

## F. Der vorgeschlagene Digital Services Act

Jörg Ukrow

### I. Ausgangspunkt der Diskussion und Pläne

Kommissionspräsidentin *von der Leyen* hatte bereits in ihrer anlässlich des Berufungsverfahrens 2019 veröffentlichten „Agenda für Europa“ unter dem Titel „Eine Union, die mehr erreichen will“ die Einführung eines „Digital Services Act“ angekündigt. Zu diesem hieß es in den von der designierten Kommissionspräsidentin vorgestellten „Politischen Leitlinien für die künftige Europäische Kommission 2019–2024“:<sup>907</sup>

*„Mit einem neuen Gesetz über digitale Dienste müssen bessere Haftungs- und Sicherheitsvorschriften für digitale Plattformen, Dienste und Produkte geschaffen und der digitale Binnenmarkt vollendet werden.“*

Mit diesem Ansatz konnte *von der Leyen* an Vorarbeiten der DG Connect anknüpfen, die als Kern eines „Digital Services Act“ – nicht zuletzt mit Blick auf den grundlegenden Wandel der Digitalwirtschaft und ihrer Produkte seit In-Kraft-Treten der ECRL im Jahr 2000 – bereits die Schließung regulatorischer Lücken, die Harmonisierung diverser Rechtsbereiche, Regelungen zu Hate Speech und politischer Desinformation auf EU-Ebene, größere Spielräume für innovative digitale Geschäftsmodelle sowie ein „Update“ der Haftung von Plattformen, namentlich um Internet-Giganten wie Google, YouTube oder Amazon gezielter und umfassender regulieren zu können, ins Auge gefasst hatte.

In ihrer Mitteilung „Gestaltung der digitalen Zukunft Europas“ vom 19. Februar 2020 kündigte die Kommission als „Schlüsselmaßnahmen“ für das Ziel einer fairen und wettbewerbsfähigen Wirtschaft u.a. an:<sup>908</sup>

*„im Rahmen des Pakets zum Rechtsakt über digitale Dienste wird die Kommission die Einführung von Ex-ante-Regulierungsmaßnahmen prüfen, um sicherzustellen, dass auf Märkten, die von großen Plattformen mit erhebli-*

---

907 *Von der Leyen*, Eine Union, die mehr erreichen will. Meine Agenda für Europa, 2019, S. 16 (abrufbar unter [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/political-guidelines-next-commission\\_de.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/political-guidelines-next-commission_de.pdf)).

908 COM(2020) 67 final, S. 11.

*chen Netzeffekten geprägt sind, die als Torwächter fungieren, Fairness und Wettbewerbsmöglichkeiten für Innovatoren, Unternehmen und neue Marktteilnehmer sichergestellt bleiben (4. Quartal 2020).“*

Mit Blick auf das Ziel einer offenen, demokratischen und nachhaltigen Gesellschaft kündigte die Kommission in der Mitteilung als „Schlüsselmaßnahmen“ u.a. an:<sup>909</sup>

*„Neue und überarbeitete Vorschriften zur Vertiefung des Binnenmarkts für digitale Dienste durch Ausweitung und Harmonisierung der Pflichten von Online-Plattformen und Informationsdienstleistern sowie Stärkung der Aufsicht über die Inhaltepolitik der Plattformen in der EU (4. Quartal 2020, als Teil des Pakets zum Rechtsakt über digitale Dienste);*

*[...]*

*Aktionsplan für die Medien und den audiovisuellen Sektor zur Unterstützung des digitalen Wandels und der Wettbewerbsfähigkeit des audiovisuellen Sektors und der Medien, um den Zugang zu hochwertigen Inhalten und den Medienpluralismus zu fördern (4. Quartal 2020);*

*Europäischer Aktionsplan für Demokratie zur Stärkung der Widerstandsfähigkeit unserer demokratischen Systeme, zur Unterstützung des Medienpluralismus und zur Bewältigung der Bedrohungen durch externe Eingriffe in europäische Wahlen (4. Quartal 2020)“.*

In einer Verbindung von Evaluierungsfahrplan und Wirkungsanalyse präsentierte die Kommission zunächst drei auf das „Update“ der ECRL bezogene Optionen für die ex-post-Regulierung:<sup>910</sup>

- In Option 1 würde ein begrenztes Rechtsinstrument die Verfahrenspflichten von Online-Plattformen regeln und im Wesentlichen die horizontalen Bestimmungen der (nach Art. 288 Abs. 5 AEUV rechtlich unverbindlichen) „Empfehlung der Kommission vom 1.3.2018 für wirksame Maßnahmen im Umgang mit illegalen Online-Inhalten“<sup>911</sup> von 2018 verbindlich machen. Die Regulierung würde auf dem Anwendungsbereich der ECRL aufbauen und sich auf in der EU niedergelassene Dienste konzentrieren. Dabei würden die Verantwortlichkeiten von Online-Plattformen in Bezug auf den Verkauf illegaler Waren und

---

909 COM(2020) 67 final, S. 14.

910 Inception impact assessment – Ares(2020)2877686, abrufbar über <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12417-Digital-Services-Act-deepening-the-Internal-Market-and-clarifying-responsibilities-for-digital-services>.

911 C(2018) 1177 final.

Dienstleistungen sowie die Verbreitung illegaler Inhalte und anderer illegaler Aktivitäten ihrer Nutzer festgelegt werden. Bei dieser Option würden verhältnismäßige Verpflichtungen wie wirksame Benachrichtigungs- und Aktionsmechanismen zur Meldung illegaler Inhalte oder Waren sowie wirksame Abhilfepflichtungen in Verbindung mit Benachrichtigungsverfahren und Transparenzverpflichtungen eingeführt werden. Allerdings würden die Haftungsregeln der ECRL für Plattformen oder andere Online-Vermittler weder geklärt noch aktualisiert.

- Option 2 der Kommission sieht eine umfassendere Regulierung vor, bei der die Regeln der ECRL aktualisiert und modernisiert, ihre Hauptprinzipien allerdings erhalten blieben. Bei dieser Option würden die Haftungs- und Sicherheitsvorschriften für digitale Dienste klargestellt und aktualisiert und Hindernisse insbesondere für Online-Plattformdienste, die von freiwilligen Maßnahmen zur Bekämpfung illegaler Inhalte, Waren oder Dienstleistungen bislang zurückschrecken, beseitigt. Definitionen dessen, was online illegal ist, würden sich auf andere Rechtsakte auf EU- und nationaler Ebene stützen. Bei dieser Option sieht die Kommission vor, eine Reihe spezifischer, verbindlicher und verhältnismäßiger Verpflichtungen zu harmonisieren und die unterschiedlichen Verantwortlichkeiten insbesondere für Online-Plattformdienste festzulegen.<sup>912</sup> Zusätzlich zu einem Basissatz von allgemein anwendbaren Verpflichtungen könnten aus Sicht der Kommission bei dieser Option je nach Art, Größe und/oder Risikopotential eines digitalen Dienstes weitere asymmetrische Verpflichtungen erforderlich sein.

Zu den Verpflichtungen könnten gehören:

- o harmonisierte Verpflichtungen zur Aufrechterhaltung von „Notice-and-Action“-Systemen, die alle Arten illegaler Waren, Inhalte und Dienste abdecken, sowie „Know your customer“-Systeme für kommerzielle Nutzer von Online-Marktplätzen
- o Regeln, die eine wirksame Zusammenarbeit der Anbieter digitaler Dienste mit den zuständigen Behörden und trusted flaggern (z.B. die INHOPE-Hotlines für eine schnellere Entfernung von Material über sexuellen Kindesmissbrauch) und gegebenenfalls diesbezügliche Berichterstattungspflichten

---

912 Dabei wird insbesondere darauf hingewiesen, dass die Kohärenz mit den neuen Regeln der AVMD-Richtlinie insbesondere in Bezug auf VSP, gewährleistet werden soll. Vgl. Inception impact assessment – Ares(2020)2877686, aaO (Fn. 608), S. 5, Fn. 8.

- o Risikobewertungen könnten von Online-Plattformen für Fragen im Zusammenhang mit der Verwendung ihrer Dienste zur Verbreitung einiger Kategorien schädlicher, aber nicht illegaler Inhalte verlangt werden, wie z.B. im Bereich Desinformation
- o wirksamere Rechtsmittel und Schutz vor ungerechtfertigter Entfernung für legitime Online-Inhalte und -Güter
- o eine Reihe von Transparenz- und Berichterstattungspflichten im Zusammenhang mit diesen Prozessen

Es würden bei dieser Option auch Transparenz-, Berichterstattungs- und unabhängige Prüfpflichten zur Gewährleistung der Rechenschaftspflicht in Bezug auf algorithmische Systeme für (automatisierte) Inhaltsmoderations- und Empfehlungssysteme sowie Online-Werbung und kommerzielle Kommunikation untersucht – einschließlich politischer Werbung und Micro-Targeting-Aspekten, und dies über die bestehenden Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit dem Schutz personenbezogener Daten hinaus. Solche Maßnahmen würden aus Sicht der Kommission eine wirksame Aufsicht über Online-Plattformen ermöglichen und die Bemühungen zur Bekämpfung der Online-Desinformation unterstützen.

Es würde bei dieser Option auch geprüft werden, ob solche Maßnahmen auf alle Dienste ausgeweitet werden können, die auf den europäischen Binnenmarkt ausgerichtet sind, auch wenn sie außerhalb der Union niedergelassen sind.

Das bei dieser Option vorgesehene Regulierungsinstrument würde auch abschreckende und verhältnismäßige Sanktionen für systematische Verstöße gegen die harmonisierten Verantwortlichkeiten oder die Achtung der Grundrechte festlegen.

- Die Option 3 der Kommission, die in Ergänzung zu den vorgenannten Optionen darauf abzielt, das gemäß den Optionen 1 oder 2 aktualisierte Regelwerk zu stärken, sieht die Schaffung eines wirksamen Systems der Überwachung durch Regulierungsstellen, der Durchsetzung und Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten vor, das auf EU-Ebene unterstützt wird. Auf der Grundlage des Herkunftslandprinzips würde es den Behörden der Mitgliedstaaten ermöglicht, mit illegalen Inhalten, Waren oder Dienstleistungen online umzugehen, einschließlich rascher und wirksamer Kooperationsverfahren für grenzüberschreitende Fragen bei der Regulierung und Aufsicht über digitale Dienste. Die Fähigkeiten der Behörden zur Überwachung digitaler Dienste würden gestärkt, u.a. durch angemessene Befugnisse für wirksame und abschreckende Sanktionen bei systemischem Versagen von Diensten, die entsprechenden Verpflichtungen zu erfüllen, was „möglicherweise auf EU-

Ebene unterstützt“ würde. Es würden auch Optionen für wirksame Rechtsmittel geprüft.

Bei allen Optionen soll die Kohärenz mit sektorspezifischen Regelungen – z.B. der DSM-Richtlinie, der überarbeiteten AVMD-Richtlinie, dem TER-REG-Vorschlag – sowie mit den internationalen Verpflichtungen der EU gewährleistet werden.<sup>913</sup>

Zugleich präsentierte die Kommission Überlegungen für einen ex ante-Rechtsrahmen für große Online-Plattformen mit erheblichen Netzwerkeffekten, die als „Torwächter“ (Gatekeeper) im Binnenmarkt der EU fungieren, als zweiten Pfeiler der geplanten Regulierung.<sup>914</sup> Zu diesen Überlegungen zählen (mindestens) als Optionen:

- die Überarbeitung des in der P2B-Verordnung<sup>915</sup> festgelegten horizontalen Rahmens. Dabei könnten weitere horizontale Regeln für alle Online-Vermittlungsdienste festgelegt werden, die derzeit in den Anwendungsbereich dieser Verordnung fallen. Dies könnte präskriptive Regeln für verschiedene spezifische Praktiken, die derzeit durch Transparenzverpflichtungen in der Verordnung geregelt sind (z.B. über die Transparenz des Datenzugangs), sowie für neue Praktiken umfassen (z.B. über bestimmte Formen der "Selbstreferenzierung", den Zugang zu Daten und unlautere Vertragsbestimmungen). Eine überarbeitete P2B-Verordnung könnte auch die bestehenden Aufsichts-, Durchsetzungs- und Transparenzanforderungen verstärken. Diese Überarbeitung würde sich auf neue oder neu auftauchende Fragen stützen, die in laufenden Untersuchungen ermittelt wurden, sowie auf die Informationen, die – soweit bereits verfügbar – aus den Transparenzvorschriften der P2B-Verordnung gewonnen wurden. Diese Überarbeitung der P2B-Verordnung würde nicht darauf abzielen, die derzeitigen Bestimmungen der Verordnung insgesamt zu überprüfen, sondern sich auf bestimmte gezielte, horizontal anwendbare Zusatzbestimmungen im Hinblick auf die ermittelten spezifischen Fragen beziehen.
- die Verabschiedung eines horizontalen Rahmens, der die Regulierungsstellen ermächtigt, Informationen von großen Online-Plattformen, die als Gatekeeper fungieren, zu sammeln. Im Rahmen dieser Option könnten weitere horizontale Regeln ins Auge gefasst werden – mit dem Ziel, die Sammlung von Informationen von großen Online-Plattfor-

---

913 Kommission, Ref. Ares(2020)2877686 – 04/06/2020, aaO (Fn. 635).

914 Kommission, Ref. Ares(2020)2877647 – 04/06/2020, aaO (Fn. 638).

915 Vgl. hierzu Abschnitt D.II.6.

men, die als Gatekeeper fungieren, durch eine spezielle Regulierungsstelle auf EU-Ebene zu ermöglichen, um z.B. weitere Einblicke in ihre Geschäftspraktiken und deren Auswirkungen auf die Nutzer dieser Plattformen zu gewinnen. Diese Regeln würden nicht nur (wie in der zuvor dargestellten Option) Transparenz vorsehen, sondern aus Sicht der Kommission auch die gezielte Sammlung von Informationen durch eine spezielle Regulierungsstelle auf EU-Ebene ermöglichen. Mit diesem horizontalen Ansatz würde zwar keine Befugnis impliziert werden, den großen Online-Plattformen, die in den Anwendungsbereich dieser Regeln fallen würden, materielle Verhaltens- und/oder strukturelle Abhilfemaßnahmen aufzuerlegen. Allerdings würden dadurch nach Ansicht der Kommission dennoch Durchsetzungsbefugnisse nicht ausgeschlossen, um dem Risiko einer Verweigerung der Bereitstellung der angeforderten Daten durch die Online-Plattformen zu begegnen.

- die Verabschiedung eines neuen und flexiblen Ex-ante-Regelungsrahmens für große Online-Plattformen, die als Gatekeeper fungieren. Diese Option würde einen neuen Ex-ante-Regelungsrahmen schaffen, der für große Online-Plattformen gelten würde, die von erheblichen Netzwerkeffekten profitieren und als Gatekeeper fungieren, der durch eine dazu ermächtigte Regulierungseinrichtung auf EU-Ebene überwacht und durchgesetzt werden. Der neue Rahmen würde die horizontal anwendbaren Bestimmungen der P2B-Verordnung ergänzen, die weiterhin für alle Online-Vermittlungsdienste gelten würden. Die begrenztere Untergruppe großer Online-Plattformen, die dem zusätzlichen Ex-ante-Rahmenwerk unterliegen, würde auf der Grundlage einer Reihe klarer, noch näher zu untersuchender Kriterien ermittelt, wie etwa erhebliche Netzwerkeffekte, die Größe der Nutzerbasis und/oder die Fähigkeit, Daten marktübergreifend zu nutzen. Diese Option würde zwei Unteroptionen umfassen:
  - o Verbot oder Beschränkung bestimmter unlauterer Handelspraktiken durch große Online-Plattformen, die als Gatekeeper fungieren („schwarze Listen“). Ein solches Gefüge klar definierter und im Voraus festgelegter Verpflichtungen und verbotener Praktiken würde darauf abzielen, einen offenen und fairen Online-Handel zu gewährleisten, insbesondere wenn diese Praktiken potenziell marktverzerrend sind oder die wirtschaftliche Macht der großen Online-Plattformen stärken. Bei dieser Option werden sowohl prinzipienbasierte Verbote untersucht, die unabhängig von der Branche gelten, in der die betreffenden Online-Plattformen zwischengeschaltet sind (z.B. ein horizontales Verbot der plattforminternen Selbstpräferenzierung), als auch themenspezifischere inhalt-

liche Regelungen für neu auftretende Probleme, die nur mit bestimmten Akteuren zusammenhängen, z.B. in Bezug auf Betriebssysteme, algorithmische Transparenz oder Fragen im Zusammenhang mit Online-Werbeleistungen.

- o Einzelfallorientierte Annahme weiterer Abhilfemaßnahmen, wo dies notwendig und gerechtfertigt ist. Beispiele für solche Abhilfemaßnahmen, die von einer zuständigen Regulierungsbehörde (die aus Sicht der Kommission prinzipiell auf EU-Ebene agieren würde) angenommen und durchgesetzt würden, könnten plattformspezifische Datenzugangsverpflichtungen außerhalb personenbezogener Daten, spezifische Anforderungen hinsichtlich der Übertragbarkeit personenbezogener Daten oder Interoperabilitätsanforderungen sein. Nach Auffassung der Kommission könnten dabei die Erfahrungen aus der gezielten Regulierung von Telekommunikationsdiensten (trotz bestehender Unterschiede) angesichts der Ähnlichkeiten, die sich aus der Netzwerkkontrolle und den Netzwerkeffekten ergeben, in dieser Hinsicht als Inspiration dienen. Diese zweite Säule eines Ex-ante-Regulierungsrahmens würde sich mit der Vielfalt und schnellen Entwicklung spezifischer Phänomene in der Online-Plattformwirtschaft befassen.

Die verschiedenen politischen Optionen schließen sich aus Sicht der Kommission nicht gegenseitig aus, sodass diese nicht nur alternativ, sondern auch kumulativ als Regelungsoptionen in Betracht kommen könnten.<sup>916</sup>

## II. Berücksichtigung der Untersuchungsergebnisse bei der Ausgestaltung des neuen Rechtsaktes

### 1. Transparenz

Die Digitalisierung der Medien und „insbesondere die Netz- und Plattformökonomie des Internet einschließlich der sozialen Netzwerke“ be-

---

916 Zwischenzeitlich hat die Europäische Kommission am 15. Dezember 2020 ihre Legislativvorschläge vorgelegt, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0825&qid=1614597643982>, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=COM%3A2020%3A842%3AFIN>. Für eine erste Diskussion s. *Ukrow*, Die Vorschläge der EU-Kommission für einen Digital Services Act und einen Digital Markets Act, und detailliert *Cole/Etteldorf/Ullrich*, Updating the Rules for Online Content Dissemination.

günstigen, wie das BVerfG in seinem *Rundfunkbeitrags-Urteil* betont hat, Konzentrations- und Monopolisierungstendenzen bei „Anbietern, Verbreitern und Vermittlern von Inhalten“.<sup>917</sup> Damit erweitert das BVerfG selbst den Kreis der für eine positive Rundfunkordnung bedeutenden Medienakteure über die traditionellen Adressaten, die Rundfunkveranstalter, deutlich hinaus. Dieser Erweiterung kommt zwar keine unmittelbare unionsrechtliche Bedeutung zu. Mit Blick auf ein *level playing field* an der Schnittstelle von grundfreiheitlicher und wettbewerbsrechtlicher Regulierung seitens der EU, fortdauernder mitgliedstaatlicher Prärogative und Letztverantwortung für die Achtung des Pluralismusegebotes in den Medienordnungen ist diese Bestandsaufnahme allerdings auch nicht unionsrechtlich irrelevant. Dies gilt mit Blick auf die Doppelnatur von Medieninhalten als Kultur- wie Wirtschaftsgut auch für den Hinweis des BVerfG in dieser Entscheidung auf „die Gefahr, dass – auch mit Hilfe von Algorithmen – Inhalte gezielt auf Interessen und Neigungen der Nutzerinnen und Nutzer zugeschnitten werden, was wiederum zur Verstärkung gleichgerichteter Meinungen führt“.<sup>918</sup> Solche Angebote seien nicht auf Meinungsvielfalt gerichtet, sondern würden durch einseitige Interessen oder die wirtschaftliche Rationalität eines Geschäftsmodells bestimmt, nämlich die Verweildauer der Nutzer auf den Seiten möglichst zu maximieren und dadurch den Werbewert der Plattform für die Kunden zu erhöhen. Insoweit seien auch Ergebnisse in Suchmaschinen vorgefiltert und teils werbefinanziert, teils von „Klickzahlen“ abhängig. Algorithmischen Prozessen kommt insoweit erkennbar auch Bedeutung im medienwirtschaftlichen Ökosystem zu.

Die Rahmenbedingungen solcher algorithmengestützter Aggregations-, Auswahl- und Empfehlungsprozesse transparent zu machen ist ein in der Linie dieser Erweiterung des Anwendungsbereichs auf die wirtschaftliche Dimension von medienbezogenen Geschäftsmodellen zumindest naheliegende, wenn nicht im Interesse der Kohärenz von mit Transparenzpflichten verbundenen Grundfreiheitsbeschränkungen gebotene gesetzgeberische Reaktion.<sup>919</sup>

Unionsrechtlich unter ökonomischem Blickwinkel auferlegte Offenlegungspflichten in Bezug auf algorithmengestützte Aggregations-, Auswahl- und Empfehlungsprozesse können dabei einen wesentlichen Beitrag dazu liefern, neuen Unsicherheiten hinsichtlich Glaubwürdigkeit von Quellen

---

917 BVerfG, Urteil vom 18.07.2018, 1 BvR 1675/16, Rn. 79.

918 BVerfG, Urteil vom 18.07.2018, 1 BvR 1675/16, Rn. 79.

919 Vgl. zur Bedeutung von Transparenz auch O’Neil, Angriff der Algorithmen, S. 288 f.; Schallbruch, Schwacher Staat im Netz, S. 22; Ukrow, Algorithmen, APIs und Aufsicht, S. 8 f.



und Wertungen entgegenzuwirken. Sie entlasten den einzelnen Nutzer bei der Verarbeitung und massenmedialen Bewertung, die er aus Sicht des BVerfG<sup>920</sup> übernehmen muss, nachdem herkömmliche Filter professioneller Selektionen durch die Digitalisierung der Medien an Bedeutung eingebüßt haben.<sup>921</sup>

Schon das geltende unionale Medienrecht weist Anknüpfungspunkte auf, die mit Blick auf Gefährdungslagen durch unzureichende Transparenz des Handelns von neuen medien(verfassungs-)rechtlich relevanten Akteuren wie Anbieter von Medienplattformen, Benutzeroberflächen, Medienintermediären und Sprachassistenten ggf. aktiviert werden können. Denn im Rundfunkstaatsvertrag sind bereits Transparenzpflichten zumindest auch für private Medienakteure niedergelegt. Beachtung verdienen insoweit insbesondere Informationspflichten zur Identifizierung von Medienakteuren und Regelungen des Rechts kommerzieller Kommunikation. Die betreffenden Pflichten sind in der aktuellen Formulierung allerdings nicht geeignet, unmittelbar auf Herstellung von Transparenz ihres Handelns gerichtete Aufsichtshandlungen gegenüber den genannten neuen Medienakteuren auszulösen: Ein allgemeines, auch neue Akteure umfassendes Transparenzgebot für alle an der medialen Wertschöpfungskette Beteiligten lässt sich dem aktuellen medienrechtlichen Normenmaterial schon mit Blick auf die Grenzen, die einer erweiternden Auslegung sekundären Unionsrechts letztlich durch das Prinzip der begrenzten Ermächtigung gesetzt sind, nicht entnehmen. Auch aus verfassungsrechtlichen Erwägungen<sup>922</sup> lässt sich eine solche operationalisierbare Transparenzpflicht nicht ableiten: Auch aus dem unionalen Verfassungsrecht lässt sich allenfalls die Pflicht zur Transparenz, nicht deren Ausformung im Einzelnen ableiten. Eine sinngemäße Erweiterung der entsprechenden Tatbestände würde mit Blick auf das gleiche Regelungsziel jedoch möglich sein.<sup>923</sup>

Wenn einem digitalen Dienst seitens eines Nutzers eine Mitteilung gemacht wird, in der dieser um die Entfernung oder Sperrung des Zugangs zu illegalen Online-Inhalten illegale Online-Inhalte (z.B. illegale Aufstachelung zu Gewalt, Hass oder Diskriminierung aus irgendwelchen geschützten Gründen wie Rasse, ethnische Zugehörigkeit, Geschlecht oder sexuelle Orientierung; Material über sexuellen Kindesmissbrauch; terroristische Propaganda; Verleumdung; Inhalte, die geistige Eigentumsrechte

---

920 BVerfG, Urteil vom 18.07.2018, 1 BvR 1675/16, Rn. 80.

921 Vgl. *Ukrow*, Algorithmen, APIs und Aufsicht, S. 9.

922 Vgl. hierzu z.B. *Bröhmer*, Transparenz als Verfassungsprinzip.

923 Vgl. im Einzelnen bereits *Ukrow/Cole*, Zur Transparenz von Mediaagenturen, S. 46 ff.

verletzen, Verstöße gegen das Verbraucherrecht) gebeten wird, entspricht es dem Transparenzgedanken, dass der Nutzer über im Ergebnis dieser Mitteilung getätigte Maßnahme informiert wird.

Solche Transparenzerfordernisse sind im Binnenmarkt der EU ein vertrautes Phänomen; durchgreifende unionsrechtliche Bedenken dagegen, die Transparenzerfordernisse über die bisherigen Informationspflichten hinaus auch auf den Umgang mit Mitteilungen zu illegalen Online-Inhalten auszudehnen, sind dem Grunde nach nicht erkennbar. Sie können zwar bei oberflächlicher Betrachtung nur schwerlich als zur Verwirklichung des Binnenmarktes i.S. des Art. 26 Abs. 1 AEUV (und damit etwa durch Nutzung der Rechtsgrundlage aus Art. 114 AEUV) geboten eingestuft werden. Indessen würden die auf den Umgang mit Mitteilungen bezogenen Informationspflichten diese Einordnung mit den nach Art. 5 der novellierten AVMD-Richtlinie gebotenen Informationen teilen. Stärker noch als bei den Informationspflichten i.S. des Art. 5 AVMD-Richtlinie könnte bei Informationspflichten in Bezug auf den Umgang mit illegalen Online-Inhalten allerdings gelten, dass sie das System einer dezentralen Kontrolle der Anwendung des Unionsrechts stützen.

Zu den Informationspflichten nach Art. 5 der novellierten AVMD-Richtlinie wird im 15. Erwägungsgrund der Richtlinie (EU) 2018/1808 ausgeführt:

*„Transparenz in Bezug auf die Eigentumsverhältnisse im Medienbereich steht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Meinungsfreiheit, einem Eckpfeiler demokratischer Systeme. Informationen über die Eigentümerstruktur von Mediendienstanbietern ermöglichen es Nutzern in Fällen, in denen die Eigentumsverhältnisse zu einer Kontrolle über die Inhalte der angebotenen Dienste oder zur Ausübung eines erheblichen Einflusses auf diese führen, sich ein fundiertes Urteil über die Inhalte zu bilden. Die Mitgliedstaaten sollten in der Lage sein zu bestimmen, ob und inwieweit Angaben zu den Eigentumsverhältnissen eines Mediendienstanbieters für die Nutzer zugänglich sein sollten, sofern der Wesensgehalt der betreffenden Grundrechte und -freiheiten gewahrt wird und diese Maßnahmen notwendig und verhältnismäßig sind.“*

Auch auf den Umgang mit Mitteilungen zu illegalen Online-Inhalten bezogene Informationspflichten müssten selbstverständlich die Freiheit der Medien nach Art. 11 Abs. 2 GRC wahren und zudem in ihrer Ausformung verhältnismäßig sein.

Transparenzaspekte könnten zudem auch im Zusammenhang mit der Funktionsweise von Empfehlungssystemen über die bisherigen Vorgaben der P2B-Verordnung hinaus auch mit Blick auf sonstige Medieninterme-

diäre rechtsharmonisierend fruchtbar gemacht werden. Denn die auffindbaren Informationen über die Funktionsweise der Empfehlungssysteme auf den unterschiedlichen Plattformen sind aktuell sehr unterschiedlich ausgestaltet. Teilweise finden sich diesbezüglich bereits Regelungen wie z.B. in § 93 MStV,<sup>924</sup> in der weit überwiegenden Mehrzahl der Mitgliedstaaten sind sie dagegen bislang nicht etabliert. Mit Blick auf die Doppelnatur von Rundfunk und vergleichbaren Telemedien als Kultur- wie als Wirtschaftsgut hat eine Möglichkeit zur Diskriminierung von Angeboten unmittelbare Binnenmarkt- und Wettbewerbsrelevanz. Insoweit sind Anknüpfungspunkte für eine Regulierung seitens der EU im Kern erkennbar. Allerdings ist derzeit nicht absehbar, dass eine Diskriminierung nach Kriterien erfolgt, die mit dem Integrationsprogramm der EU unvereinbar sind. Eine Gewichtung bei der Auffindbarkeit z.B. nach Sprache des Angebotes bleibt ungeachtet von Bemühungen um die Förderung einer europäischen Öffentlichkeit ein zulässiges Kriterium der Unterscheidung zumindest durch Intermediäre privater Provenienz.

Korrekturbedürftige Transparenzdefizite, die den *effet utile* der bisherigen Informationspflichten in Frage stellen, bestehen im Übrigen nicht zuletzt auch bei der Ermittlung von Verantwortlichen für illegale Online-Inhalte. Registrare verweisen insoweit oftmals auf tatsächliche oder vermeintliche Grenzen, die durch die Datenschutz-Grundverordnung gesetzt sind oder zu sein scheinen. Hinzu kommt, dass die Registrare bislang u.a. in Deutschland nicht verpflichtet sind, angegebene Daten zu verifizieren. Fantasienamen und -anschriften sind Ergebnis dieses sanktionslosen Fehlverhaltens, das die Schutzziele der Informationspflichten nach der AVMD-Richtlinie und ECRL leerlaufen lassen kann. Eine Nachsteuerung bei der Ausgestaltung des Regimes für Informationspflichten, in deren Ergebnis Regulierungsbehörden den Inhalteanbieter zuverlässig identifizieren können, könnte diese Lücke einer effektiven Aufsichtsmöglichkeit zur Einhaltung von EU-Recht durch die jeweils Verantwortlichen schließen.

---

924 Der Medienstaatsvertrag sieht in § 93 vor, dass Anbieter von Medienintermediären zur Sicherung der Meinungsvielfalt die nachfolgenden Informationen leicht wahrnehmbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar machen sollen: (1.) Die Kriterien, die über den Zugang eines Inhalts zu einem Medienintermediär und über den Verbleib entscheiden; (2.) die zentralen Kriterien einer Aggregation, Selektion und Präsentation von Inhalten und ihre Gewichtung einschließlich Informationen über die Funktionsweise der eingesetzten Algorithmen in verständlicher Sprache. Anbieter von Medienintermediären, die eine thematische Spezialisierung aufweisen, sind dazu verpflichtet, diese Spezialisierung durch die Gestaltung ihres Angebots wahrnehmbar zu machen.

## 2. Zum Kriterium der Illegalität des Inhaltes

Als problematisch erweist sich bei dem Bemühen, im Rahmen des *Digital Services Act* Minderjährige angemessen vor schädigenden Verhaltensweisen wie z.B. *Cybergrooming* oder *Bullying* oder entwicklungsbeeinträchtigenden Inhalten zu schützen, bereits die Unterscheidung zwischen illegalen (engl. *illegal*) Inhalten und schädlichen (engl. *harmful*) Inhalten, deren Definition sich teilweise auf europäischer und nationaler Ebene unterscheidet. Während die Europäische Kommission unter „illegalen Inhalten“ augenscheinlich Inhalte versteht, die einen strafrechtlichen Bezug aufweisen, bezeichnet z.B. in Deutschland ein „illegaler Inhalt“ einen Inhalt, der einer Verbotsnorm widerspricht – eine Verbotsnorm muss aber nicht unbedingt strafrechtlich sanktioniert sein, sondern kann auch in Form von Verwaltungsverfahren/Ordnungswidrigkeitsverfahren belangt werden.<sup>925</sup>

Der sehr wichtige Bereich des Schutzes vor entwicklungsbeeinträchtigenden Angeboten droht damit in eine europarechtliche Grauzone geringerer Schutzintensität zu fallen. Denn oftmals umfassen unional anerkannte Ausnahmegesetze lediglich strafrechtliche Verfahren und damit nicht den für den effektiven Jugendmedienschutz notwendigen Bereich der Verwaltungsverfahren/Ordnungswidrigkeitsverfahren. Dies erschwert insbesondere im Online-Bereich die Durchsetzung der Regelungen erheblich. Eine zumindest klarstellende Anpassung des Verständnisses des Begriffes „illegal“ i.S. einer Umfassung auch von verwaltungsrechtlichen Verboten wäre insoweit mit Blick auf die fortdauernd vorgesehene Schutzperspektive in Bezug auf (nicht zuletzt minderjährige) Nutzer von Diensten der Informationsgesellschaft bei der Gestaltung des vorgeschlagenen *Digital Services Act* hilfreich.

---

925 So haben z.B. Anbieter von Angeboten, die geeignet sind, die Entwicklung von Kindern oder Jugendlichen zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit zu beeinträchtigen, nach § 5 JMStV über technische oder zeitliche Instrumente dafür Sorge zu tragen, dass Kinder oder Jugendliche diese üblicherweise nicht wahrnehmen. Ist ein solches Instrument nicht vorhanden, ist das Angebot nach deutschem Verständnis illegal, da es einer Verbotsnorm des JMStV widerspricht. Nach Verständnis des EU-Rechts hingegen wäre das Angebot lediglich schädlich, da der Verstoß nicht strafrechtlich sanktioniert ist.

### 3. Medienregulierung für Dienste der Informationsgesellschaft und neue Medienakteure mittels Selbst-, Ko- und kooperativer Regulierung

Nach Art. 4 a Absatz 1 Satz 1 der novellierten AVMD-Richtlinie „unterstützen (die Mitgliedstaaten) die Nutzung der Koregulierung und die Förderung der Selbstregulierung mithilfe von Verhaltenskodizes, die auf nationaler Ebene in den von dieser Richtlinie koordinierten Bereichen angenommen werden, soweit das nach ihrem jeweiligen Rechtssystem zulässig ist.“

Es liegt mit Blick auf einen möglichst großen Gleichklang grundlegender Strukturprinzipien von AVMD-Richtlinie und ECRL, zu denen bereits derzeit der Grundsatz der grenzüberschreitenden Angebotsfreiheit und das Prinzip der Herkunftslandkontrolle ebenso zählen wie Transparenzgebote in Bezug auf anbieterbezogene Informationspflichten, nahe, auch die Regulierungskonzeption der beiden Regelwerke zu parallelisieren. Damit würde auch den Grundsätzen der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit regulierungstechnisch Rechnung getragen.<sup>926</sup> Zudem würden die Überlegungen in der Mitteilung der Kommission „Bessere Ergebnisse durch bessere Rechtsetzung – Eine Agenda der EU“ fruchtbar gemacht. In dieser Mitteilung betonte die Kommission, dass sie bei der Prüfung von Lösungsansätzen für eine bessere Rechtsetzung gesetzgeberische wie auch nicht-gesetzgeberische Möglichkeiten, die den Grundsätzen für eine bessere Selbst- und Koregulierung entsprechen, in Betracht ziehen würde. Aufbauend auf diesen Überlegungen liegt es im Übrigen, der Konvergenz im Mediensektor entsprechend, nahe, über den vorgeschlagenen *Digital Services Act* das Ziel eines möglichst großen Gleichklangs grundlegender Strukturprinzipien nicht nur für Dienste der Informationsgesellschaft, sondern auch für neue Medienakteure wie z.B. Medienintermediäre vorzusehen.

In den Erwägungsgründen 12 bis 14 der novellierten AVMD-Richtlinie wurde im Blick auf die Regelung von Selbst- und Koregulierung in Art. 4 a dieser Richtlinie ausgeführt:

*„Mehrere Verhaltenskodizes, die in den von der Richtlinie 2010/13/EU koordinierten Bereichen aufgestellt wurden, haben sich nach den Grundsätzen für eine bessere Selbst- und Koregulierung als gut konzipiert bewährt. Das Bestehen eines gesetzgeberischen Auffangmechanismus wurde als wichtiger*

---

926 Vgl. zum Konnex zwischen Selbst- und Koregulierung zu diesen Grundsätzen als Kompetenzzusammenhang Art. 4 a Abs. 2 Unterabs. 2 der AVMD-Richtlinie.

*Erfolgsfaktor bei der Förderung der Einhaltung von Selbst- oder Koregulierungskodizes angesehen. Genauso wichtig ist, dass solche Kodizes konkrete Zielvorgaben und Zielsetzungen enthalten, die eine regelmäßige, transparente und unabhängige Überwachung und Bewertung ihrer Zielerfüllung ermöglichen. In den Verhaltenskodizes sollte auch die wirksame Durchsetzung geregelt werden. Die Selbst- und Koregulierungskodizes, die in den von der Richtlinie 2010/13/EU koordinierten Bereichen angenommen werden, sollen diesen Grundsätzen folgen.*

*Die Erfahrung hat gezeigt, dass sowohl Selbst- als auch Koregulierungsinstrumente, die im Einklang mit den unterschiedlichen Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten angewandt werden, bei der Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus eine wichtige Rolle spielen können. Die Maßnahmen zur Verwirklichung der Ziele von öffentlichem Interesse im Bereich der neuen audiovisuellen Mediendienste sind wirksamer, wenn sie mit der aktiven Unterstützung der Diensteanbieter selbst ergriffen werden.*

*Die Selbstregulierung stellt eine Art freiwillige Initiative dar, die Wirtschaftsteilnehmern, Sozialpartnern, Nichtregierungsorganisationen und Vereinigungen die Möglichkeit gibt, untereinander und füreinander gemeinsame Leitlinien festzulegen. Sie sind für die Ausarbeitung, Überwachung und Durchsetzung der Einhaltung dieser Leitlinien selbst zuständig. Die Mitgliedstaaten sollten im Einklang mit ihren unterschiedlichen Rechtstraditionen die Rolle, die eine wirksame Selbstregulierung als Ergänzung zu den bestehenden Gesetzgebungs-, Gerichts- und Verwaltungsverfahren spielen kann, sowie ihren wertvollen Beitrag zur Verwirklichung der Ziele der Richtlinie 2010/13/EU anerkennen. Die Selbstregulierung sollte jedoch, obwohl sie eine ergänzende Methode zur Umsetzung bestimmter Vorschriften der Richtlinie 2010/13/EU sein kann, die Verpflichtung des nationalen Gesetzgebers nicht ersetzen. In ihrer Minimalform schafft Koregulierung im Einklang mit den Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten eine rechtliche Verbindung zwischen Selbstregulierung und dem nationalen Gesetzgeber. Bei der Koregulierung teilen sich die Interessenträger und die Regierung oder die nationalen Regulierungsbehörden oder -stellen die Regulierungsfunktion. Zu den Aufgaben der einschlägigen öffentlichen Behörden zählen die Anerkennung des Koregulierungsprogramms, die Prüfung seiner Verfahren und die Finanzierung des Programms. Bei der Koregulierung sollten weiterhin staatliche Eingriffsmöglichkeiten für den Fall vorgesehen werden, dass ihre Ziele nicht erreicht werden. Unbeschadet der förmlichen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten bezüglich der Umsetzung fördert die Richtlinie 2010/13/EU die Nutzung der Selbst- und Koregulierung. Dadurch werden weder die Mitgliedstaaten zur Festlegung von Regelungen zur Selbst- oder Koregulierung verpflichtet, noch werden gegenwärtige Koregulierungsinitiativen, die in den*

*Mitgliedstaaten bereits bestehen und effektiv funktionieren, beeinträchtigt oder gefährdet.“*

Diese Erwägungen, namentlich auch definitorischer Art sowie zu Chancen dieser Regulierungsinstrumente für eine effektive Erreichung von Schutzgütern wie den Verbraucherschutz und zu Vorgaben an die Ausgestaltung der Instrumente könnten *mutatis mutandis* auch bei einer Änderung und Ergänzung der ECRL im Rahmen des vorgeschlagenen *Digital Services Act* fruchtbar gemacht werden.<sup>927</sup>

Auch Maßnahmen zur Erreichung der im öffentlichen Interesse liegenden Ziele des vorgeschlagenen *Digital Services Act* namentlich im Bereich neuer Medienakteure dürften sich als wirksamer erweisen, wenn sie mit der aktiven Unterstützung der betroffenen Anbieter selbst ergriffen werden. Die Selbstregulierung sollte jedoch, obwohl sie eine ergänzende Methode zur Durchführung bestimmter Vorschriften einer novellierten und ergänzten ECRL sein könnte, die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Umsetzung nicht zuletzt auch einer (zumindest mittelbar den Medienpluralismus sichernden) Regulierung zu Fragen der Auffindbarkeit durch diese EU-Regulierung nicht vollständig ersetzen. Dem entspricht es, den Mechanismen im MStV wie JMStV und NetzDG folgend, in einem System regulierter Selbstregulierung, das auch als System der Koregulierung bezeichnet wird, weiterhin staatliche Eingriffsmöglichkeiten für den Fall vorzusehen, dass die Ziele der Regulierung über Selbstregulierung allein nicht erreicht zu werden versprechen.

Bei der Koregulierung teilen sich, wie auch in der jüngsten Novelle der AVMD-Richtlinie betont wird,<sup>928</sup> die Interessenträger und die staatlichen Organe oder die nationalen Regulierungsstellen die Regulierungsfunktion. Zu den Aufgaben der einschlägigen öffentlichen Behörden zählen die An-

---

927 Auch in Bezug auf Dienste der Informationsgesellschaft und Medienintermediäre müssten danach die Kodizes – in Entsprechung zu Art. 4 a Abs. 1 Satz 2 der novellierten AVMD-Richtlinie – „a) derart gestaltet sein, dass sie von den Hauptbeteiligten in den betreffenden Mitgliedstaaten allgemein anerkannt werden, b) ihre Ziele klar und unmissverständlich darlegen, c) eine regelmäßige, transparente und unabhängige Überwachung und Bewertung ihrer Zielerfüllung vorsehen und d) eine wirksame Durchsetzung einschließlich wirksamer und verhältnismäßiger Sanktionen vorsehen“.

928 Vgl. den 14. Erwägungsgrund der Richtlinie (EU) 2018/1808 vom 14. November 2018 zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste) im Hinblick auf sich verändernde Marktgegebenheiten.

erkennung des Koregulierungsprogramms, die Prüfung seiner Verfahren und die Finanzierung des Programms. Bei der Koregulierung sollten weiterhin staatliche Eingriffsmöglichkeiten für den Fall vorgesehen werden, dass ihre Ziele nicht erreicht werden.

Für eine Einbeziehung des Ansatzes regulierter Selbstregulierung in das Gefüge des vorgeschlagenen *Digital Services Act*<sup>929</sup> sprechen neben den positiven Erfahrungen, die mit diesem Konzept bereits beim in gleicher Weise wie die Vielfaltssicherung als verfassungsrechtliches Schutzgut anerkannten Jugendschutzes in den Medien gewonnen wurden, ebenso die Grenzen, die generell ausschließlich traditionell hoheitlicher Regulierung unter den Bedingungen von Digitalisierung und Globalisierung gesetzt sind:<sup>930</sup>

- Ein solches traditionelles Regulierungskonzept kann die Interessen der Steuerungsobjekte nur sehr bedingt (namentlich durch die Lobbyarbeit während des Rechtsetzungsprozesses) aufnehmen und daher weniger Kooperations- als Widerstandswillen unter Ausschöpfung der Möglichkeiten des Rechts- und Rechtswegestaates befördern.
- Es zeigt sich ein zunehmendes Wissensdefizit (nicht nur) beim steuernden Hoheitsträger (ob EU oder Staat); selbst Forschungsergebnisse stehen nur begrenzt als Ressource für die Entwicklung einer hinreichend dem Prophylaxe-Gedanken zur Abwehr von Gefährdungslagen für die Vielfalt zur Verfügung; zudem ist solche Beforschung in besonderer Weise auf den Kooperationswillen beforschter Medienakteure angewiesen.
- In den modernen Informations- und Kommunikationsgesellschaften haben sich Meta-Daten über die Gewinnung, Verarbeitung und personalisierte Aufbereitung von Informationen zum wichtigen, oligopolistisch oder gar monopolistisch beherrschten „knappen Gut“ entwickelt; diese Meta-Daten werden daher voraussichtlich immer stärker auch zu einer entscheidenden „Steuerungsressource“ werden, über die EU wie Mitgliedstaaten nicht – auch wenn im konkreten Fall kein Wissensdefizit besteht – wie bei der Ressource „Macht“ privilegiert verfügen, sondern bei der ihnen neue Machttträger gegenüberstehen.

---

929 Vgl. hierzu im Ansatz auch *Russ-Mohl*, Die informierte Gesellschaft und ihre Feinde: Warum die Digitalisierung unsere Demokratie gefährdet, S. 269 ff.

930 Vgl. zum Folgenden im Ansatz bereits *Schulz/Held*, Regulierte Selbstregulierung als Form modernen Regierens, S. A-8; *Ukrow*, Die Selbstkontrolle im Medienbereich in Europa, S. 10 ff.



- Globalisierung erhöht nicht mehr nur wie zu Beginn der rechtsdogmatischen Einordnungen neuer Regulierungssysteme die Möglichkeiten des so genannten „Forum-Shopping“, um nationalen Regulierungen auszuweichen; inzwischen hat die Globalisierung vielmehr dazu geführt, dass der nationale Rechtsraum sämtlicher Staaten der EU als territorialer Anknüpfungspunkt demokratischer Souveränität im Blick auf das Angebot von Medienplattformen, Benutzeroberflächen, Sprachassistenten und Medienintermediäre durch Akteure beherrscht wird, deren Geschäftspolitik unternehmensrechtlich außerhalb der EU bestimmt wird.
- Eigeninitiative, Innovation und Verantwortungsbewusstsein kann nicht gesetzlich erzwungen werden.
- Zudem setzt traditionelle hoheitlich-imperative Steuerung typischerweise punktuell, nicht prozessorientiert an, wie es zur Steuerung bei komplexen regulatorischen Aufgaben, zu denen nicht zuletzt auch die Kontrolle des Einflusses algorithmengestützter Systeme auf die individuelle und öffentliche Meinungs- und Willensbildung zählt, sachgemessen wäre.<sup>931</sup>

Mit Blick auf etwaige auf den demokratischen Prozess bezogene Elemente des *Digital Services Act* verdient im Blick auf Selbstregulierungsansätze besondere Beachtung, dass sich – jenseits der strafrechtlichen Relevanz von Inhalten – unabhängige Überprüfungen von Fakten (sog. Fact Checking) weiterhin als effektiver Weg erweisen könnten, um Falschmeldungen zu identifizieren und darauf gestützte Desinformationskampagnen in ihrer Wirkung zu hemmen.<sup>932</sup> Darüber hinaus ist das Engagement einzelner Medienintermediäre, wie z. B. von Google und Facebook, zu erwähnen,

---

931 Vgl. *Ukrow*, Algorithmen, APIs und Aufsicht. Überlegungen zur organisations- und verfahrensrechtlichen Effektivierung einer positiven Ordnung der Vielfaltsicherung im digitalen Raum – und ein Regelungsvorschlag 2019, S. 16 f.

932 Bisher durchgeführte Studien zeichnen ein gemischtes Bild in Bezug auf die konkrete Wirksamkeit von Faktenprüfern (vor allem im Bereich politischer Informationen). Dabei ist auch und vor allem der Faktor relevant, dass die Rezipienten im digitalen Umfeld die von Faktencheckern korrigierenden Informationen aktiv auswählen oder vermeiden können. Der Beitrag des Fact Checking zur Bekämpfung von Desinformationskampagnen ist aber zumindest nicht insgesamt von der Hand zu weisen. Vgl. für einen Überblick zu Studien sowie für eine Einordnung insbesondere *Hameleers/van der Meer* in: *Communication Research* 2019–2, 227, 227 ff.; sowie *Barrera Rodriguez/Guriev/Henry/Zhuravskaya* in: *Journal of Public Economics* 2020, 104, 104 ff.

die gesicherte Informationen hervorheben und ständig verfügbar im News Feed z.B. zum Thema COVID-19 platzieren.

Während sich dies als Signal für eine Stärkung der Selbstregulierung erweist, gibt es andererseits auch gegenläufige Erfahrungswerte: So enthalten die Self-Assessment Reports (SAR) der Plattformen im Rahmen des Aktionsplans zur Bekämpfung von Desinformation der Europäischen Union Informationen zur Umsetzung der Verpflichtungen des Code of Practice against Disinformation.<sup>933</sup> Einer der größten Kritikpunkte an den SAR ist, dass sich die enthaltenen Daten und Informationen nur auf die europäische Ebene beziehen und nicht auf die einzelnen Mitgliedstaaten heruntergebrochen sind. Damit waren die SAR nicht ausreichend, um eine aussagekräftige und valide Analyse der Einhaltung der Verpflichtungen durchzuführen.

Im Übrigen können i.S. eines kooperativen Regulierungsansatzes auch Projekte, die – insbesondere bei der Meldung i.w.S. illegaler Online-Inhalte – auf eine verstärkte Zusammenarbeit zwischen Strafverfolgungsbehörden, Medienregulierern und Medienplayern setzen, dazu beitragen, die Verbreitung illegaler Inhalte im Online-Bereich konsequent zu bekämpfen<sup>934</sup>, was einer der Zwecke des *Digital Services Act* werden könnte.

#### 4. Regulierung nicht der EU zugehöriger Anbieter von Medieninhalten

Im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit identifizieren Regulierungsbehörden der EU zunehmend illegale Inhalte, die aus Drittstaaten stammen, aber auf den jeweiligen mitgliedstaatlichen Markt der Regulierungsbehörde ausgerichtet sind. Dies gilt nicht zuletzt auch für die deutschen Landesmedienanstalten.

Bei Angeboten aus dem Nicht-EU-Ausland wenden die Medienanstalten derzeit ein ähnliches Verfahren wie bei EU-Angeboten nach Art. 3 AVMD-

---

933 Hierzu eingehend bereits oben, Abschnitt D.IV.3.

934 Beispielhaft kann insoweit – ohne chronologische Reihenfolge des Entstehens – auf die Projekte des Landesmedienzentrums Baden-Württemberg (<https://www.lmz-bw.de/landesmedienzentrum/programme/respektbw/>), der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien (<https://www.blm.de/konsequent-gegen-hass.cfm>), der Landesanstalt für Medien NRW (<https://www.medienanstalt-nrw.de/themen/hass/verfolgen-statt-nur-loeschen-rechtsdurchsetzung-im-netz.html>) sowie der Landeszentrale für Medien und Kommunikation Rheinland-Pfalz (<https://medienanstalt-rlp.de/medienregulierung/aufsicht/verfolgen-und-loeschen/>) hingewiesen werden.

Richtlinie resp. Art. 3 ECRL an. Auch wenn ein solches Verfahren nicht gesetzlich vorgeschrieben ist, wird im ersten Schritt die nationale Regulierungsbehörde des Herkunftslands zu dem Sachverhalt konsultiert.

Die zuständigen Behörden im Herkunftsstaat werden über das Angebot und die festgestellten Verstöße informiert und um Maßnahmen gebeten. Dies gilt sowohl für die Herkunftsländer von Inhalteanbietern als auch von Host-Providern. Schließt das Herkunftsland ein Eingreifen aus, erweist sich die Reaktion als unangemessen lang oder mit Blick auf das geschützte Rechtsgut als unzureichend, werden eigene Maßnahmen nach Anhörung des Anbieters ergriffen.<sup>935</sup>

Ziel des vorgeschlagenen *Digital Services Act* könnte es vor diesem Hintergrund auch sein mitgliedstaatliche Vorkehrungen einzufordern oder zu fördern, damit Unternehmen aus Drittstaaten nicht zu einfach durch Zuordnung zur Rechtshoheit eines Mitgliedstaates in den Genuss des Herkunftslandprinzips des EU-Binnenmarkts und des Haftungsprivilegs der ECRL gelangen, deren Geltung im EU-Binnenmarkt an die Einhaltung von gewissen Mindeststandards zum Schutz von Gemeinwohlinteressen gekoppelt ist. An solchen Mindeststandards fehlt es im Verhältnis zu Dienstleistern mit Sitz außerhalb der EU. Um ein unkoordiniertes regulatorisches Vorgehen gegen Unternehmen aus Drittstaaten zu vermeiden, erscheinen zudem unionale Vorgaben zu nachhaltigen und wirksamen Abreden zum Vorgehen gegen Unternehmen aus Nicht-EU-Drittstaaten zwischen den nationalen Regulierungsbehörden im Rahmen ihrer jeweiligen europäischen Gruppen (vor allem ERGA und GEREK) zielführend.

Da in Bezug auf Inhalte aus Nicht-EU-Drittstaaten derzeit keine eindeutigen unionsrechtlichen Regelungen bestehen, sind die mitgliedstaatlichen Regulierungsbehörden in diesen Verfahren auf die Kooperation des Herkunftslandes und des Providers angewiesen. Andernfalls bleibt nur der Zugriff auf inländische Dritte wie z. B. Telekommunikationsanbieter oder Zahlungsdienstleister zur Eindämmung des Risikos.

---

935 Im Falle eines Angebots aus Israel, das auf den deutschen Markt ausgerichtet war, hat das zuständige Ministerium ein eigenes Eingreifen abgelehnt und sein Einverständnis mit Maßnahmen seitens der deutschen Medienregulierer erklärt. Nach Anhörung und Erlass eines Bescheids konnte aufgrund der Kooperation des Anbieters eine Anpassung des Angebots erreicht werden (<https://www.medienanstalt-nrw.de/presse/pressemitteilungen/pressemitteilungen-2020/2020/april/coin-master-an-deutschen-jugendschutz-angepasst.html>).

Der geplante neue Glücksspielstaatsvertrag<sup>936</sup> trägt diesem Manko in Bezug auf die Erreichung der in § 1 GlüStV definierten Schutzziele in der Aufsichtspraxis durch ein entsprechendes Verantwortlichkeitsregime Rechnung. § 9 des demnächst zur Unterzeichnung anstehenden Staatsvertrages regelt:

„(1) Die Glücksspielaufsicht hat die Aufgabe, die Erfüllung der nach diesem Staatsvertrag bestehenden oder auf Grund dieses Staatsvertrages begründeten öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen zu überwachen sowie darauf hinzuwirken, dass unerlaubtes Glücksspiel und die Werbung hierfür unterbleiben. Die für alle Länder oder in dem jeweiligen Land zuständige Behörde des jeweiligen Landes kann die erforderlichen Anordnungen im Einzelfall erlassen. Sie kann unbeschadet sonstiger in diesem Staatsvertrag und anderen gesetzlichen Bestimmungen vorgesehener Maßnahmen insbesondere

- 1.jederzeit Auskunft und Vorlage aller Unterlagen, Daten und Nachweise verlangen, die zur Prüfung im Rahmen des Satzes 1 erforderlich sind, sowie zum Zwecke dieser Prüfung während der üblichen Geschäfts- und Arbeitszeiten die Geschäftsräume und -grundstücke betreten, in denen öffentliches Glücksspiel veranstaltet oder vermittelt wird,
- 2.Anforderungen an die Veranstaltung, Durchführung und Vermittlung öffentlicher Glücksspiele und die Werbung hierfür sowie an die Entwicklung und Umsetzung des Sozialkonzepts stellen,
- 3.die Veranstaltung, Durchführung und Vermittlung unerlaubter Glücksspiele und die Werbung hierfür untersagen,
- 4.den am Zahlungsverkehr Beteiligten, insbesondere den Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten, nach vorheriger Bekanntgabe unerlaubter Glücksspielangebote die Mitwirkung an Zahlungen für unerlaubtes Glücksspiel und an Auszahlungen aus unerlaubtem Glücksspiel untersagen, ohne dass es einer vorherigen Inanspruchnahme des Veranstalters oder Vermittlers von öffentlichen Glücksspielen durch die Glücksspielaufsicht bedarf; ... und
- 5.nach vorheriger Bekanntgabe unerlaubter Glücksspielangebote Maßnahmen zur Sperrung dieser Angebote gegen im Sinne der §§ 8 bis 10 des Telemediengesetzes verantwortliche Diensteanbieter, insbesondere Zugangsvermittler und Registrare, ergreifen, sofern sich Maßnahmen gegenüber einem Veranstalter oder Vermittler dieses Glücksspiels als nicht durchführbar oder nicht erfolversprechend erweisen; diese Maßnahmen können auch erfol-

---

936 Die der Europäischen Kommission übermittelte Entwurfsfassung des Staatsvertrages ist abrufbar über <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/de/index.cfm/search/?trisaction=search.detail&year=2020&num=304&mLang=>.

*gen, wenn das unerlaubte Glücksspielangebot untrennbar mit weiteren Inhalten verbunden ist. [...]*“

Überzeugende Gründe, die gegen eine Modellhaftigkeit nicht zuletzt der Regelungen zum IP- und Payment-Blocking bei einer Fortentwicklung der AVMD-Richtlinie wie der ECRL im Interesse einer menschenwürde-, jugend- und verbraucherschützerischen Zielsetzung des vorgeschlagenen *Digital Services Act* sprechen, sind bei Wahrung des unionalen Grundrechtsschutzes in seiner materiell- wie verfahrensrechtlichen Bedeutung nicht ersichtlich.

### 5. Reform der Verantwortlichkeitsregulierung in Bezug auf Service-Provider

Die in der ECRL getroffene Kategorisierung von Providertypen spiegelt den heutigen Stand der Digitalisierung nicht mehr wider.<sup>937</sup> Die Kategorisierung der Dienste entstand zu einer Zeit, in der die auf dem Markt agierenden Dienste viel überschaubarer und klarer abgrenzbar waren. In der Zwischenzeit sind viele Hybridformen entstanden, die je nach Geschäftszweig ihres Unternehmens unterschiedlich einzustufen sind. Ebenso sind Geschäftsmodelle der Diensteanbieter deutlich vielschichtiger geworden, was eine klare Einordnung auch bei einer Schwerpunktbetrachtung schwierig macht.

Auch die Erfahrung aus der Praxis zeigt, dass viele Diensteanbieter bspw. als Host-Provider und als Content-Provider auftreten, d.h. sie verwalten Inhalte Dritter und stellen gleichzeitig eigene Inhalte auf ihrer Plattform zur Verfügung. Aus Sicht der Medienregulierer ist aber schwer einzuordnen, um welche Art von Inhalt es sich im spezifischen Fall handelt, da die Dienste entweder nicht klar gekennzeichnet werden oder nicht unbedingt eindeutig als bestimmte Dienste einzuordnen sind.

Dieser Mehrfachcharakter von Plattformen spiegelt sich auch in den über die letzten Jahre entstandenen europäischen Rechtsakten wider: Jeder dieser Rechtsakte entwickelt seine eigenen Dienste-Definitionen und teilt ihnen neue Verantwortlichkeiten zu (bspw. AVMD-RL – VSP; Urheberrechts-RL – Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten; P2B-VO – Online-Vermittlungsdienste und Online-Suchmaschinen; TERREG-Entwurf – darin werden zwar Hostingdiensteanbieter adressiert, jedoch in

---

937 Eingehend *Cole/Etteldorf/Ullrich*, Cross-border Dissemination of Online-Content, S. 91 ff.

einer neuen Art und Weise, da aktive Pflichten an sie herangetragen werden)<sup>938</sup>.

Neben der Dienstedefinition erscheint auch das Dienste-Haftungsregime zunehmend defizitär – wenn auch nicht in seinem Ausgangspunkt: Bei Vorliegen illegaler Online-Inhalte legt die ECRL bislang ein prioritäres Vorgehen gegen den Anbieter bzw. redaktionell Verantwortlichen des unzulässigen oder schädlichen Inhalts nahe. Dieser Grundgedanke scheint auch bei der Entwicklung des *Digital Services Act* aus Gründen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erhaltenswert. Deshalb sollten sich Verpflichtungen für traditionelle Service-Provider wie auch für neue Medienakteure wie Medienintermediäre, Medienplattformen und Benutzeroberflächen im Wesentlichen auf Mitwirkungspflichten beschränken. Diese Akteure sollten ihrer Gesamtverantwortung für ein freies und rechtskonformes Internet gerecht werden, indem sie unabhängigen Aufsichtsbehörden ermöglichen, bei Bedarf gegen Inhalteanbieter vorzugehen. Konkret erfordert dies die Einräumung von Auskunftsansprüchen für Medienaufsichtsbehörden.

Dies alleine reicht jedoch nach den seit In-Kraft-Treten der ECRL gewonnenen Erfahrungswerten vielfach nicht aus, um Gemeinwohlinteressen, die auch unter dem Schutz der Grundrechte und Grundwerte der EU stehen, zu wahren. Im Blick auf solche Fehlentwicklungen liegt es nahe, auch eine verbindliche Mitverantwortung der Plattformen bei fehlenden Durchsetzungsmöglichkeiten gegen den redaktionell Verantwortlichen eines Medieninhaltes vorzusehen.

Ein zukünftiges Haftungsregime sollte eine Inanspruchnahme des Diensteanbieters durch die Medienaufsicht immer dann ermöglichen, wenn dieser nicht willens oder nicht in der Lage ist, Auskunft über die Identität des rechtsverletzenden Nutzers zu erteilen. Dieses Prinzip ist dem europäischen Rechtsgefüge nicht unbekannt; insoweit könnte der *Digital Services Act* an regulatorische Vorbilder des EU-Rechts anknüpfen.

Dabei ist erwägenswert, den Umfang der Haftung eines Diensteanbieters grundsätzlich am Grad der Anonymisierung, die er für seine Nutzer zulässt, auszurichten: Je stärker ein Dienst auf die Anonymität seiner Nutzer setzt, desto früher scheint es verantwortbar, ihn für Inhalte haften zu lassen, die er nicht selber geschaffen oder sich inhaltlich zu eigen gemacht hat.

Ansatzpunkt einer möglichen Haftung könnte die letzte identifizierbare Person oder Organisation sein. Der Diensteanbieter profitiert in diesem Fall nur dann vom Haftungsprivileg, wenn er als reiner Host von Inhal-

---

938 Vgl. hierzu bereits eingehend in Kapitel D.

ten verifizierter Teilnehmer fungiert. Lässt er eine Anonymisierung auf seiner Plattform zu, kann er sich nicht auf das Haftungsprivileg berufen und haftet für mögliche Rechtsgutsverletzungen. Eine Anonymisierung auf Plattformen bliebe also unter der Voraussetzung möglich, dass der Diensteanbieter zur Bekämpfung von Rechtsverletzungen herangezogen werden kann.

#### 6. *Organisationsrechtliche Optionen für eine verbesserte Durchsetzung von medienbezogenen Gemeinwohlinteressen*

Die Zusammenarbeit der mitgliedstaatlichen im Bereich und mit Bezug zur Medienregulierung tätigen Aufsichtsbehörden und -einrichtungen ist von grundlegender Bedeutung für eine nachhaltige Rechtsdurchsetzung im Netz. Zumindest wenn es gelingt, die Zusammenarbeit der verschiedenen zuständigen Einrichtungen im Bereich der Medienaufsicht, Telekommunikationsaufsicht, Datenschutzaufsicht und Wettbewerbsaufsicht in ihrem jeweiligen europäischen Organisationsverbund (namentlich ERGA, GEREK und EDSA) zu intensivieren und aufgabengerecht auszugestalten, erscheint der Aufbau einer EU-weit tätigen einheitlichen Regulierungsbehörde primärrechtlich problembehaftet – nicht zuletzt mit Blick auf die organisationsrechtliche Prägekraft des Subsidiaritätsprinzips. Die Erfahrungen mit der ERGA und der GEREK legen den Schluss nahe, dass eine dezentrale Struktur im Medienbereich bzw. in Bereichen mit Medienbezug am besten geeignet ist, europäische Grundwerte in ihren jeweiligen nationalen Ausprägungen zu schützen und gleichzeitig eine angemessene Sicherung der Meinungs- und Informationsfreiheit zu gewährleisten.

Dabei gilt es im Ausgangspunkt auch für neuere Medien im Online-Bereich wie auch für neue Medienakteure wie Mediaagenturen und Medienintermediäre, soweit nicht deren ökonomisches Handeln, sondern deren vielfaltsrelevante Aktivitäten in Rede stehen, das in Art. 30 der AVMD-Richtlinie festgeschriebene Prinzip der Staatsferne der Medienaufsicht zu wahren und so die Meinungsfreiheit zu schützen. Eine Aufsicht über vielfaltsrelevante Vorgänge, um die es sich auch bei der Aggregation, Selektion und Präsentation von medialen Inhalten in neuer digitaler Form handelt, durch eine Behörde, und sei es eine der Europäischen Union, die nicht in gesellschaftlicher Rückkopplung, sondern staatlich oder supranational geprägt agiert, ist mit dem demokratischen Verständnis einer von staatlichen und Einflüssen von EU-Organen unabhängigen Medienlandschaft, wie es für die EU durch deren Grundrechtsgebundenheit vorgegeben ist, nicht vereinbar.

Auch soweit Art. 30 der AVMD-Richtlinie eine finanzielle und personelle Ausstattung von Regulierungsstellen fordert, die diesen die Möglichkeit eröffnet, ein möglichst ganzheitliches Regulierungskonzept zu verfolgen, kommt dieser organisationsrechtlichen Konzeption Vorbildfunktion auch für die Regulierung neuer vielfaltsrelevanter Medienakteure zu. Dies setzt nicht zuletzt auch die Einbindung von Expertise in den Bereichen der Plattformökonomie und der künstlichen Intelligenz, insbesondere auch mit Blick auf algorithmische Aspekte der Auffindbarkeitsregulierung, voraus.

Es bedarf außerdem verbesserter rechtsverbindlicher Grundlagen für eine wirksame grenzüberschreitende Zustellung und Vollstreckung von Bescheiden und Entscheidungen der Medienregulierungsbehörden. Die zugrundeliegenden Verfahren müssen klarer und einfacher sein als diejenigen in europäischen und internationalen Abkommen, die sich auf Zivil- und Handelsstreitigkeiten beschränken (z. B. Verordnung (EG) Nr. 1393/2007 über die Zustellung von Schriftstücken; Haager Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke; Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen). Medienaufsichtsbehörden benötigen zudem Rechtshilfefähigkeit, um in bestimmten internationalen Sachverhalten zu einer effizienteren Rechtsdurchsetzung zu gelangen.