



Digital Services Act

Antonia Herfurth, Rechtsanwältin in München und Hannover

September 2020

Im November 2018 hat die EU-Kommission ihre Digitalstrategie für Europa vorgestellt. Ziel der Strategie ist es, den digitalen Binnenmarkt zu stärken und einen fairen Wettbewerb zu schaffen, letzteres insbesondere gegenüber der US-Digitalbranche. Binnenmarkt-Kommissar Thierry Breton machte deutlich: „Es sind nicht wir, die sich an heutige Plattformen anpassen müssen, es sind die Plattformen, die sich an Europa anpassen müssen.“ Der Digital Services Act ist ein Teil des Maßnahmenpakets.

Die e-Commerce-Richtlinie aus dem Jahr 2000 (RL 2000/31/EG) bildet bisher den Rechtsrahmen für digitale Dienste in der EU. Sie hat erreicht, dass sich das Internet in den letzten 20 Jahren rapide weiterentwickelt hat und zu dem geworden ist, was es heute ist. Allerdings ist die Richtlinie 20 Jahre alt. Im Jahr 2000 waren die Big Five – *Amazon, Apple, Facebook, Google* und *Microsoft* – bereits groß, aber heute dominieren sie den Weltmarkt. Ferner hat sich das Verhalten der Nutzer im Internet verändert. Falschverbreitungen und Hate Speeches sind Alltag. Die Kommission plant nun den Digital Services Act, um die Rolle und Verantwortung der Diensteanbieter neu zu definieren. Drei Monate lang wurde die Öffentlichkeit angehört und konnte Vorschläge einreichen.

Das folgende Compact stellt keine rechtliche Untersuchung dar, sondern sensibilisiert für die aktuelle Rechtslage und aktuellen Diskussionspunkte und gewährt einen Ausblick.

Bisherige Rechtslage – e-Commerce-Richtlinie

Die e-Commerce-Richtlinie hat erheblich dazu beigetragen, dass das Internet sich derart fortentwickeln konnte. Zentrale Punkte der Richtlinie sind die Formwirksamkeit elektronisch geschlossener Verträge, das Providerprivileg, das Herkunftslandprinzip, Informationspflichten der Betreiber elektronischer Dienste und das Verbot einer allgemeinen Überwachungspflicht.

Providerprivileg

Das Providerprivileg ist ein Haftungsprivileg für Diensteanbieter. Das Privileg schützt Diensteanbieter vor direkter Haftung für von Nutzern auf Plattformen eingestellte Inhalte, Art. 12-14 e-Commerce-Richtlinie. Leitet der Anbieter Inhalte weiter, übermittelt oder speichert sie zwischen, ist nur der Nutzer verantwortlich, nicht der Anbieter. Der Diensteanbieter stellt nur die Infrastruktur zur Verfügung. Lediglich wenn ein Nutzer illegale Inhalte hochlädt und der Diensteanbieter diese nicht löscht, haftet er. Dieses Privileg hat es ermöglicht, das Internet zu einem freien Kommunikationsraum werden zu lassen.

Herkunftslandprinzip

Das Herkunftslandprinzip regelt, dass Diensteanbieter dem Recht des Landes unterliegen, in dem sie ihren



Sitz haben und nicht dem Recht des Landes, in dem ihre Dienste angeboten werden, Art. 3 Abs. 1 e-Commerce-Richtlinie. Das Herkunftslandprinzip ist eine unternehmensfreundliche Regelung. Anbieter sollen sich innerhalb der EU frei niederlassen können, ohne Barrieren. Ohne das Herkunftslandprinzip müssten Diensteanbieter, die grenzüberschreitend tätig sind, 27 nationale Regelungen berücksichtigen.

Verbot einer allgemeinen Überwachungspflicht

Als die EU die e-Commerce-Richtlinie formuliert hat, hat sie sich bewusst gegen eine allgemeine Überwachungspflicht entschieden, Art. 15 e-Commerce-Richtlinie. Diensteanbieter sind nicht verpflichtet, die von ihren Nutzern hochgeladenen Inhalte ständig und ohne Anlass zu kontrollieren oder aktiv nach illegalen Inhalten zu suchen. Selbstverständlich haben Anbieter (vermeintlich) illegale Inhalte zu sichten und gegebenenfalls zu löschen. Dauerhafte, komplizierte, zeit- und kostenintensive Überwachungssysteme hat die EU jedoch bewusst nicht eingeführt, da dies laut EU nicht nur die Entwicklung hemmt und unverhältnismäßig ist, sondern auch den Charakter von Plattformen verändert.

Konflikt

Die digitalen Dienste sind über die e-Commerce-Richtlinie hinausgewachsen. Die Digitalisierung hat dazu geführt, dass die Marktkapitalisierung von *Amazon* seit 2010 um mehr als 1.400 % gestiegen ist, die von *Apple* um 600 %. Hinzu kommt, dass Plattformen intensiv genutzt, Hate Speeches und illegale Inhalte gepostet und falsche Tatsachenbehauptungen verbreitet werden. Hierfür gibt es bisher keine gesetzlichen Regelungen. Die Mitgliedstaaten treten dem entgegen, indem sie nationale Gesetze erlassen. Deutschland hat im Jahr 2017 das Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (sog. *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*) erlassen, Frankreich dieses Jahr das Gesetz gegen Hassrede im Netz (sog. *Loi Avia*), das allerdings im Sommer vom

französischen Verfassungsgericht gekippt wurde, Österreich plant ein Gesetz zur Plattformverantwortlichkeit. Folge dessen ist, dass es keinen einheitlichen europäischen Rechtsrahmen gibt, mithin auch keine EU-Kontrollinstanz, sondern einen Flickenteppich an nationalen Regelungen mit unterschiedlichen Vorgaben. Nicht nur, dass kleinere europäische Anbieter benachteiligt werden, für in den Markt eintretende Diensteanbieter ist es auch attraktiver sich in den USA oder China niederzulassen.

Zukünftige Rechtslage – Digital Services Act

Der Digital Services Act plant nun die Vereinheitlichung des digitalen Binnenmarkts, die Schaffung eines Kontrollrahmens und die Sicherung des fairen Wettbewerbs. Dazu plant die EU sich verschiedener Instrumente zu bedienen, u.a. der Pflicht zur Interoperabilität. Das Providerprivileg soll aufgehoben werden, ebenso das Herkunftslandprinzip und das Verbot der allgemeinen Überwachungspflicht.

Einheitlicher Binnenmarkt und EU-Kontrollrahmen

Durch die EU-weite Vereinheitlichung des Rechtsrahmens, wird Transparenz geschaffen und für Diensteanbieter ist es attraktiver sich in der EU niederzulassen. Ferner ermöglicht die Vereinheitlichung des digitalen Binnenmarkts, die Schaffung eines EU-Kontrollrahmens.

Mächtige Konzerne wie die Big Five sollen einer einheitlichen europäischen Aufsichtsstruktur unterworfen sein. Diese soll sicherstellen, dass die Unternehmen sich an Vorgaben halten zum Datenschutz oder auch der Inhaltmoderation (z.B. Löschen von illegalen Inhalten). Dabei hat die EU aus der Datenschutzgrundverordnung gelernt. Damals hatte sie vorgegeschrieben, Datenschutzbehörden auf nationaler Ebene einzurichten. Die Mitgliedsstaaten hatten aber häufig nicht die Ressourcen, um Datenschutzbehörden im Sinne der EU zu errichten. Deswegen denkt



die EU nun darüber nach, eine Aufsichtsbehörde auf EU-Ebene zu schaffen.

Sicherung des fairen Wettbewerbs

Die EU möchte den fairen Wettbewerb sichern, indem sie Behörden ermächtigt, bereits Maßnahmen ergreifen zu können bevor ein Diensteanbieter eine dominante Marktstellung erlangt. Hierzu etabliert sie neue Instrumente. Bisher lässt das Wettbewerbsrecht erst dann einen Eingriff zu, wenn ein Anbieter bereits eine marktdominante Stellung innehat.

Providerprivileg

Das Providerprivileg soll durchbrochen werden. Allerdings überlegt die EU, kleine Anbieter davon auszunehmen, da dies unverhältnismäßig wäre. Kleine Anbieter haben im Allgemeinen nicht die Ressourcen Generalkontrollen durchzuführen, um einer Haftung zu entgehen. Ihre Existenz wäre gefährdet. Daher soll sich die verschärfte Haftung maßgeblich gegen große Anbieter richten.

Pflicht zur Interoperabilität

Die Pflicht zur Interoperabilität bedeutet, dass Nutzer künftig diensteübergreifend miteinander kommunizieren können, sprich WhatsApp-Nutzer mit Stashcat-Nutzern, mit Threema-Nutzern oder Telegram-Nutzern. Wie bei Telefonanbietern oder E-Maildiensten. Folgendes verdeutlicht den Hintergrund: *WhatsApp* gehört zu *Facebook* und ist für *Facebook* eine der wichtigsten Datenquellen. Immerhin hat *WhatsApp* weltweit über zwei Milliarden Nutzer. *Facebook* setzt auf den Netzwerkeffekt. Der Netzwerkeffekt beschreibt, wie sich der Nutzen eines Produkts für einen Konsumenten erhöht, wenn die Anzahl der Nutzer steigt. Ein einfaches Beispiel ist das Telefonnetz: Nutzen zwei Menschen ein Telefon, ist der Nutzen für beide nicht groß. Nutzen aber 100 Menschen ein Telefon, stehen dem einzelnen Tele-

fonnutzer 99 Verbindungen zur Verfügung. Indem Diensteanbieter zur Interoperabilität verpflichtet werden, soll der Netzwerkeffekt der dominanten Dienste ausgehebelt werden und die kleinen Dienste echte Alternativen zu den großen darstellen.

Reaktionen

Der Vorstoß der EU wird äußerst positiv aufgenommen. Dennoch werden einige Änderungen angeregt und Kritik für einzelne Vorhaben vorgebracht.

EU-Parlament

Das EU-Parlament ist gegen die Streichung des Überwachungsverbots sowie gegen die Streichung des Providerprivilegs. Erst das Providerprivileg habe das Internet und Plattformen derart wachsen lassen. Hingegen spricht sich das Parlament für mehr Transparenz, Auflagen und Strafen für Diensteanbieter aus.

Lobby

Daran anknüpfend befürchtet die Lobby, dass durch zu strenge Kontrollen und Restriktionen eine Entwicklung des Internets wie im letzten Jahrzehnt gehemmt und die Meinungsfreiheit eingeschränkt wird durch weitere Uploadfilter und Overblocking. Sogenanntes *Overblocking* ist das unerwünschte Sperren oder Löschen rechtmäßiger Inhalte. Diensteanbieter sollen selbst Kontrollen und Maßnahmen gegen illegale Inhalte einführen.

Hiergegen wird eingewendet, dass die privatisierte Rechtsdurchsetzung ein Problem sei, das dadurch nur verschlechtert werden würde. Denn *Facebook*, *Amazon* und Co. entscheiden, welche Inhalte illegal sind und welche nicht. Nicht nur, dass die Diensteanbieter unterschiedliche Maßstäbe ansetzen, sie schwingen sich zu Gesetzgebern und Richtern auf. Diese Aufgabe muss einer öffentlichen, unabhängigen Stelle zustehen.



Mitgliedstaaten

Die EU-Mitgliedstaaten haben sich bisher kaum zum Digital Services Act positioniert. Kritisch äußert sich allerdings die Gruppe *D9+*. *D9+* ist eine lose Verbindung von zehn Mitgliedstaaten mit großer Digitalbranche oder attraktivem Steuersatz für Unternehmen. Der Gruppe gehören Estland, Finnland und Schweden an sowie Polen, Irland und Luxemburg. Die Staaten sprechen sich für die Beibehaltung der Regelungen der e-Commerce-Richtlinie aus. Das Herkunftslandprinzip macht deutlich, warum die *D9+* an den bisherigen Regelungen festhalten: Dem Herkunftslandprinzip entsprechend unterliegen Anbieter dem Recht des Staates, in dem sie ihren Sitz haben. Ihren Sitz wählen die Anbieter daher strategisch günstig aus, beispielsweise aufgrund günstiger Steuersätze oder gering ausgeprägten Datenschutzes. Kommt es künftig nicht mehr auf das Recht des Staates an, in dem der Anbieter seinen Sitz hat und wird der Rechtsrahmen EU-weit vereinheitlicht, verlieren die bislang attraktiven Staaten ihre Attraktivität.

Fachkreise

Fachkreise zeigen sich ambivalent wegen der Pflicht zur Interoperabilität. Befürchtet wird, dass sich die Vorteile des Netzwerkeffekts dadurch weiter auf die ohnehin schon dominanten Anbieter ausweiten. Zugleich verwische die diensteübergreifende Kommunikation die Unterschiede zwischen den einzelnen Anbietern und hemme die Innovationskraft. Der Schweizer Instant-Messaging-Dienst *Threema* befürchtet ein Absinken des Datenschutzniveaus auf den kleinsten gemeinsamen Nenner.

Ausblick

Bis zum 08. September 2020 fand die öffentliche Konsultation zum Digital Services Act statt. Tausende Rückmeldungen sind bei der EU-Kommission eingegangen. Ein erster Textentwurf zum Digital Services Act ist bis Ende des Jahres angekündigt.

IMPRESSUM

HERAUSGEBER

HERFURTH & PARTNER Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Luisenstr. 5, D-30159 Hannover
Fon 0511-30756-0 Fax 0511-30756-10
Mail info@herfurth.de, Web www.herfurth.de
Hannover · Göttingen · Brüssel
Member of the ALLIURIS GROUP, Brussels

REDAKTION

Leitung: Ulrich Herfurth, Rechtsanwalt, zugelassen in Hannover und Brüssel (verantwortl.)

Mitarbeit: Angelika Herfurth, Rechtsanwältin, FA Familienrecht; Sibyll Hollunder-Reese, M.B.L. (HSG), Rechtsanwältin; Marc-André Delp, M.L.E., Rechtsanwalt, FA Internationales Wirtschaftsrecht; Martin Heitmüller, Rechtsanwalt, Maître en Droit (FR); Günter Stuff, Steuerberater; Xiaomei Zhang, Juristin (CN), Mag. iur. (D); Thomas Gabriel, Rechtsanwalt; JUDr. Yvona Rampáková, Juristin (CR); Dr. Jona Aravind Dohrmann, Rechtsanwalt; Prof. Dr. jur. Christiane Trüe LL.M. (East Anglia); Dr. jur. Reinhard Pohl, Rechtsanwalt; Konstantin Kuhle, Rechtsanwalt; Renata Osnaya Romero, Abogada (Mexiko); Antonia Herfurth, Rechtsanwältin.

KORRESPONDENTEN

u.a. Amsterdam, Athen, Bratislava, Brüssel, Budapest, Bukarest, Helsinki, Istanbul, Kiew, Kopenhagen, Lissabon, London, Luxemburg, Mailand, Madrid, Moskau, Oslo, Paris, Prag, Sofia, Stockholm, Warschau, Wien, Salzburg, Zug, New York, Toronto, Mexico City, Sao Paulo, Buenos Aires, Dubai, Kairo, New Delhi, Bangkok, Singapur, Peking, Tokio, Sydney.

VERLAG

CASTON GmbH, Law & Business Information
Luisenstr. 5, D-30159 Hannover,
Fon 0511 - 30756-50 Fax 0511 - 30756-60
Mail info@caston.info; Web www.caston.info

Alle Angaben erfolgen nach bestem Wissen; die Haftung ist auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt. Wiedergabe, auch auszugsweise, nur mit Genehmigung der Herausgeber.