zunehmend Objekte staatlicher Regulierungsanstrengungen wurden."; s. näher Spindler, Funktion und Verantwortung von Plattformen als Informationsintermediären, in diesem Band, S. 67 (68 ff.); Schiff, Informationsintermediäre, 2021.

3 Zu diesem Problem Bimber/Zuniga, new media & society 22 (2020), S. 700.

4 S. etwa Ritzi, Politische Öffentlichkeit zwischen Vielfalt und Fragmentierung, in: Hofmann u.a. (Hrsg.), Politik in der digitalen Gesellschaft, 2019, S. 61 (73 m.w.N.); differenziert Thiel, Der digitale Strukturwandel von Öffentlichkeit, in diesem Band, S. 33 (44 f.); Kelber/Leopold, Personalisierung durch Profiling, Scoring, Microtargeting und mögliche Folgen für die Demokratie, in diesem Band, S. 141 (155 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748932741-249 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sich aus deren aggregierten Wirkungen und der Art der Inhaltsverbreitung durch Plattformdienste. Dementsprechend braucht es regulatorische Antworten, die nicht nur individuell bei einzelnen Inhalten, sondern systemisch bei den Diensteanbietern ansetzen, die eben diese neuen Möglichkeiten schaffen.[5] Nach ersten mitgliedstaatlichen Versuchen in diese Richtung, etwa in Gestalt des deutschen Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG), hat nun die europäische Kommission in Umsetzung ihrer Digitalstrategie[6] durch die Entwürfe eines Digital Services Act[7] (DSA-E) und eines Digital Markets Act[8] wieder das Regulierungs-Zepter übernommen. Während der im Weiteren nicht beleuchtete DMA-E die wettbewerbsrechtliche Frage betrifft, wie größere Plattformen ihre erhebliche *wirtschaftliche Marktmacht* einsetzen dürfen, widmet sich der hier gegenständliche DSA-E dem *Schutz eher ideeller Interessen* demokratischer Öffentlichkeiten, die durch die Tätigkeit digitaler Vermittlungsdienste berührt sein können.[9]

II. Grobüberblick

Vor diesem Hintergrund regelt zunächst Kapitel II des Entwurfs (Art. 3 bis 9) die Haftung der Anbieter digitaler Vermittlungsdienste für rechtswidrige Inhalte, die Nutzerinnen mithilfe dieser Dienste generieren, übermitteln oder speichern. Das Haftungsmodell der e-Commerce-Richtlinie wird hier weitgehend unverändert fortgeführt.[10]

---

5 So etwa der Regierungsfraktionsentwurf des NetzDG, BTDrucks 18/12356, S. 2: „Verantwortung, der sie gerecht werden müssen"; ähnlich Eifert, NJW 2017, S. 1450 (1451); s. auch Djeffal, Soziale Medien und Kuratierung von Inhalten, in diesem Band, S. 169 (178 ff.).

6 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen - Eine europäische Datenstrategie, 19.2.2020, COM/2020/66 final.

7 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, 15.12.2020, COM(2020) 825 final.

8 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte), 15.12.2020, COM(2020) 842 final.

9 S. etwa EG 53 („ordnungspolitische Bedenken"); Belange in EG 56 f.; Vorschlag (Fn. 8), S. 2 f., 14; einen Fokus des DSA-E auf nicht-wirtschaftlichen Interessen sehen auch Busch/Mak, EuCML 2021, S. 109 (109).

10 So auch die Bewertung bei Härting/Adamek, CR 2021, S. 165 (165); Berberich/Seip, GRUR-Prax 2021, S. 4 (4 f.); ausführlicher Spindler, GRUR 2021, S. 545 (548 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748932741-249 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kapitel III des Entwurfs (Art. 10 bis 37) normiert demgegenüber neue allgemeine Pflichten digitaler Vermittlungsdienste, insbesondere von ihnen einzurichtende Verfahren und Transparenzpflichten. Dabei differenziert der Entwurf zwischen verschiedenen Dienstearten. Abschnitt 1 (Art. 10 bis 13) schafft neue Pflichten für alle Anbieter von Vermittlungsdiensten, insbesondere zur AGB-mäßigen Regelung der Inhaltsmoderation (Art. 12), zu jährlichen Berichten über die Moderationspraxis (Art. 13) und zur Benennung von Kontaktstellen bzw. Vertretern innerhalb der EU.

Abschnitt 2 (Art. 14 f.) normiert besondere Pflichten von Hosting-Anbietern. Kernstück dieser Vorgaben ist die verpflichtende Schaffung eines der Allgemeinheit offenstehenden, nutzerfreundlichen Meldesystems für Nutzerinhalte, an denen Anstoß genommen wird. Die auf eine Meldung hin getroffenen Entscheidungen der Anbieter sind zu begründen und der Öffentlichkeit anonymisiert zugänglich zu machen (Art. 15).

Abschnitt 3 (Art. 16 bis 24) regelt zusätzliche, darauf aufbauende Verpflichtungen mittlerer und großer Online*plattformen*, also solcher Hosting-Anbieter, die die bei ihnen gespeicherte Inhalte *öffentlich sichtbar* machen. Hervorzuheben ist insoweit die Pflicht zur Schaffung benutzerfreundlicher Beschwerdesysteme, die eine leicht verfügbare Einspruchsmöglichkeit gegen von Plattformen vorgenommene Sperrungen oder Löschungen individueller Nutzerinhalte schaffen (Art. 17).

Abschnitt 4 (Art. 25 bis 33) widmet sich den darüber noch hinausgehenden Pflichten „sehr großer Online-Plattformen" (*very large online platforms*; VLOP) mit mehr als 45 Millionen regelmäßigen Nutzerinnen in der EU. Diese sollen fortan mit Blick auf ihren systemischen Einfluss auf Öffentlichkeit, Informationsangebot und politische Systeme in den Mitgliedstaaten die von ihnen ausgehenden Systemrisiken regelmäßig evaluieren (Art. 26), geeignete Gegenmaßnahmen beschließen (Art. 27) und darüber Rechenschaft abgeben (Art. 33). Abschnitt 5 des Kapitels (Art. 34 bis 37) betrifft schließlich neue Instrumente der Selbstregulierung wie Verhaltenskodizes.

Kapitel IV des DSA-E (Art. 38 bis 70) widmet sich dem auf diese Vorgaben bezogenen behördlichen Aufsichts- und Durchsetzungsregime. Abschnitt 1 (Art. 38 bis 46) sieht die Schaffung mit Unabhängigkeit ausgestatteter Digitale-Dienste-Koordinatoren (Art. 39) in den einzelnen Mitgliedstaaten vor. Diese sollen mittels umfassender Befugnisse (Art. 41) die Befolgung der Vorgaben des DSA überwachen und sich untereinander abstimmen (Art. 45). Abschnitt 2 (Art. 47 bis 49) schafft nach dem Vorbild der DS-GVO ein Europäisches Gremium für Digitale Dienste zur formalisierten Koordination der DSA-bezogenen behördlichen Aufsichtstätigkeit. Abschnitt 3 (Art. 50 bis 66) regelt besondere Befugnisse und Strukturen im

https://doi.org/10.5771/9783748932741-249 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bereich der Aufsicht über VLOP, wobei hier der Kommission eigene Untersuchungs- und Entscheidungsbefugnisse (Art. 51 ff.) zugewiesen werden. Abschnitte 4 und 5 (Art. 67 bis 70) betreffen schließlich die Einrichtung eines wirksamen Informationssystems zwischen den Aufsichtsbehörden durch die Kommission und ermächtigt diese zu bestimmten nach dem DSA-E zu erlassenden delegierten Rechtsakten (u.a. zur Methode der Ermittlung der regelmäßigen Nutzerzahl bestimmter Dienste).

III. Kernpunkte und Regulierungsansatz des Entwurfs

1. Fortschreibung bestehender Haftungsprivilegierungen

Kapitel I des DSA-E übernimmt die geltenden Haftungsprivilegierungen digitaler Intermediäre aus Art. 13 bis 15 e-Commerce-Richtlinie und hebt sie in den Rang unmittelbar anwendbaren europäischen Rechts (Art. 288 II AEUV). Die mitgliedstaatlichen Regelungen in Umsetzung dieser Privilegierungen, wie sie aktuell unter Geltung der e-Commerce-Richtlinie bestehen, sollen so vereinheitlicht werden.[11] Allerdings handelt es sich trotz der Rechtsform der Verordnung nicht um eine echte Harmonisierung des Haftungsrechts für digitale Dienste. Denn der DSA-E enthält weiterhin nur Privilegierungstatbestände, setzt also eine Haftung positiv begründende mitgliedstaatliche Normen voraus. Soweit diese fehlen, unterschiedlich zugeschnitten sind, oder bewusst Lücken lassen und eigene Steuerungsziele verfolgen, ändert der DSA-E daher nichts an der unionsweiten Vielgestaltigkeit. Haftungstatbestände und Haftungsfolgen für digitale Inhalte bleiben damit Sache mitgliedstaatlicher Gestaltung. Diese zurückhaltende Harmonisierung ist unter theoretischem Aspekt zu begrüßen. Sie beachtet, dass Maßstäbe und Grenzen für Online-Inhalte und Äußerungen – und damit auch das Haftungsrecht –[12] wegen ihrer besonderen Nähe zum politischen Prozess und ihrer Prägungskraft für die demokratische Öffentlichkeit durch die Mitgliedstaaten bestimmt werden sollten.[13] Denn dort finden demokratische Öffentlichkeit und politische Prozesse nach wie vor

11 Zur Harmonisierungsabsicht s. EG 2, 4, 6; näher Grünwald/Nüßing, MMR 2021, 283, 286 f.

12 Ausführlich zu Rechtsgestaltung und Steuerung durch Haftungsrecht Wagner, AcP 206 (2006), S. 352 (451 ff.).

13 Zu den Problemen einer Entkopplung der Inhaltsmoderation von den politischen Prozessen und Öffentlichkeiten s. Abiri, Brigham Young Univ. L. Rev. 47 (2022), S. 757 (insb. 797 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748932741-249 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hauptsächlich statt. Die Vollharmonisierung weiter Teile des Datenschutzrechts durch die DS-GVO[14] ist gerade auch deshalb kritisch zu sehen. Sie zieht umfassende und unionsweit einheitliche materielle Grenzen für das Handeln in der Informationsgesellschaft und bestimmt damit maßgeblich unser Kommunikationshandeln. Diese Uniformität des datenschutzrechtlichen Persönlichkeitsschutzes passt nicht zur Vielgestaltigkeit der politischen und äußerungsverfassungsrechtlichen Kulturen der Mitgliedstaaten.

Die Zurückhaltung bei der Harmonisierung des Haftungsregimes für einzelne Online-Inhalte passt auch zum eingangs skizzierten Ziel des DSA-E. Dieser soll die spezifischen Gefahren für demokratische Öffentlichkeiten angehen, die von digitalen Vermittlungsdiensten ausgehen können. Diese besonderen Herausforderungen spielen nicht auf Ebene einzelner Inhalte, sondern ergeben sich aus deren Aggregierung und den neuen Vervielfältigungs- und (Missbrauchs-)Möglichkeiten, die Vermittlungsdienste eröffnen. Es ist daher konsequent, dass der DSA-E bei den Pflichten, die an die spezifische Tätigkeit der Vermittlungsdienste und deren besondere Gefahren anknüpfen, durchaus zum Mittel der Vollharmonisierung greift und neue Verfahren, Instrumente und Durchsetzungsmittel unmittelbar unionsrechtlich festlegt.[15]

Auch die Konturen der im DSA-E vorgesehenen Haftungsprivilegierungen gleichen denen der e-Commerce-Richtlinie weitestgehend. Art. 3 bis 5 stellen Anbieter von Durchleitungsdiensten, „Caching"-Diensten und Hosting-Dienste – letztere bis zum Zeitpunkt der Kenntnis der Rechtswidrigkeit – von einer Haftung frei. Art. 7 schließt in Fortschreibung des Art. 15 e-Commerce-Richtlinie allgemeine Überwachungspflichten und Verpflichtungen zu aktiven Nachforschungsbemühungen aus. Gleichzeitig stellt der Entwurf klar, dass diese Privilegierungen hoheitlichen Anordnungen, bestimmte Zuwiderhandlungen abzustellen, nicht entgegenstehen (Art. 3 III, 4 II, 5 V). Die bestehenden Unsicherheiten, wie weit Löschungs- und Nachforschungspflichten im Gefolge hoheitlicher Einzelfallanordnungen

14 Zu den vielen nicht vollharmonisierten Bereichen s. etwa Kühling/Martini, EuZW 2016, S. 448 (449 f.): „Handlungsformenhybrid" zwischen Richtlinie und Verordnung.

15 Zur diesbezüglichen Harmonisierungsabsicht des DSA-E s. EG 34; eine weitgehende Sperrwirkung für mitgliedstaatliche Plattformregulierungen sehen etwa Grünwald/Nüßing, MMR 2021, S. 283 (287); so auch die Befürchtung des Bundesrats mit Blick auf das NetzDG, s. BRDrucks 96/1/21, S. 9 f.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-249 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

reichen dürfen,[16] überlässt der Entwurf der Klärung durch Dogmatik und Praxis.

Neu sind allerdings die Anforderungen des DSA-E bei hoheitlichen Einzelfallanordnungen (Art. 8 f.).[17] Dies betrifft Anordnungen, gegen bestimmte Inhalte vorzugehen, und die oftmals vorgelagerten Anordnungen, Auskunft über bestimmte Dienstenutzerinnen und deren Nutzungsverhalten zu geben. Der Entwurf setzt – wie auch im Übrigen –[18] auf formelle und verfahrensmäßige Vorgaben, um Konflikte um die Auskunft über Nutzerdaten und die Sperrung von Nutzerinhalten zu strukturieren und lösbar zu machen. Anbieter verpflichtet er, der anordnenden Stelle unverzüglich über die Maßnahmen zur Umsetzung der Anordnung zu berichten. Dadurch dürfte die Vorschrift die Aufsicht über die Umsetzung von Anordnungen erheblich erleichtern. Sowohl unzureichenden Maßnahmen zur Entfernung illegaler Inhalte als auch überschießenden Schritten – zu Unrecht für verpflichtend gehaltenen generellen Überwachungsanstrengungen – kann so besser begegnet werden.[19] Die anordnenden Stellen unterliegen ihrerseits einer umfassenden Informationspflicht über den Grund der Löschungsanordnung bzw. die Notwendigkeit einer Auskunft, ebenso wie über Beschwerdeverfahren und Rechtsbehelfe, die dem Diensteanbieter und betroffenen Nutzerinnen gegen die Anordnung zustehen.

2. *Verfahrensmäßige Abbildung mehrpoliger Konflikte um Nutzerinhalte*

Mit der Einbeziehung der betroffenen Nutzerinnen beweist der Entwurf Gespür für die Mehrpoligkeit dieser Konfliktlagen. Er greift die notwendige Mitbetroffenheit der Nutzerinnen, um deren Inhalte oder persönliche Daten es geht, verfahrensmäßig auf und macht sie sichtbar. Der Konflikt zwischen Online-Vermittlungsdiensten und Personen, die durch Online-Inhalte in ihren Rechten beeinträchtigt werden, betrifft immer auch die Interessen der Sprecherinnen, deren Inhalte geteilt werden. Eben diese Einbeziehung der jeweiligen Sprecherin hatte in der Google Spain-Ent-

16 S. dazu die Diskussion um EuGH v. 3.10.2019, C-18/18, Glawischnig-Piesczek v. Facebook Ireland; ausführlich L. Danwitz, Michigan Technology L. Rev. 27 (2020), S. 167.

17 Diese hervorhebend etwa auch Spindler, GRUR 2021, S. 545 (550).

18 S. unten III.2.-4.

19 Zu dieser in beide Richtungen gehenden Absicht s. EG 29.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-249 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

scheidung des EuGH[20] und in der ursprünglichen Version des NetzDG[21] noch gefehlt. Die Versuche des BVerfG, hier in den Entscheidungen zum Recht auf Vergessen gegenzusteuern,[22] scheinen also auf europäischer Ebene Gehör gefunden zu haben.

Die verfahrensmäßige Einbeziehung aller von einer Entscheidung über Löschung, Sperrung oder Auskunft betroffenen Interessenträger zeigt sich nicht nur hier, sondern zieht sich durch den gesamten Entwurf. Nach Art. 14 V sind Personen, die Inhalte melden, unverzüglich in begründeter Form über die Entscheidung des Diensteanbieters zu informieren. Spiegelbildlich sind nach Art. 15 die betroffenen Nutzerinnen über jede Entfernung von ihnen bereitgestellter Inhalte formalisiert und in begründeter Form zu unterrichten. Daran anknüpfend trifft größere Online-Plattformen die weitere Pflicht, den von einer Löschung betroffenen Nutzerinnen ein Beschwerdeverfahren zu eröffnen (Art. 17). Führt dieses Verfahren zu dem Ergebnis, dass die vorgenommene Sperrung unberechtigt war, ist sie rückgängig zu machen (Art. 17 III). In jedem Fall sind die betroffenen Nutzerinnen über die Beschwerdeentscheidung und deren Gründe zu informieren (Art. 17 IV).[23] Hierbei sind sie auf die Bedingungen und Möglichkeiten hinzuweisen, um gegen die Entscheidung eine neutrale Streitschlichtungsstelle (Art. 18) oder staatliche Stellen anzurufen.

Hier zeigt sich der Ansatz des DSA-E, den mehrpoligen Konflikt um einzelne Nutzerinhalte verfahrensmäßig abzubilden, zu formalisieren und in einem gestuften Verfahren unter Beteiligung der interessierten Öffentlichkeit und der Betroffenen aufzulösen. Aus der Unzahl gepostete On-

---

20 EuGH v. 13.5.2014, C-131/12, Rn. 96 ff.; kritisch zur Nichtberücksichtigung der Interessen der Sprecherinnen Masing, Verfassungsblog v. 14.8.2014, https://verfassungsblog.de/ribverfg-masing-vorlaeufige-einschaetzung-der-google-entscheidung-des-eugh/, These 3; diese Auslassung des EuGH durch die fehlende Grundrechtsberechtigung des Sprechers im Fall Google Spain (behördliche Versteigerungsanzeige) erklärend BVerfGE 152, 216 – Recht auf Vergessen II, Rn. 141.

21 Zu dieser Kritik s. etwa Schiff, MMR 2018, S. 366 (368).

22 BVerfGE 152, 216, Rn. 121, 135; hieran anschließend, aber nicht ganz so weitgehend (keine vorherige Anhörung bei Löschung einzelner Beiträge) nunmehr auch BGH v. 29.7.2021, III ZR 179/20, Rn. 85 ff.; zu den Verfahrensanforderungen s. auch BVerfGE 148, 267 – Stadionverbot, Rn. 46 f.; kritisch zu verfahrensmäßigen Ableitungen aus Art. 3 Abs. 1 GG Buchheim, Rechtfertigungszentrierte Grundrechtslehren, in: Müller/Dittrich (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Band VI, 2022, S. 3 (35 ff.).

23 Nicht genannt ist eine Pflicht, die meldende Person über die Wiederherstellung zu unterrichten. Auch hier zeigt sich, dass der DSA-E seinen Fokus nicht auf die Interessen der Meldenden, sondern der Allgemeinheit und der Sprecherinnen legt, s. näher unten IV.2.c.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-249 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

line-Inhalte werden zunächst durch Hinweisgeber (Art. 14) und „vertrauenswürdige Hinweisgeber“ (Art. 19) – also durch Teile der Öffentlichkeit – diejenigen Inhalte identifiziert, die einer Prüfung durch den Diensteanbieter zuzuführen sind. Die Anforderungen an entsprechende Hinweise werden formalisiert,[24] um eine sinnvolle und qualifizierte Prüfung zu ermöglichen (Art. 14 II). Die dadurch verpflichtend ausgelöste Prüfung durch die Diensteanbieter (Art. 14 VI) darf vollautomatisiert – und dementsprechend standardisiert – ablaufen. Bereits dieser Umstand zeigt, dass es dem Meldemechanismus um eine erste Filterung zu tun ist. Diese lenkt die Moderationstätigkeit der Diensteanbieter in gewisse Bahnen und beschafft die für eine mindestrationale Moderationspraxis benötigten Informationen. Das Meldesystem muss aber nicht schon im ersten Schritt Ergebnisrichtigkeit in allen Einzelfällen herstellen. Das zeigt sich auch daran, dass die Hinweisgeberinnen zwar zu bescheiden sind, eine Pflicht zur Entfernung für rechtswidrig erkannter Inhalte aber – anders als die spiegelbildliche Pflicht zur Wiederherstellung rechts- und vertragsmäßiger Inhalte – nicht normiert ist.[25] Es geht hier also nicht um individuelle Rechtsdurchsetzung und Einzelfallgerechtigkeit, sondern um die Möglichkeit der interessierten Öffentlichkeit, auf die politisch relevante und prägende Moderationspraxis digitaler Dienste durch Meldungen formalisiert Einfluss zu nehmen.[26]

Die formalisierte Benachrichtigung über Entscheidungen der Hosting-Anbieter versetzt die von einer Sperrung Betroffenen wiederum in die Lage, ein Überprüfungsverfahren anzustrengen. Dieses zielt entschiedener auf Richtigkeit und Sicherung der Kommunikationsfreiheiten im Einzelfall. Es sieht Ergebnispflichten vor (Wiederherstellung recht- und vertragsmäßiger Nutzerinhalte) und erfordert eine auch-händische Bearbeitung (Art. 17 V). Diese mündet wiederum in eine Entscheidung mit formalisierter und differenzierter Begründung, die auf weitere Angriffsmöglichkeiten – vor Schlichtungsstellen und Gerichten – verweisen muss. In diesen Verfahrensschritten ist dann rechtlich geschultes Personal mit einer Klärung der aufgeworfenen Fragen befasst, um die noch verbliebenen Streitfragen zu klären. Im Extremfall löst ein anstößiger Online-Inhalt damit vier hintereinander geschaltete formalisierte, teils private, teils staatliche Überprüfungsverfahren aus (Verfahren auf Hinweis, Beschwerdeverfahren, Schlichtungsverfahren, gerichtlicher Rechtschutz). Mit diesen Verfahren korrespondieren jeweils Vorprüfungen der Verfahrensbeteiligten, ob sie ihre je-

24 Ebenso Spindler, GRUR 2021, S. 545 (552); s. dazu auch EG 41 f.
25 Ebenso BRDrucks 96/1/21, S. 9 f.; Grünwald/Nüßing, MMR 2021, S. 283 (285).
26 s. dazu näher unten IV.2.c.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-249 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

weiligen Initiativbefugnisse wahrnehmen wollen. Ein solcher Aufwand lässt sich selbstverständlich nicht in jedem Einzelfall treiben, sondern baut darauf, dass die meisten Fälle schon auf einer der vorangehenden Verfahrensstufen erledigt werden. Die Vorschriften zur Sperrungsmöglichkeit bei einem Missbrauch, also bei einer exzessiven erfolglosen Inanspruchnahme der Initiativbefugnisse im Melde- oder Beschwerdesystem (Art. 21), zeigen die Erwartung des Entwurfs, die Probleme schrittweise abzuschichten.

3. Gestaltung des digitalen Raums qua Verfahren

Der Entwurf ist damit ein Paradefall einer typischen rechtlichen Strategie: Eine schwierige normative Frage – wer in welcher Weise und nach welchen Maßstäben über die Entfernung der zahllosen Inhalte auf Online-Plattformen und damit auch über Inhalt, Gestalt und Ton der öffentlichen Debatte entscheiden soll – wird in einer Vielzahl gestufter Verfahren einer Klärung zugeführt, ohne die inhaltlichen Maßstäbe der Konfliktlösung wirklich vorzugegeben. Dieser Ansatz einer bewusst verfahrensmäßigen Gestaltung[27] ist der auf das materielle Recht fixierten deutschen Rechtskultur – wie sie etwa auch im Verwaltungsrecht[28] oder im Anspruchssystem des BGB[29] zu beobachten ist – [30] eher fremd. Das Unionsrecht bleibt hier seiner verfahrensrechtlichen Tendenz[31] treu. Das zeigt sich nicht zuletzt am Kontrast zum Pflichtenprogramm des NetzDG. Anders als das NetzDG schreibt der Entwurf für rechtswidrige Inhalte keine materiellen Löschungspflichten fest, die innerhalb fester Fristen zu erfüllen sind. Andererseits ist der Entwurf verfahrensrechtlich anspruchsvoller als das NetzDG, das in seiner ersten Fassung den Schutz der Sprecherinnen vernachlässigte[32] und trotz entsprechender Forderungen[33] bis heute keine Veröffentlichung von Einzelentscheidungen (vgl. Art. 15 V DSA-E) vorsieht. Der verfahrensrechtliche Ansatz des Entwurfs zieht sich bis in das Aufsichtsver-

27 Diesen betont mit Blick auf das NetzDG auch Eifert, NJW 2017, S. 1450 (1452).
28 S. etwa § 46 VwVfG, § 214 ff. BauGB; zur ausufernden Literatur um den Verfahrensgedanken im Verwaltungsrecht statt aller Ziekow, NuR 2014, S. 229 (230 m.w.N.).
29 Windscheid, Die Actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts, 1856, S. 1 ff.
30 Zur Kritik mit Blick auf das Prozessrecht siehe Buchheim, Actio, Anspruch, subjektives Recht, 2017.
31 Ziekow, NuR 2014, S. 229 (230 m.w.N.).
32 Zur Kritik Schiff, MMR 2018, S. 366 (368).
33 Zu dieser Forderung Eifert, NJW 2017, S. 1450 (1452 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748932741-249 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

fahren, das Einzelnen nur das Recht auf Beschwerde bei den Aufsichtsbehörden, nicht aber ein Recht auf Bescheidung oder gar rechtmäßige Bescheidung vermittelt (Art. 43).[34]

Der DSA-E garantiert also hauptsächlich Verfahren und Formen, nicht Ergebnisse. Der Entwurf setzt darauf, dass Öffentlichkeit, Durchlaufen und Ausgestaltung der Verfahren, Begründungspflichten und Beteiligungsmöglichkeiten global betrachtet dazu führen werden, dass das Inhalteangebot auf Online-Plattformen einem regulatorisch angestrebten Zustand entspricht und sich bestimmte Risiken – wie die exponentielle Verbreitung rechtswidriger Inhalte – nicht im Übermaß verwirklichen. Damit ist der DSA-E zum einen konsequent systemisch ausgerichtet und zum andern erfrischend agnostisch hinsichtlich des gewünschten Gesamtbilds der Kommunikation auf Online-Plattformen. Er gibt inhaltlich kaum etwas vor, sondern schafft neue Formen und Verfahren für den komplexen, viele Akteure und Interessen einschließenden Aushandlungsprozess darüber, wie öffentliche Kommunikation aussehen soll, was gehen soll, was nicht, was wir uns voneinander gefallen lassen wollen und was nicht, und warum. Dieser kollektive Aushandlungsprozess wird durch den DSA-E eingerahmt und konturiert. Die faktisch wirksam werdenden Maßstäbe für Online-Inhalte werden so weiterhin in großem Umfang durch private Intermediäre, die „New Governors" des digitalen Raums,[35] gestaltet. Der vorausliegende Prozess läuft dann jedoch nicht mehr nach den intransparenten und kaum angreifbaren internen Vorgaben der Diensteanbieter, sondern entlang einer rechtlich vorgesehenen Struktur, mit verbrieften Initiativ- und Einflussmöglichkeiten der Öffentlichkeit und der Betroffenen, gerichtlichen Letztkonkretisierungsmöglichkeiten und umfassender Transparenz (u.a. Art. 10 bis 13, 15 V, 23, 24, 33, 34). Die Inhaltsmoderationspraxis der Diensteanbieter wird in einer Weise sichtbar, nachvollziehbar und kritisierbar, die sowohl individuelle Einflussnahme der Interessierten und Betroffenen als auch politisches Gegensteuern und Eingreifen ermöglicht. Das verschafft dem daraus resultierenden Gesamtbild der Online-Inhalte ein Maß an demokratischer Legitimation und Rückkoppelung, das eine inhaltsfixierte absolute Bestimmung rechtlicher Grenzen durch materielle Vorgaben an die Moderationspraxis nicht erreichen könnte.[36] Äußerungs-

34 S. dazu unten III.5.

35 Klonick, Harvard L. Rev. 131 (2018), S. 1598; zur Unaufhebbarkeit der Entscheidungsmacht privater Intermediäre Eifert, NJW 2017, S. 1450 (1451).

36 Ausführlich zu einem ähnlichen, nicht auf das Ergebnis, sondern auf das Verfahren der Mitwirkung an kollektiven Entscheidungen blickenden Argument Post, Michigan L. Rev. 95 (1996), S. 1517 (1522 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748932741-249 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rechtliche Grenzen und das Gesamtbild öffentlicher Kommunikation müssen in konkreten Verfahren immer neu bestimmt und ausgestaltet werden. Sie sind nicht einfach da, werden „gefunden" und festgestellt.[37]

4. Selbstregulierung sehr großer Plattformen unter dem Auge der Öffentlichkeit

Ähnlich agnostisch ist der DSA-E hinsichtlich der systemischen Risiken, die von VLOP ausgehen, und der gebotenen Instrumente, um sie einzudämmen. Art. 26 ff. deuten nur vage an, dass die VLOP und ihr mächtiger Einfluss auf die digitale Öffentlichkeit gewisse systemische Risiken bergen. Das sind namentlich die Risiken der ungezügelten Verbreitung illegaler Inhalte (Art. 26 I a), einer Beeinträchtigung der Grundrechtswahrnehmung (Art. 26 I b) und „vorsätzlicher Manipulationen" mit nachteiligen Folgen für die öffentliche Gesundheit, Minderjährige, die öffentliche Debatte und die öffentliche Sicherheit (Art. 26 I c). Dieser breite Strauß der in der aktuellen Diskussion mit VLOP in Verbindung gebrachten Systemrisiken wird in den Erwägungsgründen (56 f.) nicht wesentlich konkretisiert. Genau welche Funktionen der VLOP auf genau welche Weise diese Risiken verursachen, wird der Phantasie und Assoziation der Leserinnen und Anwenderinnen überlassen. Nicht anders verhält es sich mit den „sorgfältig" auf die ermittelten Risiken abzustimmenden Risikominderungsmaßnahmen (Art. 27). Dass zu solchen Maßnahmen eine „Anpassung der Funktionsweise der Moderation von Inhalten" oder eine Umgestaltung algorithmischer Empfehlungssysteme gehören kann (Art. 27 I a), ist ebenso wenig überraschend wie weiterführend. Das klärt in etwa so viel wie das Gebot „höflich zu sein", ohne die Gebote der Höflichkeit zu erläutern. Noch am spezifischsten sind hier die Vorgaben zur nachvollziehbaren und von Nutzerinnen beeinflussbaren Gestaltung von Empfehlungssystemen (Art. 29) und zur umfassenden Transparenz von Online Werbung (Art. 30). Allerdings bleibt auch hier das Meiste den VLOP überlassen und ist zudem unklar, wie genau diese Fragen mit den systemischen Risiken des Art. 26 DSA-E in Verbindung stehen.

Der Regelungsfokus liegt daher auch in diesem Abschnitt nicht auf den inhaltlichen Andeutungen des Entwurfs, sondern in den vorgesehenen Formen und Verfahren. Die Pflicht zu regelmäßigen Risikobewertungen

37 Daher auch das Gebot zur kontextspezifischen Abwägung im Äußerungsverfassungsrecht, s. zuletzt die Kompilation in BVerfG (K) v. 19.5.2020, 1 BvR 1094/19, Rn. 15-28.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-249 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und entsprechenden Berichten zielt darauf, das nötige Wissen um Risiken und deren Remedien zu generieren und Öffentlichkeit und politischem Prozess aussagekräftige Erfahrungen aus der Praxis der Plattformregulierung verfügbar zu machen. Ebenso verhält es sich mit der Pflicht, in „sorgfältiger" Weise auf die Ergebnisse der eigenen Risikobewertung zu reagieren. Auch hier scheint es darum zu gehen, über verpflichtende Selbstregulierungsexperimente der Anbieter einen Wissens- und Erfahrungsschatz für eine möglicherweise später einmal stattfindende harte inhaltliche Regulierung der Tätigkeit der VLOP zu schaffen. Die Vorschriften zu den VLOP begründen insoweit im Wesentlichen neue Formate, um das Gespräch und die Debatte um die Risiken großer Plattformen überhaupt sinnvoll führen zu können. Indem hier ein kontinuierlicher Output an Berichten über Risiken und Reaktionsmaßnahmen angestoßen wird, dieser Prozess vor den Augen der Öffentlichkeit stattfindet und einem Nachvollzug durch unabhängige Stellen ausgesetzt ist (Auditpflicht, Art. 28; wissenschaftliche Datenzugriffsrechte, Art. 31 II, IV), sollen die VLOP in Richtung einer bewussteren und vorsichtigeren Gestaltung der Möglichkeiten und Funktionen ihrer Dienste gelenkt werden.[38] Der DSA-E setzt darauf, dass bereits die gestärkte öffentliche Rechenschaft und Sichtbarkeit der Plattformpraxis als solche – etwa mit Blick auf Empfehlungssysteme und Werbeanzeigen, Art. 29 f. – ein Gegengewicht innerhalb der bei der Fortentwicklung der Dienste wirkenden primär wirtschaftlichen Logiken bilden können.[39] Auch hier zeigt sich also ein verfahrensrechtlicher Grundansatz, der hauptsächlich auf Transparenz und Kritisierbarkeit baut. Ob dieser Zugriff auf längere Sicht ausreichend ist, um den gesellschaftlichen Herausforderungen aufgrund der VLOP Herr zu werden, lässt sich noch nicht absehen. Möglicherweise wird man nicht umhinkommen, irgendwann auch inhaltlich Farbe zu bekennen, genau welchen Risiken des Geschäftsmodells durch genau welche Maßnahmen begegnet werden sollte. Der Moment für solche inhaltlichen – notwendig politisch umstrittenen und heiklen – Regulierungen dürfte aber noch nicht gekommen sein. Das Phänomen der Plattformen ist eher jung und das Wissen über Risiken und Nebenwirkungen noch zu andeutungshaft und vage.

38 S. EG 56.

39 Zu dieser Hoffnung mit Blick auf das NetzDG Eifert, NJW 2017, S. 1450 (1452).

https://doi.org/10.5771/9783748932741-249 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

5. Durchsetzungsregime – nicht bereit für subjektive Rechte

Eine gewisse Vorsicht und Zurückhaltung des Entwurfs ist auch auf Ebene des Durchsetzungsregimes zu erkennen. Dieses ist – anders als das *private* und *public enforcement* verbindende Mischmodell der DS-GVO – stark behördlich und objektivrechtlich geprägt.[40] Die Einrichtung der Verfahren und die jeweils gebotenen Mitteilungen, Transparenzmaßnahmen und Begründungen sind als öffentlich-rechtliche, behördlich durchzusetzende Pflichten, nicht als private Rechte formuliert. Ein eigener Abschnitt mit unmittelbar privatrechtswirksamen, zivilgerichtlich durchsetzbaren (Art. 79 DS-GVO) Betroffenenrechten wie in den Art. 12 ff. DS-GVO fehlt. Das rechtliche Verhältnis zwischen Plattform und Nutzerinnen wird damit weiterhin primär vertraglich gestaltet. Auch das Deliktsrechtsverhältnis zu Dritten wird nur negativ durch unmittelbar wirkende Haftungsprivilegierungen bestimmt.[41] Die Pflicht zu einer transparenten Gestaltung der Moderationspraxis durch allgemeine Geschäftsbedingungen (Art. 12) dürfte allerdings dazu führen, dass die neuen öffentlichrechtlichen Pflichten im Rahmen der Inhaltsmoderation als gesetzliche Leitbilder auf die private Gestaltung und gerichtliche Kontrolle der Community Standards einwirken.[42] Das Vertragsrecht dürfte damit – trotz des primär öffentlichrechtlichen Regelungszugriffs – mittelbar zu einem Hauptfaktor der Implementierung des DSA werden. Anderes gilt für die VLOP-spezifischen Pflichten zur systemischen Risikovorsorge, für die eine mittelbare vertragsrechtliche Durchsetzung eher fernliegend erscheint. In Hinblick auf diese und die meisten übrigen Pflichten des DSA-E bleibt damit die behördliche Rechtsdurchsetzung nach Kapitel IV der Regelfall. Diese ist – erneut anders als in der DS-GVO (Art. 77 f. DS-GVO) – allerdings nicht (zumindest ausschnittsweise)[43] subjektivrechtlich zugeordnet. Einzelne haben zwar die Möglichkeit, ein behördliches Tätigwerden durch Beschwerden anzustoßen (Art. 43). Eine gerichtliche Kontrolle behördlicher Entscheidungen über solche Beschwerden oder eine Untätigkeitsklage sind jedoch nicht vorgesehen. Das spricht dafür, dass die Pflichten des DSA und die darauf bezogenen Aufsichtsbefugnisse nach der Konzeption des Entwurfs nicht

40 Mit ähnlichem Ergebnis Spindler, GRUR 2021, S. 653 (u.a. 654, 657, 659, 661); ebenso die Kritik des Bundesrats BRDrucks 96/1/21, S. 16.

41 S. dazu oben III.1.

42 Ebenso Spindler, GRUR 2021, S. 545 (553).

43 Zur wenig beachteten Frage der Reichweite der subjektiv-öffentlichen Rechte aus der DS-GVO s. Will, ZD 2020, S. 97; VG Ansbach v. 8.8.2019, AN 14 K 19.00272; OVG Rheinland-Pfalz v. 26.10.2020, 10 A 10613/20, Rn. 41-47.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-249 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

drittschützend sind, also keine subjektiven Rechte von Bürgerinnen begründen, die ein behördliches Einschreiten begehren. Es erscheint allerdings nicht ausgeschlossen, dass die deutsche Praxis in Anwendung der Schutznormlehre hier teils zu anderen Ergebnissen gelangen wird.[44] Eine solche Subjektivierung wäre allerdings nicht unionsrechtlich vorgezeichnet. Diese Zurückhaltung gegenüber einer Subjektivierung des neuen Regulierungs- und Aufsichtsregimes passt zum vorsichtigen Gesamtansatz des DSA-E. Wer noch nicht genau weiß, wohin die Reise geht und wie eine Plattformregulierung bestmöglich zu bewerkstelligen ist, sollte mit einer subjektivrechtlichen Zuordnung vorsichtig sein. Diese brächte notwendig die Beharrungskräfte und Interessen unzähliger Berechtigter ins Spiel bringt. Denn jede Subjektivierung normativer Vorgaben entzieht deren konkretisierende Anwendung ein Stückweit dem steuernden Einfluss der mit der Umsetzung befassten Behörden und überantwortet sie der dezentralen, unkoordinierten und kaum vorhersehbaren gerichtlichen Ausdeutung und Fortentwicklung.[45]

IV. Leerstellen und Konfliktpotential

Versteht man den DSA-E in der hier geschilderten Weise als zurückhaltenden, ersten Rahmungsversuch, erschließt sich, dass der Entwurf für die meisten Fragen der Plattformregulierung gar keine inhaltlichen Antworten und Orientierungen bereitzuhalten beansprucht. Dementsprechend lassen sich in fast allen Hinsichten Leerstellen ausmachen: Wie genau stellt sich der Entwurf das Vorgehen der Netzwerke gegen Hate Speech, Social Bots oder lose koordinierte Nutzeraktionen vor? Wie verhalten sich die umfassenden Offenlegungs- und Meldepflichten (u.a. an Sicherheitsbehörden, Art. 21) zu den Vorgaben und Grenzen des europäischen Datenschutzrechts?[46] All dies sind Fragen, für die der Entwurf fast nur verfah-

44 Zur Möglichkeit eines Auseinanderfallens unionsrechtlich gebotener und mitgliedstaatlicher Subjektivierung des Aufsichtsregimes s. Will, ZD 2020, S. 97 (98 ff.).

45 Zu diesem Zusammenhang Buchheim, Actio (Fn. 30), S. 97 f.; ders./Möllers, § 46: Gerichtliche Verwaltungskontrolle als Steuerungsinstrument, in: Voßkuhle u.a. (Hrsg.), GVerwR, 3. Aufl. 2022, Rn. 144 f.; 156 f., 159.

46 Härting/Adamek, CR 2021, S. 165 (170 f.); zu den Auswirkungen datenschutzrechtlicher Vorgaben auf die Regulierung von Äußerungsplattformen s. Buchheim, JZ 76 (2021), S. 539.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-249 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rensrechtliche Rahmungen vorgibt. Einige besonders drängende Leerstellen und Fragen sollen hier dennoch beleuchtet werden:

1. Unterentwickelte Ansätze der Eindämmung von Fake News

Auffällig ist zunächst, dass der DSA-E die verbreitete Sprach- und Konzeptlosigkeit bezüglich des Problems einer exponentiellen Verbreitung von Fake News über Online-Plattformen weitgehend fortführt. Schon das NetzDG ist insoweit nur eine Scheinantwort, weil es die Verbreitung von Desinformation als ein Hauptproblem der sozialen Netzwerke benennt,[47] regulatorisch aber nur das kleine Feld bestimmter strafrechtlich relevanter, zumeist auf bestimmte Personen bezogener Falschbehauptungen erfasst.[48] Desinformation über kollektivrelevante Sachverhalte – z.B. über angeblichen Wahlbetrug in großem Umfang – kann man so nicht in den Griff bekommen. Denn sie lässt sich in der Regel nicht als individualbezogene Unwahrheit rekonstruieren, sodass nur wenige Konstellationen überhaupt in den Bereich des Strafrechts und damit des NetzDG gelangen. Der DSA-E ist hier zwar weiter gefasst, indem er jede Form der Inhaltsmoderation durch Diensteanbieter erfasst und Desinformation bzw. „Manipulation" als eines der von den VLOP anzugehenden Systemrisiken benennt. Hinsichtlich der Kernfragen, was als „Manipulation" zu gelten hat und wie die Macht der Plattformen zur Definition des in Tatsachenfragen „Richtigen" und „Vertrauenswürdigen" eingehegt werden soll, schweigt sich der Entwurf aber aus. Diese Leerstelle ist problematischer als die sonstige inhaltliche Abstinenz des Entwurfs, weil es in Tatsachenfragen keine Rückbindung an mitgliedstaatliche Rechtmäßigkeitsmaßstäbe oder vertragliche Regelungen in den Community Standards gibt. Es gibt in einer liberalen Ordnung keinen Bestand gesicherten, autoritativ markierten Tatsachenwissens, auf den man zurückgreifen könnte.[49] Interne Verfahren der Diensteanbieter, Schlichtungsverfahren und staatlicher Rechtschutz gegen Löschungen haben damit keine gesicherte Referenz, um über die Löschung oder Nichtlöschung gemeldeter Inhalte mit Blick auf deren Wahrheitsgehalt zu entscheiden. Die Definition dessen, was anhand welcher Quellen in welchen Verfahren als „Manipulation" zu gelten hat, bleibt damit gänz-

47 BTDrucks 18/12356, S. 1.

48 Zu diesem Problem näher Buchheim, Der Staat 59 (2020), S. 159 (161 f.; 166 f.).

49 Hierzu und zu den dennoch bestehenden Möglichkeiten eines bereichsspezifischen Schutzes der Tatsachenrichtigkeit Buchheim, Der Staat 59 (2020), S. 159 (167-170).

https://doi.org/10.5771/9783748932741-249 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lich in der Hand der Diensteanbieter – mit der damit verbundenen immensen Macht. Diese Macht einfach so hinzunehmen steht quer zu dem ansonsten konsequenten Ansatz des Entwurfs, den prägenden Einfluss der Plattformen auf die digitale Öffentlichkeit durch geeignete Verfahren und Transparenzanforderungen demokratisch und politisch rückzubinden.[50]

2. *Verhältnis zu mitgliedstaatlicher Plattformregulierung*

a) Kompetenzgerechte Beschränkung auf Verfahrensgestaltung

Auch wenn man den zurückhaltenden Ansatz des DSA-E in Hinblick auf die Einhegung von Fake News oder auch allgemein für unzureichend halten mag, ist insgesamt zu begrüßen, dass sich der Kommissionsentwurf einer harten inhaltlichen Steuerung des Content Management der Online-Plattformen enthält. Es gilt insoweit, was oben zum Haftungsrecht ausgeführt wurde.[51] Die Tätigkeit der Plattformen, insbesondere der VLOP, weist zwar einen starken Binnenmarktbezug auf und berührt die politischen und sozialen Gegebenheiten in der gesamten Union. Fragen der Plattformregulierung sind jedoch zu stark bezogen auf die höchst verschiedenen politischen Prozesse, Kulturen und Öffentlichkeiten der Mitgliedstaaten, um sie zum jetzigen Zeitpunkt inhaltlich zu harmonisieren. Demgegenüber erscheint es schlüssig, unter Wahrung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen den allgemeinen verfahrensmäßigen Rahmen der Plattformregulierung – insbesondere die von den Anbietern bereitzustellenden internen Verfahren – unionsweit einheitlich zu gestalten. Denn es sind gerade die Unübersichtlichkeit vielfältiger mitgliedstaatlicher Verfahrensvorgaben und die Unterschiede in den seitens der Dienste dafür aufzuwendenden Ressourcen, die die Binnenmarktrelevanz solcher Regelungen – und damit auch die Kompetenz der Union – begründen.[52] Gleichzeitig beeinträchtigt ein gemeinsamer verfahrensrechtlicher Rahmen für die Moderation und Selbstregulierung der Plattforminhalte nicht die Fähigkeit der Mitgliedstaaten, inhaltliche Regeln ihres öffentlichen Kommunikationsraums und Grenzen zulässiger Inhalte weithin selbst zu verhandeln und zu gestalten. Die regulatorische Zurückhaltung des DSA-E hat also auch einen kompetenzrechtlichen Hintergrund.

---

50 Zu diesem – vom NetzDG verschiedenen – Fokus des DSA-E unten IV.2.c.
51 Oben III.1.
52 S. EG 2, 4 und 6.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-249 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Einheitlicher europäischer Verfahrensrahmen der Plattformregulierung

Die hiermit betretene Kompetenzebene führt zur Frage, wie sich der DSA-E zu den bereits vorhandenen mitgliedstaatlichen Versuchen im Bereich der Plattformregulierung verhält.[53] Das betrifft besonders das in vielen Punkten vorbildgebende NetzDG. Die Frage wird im DSA-E und in den begleitenden Materialien nur mittelbar angesprochen.[54] Es ist damit zu rechnen, dass jedenfalls auf deutscher Seite ein erhebliches Interesse bestehen wird, zumindest in Teilen am NetzDG als international sichtbarem und innovativem Stück Digitalregulierung festzuhalten.[55]

Auf Seiten der regulierten Dienste ist davon auszugehen, dass sie großes Interesse an einem einheitlichen unionsweiten Verfahrensrahmen für die Inhaltsmoderation haben. Ein Nebeneinander der nach dem NetzDG vorgesehenen Verfahren (Beschwerde, § 3 NetzDG, und Gegenvorstellung, § 3a NetzDG, Schlichtung, § 3b NetzDG) und des gleichfalls differenzierten Regimes des DSA-E dürfte von den Plattformen schon allein wegen des damit verbundenen mehrfachen Verwaltungs- und Vorhalteaufwands kritisch gesehen werden. Ein solches Nebeneinander dürfte aber auch der Intention des DSA-E zuwiderlaufen. Denn der Kommissionsentwurf setzt erkennbar auf Einheitlichkeit. Er erklärt sein Regime für jede Löschung oder Sperrung für anwendbar und differenziert nicht nach Art der Verfahrensinitiierung (auf Meldung oder ohne Meldung) oder Löschungsgründen (Rechtswidrigkeit/Vertragswidrigkeit). Diese Tendenz zu einheitlichen Verfahren der Inhaltsmoderation ist nicht nur eine Frage des Ressourcenaufwands, sondern erschließt sich auch mit Blick auf die bisherigen Erfahrungen bei der Plattformregulierung. Diese deuten darauf, dass staatliche Interventionen wie das NetzDG nicht nur unmittelbar dadurch wirken, dass sie für eine Verletzung staatlicher Rechtsnormen effektive Verfahren und Abhilfemöglichkeiten schaffen. Sogar vornehmlich wirken sie dadurch, dass sie eine Umgestaltung und verschärfte Durchsetzung der

53 Zu dieser Frage s. auch Grünwald/Nüßing, MMR 2021, S. 283 (286 f.), BRDrucks. 96/1/21, S. 4 f., 9 f., 11: „Anspruch der Vollharmonisierung (, die) keinen nationalen Spielraum zulässt".

54 Ebenso Grünwald/Nüßing, MMR 2021, S. 283 (286); der Kommissionsvorschlag nennt allerdings die verschiedenen mitgliedstaatlichen Regulierungen als Grund für die Heranziehung der Binnenmarktkompetenz, s. Vorschlag (Fn. 8), S. 6 f. sowie EG 2, 4, 6.

55 So etwa die Stellungnahme des Bundesrats BRDrucks 96/1/21, S. 9 f., 11; näher zu Entwicklung und Hintergründen des NetzDG Peukert, Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz, in diesem Band, S. 221 (221 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748932741-249 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

eigenen Community Standards der Plattformen anstoßen.[56] Das macht es sinnvoll, auch die Rahmenbedingungen vertragsrechtlicher Durchsetzungsmaßnahmen schärfer zu zeichnen, wie es zuletzt der BGH getan hat.[57] Ohne solche Vorgaben auch für die privatautonom gestaltete und motivierte Inhaltsmoderation wäre eine Löschung oder Sperrung unter Verweis auf das Vertragsrecht ein einfacher Ausweg aus dem regulatorischen Rahmen und damit die Moderationspraxis der Netzwerke wieder ihnen allein überlassen. Im Ergebnis zeigt sich hier also eine Tendenz zur Verfahrenskonvergenz. Früher oder später dürfte sich eine in der Masse praktikable und in den meisten Fällen beschrittene Verfahrensweise der Inhaltsmoderation herausschälen. Die regulatorische Aufgabe besteht darin, die Gestaltung dieser Verfahren so zu beeinflussen, dass sie die durch Plattforminhalte involvierten Interessen und Herausforderungen in der großen Masse der Fälle adäquat aufgreifen und verarbeiten. Ein Nebeneinander von vielen hoheitlich geforderten, zweck- und maßstabsähnlichen, aber im Einzelnen distinkten Verfahren würde dem entgegenlaufen. Keines der Verfahren könnte in der Praxis mit echter Selbstverständlichkeit und Routine implementiert werden.[58] Es spricht also viel dafür, dass nicht nur der Harmonisierungswille, sondern auch die praktische Wirksamkeit des DSA-E eine Verdrängung des Verfahrensregimes des NetzDG fordert.

---

56 Tworek/Leerssen, An Analysis of Germany's NetzDG Law, Transatlantic High Level Working Group on Content Moderation Online and Freedom of Expression, 2019, https://pure.uva.nl/ws/files/40293503/NetzDG_Tworek_Leerssen_April_2019.pdf, S. 6: „In this light, it may be that NetzDG's most important effect was to ensure swifter and more consistent removal of content within Germany under the companies' community guidelines."; s. insoweit gleichbleibend für den jüngsten Berichtszeitraum Google (Youtube) NetzDG-Transparenzbericht (Januar bis Juni 2021), https://storage.googleapis.com/transparencyreport/legal/netzdg/YT-NetzDG-TR-Bundesanzeiger-latest.pdf, S. 14; zur vertragsrechtlichen Zulässigkeit einer über die Gesetzeslage hinausgehenden Löschungspraxis jüngst BGH v. 29.7.2021, III ZR 179/20, Rn. 78.

57 BGH v. 29.7.2021, III ZR 179/20, Rn. 78 ff.

58 Die Bedeutung der implementierenden Verfahren zeigt sich auch an der äußerst geringen von Facebook registrierten Zahl von NetzDG-Beschwerden. Diese geht maßgeblich darauf zurückgeht, dass für Beschwerden nach dem NetzDG ein eigenes Meldeformular vorgesehen ist und dieses nicht in den allgemeinen Meldemechanismus der Plattform integriert ist, s. Tworek/Leerssen (Fn. 57), S. 5.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-249 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c) Akzentverschiebungen: Einhegung der Plattformmacht statt effektiver Rechtsdurchsetzung

Eine solche Verdrängung hätte – trotz der in Vielem ähnlichen Ziele und Instrumente von NetzDG und DSA-E – einige entscheidende Änderungen zufolge. Denn das Grundanliegen der Verfahrensvorgaben des DSA-E ist ein anderes als beim NetzDG. Letzteres zielt klar auf die Schaffung effektiver interner Verfahren zur Durchsetzung der Rechte und Interessen der durch Online-Inhalte negativ Betroffenen.[59] Das Gegenvorstellungsverfahren und andere Schutzvorkehrungen zugunsten der kommunikativen Freiheit der Plattformnutzerinnen wurden erst später nachgereicht. Demgegenüber ist es dem Meldesystem der DSA-E nicht primär um die Durchsetzung von Betroffeneninteressen zu tun, sondern um die Einrichtung eines die gesamte europäische Öffentlichkeit einbeziehenden Informationssystems. Dieses ermöglicht der Allgemeinheit, auf die Moderationspraxis der Plattformen formalisiert Einfluss zu nehmen. Diese allgemeinheitsbezogene Stoßrichtung zeigt sich sowohl am Kreis der Initiativberechtigten (alle, nicht nur Plattformnutzer) als auch terminologisch (*Melde*system statt *Beschwerde*). Sie erschließt sich aber vor allem beim Blick auf die Rechtsfolgen: Meldende sind nur qualifiziert über den Ausgang von ihnen angestoßener Verfahren zu informieren, eine Pflicht zur Löschung rechtswidriger Inhalte besteht nicht und die erfolglos Meldenden – anders als die durch Löschungen betroffenen Sprecherinnen – sind im Beschwerdesystem der Art. 17 ff. DSA-E nicht antragsberechtigt. Die eigentliche individuelle *Betroffenheit*, auf die mit der Schaffung eines internen *Beschwerde*systems reagiert wird, verortet der DSA-E bei den Sprecherinnen, deren Inhalte – aus welchem Grund auch immer – seitens der Plattformen gelöscht werden. Dies zeigt sich an den zur Initiative berechtigenden Tatbeständen (jede Löschung von Nutzerinhalten) wie auch daran, dass der Entwurf nur hier eine Ergebnispflicht (Wiederherstellung zu Unrecht gelöschter Beiträge) vorsieht. Das Beschwerdesystem des DSA-E sichert also das grundrechtlich unterfütterte Interesse der Sprecherinnen an einer Sichtbarkeit ihrer Beiträge verfahrensrechtlich ab. Überspitzt gesagt adressieren die Verfahren des DSA-E damit in erster Linie das Problem der demokratischen Rückbindung der „New Governors", nicht – wie das NetzDG – das Rechtsdurchsetzungsdefizit und drohende Rechtsverletzungen im digitalen Raum.

59 BTDrucks 18/12356, S. 1 f.; näher zum NetzDG Peukert (Fn. 55).

https://doi.org/10.5771/9783748932741-249 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

d) Fortbestehen inhaltlicher Vorgaben der Mitgliedstaaten

Eine andere Lösung als eine Verdrängung mitgliedstaatlicher Vorgaben erscheint allerdings für die nach dem NetzDG vorgesehenen Löschungsergebnispflichten vorstellbar.[60] Bei solchen Löschungspflichten innerhalb vorgegebener Zeiträume (§ 3 II NetzDG) handelt es sich um Regelungen, die die Verfahrensebene offenkundig übersteigen und auf ein überschaubares Rechtsregime (§ 1 III NetzDG) verweisen. Vergleichbare Pflichten sieht der DSA-E, der den Konflikt wie gesehen verfahrensmäßig zu moderieren sucht, nicht vor. Ihre Fortgeltung beeinträchtigte auch nicht die praktische Wirksamkeit des durch den DSA-E vorgegebenen Verfahrensrahmens, sondern ergänzte ihn um ein abgrenzbares Pflichtenprogramm mit Blick auf wenige und definierte Straftatbestände. Solche zusätzlichen materiellen Pflichten der Plattformanbieter könnten umstandslos mitgliedstaatsspezifisch im Rahmen des jeweils geltenden Kollisionsrechts umgesetzt werden. Auch hier sollte sich auswirken, dass der DSA-E keine Harmonisierung des Verhaltens- und Haftungsnormen hinsichtlich einzelner Inhalte anstrebt und auch nicht anstreben sollte.[61] Mit einer solchen Kompetenzabgrenzung bliebe den Mitgliedstaaten Raum für eigene Gestaltungen und könnte zugleich eine zu einem späteren Zeitpunkt versuchte Inhaltsregulierung bestimmter Digitale-Dienste-Risiken durch regulatorische „Testballons" auf mitgliedstaatlicher Ebene vorbereitet werden. Zugleich bliebe das Interesse der Diensteanbieter und der Nutzerinnen an einem einheitlichen, in allen Melde- und Löschungskonstellationen wirksam werdenden Verfahrenskorsett gewahrt. Demgegenüber erscheint nach aktuellem Stand des Entwurfs eine vermittelnde Lösung für Pflichten, die wie etwa Berichtspflichten das Verfahren der Inhaltsmoderation nicht unmittelbar betreffen, angesichts des Ziels der Rechtsharmonisierung kaum gangbar. Vorstellbar wären hier allerdings Zugeständnisse im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens, weil ein Nebeneinander solcher Berichtspflichten die Effektivität des unionsrechtlich vorgegebenen Pflichtenprogramms nicht berühren dürfte.

60 Insoweit a.A. Grünwald/Nüßing, MMR 2021, S. 283 (287); gegen eine Verdrängung der nach dem NetzDG vorgesehenen Löschpflichten hinsichtlich rechtswidriger Inhalte BRDrucks 96/1/21, S. 10.

61 S. oben III.1.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-249 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3. Konfliktträchtiges Aufsichtsregime

Eine weitere Frage, die im Gesetzgebungsverfahren Auseinandersetzungen erwarten lässt, betrifft die Rechtsetzungs- und Aufsichtsbefugnisse der Kommission sowie den Status der neu zu schaffenden nationalen Aufsichtsbehörden („Digitale-Dienste-Koordinatoren").

Im Fall der DS-GVO ist es der Kommission nicht gelungen, weitreichende eigene Befugnisse – u.a. im Rahmen der Öffnungsklauseln – durch das Gesetzgebungsverfahren zu boxen.[62] Auch im Fall der Plattformregulierung ist nicht damit zu rechnen, dass die Mitgliedstaaten ihre Möglichkeiten zur Gestaltung ihrer Kommunikationsräume übermäßig werden beschneiden wollen. Die Fortführung des Haftungsregimes der e-Commerce-Richtlinie und die inhaltliche Abstinenz des gesamten Entwurfs deuten vielmehr darauf, dass man sich der Relevanz der Plattformregulierung für die politischen Prozesse der Mitgliedstaaten bewusst ist. Insofern ist unwahrscheinlich, dass sich die Mitgliedstaaten hier das Heft des Handelns zugunsten der Kommission aus der Hand werden nehmen lassen.

Ähnliches gilt für den Status der Digitale-Dienste-Koordinatoren.[63] Die Frage, ob Aufsichtsbehörden mit politischer Unabhängigkeit ausgestattet werden, ist jedenfalls nach deutschem Verfassungsverständnis eine demokratische Kernfrage.[64] Zuletzt hat das BVerfG insoweit auch auf Ebene des Unionsrechts Parallelen zum deutschen Modell demokratischer Verantwortlichkeit behauptet[65] und unabhängige Regulierungsbehörden als demokratisch „prekär"[66] bezeichnet. Ob diese Position unionsweit mehrheitsfähig ist und auch Geltung beanspruchen kann, wenn das Unionsprimärrecht – wie im Fall der EZB, Art. 282 III AEUV – die Unabhängigkeit einer Institution garantiert, lässt sich gut diskutieren. Im Fall des neu zu schaffenden Digitale Dienste-Koordinators ist die politische Unabhängigkeit jedoch nicht in den Verträgen vorgezeichnet. Sie ist auch nicht – wie

62 Härting/Adamek, CR 2021, S. 165 (168).

63 Für ersten Widerstand s. BRDrucks 96/1/21, S. 5 (kein Eingriff in nationale Behördenstrukturen).

64 Zusammenfassend BVerfGE 151, 202 – Europäische Bankenunion, Rn. 129 ff. m.w.N.; grundlegend Böckenförde, § 24 – Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdStR, Band II, 3. Aufl. 2004, S. 289; zur Relativierung Lassahn, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 113 ff.

65 BVerfGE 151, 202, Rn. 135-139; bezugnehmend insbesondere auf EuGH v. 13.6.1958, C-9/56, *Meroni*.

66 BVerfGE 151, 202, Rn. 138.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-249 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

beim Datenschutzbeauftragten –[67] durch eine Tradition solcher Behörden in Teilen der Union unterfüttert. Vielmehr spricht alles dagegen, die Regulierungsbehörde im Bereich der digitalen Dienste mit einem unabhängigen Status auszustatten.

Der DSA-E wäre zu allererst in sich inkonsequent, weil er die mitgliedstaatlichen Aufsichtsbehörden in die politische Unabhängigkeit entließe, während auf europäischer Ebene der Kommission – also einer politisch eingebetteten und kontrollierten Behörde – umfassende Aufsichtsbefugnisse (Art. 51 ff.) eingeräumt werden sollen. Hier will die Kommission offenbar die politischen Zügel gegenüber den VLOP in der Hand behalten, ohne zugleich die Diensteregulierung auch auf mitgliedstaatlicher Ebene als eminent politische Frage anzuerkennen. Die Kommission predigt hier Wasser und trinkt selbst Wein.

Auch ungeachtet derlei doppelten Maßes wäre ein verpflichtender unabhängiger Status der Digitale-Dienste-Koordinatoren in den Mitgliedstaaten ein – zumindest nach deutschem Verfassungsrecht problematischer – Fehler. Ein sachlicher Grund für eine Unabhängigkeit ist nicht ersichtlich. Anders als der Datenschutzbeauftragte hat der Digitale-Dienste-Koordinator keinen – zumindest in den Kernbereichen – klaren und durch eine längere Tradition umrissenen Regulierungsauftrag.[68] Die Gefahren, die er zu bekämpfen antreten soll, sind bestenfalls vage vorgestellt und wesentlich vielgestaltiger als das Datenschutz-Anliegen. Anders als im Fall der Datenschutzrichtlinie und nunmehr der DS-GVO gibt es kein unionsrechtlich einheitliches, gesetzlich definiertes inhaltliches Regulierungsprogramm. Die Koordinatoren wären damit unabhängige Regulierungsbehörden ohne gesetzliches Aufsichtsprogramm. Das würde dazu einladen, dieses Programm selbst erst in der Praxis zu formulieren und konturieren – ohne dass dabei ein politischer Zugriff gegeben wäre. Zudem und vor allem gibt es im Bereich der Aufsicht über die Tätigkeit und Gefahren digitaler Vermittlungsdienste keinen Zielkonflikt, der wie im Fall des Datenschutzbeauftragten den unabhängigen Status der Aufsichtsbehörde rechtfertigen könnte. Das Regulierungsprogramm der Datenschutzbehörden betraf ursprünglich zum wesentlichen Teil staatliche Datenverarbeitungen. Es ging also darum, einen Teil der staatlichen Institutionen als Kontrollbehörde und Sachwalter individueller Datenschutzinteressen gegen die – politisch

67 Zum Konflikt um die Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten s. EuGH v. 9.3.2010, C-518/07, Rn. 41 ff.

68 Zur Relevanz eines gesetzlich hinreichend klar umrissenen Auftrags BVerfGE 151, 202, Rn. 137 (mit Verweis auf EuGH v. 13.6.1958, C-9/56, *Meroni,* Slg. 1958, I-16).

https://doi.org/10.5771/9783748932741-249 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

beaufsichtigte und determinierte – staatliche Zweckverfolgung zu wenden.[69] Um dies zu gewährleisten, braucht es jedenfalls plausibler Weise politische Unabhängigkeit. Ein entsprechender Zielkonflikt und ähnliches Reibungspotential mit den Zwecksetzungen und Logiken einer politisch verantwortlichen Behörde ist im Fall der Digitale-Dienste-Koordinatoren nicht erkennbar. Durch den DSA-E wird schlicht ein bestimmter Dienstleistungszweig wegen bestimmter Risiken für gesellschaftliche und politische Prozesse einer besonderen staatlichen Regulierung unterworfen. Warum das nur mit unabhängigem Status funktionieren sollte, erschließt sich nicht. Im Gegenteil könnte eine *regulatory capture* bei unabhängigen Behörden, die nicht an den allgemeinen politischen Raum und damit an andere Einflüsse jenseits des regulierten Sachbereichs zurückgebunden sind, unter Umständen sogar wahrscheinlicher sein.[70] Eine Rückbindung der Diensteregulierung an die politische Ebene ist schließlich auch deshalb unerlässlich, weil der DSA-E die besonderen Gefährdungen des politischen, alle Bürgerinnen einer Demokratie angehenden Prozesses durch Geschäftsmodell und Tätigkeit digitaler Vermittlungsdienste einhegen soll. Der DSA-E ist – wie das NetzDG – eine Form politischer Selbstbehauptung demokratischer Öffentlichkeiten gegenüber einer spezifischen Marktlogik und neuen technischen Möglichkeiten. Was für diese Selbstbehauptung nötig ist, kann nicht neutral und unabhängig durch einen vermeintlich allwissenden Regulator bestimmt, sondern muss politisch ausgehandelt und umkämpft werden. Eben das wäre – jenseits auf Unionsebene äußerst schwerfälliger legislativer Steuerung – bei einem unabhängigen Status der neu zu schaffenden Regulierungsbehörde ausgeschlossen. Ebenso wenig wie sich demokratische Zustände und Institutionen herbeiregulieren lassen,[71] können grundlegende Gefährdungen demokratischer Öffentlichkeit apolitisch und allein technokratisch bewältigt werden. Es wäre schade und trübte das positive Gesamtbild, wenn dem Entwurf seine Sensibilität für Machtfragen, politischen Aushandlungsbedarf und den stets unfertigen und spannungsreichen Charakter öffentlicher Kommunikationsregulierung an dieser Stelle abhandenkäme.

---

69 Für diesen Hintergrund der gerichtlichen Unabhängigkeit s. Buchheim/Möllers (Fn. 45), Rn. 46.

70 In diese Richtung (ohne empirische Belege) auch Wren-Lewis, Regulatory Capture: Risks and Solutions, in: Estache (Hrsg.), Emerging Issues in Competition, Collusion, and Regulation of Networked Industries, 2011, Kap. 7, S. 12 f.

71 Möllers/Schneider, Demokratiesicherung in der Europäischen Union, 2018, S. 26 f. (in Hinblick auf neue Autoritarismen in einigen Mitgliedstaaten).

https://doi.org/10.5771/9783748932741-249 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748932741-249 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY