

Fachbereich Rechtswissenschaft

Arbeitspapier Nr. 3/2022

Zu Risiken und Nebenwirkungen des Gesetzes über digitale Dienste (Digital Services Act)

*Alexander Peukert**

Erscheint in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV) 2022

Zitiervorschlag: Peukert, Zu Risiken und Nebenwirkungen des Gesetzes über digitale Dienste (Digital Services Act), Arbeitspapier des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt/M. Nr. 3/2022, Rn.

Zusammenfassung: Der Beitrag nimmt kritisch zum gegenwärtig anhängigen EU-Gesetz über digitale Dienste (Digital Services Act, DSA) Stellung. Die Kernthese lautet: Big Tech muss reguliert werden, aber nicht wie im DSA vorgesehen. Zur Untermauerung dieser Position werden fünf grundlegend problematische Aspekte des DSA benannt. Es wird gezeigt, dass die derzeit verhandelten Fassungen des DSA (1) die Vertragsfreiheit nicht kommunikationsmächtiger Vermittlungsdienste missachten, (2) automatisiertes Overblocking begünstigen, (3) auch legale, aber in unspezifischer Weise „schädliche“ Äußerungen ins Visier nehmen, (4) einen vagen und für die Kommunikationsregulierung generell unpassenden Risikopräventionsansatz verfolgen und (5) eine Kommunikationsüberwachungsbürokratie errichten, die ihrerseits keinen zureichenden öffentlich-demokratischen Kontrollen unterliegt. Als Reaktion auf diese Befunde wird vorgeschlagen, (1) nur sehr großen Online-Plattformen inhaltliche Vorgaben im Hinblick auf ihre AGB zu machen, (2) die Verpflichtung/Berechtigung zum Einsatz automatischer Moderationssysteme auf offensichtlich rechtswidrige Inhalte zu beschränken, (3) im DSA auch keine indirekten Pflichten zur Unterdrückung legaler, aber „schädlicher“ Inhalte vorzusehen, (4) das systemische Risiko des Art. 26 Abs. 1 Buchst. c DSA ersatzlos zu streichen und (5) die DSA-Bürokratie staatsfern auszugestalten und einer parlamentarischen Kontrolle zu unterwerfen.

* Dr. iur., Professor für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht an der Goethe-Universität Frankfurt am Main.

I. Der DSA im Kontext der unionalen Digitalregulierung

- 1 Die Europäische Union spielt in der globalen Plattformökonomie praktisch nur als Absatzmarkt eine Rolle. Die hierzulande populären Online-Plattformen werden von Anbietern aus Drittstaaten bereitgestellt; US-Unternehmen verwalten 90 % der EU-Daten.¹ Regulatorisch hingegen möchte die EU „als selbstbewusster Akteur“ nicht nur ihre digitale Souveränität wahren, sondern eine globale Führungsrolle übernehmen.² Seit Jahren steht die Digitalpolitik hoch auf ihrer Agenda. Geleitet ist diese Politik zum einen vom Binnenmarktgedanken, zum anderen vom Bestreben, „strenge[n] Regeln zur Wahrung europäischer Werte“ zu etablieren.³ Die in Kraft getretenen oder noch anhängigen Digitalrechtsakte betreffen den Verbraucher- und Wettbewerbsschutz, die Datenökonomie, Künstliche Intelligenz und nicht zuletzt Maßnahmen gegen die Verbreitung illegaler Inhalte, insbesondere urheberrechtsverletzende und terroristische.⁴
- 2 Einen Eckstein dieser umfassenden Digitalstrategie bildet das Gesetz über digitale Dienste – geläufig unter seinem englischen Kurztitel „Digital Services Act“ (DSA). Der DSA wurde am 15.12.2020 von der Kommission vorgeschlagen und befindet sich, nachdem Rat und Parlament ihre jeweiligen Positionen im Winter 2021/2022 festlegten, zur Zeit der Abfassung dieses Beitrags in der Phase der interinstitutionellen

¹ Europäische Kommission, Digitaler Kompass 2030: der europäische Weg in die digitale Dekade, COM(2021) 118, Fn. 8.

² Europäische Kommission (Fn. 1), COM(2021) 118, 1, 6; Europäische Kommission, Europäische Erklärung zu den digitalen Rechten und Grundsätzen für die digitale Dekade, COM(2022) 28, Kapitel I.

³ Europäische Kommission (Fn. 1), COM(2021) 118, 1.

⁴ Siehe <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en> sowie

- Verordnung 2018/302 über Maßnahmen gegen ungerechtfertigtes Geoblocking, ABl. L 60 I/1; Richtlinie 2019/770 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABl. L 136/1; Verordnung 2019/1150 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten, ABl. L 186/57; Richtlinie 2019/2161 zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union, ABl. L 328/7; Gesetzgebungsverfahren 2020/374 (COD) für eine Verordnung über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor;

- Gesetzgebungsverfahren 2020/340 (COD) für eine Verordnung über europäische Daten-Governance; Gesetzgebungsverfahren 2022/47 (COD) on harmonised rules on fair access to and use of data (Data Act);

- Gesetzgebungsverfahren 2021/106 (COD) für eine Verordnung zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für Künstliche Intelligenz (Gesetz über Künstliche Intelligenz, GKI);

- Richtlinie 2019/790 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt, ABl. L 130/92; Verordnung 2019/1148 über die Vermarktung und Verwendung von Ausgangsstoffen für Explosivstoffe, ABl. L 186/1; Verordnung 2021/784 zur Bekämpfung der Verbreitung terroristischer Online-Inhalte, ABl. L 172/79.

Trilog-Verhandlungen.⁵ Die Zwecksetzung dieses neuen „Grundgesetzes für Online-Dienste“⁶ entspricht der generellen Stoßrichtung der unionalen Digitalpolitik. Der Rechtsakt soll einen Beitrag zum reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts für Vermittlungsdienste leisten und einheitliche Regeln für ein „sicheres, vorhersehbares und vertrauenswürdiges Online-Umfeld, in dem die in der Charta verankerten Grundrechte wirksam geschützt sind,“ festlegen.⁷

- 3 Zur Erreichung dieser Ziele werden für Online-Vermittlungsdienste bedingte Haftungsbefreiungen sowie besondere Sorgfaltspflichten nebst Vorschriften zu ihrer Durchsetzung statuiert.⁸ Während Kapitel II des DSA die Haftungsprivilegierungen der E-Commerce-Richtlinie⁹ weitgehend unverändert fortschreibt, gelten die positiven „Sorgfaltspflichten für ein transparentes und sicheres Online-Umfeld“ (Kapitel III, Art. 10-37 DSA-E) und die Vorschriften zu ihrer Durchsetzung (Kapitel IV, Art. 38-70 DSA-E) zu Recht als „Quantensprung in der Plattformregulierung“.¹⁰ Die positiven Sorgfaltspflichten zeichnen sich durch einen sehr weiten Anwendungsbereich und hohen Abstraktionsgrad aus. Erfasst sind sämtliche Access-, Caching- und Host-Provider sowie möglicherweise auch Suchmaschinenbetreiber, die unabhängig von ihrem Niederlassungsort Dienste für Nutzer in der EU erbringen.¹¹ Ihnen wird vorgegeben, wie sie ihre Dienste anzubieten und abzuwickeln haben, insbesondere im Hinblick auf „illegale“, d.h. gesetzwidrige Inhalte aller Art.¹² Die Sorgfaltspflichten der Art. 8-13 DSA-E gelten für sämtliche Vermittlungsdienste, die Art. 14 f. zusätzlich für alle Host-Provider, die Art. 16-24 DSA-E zusätzlich für Online-Plattformen jenseits

⁵ Gesetzgebungsverfahren 2020/361 (COD); Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG, 15.12.2020, COM(2020) 825 (im Folgenden DSA-E); Rat der EU, Allgemeine Ausrichtung, 18.11.2021, Dokument 13203/21 (im Folgenden DSA-E Rat); Europäisches Parlament, Abänderungen, 20.1.2022, Dokument P9_TA(2022)0014 (im Folgenden DSA-E Parlament); Tabellarische Gegenüberstellung der drei Positionen in Ratsdokument 5620/22 v. 1.2.2022.

⁶ Schmid/Grewe, MMR 2021, 279.

⁷ Art. 1 Abs. 2 i.V.m. Art. 2 Buchst. d DSA-E; primär auf den Binnenmarktgedanken abstellend Art. 1 Abs. 0 DSA-E Rat (Fn. 5) („Das Ziel dieser Verordnung besteht darin, durch die Festlegung harmonisierter Regeln für ein sicheres, berechenbares und vertrauenswürdiges Online-Umfeld, in dem die in der Charta verankerten Grundrechte wirksam geschützt sind, einen Beitrag zum reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts für Vermittlungsdienste zu leisten.“).

⁸ Art. 1 Abs. 1 DSA-E.

⁹ Richtlinie 2000/31 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABl. L 178/1.

¹⁰ Denga, EuR 2021, 569, 594.

¹¹ Art. 1 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Buchst. d DSA-E. Zu Suchmaschinen vgl. Art. 2 Buchst. f 4. Spiegelstrich DSA-E Rat (Fn. 5); Janal, ZEuP 2021, 227, 254.

¹² Art. 2 Buchst. g DSA-E.

von Kleinunternehmen und die Art. 25-33 zusätzlich für sehr große Online-Plattformen sowie nach Auffassung des Rates auch für sehr große Online-Suchmaschinen.¹³ Hierbei handelt es sich um prozedurale Pflichten zur Durchführung bestimmter Verfahren. Hingegen regelt der DSA nicht, welche Inhalte illegal sind. Diese materiellrechtliche Vorfrage bleibt vielmehr dem unionalen und mitgliedstaatlichen Recht vorbehalten, „ungeachtet des genauen Gegenstands oder der Art der betreffenden Rechtsvorschriften“.¹⁴

- 4 Obwohl es sich beim DSA mithin qualitativ und auch quantitativ – der Kommissionsvorschlag umfasst auf 95 Druckseiten mehr als 100 Erwägungsgründe und 70 Artikel; der Bericht des Parlaments ist 987 Seiten lang¹⁵ – um ein legislatives „Mega-Vorhaben“ handelt,¹⁶ wird mit einem Erlass der Verordnung noch in diesem Jahr gerechnet. Zu optimistisch erscheint diese Prognose nicht, denn die drei EU-Gesetzgebungsorgane, die Mitgliedstaaten einschließlich der Bundesrepublik Deutschland sowie die juristische Fachöffentlichkeit sind sich darin einig, dass der DSA grundsätzlich ein wichtiger und richtiger Schritt ist, der zügig in Kraft treten sollte. Die offenen Streitpunkte betreffen Einzelheiten im Hinblick auf weitere Verschärfungen der Sorgfaltspflichten (etwa für Online-Marktplätze) und die Kompetenzverteilung zwischen Kommission und Mitgliedstaaten.¹⁷ Nicht zuletzt steht die im DSA zum Ausdruck kommende Tendenz, Online-Vermittlungsdienste und insbesondere Big Tech (Meta/Facebook/Instagram, Alphabet/Google/YouTube, Twitter, Amazon, Microsoft und TikTok) stärker zur Verantwortung zu ziehen, im Einklang mit der

¹³ Vgl. Art. 33a DSA-E Rat (Fn. 5).

¹⁴ Art. 2 Buchst. g a.E. DSA-E.

¹⁵ Europäisches Parlament, Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz, Bericht über den Vorschlag für eine Verordnung über einen Binnenmarkt für digitale Dienste (Gesetz über digitale Dienste), 20.12.2021, Dokument A9-0356/2021.

¹⁶ *Holzner*, CR 2021, 123.

¹⁷ DSA-E Rat (Fn. 5), 2, 4 (die Mitgliedstaaten befürworten den großen Ehrgeiz des Vorschlags, seine übergeordneten Ziele und die Notwendigkeit einer raschen Annahme nachdrücklich und allgemein); EP Bericht DSA (Fn. 15), 258; Beschluss des Bundesrates, BR-Drucks. 96/21, 2; Bundesregierung: BT-Drucks. 20/534, S. 21. Aus der Literatur *Rössel*, AfP 2021, 93 ff.; *Kühling*, ZUM 2021, 461 ff. (durchaus positive Bilanz); *Spindler*, GRUR 2021, 653, 661 (weltweit wohl einer der mutigsten Schritte); *Janal*, ZEuP 2021, 227, 271 (grundsätzlich gelungener erster Aufschlag); *Busch/Mak*, EuCML 2021, 109 (welcome development); *Gerpott*, WuW 2021, 481, 487 (Vorschlag grundsätzlich geeignet); *Kaesling*, ZUM 2021, 177, 183 (der DSA-E füge sich in die Evolution der Plattformregulierung in der EU ein); *Kuß/Lehmann*, DB 2021, 605, 609 (der Binnenmarkt dürfte nachhaltig gestärkt werden); *Beck*, DVBl 2021, 1000, 1002 (grundsätzlich positiv zu bewerten); *Leistner*, GRUR Int. 2021, 515 (the proposal „in general deserves approval“); *Cole/Etteldorf/Ullrich*, Updating the rules for online content dissemination, 2021, 229 („Without any doubt, the Proposals are to be welcomed“); *Richter/Straub/Tuchtfeld* (Hrsg.), To Break Up or Regulate Big Tech? Avenues to Constrain Private Power in the DSA/DMA Package, 2021.

Auffassung des Bundesverfassungsgerichts, wonach die mediale Netz- und Plattformökonomie des Internets mit ihren Konzentrations- und Monopolisierungstendenzen unter den Anbietern und „neuen Unsicherheiten hinsichtlich Glaubwürdigkeit von Quellen und Wertungen“ auf Seiten der Rezipienten der flankierenden Regulierung bedarf.¹⁸

- 5 Der folgende Beitrag formuliert eine Gegenposition zu diesem rechtspolitischen Konsens. Die Kernthese lautet: Big Tech muss reguliert werden, aber nicht so. Zur Untermauerung dieser Position werden in Abschnitt II fünf grundlegend problematische Aspekte des DSA benannt. Es wird gezeigt, dass die derzeit verhandelten Fassungen des DSA (1) die Vertragsfreiheit nicht kommunikationsmächtiger Vermittlungsdienste missachten, (2) automatisiertes Overblocking begünstigen, (3) auch legale, aber in unspezifischer Weise „schädliche“ Äußerungen ins Visier nehmen, (4) einen äußerst vagen und für die Kommunikationsregulierung generell unpassenden Risikopräventionsansatz verfolgen und (5) eine Kommunikationsüberwachungsbürokratie errichten, die ihrerseits keinen zureichenden öffentlich-demokratischen Kontrollen unterliegt.¹⁹
- 6 Normatives Leitbild der folgenden Kritik ist die individuelle und gesellschaftliche Autonomie von Kommunikationsprozessen.²⁰ Dem einzelnen Kommunikationsteilnehmer ist auch unter Online-Bedingungen zuzutrauen, sich auf der Grundlage einer Debatte, die allgemeine Gesetze und Rechte Dritter achtet, eigenverantwortlich eine informierte Auffassung zu bilden, was wahr und was richtig ist.²¹ Eine hoheitliche Steuerung dieses Prozesses hat zu unterbleiben.

¹⁸ BVerfG, ZUM 2018, 680 Rn. 79 f. m.w.N. – Rundfunkbeitrag; zweifelnd *Cornils*, ZUM 2019, 89, 94 f.

¹⁹ Eine Kurzfassung dieser fünf Punkte findet sich in *Peukert*, in: Richter/Straub/Tuchtfeld (Fn. 17), 22 ff.

²⁰ Vgl. *Cornils*, ZUM 2019, 89, 94; *Ingold*, MMR 2020, 82, 84; ferner *Vesting*, JZ 2020, 975 ff.

²¹ Zu Faktenchecks auf Facebook in diesem Sinne *Peukert*, WRP 2020, 391 Rn. 42.

II. Fünf problematische Aspekte des DSA

1. Vertragsfreiheit der Diensteanbieter

- 7 Der erste problematische Aspekt des DSA betrifft die Vertragsfreiheit der Diensteanbieter. Anders als dies der Fokus zahlreicher Vorschriften des DSA auf illegale, also gesetzwidrige Inhalte vermuten lässt, regelt der DSA auch die privatautonome Ausgestaltung der Vermittlungsdienste jenseits allgemeiner Gesetze und Rechte Dritter. Art. 12 und 20 Abs. 4 DSA-E machen Vorgaben zur Transparenz und wohl (s.u.) auch zum Inhalt allgemeiner Geschäftsbedingungen.²² Art. 2 Buchst. p DSA-E definiert die „Moderation von Inhalten“ als jede „Tätigkeit der Anbieter von Vermittlungsdiensten, mit denen illegale Inhalte *oder Informationen, die von Nutzern bereitgestellt werden und mit den allgemeinen Geschäftsbedingungen des Anbieters unvereinbar sind*, erkannt, festgestellt und bekämpft werden sollen“ (Hervorh. v. Verf.). Diese umfassend verstandene Moderationstätigkeit zur Durchsetzung gesetzlicher und vertraglicher Kommunikationsregeln wird im DSA ihrerseits Transparenz- und Begründungspflichten sowie Risikobewertungs- und Risikominderungspflichten unterworfen.²³
- 8 Einerseits spiegelt dieser umfassende Anwendungsbereich des DSA in zutreffender Weise die Praxis sehr großer Online-Plattformen wider. Ihre Moderationstätigkeit stützt sich vorrangig und auch in der Sache weit überwiegend auf ihre weltweit einheitlichen AGB und nur vereinzelt darüber hinaus auf nationale Gesetze wie das NetzDG.²⁴ Diese private Plattformgovernance unterliegt zwar bereits de lege lata der Transparenz- und Inhaltskontrolle des allgemeinen, grundrechtskonform auszulegenden AGB-Rechts.²⁵ Die AGB-bezogenen Vorschriften des DSA würden

²² Definiert in Art. 2 Buchst. q DSA-E als „alle Bestimmungen, Bedingungen oder Spezifikationen, ungeachtet ihrer Bezeichnung oder Form, die die vertraglichen Beziehungen zwischen dem Anbieter von Vermittlungsdiensten und den Nutzern regeln“; zu Facebooks Nutzungsbedingungen und Gemeinschaftsstandards als AGB i.S.d. §§ 305 ff. BGB siehe BGH, ZUM 2021, 953 Rn. 32 – Hassrede-AGB.

²³ Vgl. Art. 13 Abs. 1 Buchst. b, 15 Abs. 2 Buchst. e, 26 i.V.m. 27 Abs. 1 Buchst. a DSA-E.

²⁴ Peukert, Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz: Entwicklung, Auswirkungen, Zukunft, Arbeitspapier des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt/M. Nr. 2/2022, Rn. 18 ff. (dort auch zu den Wechselbeziehungen zwischen NetzDG und den AGB der sozialen Netzwerke); Schweitzer, ZEuP 2019, 1 ff.

²⁵ BGH, ZUM 2021, 953 – Hassrede-AGB; zustimmend Holzner, CR 2021, 733 ff.; mit Blick auf das Ergebnis auch Krönke, ZUM 2022, 13 ff.

diese Rahmenbedingungen aber präzisieren und in ihrer Durchsetzung wesentlich stärken.

- 9 Andererseits muss eine solche Regulierung vertraglicher Beziehungen zwischen Diensteanbietern und ihren Kunden/Nutzern die Privatautonomie der Beteiligten achten. Mit seiner Ausrichtung auf den Binnenmarkt anerkennt und bekräftigt der DSA, dass sich Vermittlungsdienste weiterhin im freien Wettbewerb entwickeln sollen. Die Fortschreibung der Haftungsprivilegierungen der E-Commerce-Richtlinie bestätigt ferner, dass es sich um grundsätzlich legale, erwünschte Dienste handelt, deren konkrete Ausgestaltung den Anbietern obliegt. Diese unternehmerische und auch kommunikative Freiheit genießt den Schutz des Art. 16 und ggf. auch des Art. 11 Abs. 2 GRCharta.²⁶
- 10 Die auf Dienste-AGB bezogenen Sorgfaltspflichten des DSA werden dieser empirisch-normativen Ausgangslage nicht gerecht. Keine ist spezifisch auf sehr große Online-Plattformen bezogen, obwohl gerade diese Akteure auf Basis weltweit standardisierter Vertragsregeln operieren, die keineswegs zwingend „europäischen Werten“ entsprechen müssen. Im Gegenteil: Die zentrale Vorschrift zu AGB, Art. 12 DSA-E, ist im Abschnitt für sämtliche Anbieter von Vermittlungsdiensten geregelt, sie ist also selbst von kleinen und kleinsten Access-, Caching- und Host-Providern zu beachten.
- 11 Während dieser Anwendungsbereich für Transparenzvorgaben noch zu rechtfertigen sein mag, geht Art. 12 Abs. 2 DSA-E deutlich zu weit. Nach den Vorstellungen von Kommission und Rat sollen alle Anbieter von Vermittlungsdiensten „bei der Anwendung und Durchsetzung“ ihrer vertraglichen Kommunikationsregeln „sorgfältig, objektiv und verhältnismäßig“ vorgehen und „dabei die Rechte und berechtigten Interessen aller Beteiligten sowie die geltenden Grundrechte der Nutzer“ berücksichtigen.²⁷ Ob dieser Wortlaut lediglich zur konsistenten Implementierung im Übrigen unreglementierter Vertragsbestimmungen verpflichtet oder weitergehend eine unmittelbare Horizontalwirkung aller relevanten Grundrechte auf den Inhalt der

²⁶ *Denga*, EuR 2021, 569, 592 m.w.N.; zu Art. 12 Abs. 1 S. 1, 5 Abs. 1 Satz 1 GG entsprechend BGH, ZUM 2021, 953 Rn. 72-74 – Hassrede-AGB.

²⁷ Vgl. *Denga*, EuR 2021, 569, 580 (eine der wesentlichen Neuerungen der Plattformregulierung).

Vertragswerke impliziert, ist streitig.²⁸ Sollte sich das Parlament mit seinen Änderungsvorschlägen durchsetzen, wäre die Frage im letztgenannten Sinne geklärt. Denn in diesem Fall würden die Diensteanbieter explizit auf die Achtung der „wesentlichen Grundsätze der Grundrechte, die in der Charta verankert sind“ verpflichtet, und hiervon abweichende Vertragsbestimmungen würden für nicht verbindlich erklärt.²⁹

- 12 Eine solch weitreichende und undifferenzierte Drittwirkung der Charta-Grundrechte ist verfassungsrechtlich nicht geboten und schränkt die Vertragsfreiheit kleinerer Diensteanbieter in unverhältnismäßiger Weise ein. Nach der Rechtsprechung des BVerfG gehört es grundsätzlich zur Freiheit jeder Person, „nach eigenen Präferenzen darüber zu bestimmen, mit wem sie wann unter welchen Bedingungen welche Verträge abschließen ... will“.³⁰ Nur in „spezifischen Konstellationen“ wirken Art. 2 Abs. 1 und ggf. Art. 3 Abs. 1 GG auf Privatrechtsverhältnisse ein und begrenzen die prinzipiell bestehende Vertragsfreiheit.³¹ Ob und inwieweit dies für Betreiber der vom DSA erfassten Vermittlungsdienste gilt, ist nicht abschließend geklärt. Für soziale Netzwerke kommt es auf die thematische Ausrichtung der Plattform, die Marktmacht des Anbieters bzw. die Angewiesenheit der Nutzer auf die Plattform und die Interessen der Plattformbetreiber und sonstiger Dritter an.³² Im Fall von Facebook hat der BGH eine „spezifische Konstellation“ als gegeben angesehen und auf dieser Grundlage prozedurale sowie inhaltliche Vorgaben für die Gemeinschaftsstandards formuliert, denen die streitgegenständlichen Gemeinschaftsstandards aber nicht genügten.³³
- 13 Was für Facebook richtig sein mag, ist deshalb aber noch lange nicht für jeden kleinen Host-Provider geboten und zulässig.³⁴ Informations- und Meinungsvielfalt im Internet bedingen eine Vielfalt unterschiedlicher Kommunikationsregeln von Vermittlungsdiensten, manche strenger, manche liberaler. Unter Geltung

²⁸ Vgl. *Appelman/Quintais/Fahy*, Article 12 DSA: Will platforms be required to apply EU fundamental rights in content moderation decisions?, 31.5.2021, <https://dsa-observatory.eu/2021/05/31/article-12-dsa-will-platforms-be-required-to-apply-eu-fundamental-rights-in-content-moderation-decisions/>.

²⁹ Vgl. DSA-E Parlament (Fn. 5), Änderungsvorschläge 513, 538 und 539.

³⁰ BVerfG, NJW 2018, 1667 Rn. 40 – Stadionverbot.

³¹ BVerfG, NJW 2018, 1667 Rn. 38, 41 – Stadionverbot.

³² BVerfG, NJW 2019, 1935 Rn. 15 – Der III. Weg; BGH, ZUM 2021, 953 Rn. 64 – Hassrede-AGB.

³³ BGH, ZUM 2021, 953 Rn. 65 – Hassrede-AGB.

³⁴ Zur BGH-Entscheidung *Holzengel*, CR 2021, 733 Rn. 14; zum DSA daher kritisch *Härtling/Adamek*, CR 2021, 165, 171; vgl. ferner § 1 Abs. 2 NetzDG (Befreiung der Anbieter eines sozialen Netzwerks mit im Inland weniger als zwei Millionen registrierten Nutzern von den meisten NetzDG-Pflichten).

flächendeckend einheitlicher Sprachregeln würde das Lebenselement der freiheitlich-demokratischen Staatsordnung – die ständige geistige Auseinandersetzung, der Kampf der Meinungen – verkümmern.³⁵ Art. 12 Abs. 2 DSA-E sollte daher in den Abschnitt der Sorgfaltspflichten für sehr große Online-Plattformen (und Suchmaschinen) verschoben werden.

2. Overblocking und automatisierte Inhaltmoderation

- 14 Der zweite problematische Aspekt des DSA betrifft den Kern des Rechtsakts, nämlich die Regulierung illegaler Inhalte im Internet. Insoweit ist zunächst daran zu erinnern, dass Diensteanbieter und ihre Nutzer aktive Meinungsfreiheit, passive Informationsfreiheit und Medienfreiheit genießen.³⁶ Geschützt sind demnach alle Äußerungen ungeachtet ihres Gegenstandes, Niveaus oder gesellschaftlichen Nutzens, einschließlich aggressiver und verletzender Aussagen.³⁷ Dies gilt auch im Internet, das nach ständiger Rechtsprechung des EGMR einerseits den Zugang der Allgemeinheit zu Nachrichten und ihre Verbreitung erleichtert, andererseits aber auch ein höheres Gefahrenpotential besitzt als klassische Presseveröffentlichungen.³⁸ In einem freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat kann jedenfalls kein „Null-Risiko“ für illegale Inhalte wie z.B. Urheberrechtsverletzungen verlangt werden, „wenn dies die Sperrung einer nicht vernachlässigbaren Zahl rechtmäßiger Inhalte zur Folge hätte“.³⁹
- 15 Das klassische Argument gegen verschärfte Verhaltenspflichten von Online-Diensten im Hinblick auf illegale Inhalte lautet demgemäß „Overblocking“. Mit der Statuierung erweiterter Compliance-Pflichten für Vermittlungsdienste leiste der Staat einer überschießenden, nicht mehr gerechtfertigten Löschung oder sonstigen Unterdrückung von Meinungen und Tatsachenbehauptungen Vorschub.⁴⁰
- 16 Zu diesem Argument ist zunächst klarzustellen, dass mit Rücksicht auf die Vertragsfreiheit der Diensteanbieter (s.o.) von unzulässigem Overblocking erst die

³⁵ BVerfGE 7, 198, juris Rn. 32 – Lüth.

³⁶ Art. 11 GRCharta, Art. 10 Abs. 1 EMRK.

³⁷ Statt aller BeckOK InfoMedienR/*Cornils*, 34. Ed. 1.2.2021, EMRK Art. 10 Rn. 16 m.w.N.; zu Hassrede als Schutzgegenstand der Meinungsfreiheit a.a.O. Rn. 17.

³⁸ EGMR, NJW 2015, 2863 Rn. 133 – Delfi; EGMR, Urteil v. 23.6.2020, 12468/15 u.a., OOO Flavius u.a. gegen Russland, § 28.

³⁹ Schlussanträge GA Saugmandsgaard Øe, Rs. C-401/19, ECLI:EU:C:2021:613 Rn. 184 – Republik Polen gegen Europäisches Parlament, Rat der Europäischen Union.

⁴⁰ Schlussanträge GA Saugmandsgaard Øe, Rs. C-401/19, ECLI:EU:C:2021:613 Rn. 142 – Republik Polen gegen Europäisches Parlament, Rat der Europäischen Union.

Rede sein kann, wenn der Zugang zu Inhalten unterbunden oder erschwert wird, die weder gegen Gesetze noch gegen wirksame Dienste-AGB verstoßen.⁴¹ Denn selbst sehr große Online-Plattformen sind grundsätzlich berechtigt, ihren Nutzern Kommunikationsstandards vorzugeben, die über die gesetzlichen Äußerungsverbote hinausgehen, insbesondere im Hinblick auf sog. Hassrede.⁴² Mit anderen Worten stellt nicht jede Löschung eines Posts, der im Verhältnis Bürger-Staat von der Meinungsfreiheit gedeckt wäre, einen Fall unzulässigen Overblockings dar. Die Grenzen zwischen zulässiger privatautonomer Dienste-Governance und unzulässigem Overblocking verlaufen dabei von Dienst zu Dienst unterschiedlich, je nach dem Inhalt der oben erwähnten freiheits- und gleichheitsrechtlichen Anforderungen. Generell gilt: Je größer die Kommunikationsmacht eines Diensteanbieters, desto kleiner der privatautonome Spielraum. Facebook z.B. darf nach Auffassung des BGH seine Entscheidungsfreiheit und -macht nicht dazu nutzen, willkürlich und ohne objektiv überprüfbare Tatsachengrundlage bestimmte politische Ansichten zu unterdrücken.⁴³ Auch erweislich wahre Tatsachen genießen besonderen Schutz vor Moderationsmaßnahmen.⁴⁴

- 17 Herkömmlicherweise beruht die Overblocking-These auf der Annahme, dass Vermittler dazu neigten, Inhalte beim geringsten Zweifel an ihrer Rechtmäßigkeit in übertriebenem Eifer zu sperren, um jeglichem Haftungsrisiko zu entgehen.⁴⁵ Inwieweit dies zutrifft, ist umstritten und abhängig u.a. vom Ausmaß des Haftungsrisikos.⁴⁶ Um ein bloß theoretisches Problem handelt es sich jedenfalls nicht. YouTube berichtet allein für das erste Halbjahr 2021 von weltweit mehr als 2,2 Millionen erfolgreichen Einsprüchen gegen Löschungen von Videos aufgrund angeblicher Urheberrechtsverletzungen.⁴⁷ In zahlreichen Put-back-Verfahren vor deutschen Zivilgerichten wurde festgestellt, dass der streitgegenständliche Inhalt weder gegen ein Gesetz noch gegen die Plattformbedingungen verstieß und daher wiederhergestellt

⁴¹ Vgl. auch Art. 17 Abs. 3 S. 2 DSA-E.

⁴² BGH, ZUM 2021, 953 Rn. 78 – Hassrede-AGB.

⁴³ BGH, ZUM 2021, 953 Rn. 81 f. – Hassrede-AGB; *Raue*, JZ 2022, 232, 237.

⁴⁴ OLG Oldenburg, MMR 2020, 41 Rn. 10.

⁴⁵ Schlussanträge GA Saugmandsgaard Øe, Rs. C-401/19, ECLI:EU:C:2021:613 Rn. 142 – Republik Polen gegen Europäisches Parlament, Rat der Europäischen Union unter Verweis auf *Balkin*, Harvard Law Review 127 (2014), 2296 ff.

⁴⁶ Zur Overblocking-Diskussion zum NetzDG *Peukert* (Fn. 24), Rn. 22 m.w.N.

⁴⁷ <https://blog.youtube/news-and-events/access-all-balanced-ecosystem-and-powerful-tools/>.

werden musste.⁴⁸ Art. 17 Abs. 3 S. 2 DSA-E bestätigt die Relevanz dieses Phänomens, indem Online-Plattformen verpflichtet werden, Moderationsentscheidungen und Accountsperrn unverzüglich rückgängig zu machen, wenn eine Nutzerbeschwerde

„ausreichende Gründe für die Annahme [enthält], dass die Informationen, auf die sich die Beschwerde bezieht, weder rechtswidrig sind noch gegen die allgemeinen Geschäftsbedingungen verstoßen, oder ... sie [enthält] Informationen, aus denen hervorgeht, dass das Verhalten des Beschwerdeführers keine Aussetzung oder Kündigung des Dienstes oder Schließung des Kontos rechtfertigt“.

- 18 Diese in ähnlicher Weise auch in § 3b NetzDG vorgesehene, positiv zu bewertende Compliance-Pflicht zur Abwicklung von Gegenvorstellungsverfahren genügt jedoch nicht, um die Gefahr des Overblockings zu bannen. Denn neben der Neigung, lieber zu viel als zu wenig zu löschen, gibt es noch einen weiteren Treiber überschießender Inhaltmoderation: automatische Inhaltserkennungstechnologien und hiermit verknüpfte, wiederum automatische Mechanismen zur vorbeugenden Blockierung, nachträglichen Löschung oder sonstigen Unterdrückung detektierter Inhalte.⁴⁹ Die praktische Bedeutung solch softwarebasierter Plattformgovernance kann kaum überschätzt werden. Wie die folgenden Grafiken zeigen, haben Facebook und YouTube/Google ihre Inhaltmoderation bereits zu mehr als 90 % automatisiert, während menschliche Interventionen den Ausnahmefall bilden.⁵⁰

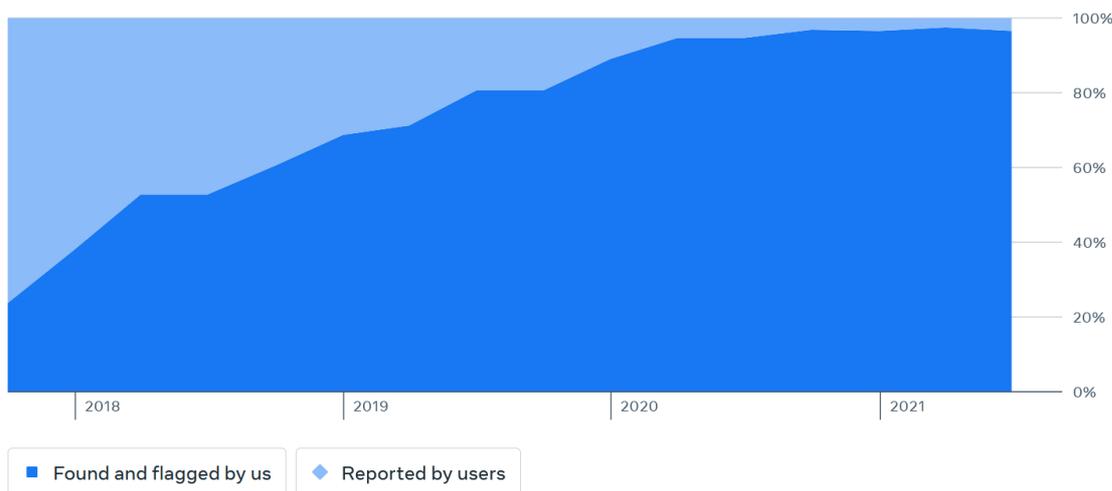
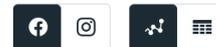
⁴⁸ Bundesrat (Fn. 17), BR-Drucks. 96/21, 13; *Liesching u.a.*, Das NetzDG in der praktischen Anwendung. Eine Teilevaluation des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes, 2021, 89 ff., 363 ff. m.w.N.; Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, Meinungsfreiheit in sozialen Medien, WD 10 - 3000 - 021/21, Mai 2021, 6; siehe auch die „Initiative für Meinungsfreiheit im Netz“, <https://meinungsfreiheit.steinhoefel.de/ueber/>.

⁴⁹ Vgl. § 9 Abs. 1 UrhDaG („Um unverhältnismäßige Blockierungen beim Einsatz automatisierter Verfahren zu vermeiden ...“). Zu den derzeit eingesetzten Technologien Schlussanträge GA Saugmandsgaard Øe, Rs. C-401/19, ECLI:EU:C:2021:613 Rn. 57 f. – Republik Polen gegen Europäisches Parlament, Rat der Europäischen Union; allgemein zur Legalität und Legitimität der algorithmischen Rechtsdurchsetzung *Wagner*, AcP 222 (2022), 56 ff.

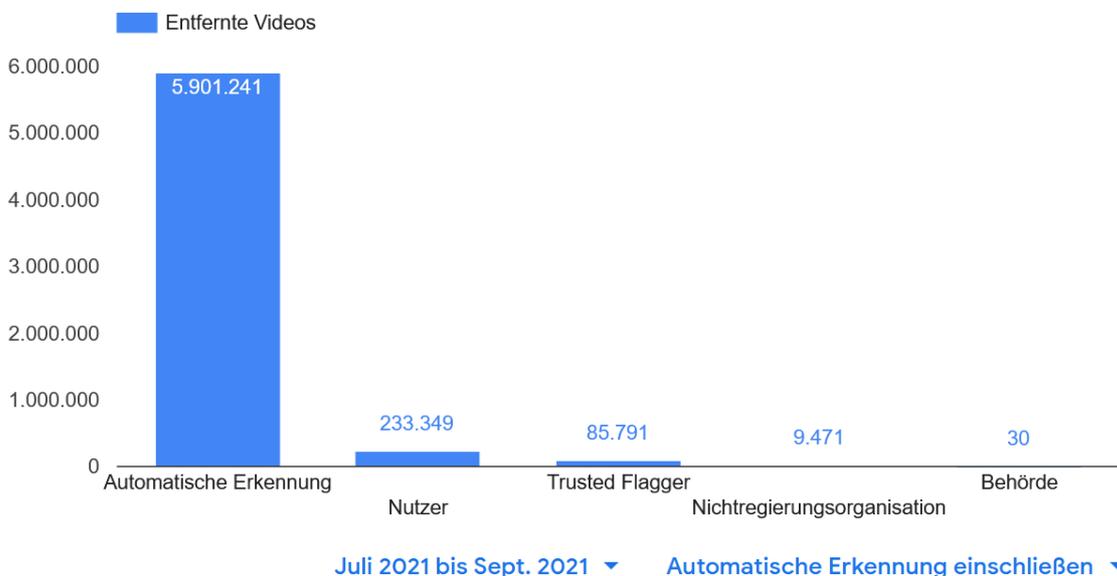
⁵⁰ *Liesching u.a.* (Fn. 48), 359 f.; Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss), Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes, BT-Drucks. 19/29392, 18.

PROACTIVE RATE

Of the violating content we actioned for hate speech, how much did we find before people reported it?



51



52

⁵¹ <https://transparency.fb.com/data/community-standards-enforcement/hate-speech/facebook/>, Grafik gespeichert am 17.2.2022.

⁵² <https://transparencyreport.google.com/youtube-policy/removals>, Grafik gespeichert am 17.2.2022.

- 19 Das Problem dieser millionen- und milliardenfachen Maschinenoperationen ist, dass nach dem derzeitigen Stand der Technik keine verfügbare Technologie die mannigfaltigen rechtlichen Grenzen zwischen gesetz-/vertragswidrigen und zulässigen Äußerungen ausreichend sicher nachzeichnen kann.⁵³ Im Streit um die Zulässigkeit von Uploadfiltern zur Verhinderung von Urheberrechtsverletzungen hat Generalanwalt Saugmandsgaard Øe überzeugend herausgearbeitet, dass diese Beschränkung systemimmanent ist und auf absehbare Zeit nicht zu beheben sein dürfte. Denn die eingesetzten Technologien erkennen Übereinstimmungen zwischen Datensätzen, sind aber allenfalls begrenzt in der Lage, den auch für die urheberrechtliche Beurteilung mit relevanten Kontext eines Uploads zu beurteilen. Dabei wachse die Gefahr falsch-positiver Treffer, je granularer die eingesetzten Werkzeuge auch kleine Übereinstimmungen (z.B. wenige Sekunden einer Audiospur) erkennen. Schließlich lade der Einsatz automatischer Inhalteerkennungssoftware Urheberrechtinhaber zum *over-claiming* ein, indem sie falsche oder missbräuchliche Referenzdateien in das Plattformsystem einspeisten.⁵⁴
- 20 Entsprechende Bedenken bestehen gegen den Einsatz automatischer Moderationssysteme zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten des DSA. Zwar verpflichtet der DSA-Vorschlag die Diensteanbieter hierzu nicht unmittelbar. Das Parlament möchte diesen Umstand sogar ausdrücklich normiert wissen.⁵⁵ Umgekehrt aber würde der DSA den Einsatz technischer Erkennungs- und Schutzsysteme auch nicht verbieten, was aufgrund der Masse der erforderlichen Moderationsmaßnahmen in der Tat weder praktikabel noch den Diensteanbietern zumutbar wäre.⁵⁶ Konsequenz nehmen zahlreiche Vorschriften auf „automatisierte Mittel“ Bezug, und zwar als primäres Instrument der Inhaltmoderation⁵⁷ sowie zur Bearbeitung von Meldungen

⁵³ Europäische Kommission, Leitlinien zu Artikel 17 der Richtlinie (EU) 2019/790 über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, COM(2021) 288, 24 ff.; *Lennartz/Möllers*, GRUR 2021, 1109.

⁵⁴ Schlussanträge GA Saugmandsgaard Øe, Rs. C-401/19, ECLI:EU:C:2021:613 Rn. 148 m.w.N. – Republik Polen gegen Europäisches Parlament, Rat der Europäischen Union.

⁵⁵ Vgl. DSA-E Parlament (Fn. 5), Änderungsantrag 140 für einen neuen Art. 7 Abs. 1a („Anbieter von Vermittlungsdiensten sind nicht verpflichtet, automatisierte Werkzeuge für die Moderation von Inhalten oder für die Überwachung des Verhaltens natürlicher Personen zu verwenden.“).

⁵⁶ Vgl. Europäische Kommission (Fn. 5), COM(2020) 825, 4. Die Rechtsprechung zur Störerhaftung von Host-Providern hält grundsätzlich nur automatisierbare Prüfungspflichten für zumutbar; vgl. *Peukert*, GRUR-Beilage 2014, 77, 83 m.w.N.; aus grundrechtlicher Sicht *Cornils*, *Designing platform governance*, 2020, 27.

⁵⁷ Vgl. DSA-E Rat (Fn. 5), 114; DSA-E Parlament (Fn. 5), Änderungsantrag 124 zu Art. 2 Abs. 1 Buchst. p DSA-E; ferner die Transparenzpflicht gem. Art. 23 Abs. 1 Buchst. c DSA-E und gem. DSA-E Parlament (Fn. 5), Änderungsantrag 198 zu Art. 13 Abs. 1 Buchst. c DSA-E.

illegalen Inhalte (notice and action)⁵⁸ und von nachträglichen Beschwerden über eine erfolgte Moderationsmaßnahme.⁵⁹ Der Rat möchte darüber hinaus klarstellen, dass ein Hosting-Dienst sein Haftungsprivileg nicht dadurch verliert, dass er „automatisch die in seinen Dienst hochgeladenen Inhalte indexiert“.⁶⁰ Dieses Vorgehen erscheint gerade für sehr große Online-Plattformen unabdingbar, um ihrer Pflicht zu genügen, über Meldungen illegaler Inhalte in zeitnaher, sorgfältiger und objektiver Weise zu entscheiden.⁶¹ Bestätigt wird dies durch Art. 27 Abs. 1 Buchst. a DSA-E, wonach zu den präventiven Risikominderungsmaßnahmen, die sehr große Online-Plattformen ggf. ergreifen müssen (dazu noch unten II 4), zuvorderst die

„Anpassung der Systeme zur Moderation von Inhalten oder der Empfehlungssysteme, ihrer Entscheidungsprozesse, der Merkmale oder der Funktionsweise ihrer Dienste oder ihrer allgemeinen Geschäftsbedingungen“

zählt. Hiermit ist auch ausweislich der Legaldefinition des „Empfehlungssystems“ die Anpassung der automatisierten Plattformgovernancesysteme gemeint.⁶² Die mit einem Dienst verbundenen systemischen Risiken lassen sich eben nur auf dieser maschinell-systemischen Ebene wirksam adressieren.

- 21 Eine vergleichbar indirekte Verpflichtung zum Einsatz automatisierter Mittel findet sich im unionalen Urheberrecht, und zwar für Sharing-Dienste wie YouTube.⁶³ Während sie dort vor allem mit einem zivilrechtlichen Haftungsrisiko verknüpft ist,⁶⁴ drohen Online-Plattformen bei unzureichender automatischer Inhaltsmoderation nach dem DSA öffentlich-rechtliche Sanktionen und ggf. Geldbußen.⁶⁵ Nach zutreffender Auffassung von Generalanwalt Saugmandsgaard Øe kann in einer solchen Konstellation nicht mehr von einer privatautonomen „Selbstregulierung“ der Diensteanbieter die Rede sein. Denn sie filtern Inhalte automatisch, um den gesetzlichen Vorgaben Genüge zu

⁵⁸ Art. 14 Abs. 6 S. 2, 15 Abs. 2 Buchst. c DSA-E.

⁵⁹ Art. 17 Abs. 5 DSA-E.

⁶⁰ DSA-E Rat (Fn. 5), 22.

⁶¹ Vgl. Art. 14 Abs. 6 S. 1 DSA-E.

⁶² Vgl. Art. 2 Buchst. o DSA-E („Empfehlungssystem“ ein vollständig oder teilweise automatisiertes System, ...“).

⁶³ Schlussanträge GA Saugmandsgaard Øe, Rs. C-401/19, ECLI:EU:C:2021:613 Rn. 62 – Republik Polen gegen Europäisches Parlament, Rat der Europäischen Union.

⁶⁴ Zudem kommt nach deutschem Recht auch eine Strafbarkeit gem. §§ 106, 108a UrhG wegen gewerbsmäßig unerlaubter öffentlicher Wiedergabe geschützter Inhalte in Betracht.

⁶⁵ Vgl. Art. 42, 50 ff. DSA-E.

tun. Daher sind falsch-positive Löschvorgänge, die weder vom Gesetz noch von wirksamen Vertragsklauseln gedeckt sind, dem Unionsgesetzgeber als Eingriff in die Kommunikationsfreiheit der Nutzer zuzurechnen.⁶⁶

- 22 Damit aber stehen der Gesetzgeber und die Diensteanbieter vor einem Dilemma. Illegale Inhalte sollen tunlichst nicht, gesetz- und vertragskonforme Inhalte hingegen tunlichst uneingeschränkt zugänglich sein, und dies alles in Anbetracht der immanent begrenzten Unterscheidungsfähigkeit de facto und de iure unvermeidlicher automatischer Moderationstools. Die sich im Urheberrecht herausbildende Lösung dieses gordischen Knotens lautet, Sharing-Dienste nur zur automatisch-präventiven Sperrung *offensichtlich* urheberrechtsverletzender Inhalte zu verpflichten, während „zweideutige“ Uploads freizuschalten sind und nur im Wege einer nachgeschalteten Beschwerde zur Löschung gebracht werden können.⁶⁷ Der deutsche Gesetzgeber hat diese Unterscheidung im Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz (UrhDaG) mit der Figur der „mutmaßlich erlaubten Nutzung“ zu operationalisieren versucht, wobei die Vermutung erlaubter Rede weitgehend auf mathematisch-algorithmischen Wahrscheinlichkeitsrechnungen und punktuell auf menschlicher Intervention durch Nutzer oder Rechtsinhaber beruht.⁶⁸ Auch das NetzDG statuiert für offensichtlich und sonst/einfach rechtswidrige Inhalte unterschiedliche Compliance-Normen.⁶⁹
- 23 Die zentralen DSA-Pflichten zur Vorhaltung von Melde- und Abhilfeverfahren (Art. 14) sowie zur Implementierung von Risikominderungsmaßnahmen (Art. 26 f.) sollen hingegen nach übereinstimmender Vorstellung von Kommission, Rat und Parlament unterschiedslos für sämtliche illegalen Inhalte gelten, also auch für solche, die im Graubereich der (I)Legalität angesiedelt sind. Das Parlament möchte lediglich die Erwägungsgründe um den Appell ergänzen, Anbieter von Vermittlungsdiensten sollten

⁶⁶ Schlussanträge GA Saugmandsgaard Øe, Rs. C-401/19, ECLI:EU:C:2021:613 Rn. 83-87 – Republik Polen gegen Europäisches Parlament, Rat der Europäischen Union.

⁶⁷ Europäische Kommission (Fn. 53), COM(2021) 288, 24 ff.; Schlussanträge GA Saugmandsgaard Øe, Rs. C-401/19, ECLI:EU:C:2021:613 Rn. 198 f., 208 – Republik Polen gegen Europäisches Parlament, Rat der Europäischen Union.

⁶⁸ Vgl. §§ 7, 9-11 UrhDaG; Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, 9.3.2021, BT-Drucks. 19/27426, 46, 140; Schlussanträge GA Saugmandsgaard Øe, Rs. C-401/19, ECLI:EU:C:2021:613 Rn. 211 – Republik Polen gegen Europäisches Parlament, Rat der Europäischen Union; *Peukert/Brieske*, Coming into Force, not Coming into Effect? The Impact of the German Implementation of Art. 17 CDSM Directive on Selected Online Platforms, CREATE Working Paper 2022/1.

⁶⁹ Siehe § 3 Abs. 2 Nr. 2 und 3 NetzDG (Löschung innerhalb von 24 Stunden oder unverzüglich, in der Regel innerhalb von sieben Tagen).

doch „nach Kräften dafür Sorge tragen“, „präzise“ automatische Moderationswerkzeuge mit „möglichst“ geringer Fehlerrate einzusetzen.⁷⁰

- 24 Unspezifische Hoffnungen werden der Gewährleistung gleicher Kommunikationsfreiheit im digitalen Raum und der Verhinderung staatlich induzierten, automatisierten Overblockings indes nicht gerecht. Wenn Uploadfilter im Urheberrecht aus diesen Gründen auf offensichtlich rechtswidrige Uploads beschränkt werden, dann kann für den DSA, unter dessen Begriff der illegalen Inhalte auch Urheberrechtsverletzungen fallen,⁷¹ nichts anderes gelten.
- 25 Dabei ist auch zu beachten, dass die urheberrechtsbezogenen Uploadfilter, wie sie etwa auf YouTube zum Einsatz kommen, sehr konkret auf einen Abgleich zwischen einer von Rechteinhabern bestückten Referenzdatenbank mit hochgeladenen Inhalten ausgerichtet sind.⁷² Der DSA hingegen etabliert horizontale Sorgfaltspflichten für sämtliche im Unionsrecht und in den 27 mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen geregelten Kommunikationsverbote, darunter äußerst sensible und kontextabhängige wie die Verletzung von Persönlichkeitsrechten aktiver Politiker.⁷³ Je weiter aber der Kreis der automatisch zu detektierenden illegalen Inhalte gezogen wird, desto größer ist das Risiko, dass ein einheitlicher Moderationsalgorithmus falsch-positive Treffer generiert. Für Verletzungen von Urheberrechten durch Audiodateien mögen nach Jahren der Anwendung ausreichend „präzise“ Softwarelösungen existieren; für Persönlichkeitsrechtsverletzungen oder beispielsweise für Verstöße gegen das deutsche Heilmittelwerberecht kann das hingegen keineswegs unterstellt werden. Hinzu kommt, dass automatische Mittel offenbar in der Praxis und auch nach Vorstellung des Parlaments auf Eigeninitiative des Diensteanbieters zum Einsatz kommen (sollen).⁷⁴ Wenn aber die Referenzdatenbank, mit der Uploads abgeglichen werden, vom Diensteanbieter selbst aufgebaut und gepflegt wird, entsteht ein von externen Korrektoreinflüssen abgeschirmtes Moderationssystem, in dem sich falsch-positive Tendenzen immer weiter verstärken können.

⁷⁰ DSA-E Parlament (Fn. 5), Änderungsanträge 21 und 46.

⁷¹ *Peukert u.a.*, European Copyright Society, Comment on Copyright and the Digital Services Act Proposal, erscheint in IIC 2022.

⁷² Schlussanträge GA Saugmandsgaard Øe, Rs. C-401/19, ECLI:EU:C:2021:613 Rn. 58 – Republik Polen gegen Europäisches Parlament, Rat der Europäischen Union.

⁷³ Vgl. z.B. EuGH, GRUR 2021, 1054 – Glawischnig mit BVerfG, ZUM 2017, 594.

⁷⁴ DSA-E Parlament (Fn. 5), Änderungsantrag 198 zu Art. 13 Abs. 1 Buchst. c DSA-E.

26 Um automatisiertem Overblocking entgegenzuwirken und von den Diensteanbietern nichts zu verlangen, was sie nach dem derzeitigen Stand der Technik unmöglich erfüllen können, sollte in Art. 14 und 27 DSA ausdrücklich geregelt werden, dass automatisierte Mittel nur zur Ermittlung und ggf. Löschung *offensichtlich* illegaler oder AGB-widriger Inhalte eingesetzt werden dürfen.⁷⁵ Der Bundesrat hat in diesem Sinne vorgeschlagen, Diensteanbieter zu einem Verfahren zu verpflichten, in dem Nutzer Inhalte als legal kennzeichnen können und diese Inhalte sodann lediglich einer automatisierten summarischen Plausibilitätsprüfung unterzogen werden. Ergibt diese Prüfung nicht, dass der Inhalt offensichtlich rechtswidrig ist, sollen die gekennzeichneten Inhalte zunächst online gehen.⁷⁶ Eine nachträgliche Überprüfung und ggf. Löschung nach hinreichend konkreter Meldung des Inhalts bleibt dann immer noch möglich. Eine solcherart ausgestaltete Compliance-Regel würde den Einsatz automatischer Systeme von vornherein auf die eindeutigen Fälle illegaler Inhalte begrenzen, während der verbleibende Graubereich in Abhängigkeit von der Aktivität der Hinweisgeber und damit auch der gesellschaftlichen Beurteilung dessen, welche Äußerungen vielleicht noch legal, aber jedenfalls anstößig sind, im Einzelfall ex post zu überprüfen wäre.

3. Maßnahmen gegen nicht rechtswidrige Äußerungen, insbes. „Desinformation“

- 27 Die nun im Trilog verhandelten DSA-Entwürfe lassen hingegen nicht nur einen problembewusst-restriktiven Umgang mit automatischen Moderationssystemen und dem Einsatz künstlicher Intelligenz in der öffentlichen Debatte vermissen.⁷⁷ Mehr noch, sie zielen – und das ist der dritte Kritikpunkt – über die Bekämpfung illegaler Inhalte hinaus sogar noch auf ggf. automatische Maßnahmen gegen legale, aber „schädliche“ Information ab.
- 28 Insoweit berichtet die Kommission zwar, unter den konsultierten Interessenträgern bestehe „allgemeines Einvernehmen“, dass

⁷⁵ Anders für AGB-widrige Hassrede *Raue*, JZ 2022, 232, 239 (es genüge ein schnelles, nachträgliches Beschwerdeverfahren).

⁷⁶ Bundesrat (Fn. 17), BR-Drucks. 96/21, 13.

⁷⁷ Die für die öffentliche Debatte erwachsenden Risiken aus dem Einsatz künstlicher Intelligenz werden im anhängigen Gesetz über Künstliche Intelligenz (GKI, Fn. 4) nicht adressiert, da die von sehr großen Online-Plattformen und Suchmaschinen eingesetzte KI nicht als Hochrisiko-KI-System gem. Art. 6 i.V.m. Anhang III GKI gilt.

„schädliche“ (aber nicht oder zumindest nicht unbedingt illegale) Inhalte im Gesetz über digitale Dienste nicht definiert werden sollten und dass sie keiner Pflicht zur Entfernung unterliegen sollten, da es sich hierbei um einen heiklen Bereich handele, der schwerwiegende Auswirkungen auf den Schutz der Meinungsfreiheit habe.“⁷⁸

- 29 Und in der Tat enthält der DSA-Vorschlag weder eine Legaldefinition „schädlicher“ Inhalte noch hierauf unmittelbar bezogene Sorgfaltspflichten. Allerdings belegt bereits die Regulierung der Dienste-AGB (oben II 1), dass der DSA anders als das NetzDG nicht nur der Durchsetzung gesetzlicher Verbote „illegaler“ Inhalte dient, sondern ein „sicheres, vorhersehbares und vertrauenswürdigen Online-Umfeld“ (Art. 1 Abs. 2 Buchst. b DSA-E) auch durch die Regulierung gesetzeskonformer, von der Meinungsfreiheit gedeckter Äußerungen gewährleistet werden soll.⁷⁹ Erwägungsgrund 5 DSA-E proklamiert dies ausdrücklich. Demnach reagiere der Rechtsakt nämlich auf den Umstand, dass die erfassten Online-Dienste „bei der Vermittlung und Verbreitung rechtswidriger oder anderweitig schädlicher Informationen und Tätigkeiten eine immer wichtigere Rolle spielen.“
- 30 Der Schlüsselbegriff für „anderweitig schädliche“ Informationen und Tätigkeiten ist *Desinformation*, von der im Kommissionsvorschlag immerhin sieben Mal die Rede ist, und zwar im Zusammenhang mit (1) der Verpflichtung sehr großer Online-Plattformen zur Bereitstellung eines Echtzeitarchivs der von ihnen ausgespielten Werbung (Art. 30 DSA-E), (2) den DSA flankierenden Verhaltenskodizes (Art. 35 DSA-E) und (3) Krisenprotokollen zur Bewältigung außergewöhnlicher Umstände (Art. 37 DSA-E).⁸⁰ „Desinformation“ löst mithin nicht unmittelbar die Sorgfaltspflichten des DSA aus, wird aber als generelles Risiko für Gesellschaft und Demokratie beschrieben und kann bzw. soll daher durchaus Gegenstand hybrider, privat-öffentlicher Regulierung sein.⁸¹
- 31 Der Begriff der „Desinformation“ wird weder in den DSA-Dokumenten noch sonst in bindenden Rechtsakten der Union definiert. Im Kern geht es um Äußerungen, die

⁷⁸ Europäische Kommission (Fn. 5), COM(2020) 825, 10.

⁷⁹ Siehe auch Europäische Kommission, Leitlinien der Europäischen Kommission für die Stärkung des Verhaltenskodex zur Bekämpfung von Desinformation, COM(2021) 262 final, 1 mit Fn. 3.

⁸⁰ Vgl. EG 63, 68 f., 71 DSA-E.

⁸¹ Vgl. insbes. EG 68 DSA-E.

objektiv unwahr und subjektiv in Manipulationsabsicht verbreitet werden, aber gegen keine gesetzlichen Vorschriften verstoßen.⁸² Die Kommission versteht unter Desinformation

„nachweislich falsche oder irreführende Informationen, die mit dem Ziel des wirtschaftlichen Gewinns oder der vorsätzlichen Täuschung der Öffentlichkeit konzipiert, vorgelegt und verbreitet werden und öffentlichen Schaden anrichten können. Unter ‚öffentlichem Schaden‘ sind Bedrohungen für die demokratischen politischen Prozesse und die politische Entscheidungsfindung sowie für öffentliche Güter wie den Schutz der Gesundheit der EU-Bürgerinnen und -Bürger, der Umwelt und der Sicherheit zu verstehen. Irrtümer bei der Berichterstattung, Satire und Parodien oder eindeutig gekennzeichnete parteiliche Nachrichten oder Kommentare sind keine Desinformation“.⁸³

- 32 Die EU hat seit Mitte des letzten Jahrzehnts umfangreiche, allerdings in keinem Fall formal-gesetzgeberische Maßnahmen gegen Desinformation ergriffen.⁸⁴ Nachdem das Weltwirtschaftsforum die rasche Verbreitung von Falschinformationen im Internet bereits 2014 als einen der zehn wichtigsten Trends moderner Gesellschaften bezeichnet hatte,⁸⁵ und Rat und Parlament die Kommission mehrfach zu entsprechenden Gegenmaßnahmen aufgefordert hatten, legte die Kommission im April 2018 die Mitteilung „Bekämpfung von Desinformation im Internet: ein europäisches Konzept“ vor.⁸⁶ Im Oktober 2018 kam das bisherige Herzstück der Anti-Desinformations-Kampagne der EU zustande: der „Verhaltenskodex zur Bekämpfung von Desinformation“. Mit diesem Kodex haben sich Facebook, Google, Twitter, Mozilla, Microsoft und TikTok verpflichtet, angemessene Maßnahmen gegen

⁸² Ingold, Desinformationsrecht, 2011, 26 f.; zur Legalität von Lügen und Desinformation *Denga*, EuR 2021, 569, 573; *Ferreau*, AfP 2021, 204, 206 ff.

⁸³ Europäische Kommission, Bekämpfung von Desinformation im Internet: ein europäisches Konzept, COM(2018) 236, 4; Europäische Kommission (Fn. 79), COM(2021) 262, 6 mit Fn. 19 („die Verbreitung falscher oder irreführender Inhalte, die der Öffentlichkeit schaden können, in der Absicht, andere zu täuschen oder wirtschaftlich oder politisch daraus Kapital zu schlagen“); ferner *De Cock Buning*, A multi-dimensional approach to disinformation, 2018, 10.

⁸⁴ Siehe <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/online-disinformation>; kritisch zur exekutivischen Steuerung der Plattformen *Ferreau*, AfP 2021, 204, 209.

⁸⁵ <http://reports.weforum.org/outlook-14/top-ten-trends-category-page/10-the-rapid-spread-of-misinformation-online/>.

⁸⁶ Europäische Kommission (Fn. 83), COM(2018) 236, 3 m.w.N.; Europäische Kommission, Aktionsplan gegen Desinformation, JOIN(2018) 36.

Desinformation zu ergreifen, auch in Gestalt der hervorgehobenen Zugänglichkeit vertrauenswürdiger Inhalte.⁸⁷ Die COVID-19-Pandemie stellte für den Kodex einen „Stresstest“ dar, der gegenwärtig für seine Überarbeitung fruchtbar gemacht wird.⁸⁸ Die Tendenz geht dabei in Richtung einer weiteren Intensivierung der Maßnahmen gegen Desinformation und einer Ausweitung des Anwendungsbereichs des Kodexes, der künftig auch das Problem der „Fehlinformationen“ (*misinformation*) adressieren soll, welche die Kommission definiert als

„falsche oder irreführende Inhalte, die ohne vorsätzliche Schädigungsabsicht weitergegeben werden, deren Auswirkungen jedoch schädlich sein können, z.B. wenn Personen falsche Informationen gutgläubig an Freunde und Familienangehörige weitergeben.“⁸⁹

- 33 Den vorläufigen Schlusspunkt der unionalen Maßnahmen gegen Desinformation bildet der Vorschlag der Kommission für eine „Europäische Erklärung zu den digitalen Rechten und Grundsätzen für die digitale Dekade“ vom Januar dieses Jahres. Demnach sollen sich die EU-Institutionen u.a. dazu verpflichten, „ein Online-Umfeld zu schaffen, in dem die Menschen vor Desinformation und anderen Formen schädlicher Inhalte geschützt sind“.⁹⁰
- 34 Der DSA wird ein zentraler Baustein bei der Verfolgung dieses Politikziels sein. Im Mai 2021 teilte die Kommission mit, die geplante Stärkung des Kodexes gegen Desinformation biete den beteiligten Kreisen „frühzeitig die Möglichkeit, geeignete Maßnahmen im Hinblick auf die Annahme des vorgeschlagenen Gesetzes über digitale Dienste zu entwickeln“; nach Inkrafttreten des DSA werde der bestehende „Grundkodex“ zu einem „Verhaltenskodex“ gem. Art. 35 DSA-E.⁹¹ Wer sich weigert, diesen Kodex ohne angemessene Begründung zu unterzeichnen, muss damit rechnen, wegen einer Zuwiderhandlung gegen den DSA belangt zu werden.⁹² Als Anknüpfungspunkt hierfür wären insbesondere Art. 26 Abs. 1 Buchst. c DSA-E i.V.m. Art. 27 Abs. 1 Buchst. e DSA-E geeignet, die sehr große Online-Plattformen dazu

⁸⁷ <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/code-practice-disinformation>, Ziff. (ix).

⁸⁸ Europäische Kommission (Fn. 79), COM(2021) 262, 4.

⁸⁹ Europäische Kommission (Fn. 79), COM(2021) 262, 5 f. (Nutzer müssten auf Fehlinformationen hingewiesen werden und diese mit zuverlässigen Quellen vergleichen können).

⁹⁰ Europäische Kommission (Fn. 2), COM(2022) 28 final.

⁹¹ Europäische Kommission (Fn. 79), COM(2021) 262, 2 f.

⁹² EG 68 a.E. DSA-E.

verpflichten, mit anderen Online-Plattformen im Rahmen von Verhaltenskodizes zusammenzuarbeiten, um vorsätzliche Manipulationen ihres Dienstes mit nachteiligen Auswirkungen u.a. auf die gesellschaftliche Debatte – also genau das Risikoprofil der Desinformation – zu minimieren.⁹³ Der DSA fungiert in diesem Zusammenhang als Scharnier zwischen informeller Regulierung qua Verhaltenskodex und klassisch-hoheitlicher Eingriffsverwaltung. Soft law wird durch den DSA scharf gestellt.

- 35 Es ist hier nicht der Ort, die Desinformationsbekämpfungspolitik der Union einer Kritik zu unterziehen. Angemerkt sei lediglich, dass bereits die Problembeschreibung Schwierigkeiten bereitet. Als gesichert kann gelten, dass Menschen dazu neigen, eher negative und ihre Erwartungen bestätigende Informationen auszuwählen (confirmation bias). An dieser Disposition kann aber kein DSA etwas ändern. Die relevante Frage lautet allein, inwieweit die Algorithmen der großen Online-Plattformen (und Suchmaschinen) diesen gewissermaßen natürlich-polarisierenden Effekt verstärken. Ob und inwieweit das der Fall ist, ist weiterhin umstritten.⁹⁴ Schließlich ist nicht ausgeschlossen, dass repressive Maßnahmen nur Ausweichbewegungen (→ Gettr, Telegram, Rumble etc.) und weitere Polarisierung befördern. Die Geschichte des digitalen Urheberrechts lehrt, dass das *darknet* nicht vollständig aus der Welt geschafft werden kann.⁹⁵
- 36 Aus der Warte rechtsgleicher Kommunikationsfreiheit ist im Übrigen entscheidend, welche Information als zuverlässig oder aber als Des- oder Fehlinformation gilt.⁹⁶ Eine Instanz mit dem Monopol auf authentische Wahrheitserkenntnis aber gibt es nicht und darf es in einer freiheitlich-demokratischen Gesellschaft nicht geben, schon gar nicht in Gestalt fehler- und manipulationsanfälliger KI-Systeme. Für die individuell autonome Beurteilung der Frage, ob eine Information wahr oder eine Meinung überzeugend ist, ist ein Mehr an zugänglicher Information im Prinzip stets besser als ein Weniger. Das

⁹³ Dazu auch noch unten II 4.

⁹⁴ Vgl. einerseits Europäische Kommission (Fn. 83), COM(2018) 236, 6; *Lewandowsky u.a.*, *Technology and Democracy: Understanding the influence of online technologies on political behaviour and decision-making*, 2020 m.w.N. Andererseits *Allcott/Hunt/Gentzkow*, *Journal of Economic Perspectives* 31(2) (2017), 211, 232 (Fake news haben die Wahl Donald Trumps aller Wahrscheinlichkeit nach nicht relevant begünstigt); *Cornils*, ZUM 2019, 89, 95 (wenig Rückhalt in stabilen fachwissenschaftlichen Befunden); *Ingold*, MMR 2020, 82, 83 (Unbehagen entspricht kein gesicherter Forschungsstand in den Kommunikationswissenschaften); *Peukert*, WRP 2020, 391 Rn. 39-41 m.w.N.

⁹⁵ *Biddle/England/Peinado/Willman*, *The Darknet and the Future of Content Distribution*, 2003.

⁹⁶ Vgl. Europäische Kommission (Fn. 83), COM(2018) 236, 3 (mit Verweisen auf russische Desinformationskampagnen); ohne Beispiele Kommunikationsbericht der Bundesregierung 2021, BT-Drucks. 19/31165, 2 f.

hat nicht zuletzt die „Infodemie“⁹⁷ nach der Erklärung des Pandemiefalls durch die WHO am 11.3.2020 gelehrt.⁹⁸ Irreführend waren beispielsweise nicht nur Bilder leerer Krankenhäuser, sondern auch die „Bilder aus Bergamo“.⁹⁹ Besonders eindrücklich ist ferner der Umgang Facebooks mit der These vom Laborursprung des SARS-CoV-2 Virus. Im Februar 2021 teilte das Unternehmen im Rahmen des Monitorings zum Verhaltenskodex Desinformation mit, nach Konsultation mit führenden Gesundheitsorganisationen einschließlich der WHO entschieden zu haben, dass die „widerlegte“ Aussage, COVID-19 sei menschengemacht oder hergestellt, von der Plattform entfernt wird.¹⁰⁰ Bereits drei Monate später gab Facebook dann aber bekannt, dass

“in light of ongoing investigations into the origin of COVID-19 and in consultation with public health experts, we will no longer remove the claim that COVID-19 is man-made or manufactured from our apps.”¹⁰¹

- 37 Ein angemessener Kommentar zu dieser Affäre findet sich in Hannah Arendts Essay zur Lüge in der Politik aus den späten 1960er Jahren. Ohne „das Recht auf nicht manipulierte Tatsacheninformation“, so Arendt in Anbetracht der Informationspolitik der US-Regierung zum Vietnamkrieg, werde „die ganze Meinungsfreiheit zu einem entsetzlichen Schwindel“.¹⁰² Vermittlungsdienste dürfen Lügen und Irreführungen untersagen, auch wenn diese gegen kein Gesetz verstoßen.¹⁰³ Die EU hingegen darf das nicht. Ebenso verfassungswidrig wäre eine gesetzliche Verpflichtung von Vermittlungsdiensten, legale Inhalte zu löschen, da diese Maßnahmen der Union als indirekter Eingriff in die Kommunikationsfreiheiten der Nutzer zuzurechnen wären.¹⁰⁴ Einen solch indirekten, verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigten Eingriff aber stellt die beabsichtigte Verknüpfung des Desinformations-Kodexes mit dem DSA und seinem hoheitlichen Sanktionsregime dar. Daher sollten sämtliche Bezüge auf die

⁹⁷ Europäische Kommission (Fn. 79), COM(2021) 262, 1 (die schnelle Verbreitung falscher, ungenauer oder irreführender Informationen über die Pandemie).

⁹⁸ <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>.

⁹⁹ Vgl. *Ferreau*, AfP 2021, 204 und <https://www.br.de/kultur/wieso-das-foto-des-militaerkonvois-in-bergamo-fuer-corona-steht-100.html>.

¹⁰⁰ Facebook response to the European Commission Communication on Covid-19 Disinformation, März 2021, <https://ec.europa.eu/newsroom/dae/redirection/document/75741>.

¹⁰¹ <https://about.fb.com/news/2020/04/covid-19-misinfo-update/>.

¹⁰² *Arendt*, Die Lüge in der Politik, in: dies., Wahrheit und Lüge in der Politik, 6. Aufl. 2021, 7, 42.

¹⁰³ Oben II 1.

¹⁰⁴ Oben Fn. 66 sowie *Cornils* (Fn. 56), 32; *Ferreau*, AfP 2021, 204, 209.

Regulierung von „Desinformation“ oder sonst „schädlicher“ Inhalte aus dem DSA gestrichen werden.

4. Prävention vager Risiken einschließlich Desinformation

- 38 Diese Forderung betrifft – womit wir beim vierten Kritikpunkt angelangt wären – insbesondere das bereits erwähnte systemische Risiko des Art. 26 Abs. 1 Buchst. c DSA-E. In Verbindung mit den Risikominderungsmaßnahmen des Art. 27 DSA-E ist diese Vorschrift der deutlichste und unmittelbarste Ausdruck der im DSA angelegten Verpflichtung sehr großer Online-Plattformen (und ggf. auch sehr großer Suchmaschinen), gegen nicht illegale „Desinformation“ vorzugehen. Die Vorschrift lautet:

„Sehr große Online-Plattformen ermitteln, analysieren und bewerten ... mindestens einmal jährlich alle erheblichen systemischen Risiken, die sich aus dem Betrieb und der Nutzung ihrer Dienste in der Union ergeben. Diese Risikobewertung erfolgt spezifisch für ihre Dienste und umfasst die folgenden systemischen Risiken: ... c) vorsätzliche Manipulationen ihres Dienstes, auch durch unauthentische Nutzung oder automatisierte Ausnutzung des Dienstes, mit tatsächlichen oder absehbaren nachteiligen Auswirkungen auf den Schutz der öffentlichen Gesundheit, auf Minderjährige und auf die gesellschaftliche Debatte oder tatsächlichen oder vorhersehbaren Auswirkungen auf Wahlprozesse und die öffentliche Sicherheit.“¹⁰⁵

- 39 Bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift folgt, dass hier das Desinformationsthema adressiert wird. Denn die drei Tatbestandsvoraussetzungen der objektiven Manipulation (Täuschung), des Vorsatzes und der negativen Auswirkungen auf individuelle und allgemeine Schutzgüter (Schaden) entsprechen genau den

¹⁰⁵ Das Parlament (DSA-E Parlament (Fn. 5), Änderungsantrag 297) möchte die Vorschrift noch um die im Folgenden kursiv gesetzten Formulierungen erweitern: „*etwaige Fehlfunktionen oder vorsätzliche Manipulationen ihres Dienstes, auch durch unauthentische Nutzung oder automatisierte Ausnutzung des Dienstes, oder mit dem geplanten Betrieb des Dienstes einhergehende Risiken, etwa die Verstärkung illegaler Inhalte, von Inhalten, die gegen ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen verstoßen, oder jedweden sonstigen Inhalten mit tatsächlichen oder absehbaren nachteiligen Auswirkungen auf den Schutz Minderjähriger und anderer gefährdeter Nutzergruppen, auf demokratische Werte, die Medienfreiheit, die Meinungsfreiheit und auf die gesellschaftliche Debatte oder tatsächlichen oder vorhersehbaren Auswirkungen auf Wahlprozesse und die öffentliche Sicherheit*“.

Definitionsmerkmalen der Desinformation.¹⁰⁶ Ferner ergibt sich im Umkehrschluss aus den anderen beiden systemischen Risiken, dass in der Norm ein anderes systemisches Risiko als das der Verbreitung illegaler Inhalte (Buchstabe a) und nachteiliger Auswirkungen auf die Grundrechtsausübung (Buchstabe b) geregelt wird. Das einzige weitere systemische Risiko, das im DSA Erwähnung findet, ist das der Desinformation, die nicht gegen Gesetze, aber ggf. gegen die Plattform-AGB verstößt.¹⁰⁷

- 40 Obwohl dieses Feld allseits als „heikel“ empfunden wird,¹⁰⁸ statuieren die Art. 26 und 27 i.V.m. Art. 35 und 37 DSA-E nun nicht etwa eine punktuelle Ex-post-Compliance nach dem Vorbild des Melde- und Abhilfeverfahrens gem. Art. 14 DSA-E, sondern viel weitergehender und unspezifischer eine Verpflichtung zum präventiven Risikomanagement.¹⁰⁹ Sehr große Online-Plattformen müssen bewerten, wie sich ihre Moderations-, Empfehlungs- und Werbesysteme auf das in Art. 26 Abs. 1 Buchst. c beschriebene Desinformationsrisiko auswirken, und ob es möglich ist, dass sich entsprechende, AGB-widrige Informationen rasch und weit verbreiten.¹¹⁰ Detektieren sie ein solches Risiko, müssen sie ggf. ihre AGB und sonstigen automatischen Systeme anpassen sowie sich an einschlägigen Verhaltenskodizes und Krisenprotokollen beteiligen.¹¹¹ Genügen sie diesen Sorgfaltspflichten nicht, kann die Kommission entsprechende Schritte bußgeldbewehrt anordnen.¹¹²
- 41 Wie bei der Verpflichtung zum Einsatz automatischer Moderationssysteme wären Einschränkungen der Kommunikation auf der Basis dieser Vorschriften der Union als indirekte Eingriffe in die Meinungs- und Informationsfreiheit zuzurechnen.¹¹³ Eine

¹⁰⁶ Oben II 3.

¹⁰⁷ Vgl. Art. 26 Abs. 2, 27 Abs. 1 Buchst. a DSA-E.

¹⁰⁸ Oben Fn. 78.

¹⁰⁹ *Buri/van Hoboken*, The Digital Services Act (DSA) proposal: a critical overview, 28.10.2021, https://dsa-observatory.eu/wp-content/uploads/2021/11/Buri-Van-Hoboken-DSA-discussion-paper-Version-28_10_21.pdf, 33 („significant advancement in EU platform regulation“). Allgemein zum Präventionsparadigma *Grimm*, Die Zukunft der Verfassung, 1991, 197 ff.; *Volkmann*, JZ 2004, 696, 700 ff. (Vorsorge-Paradigma); aus soziologischer Sicht *Holzer/May*, Soziale Welt 56 (2005), 317 ff.

¹¹⁰ Art. 26 Abs. 2 DSA-E. Der Rat möchte hierzu ausdrücklich das Leitungsorgan in die Pflicht nehmen; vgl. Art. 32 Abs. 7 DSA-E Rat (Fn. 5).

¹¹¹ Art. 27 Abs. 1 Buchst. a und e DSA-E; weitergehend Art. 59a Abs. 2 S. 3 DSA-E Rat (Fn. 5) („Die Maßnahmen können gegebenenfalls auch die Verpflichtungszusage umfassen, sich an einem einschlägigen Verhaltenskodex gemäß Artikel 35 zu beteiligen.“).

¹¹² Art. 58 Abs. 3 DSA-E.

¹¹³ Oben II 2 sowie zu Art. 10 EMRK BeckOK InfoMedienR/*Cornils*, 34. Ed. 1.2.2021, EMRK Art. 10 Rn. 34 („alle staatlichen Regelungen und Maßnahmen, die geeignet sind vom Gebrauch der

verfassungsrechtliche Rechtfertigung hierfür dürfte nur sehr schwer zu konstruieren sein. Um präventive Repression zu rechtfertigen, müssen hinreichende Verdachtsmomente für schwere Gefährdungen eines hochrangigen Rechtsguts gegeben sein.¹¹⁴ Online-Plattformen können aber nicht mit Hochrisikoeinrichtungen wie Kernenergieanlagen oder biotechnologischen Labors gleichgesetzt werden.¹¹⁵ Dementsprechend zählt ihre KI auch nicht zu den künftig besonders dicht regulierten Hochrisiko-KI-Systemen.¹¹⁶ Legale Debattenbeiträge zu unterbinden, weil sie die „gesellschaftliche Debatte“ stören, führte das Prinzip autonomer Kommunikation ad absurdum.¹¹⁷ Und weil die systemischen Polarisierungstendenzen, die etwa sozialen Netzwerken durchaus innewohnen können, erst zum Ende kämen, wenn man die Dienste generell untersagt,¹¹⁸ kommt es wiederum darauf an, welche Inhalte als debattenschädlich gelten und welche nicht. Legale und ggf. im Zeitpunkt der Äußerung noch nicht einmal AGB-widrige Inhalte¹¹⁹ dürfen vom Staat indes auch nicht indirekt unterdrückt werden.¹²⁰

- 42 Schließlich geraten staatlich induzierte, präventive und flächendeckende Kommunikationskontrollen gerade dann, wenn sie eine systemische Wirkung auf die öffentliche Debatte entfalten sollen, in den Ruch der Zensur, und zwar der Zensur im formellen, kategorial ausgeschlossenen Sinn.¹²¹ Nach Auffassung von Generalanwalt Saugmandsgaard Øe würde eine mittelbare Verpflichtung von Online-Diensten, Nutzerinhalte „generell präventiv zu überwachen und nach rechtswidrigen oder sogar bloß unerwünschten Informationen jeglicher Art zu durchforsten“, den „Wesensgehalt“

Kommunikationsfreiheiten abzuhalten oder ihn zu erschweren“). Zu Krisenprotokollen gem. Art 37 DSA-E kritisch vor diesem Hintergrund Bundesrat (Fn. 17), BR-Drucks. 96/21, 21.

¹¹⁴ Allgemein *Grimm* (Fn. 109), 216; ferner *Volkman*, JZ 2004, 696, 701-703. Kritisch auch *Cornils*, ZUM 2019, 89, 103 (forsche Risikoregulierung könnte die Freiheitlichkeit der Kommunikation übermäßig einschränken); *Ingold*, MMR 2020, 82, 85; offen hingegen *Holznagel*, CR 2021, 733 Rn. 19 (Schwäche oder Stärke).

¹¹⁵ *Ingold*, MMR 2020, 82, 85.

¹¹⁶ Oben Fn. 77.

¹¹⁷ Die Nennung des Schutzobjekts „öffentlicher Diskurs“ hingegen begrüßend Bundesrat (Fn. 17), BR-Drucks. 96/21, 3.

¹¹⁸ *Buri/van Hoboken* (Fn. 109), 35.

¹¹⁹ Vgl. Art. 27 Abs. 1 Buchst. a DSA-E (Anpassung der AGB als Risikominderungsmaßnahme).

¹²⁰ Oben Fn. 104.

¹²¹ Vgl. Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG. Zur Anwendung des Zensurbegriffs auf planmäßige und präventive Kontrollmaßnahmen im Internet vgl. *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL Juli 2021, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 119 m.w.N.; ferner Schlussanträge GA Saugmandsgaard Øe, Rs. C-401/19, ECLI:EU:C:2021:613 Rn. 77, 102 f. – Republik Polen gegen Europäisches Parlament, Rat der Europäischen Union.

der Meinungsfreiheit gem. Art. 11 GRCharta antasten.¹²² Und selbst wenn man dies anders sähe, fehlen in Art. 26 f. DSA-E ausreichende Schutzvorkehrungen, um die mit diesen Regelungen verbundenen Gefahren für die rechtsgleiche Meinungsfreiheit zu minimieren.¹²³ Art. 26 Abs. 1 Buchst. c DSA-E sollte daher ersatzlos gestrichen werden.

5. Die Einrichtung einer Kommunikationsüberwachungsbürokratie

- 43 Dem einen oder anderen mag die These einer präventiven, der Union zurechenbaren Überwachung der Onlinekommunikation überzogen und praktisch fernliegend vorkommen. Wie sollen die Behörden die milliardenfachen täglichen Kommunikationsvorgänge in der EU im Hinblick auf ihr *künftiges* Risikopotential für die „gesellschaftliche Debatte“ und weitere systemische Risiken kontrollieren? Hierzu müssten sie diensteübergreifend über ein enormes Maß an Information verfügen, das überdies in Echtzeit zu aktualisieren wäre.¹²⁴
- 44 Der fünfte und letzte Kritikpunkt am DSA lautet, dass der Rechtsakt genau diese Beobachtungs- und Machtposition schaffen würde. Entstehen würde nämlich ein großes Netzwerk hoheitlicher und zivilgesellschaftlicher Akteure, in dem riesige relevante Datenmengen in Echtzeit erhoben, ausgetauscht und ausgewertet würden:
- 45 Zentraler Akteur der DSA-Kommunikationsüberwachungsbürokratie ist die Kommission, die insbesondere für die Aufsicht über sehr große Online-Plattformen (und ggf. Suchmaschinen) zuständig sein soll.¹²⁵ Zur Erfüllung ihrer Durchsetzungsbefugnisse rechnet sie mit einem Personalbedarf von 50 Vollzeitstellen.¹²⁶ Ein solches Team wäre wohl kaum in der Lage, das perhorreszierte Panopticum zu betreiben. Das muss es aber auch nicht, weil weitere Akteure hinzutreten. So muss jeder Mitgliedstaat „eine oder mehrere zuständige Behörden“ benennen, die für die Anwendung und Durchsetzung dieser Verordnung zuständig sind; eine dieser Behörden agiert als nationaler „Koordinator für digitale Dienste“ (KdD)

¹²² Schlussanträge GA Saugmandsgaard Øe, Rs. C-401/19, ECLI:EU:C:2021:613 Rn. 104 – Republik Polen gegen Europäisches Parlament, Rat der Europäischen Union.

¹²³ Vgl. zu dieser Anforderung Schlussanträge GA Saugmandsgaard Øe, Rs. C-401/19, ECLI:EU:C:2021:613 Rn. 153 – Republik Polen gegen Europäisches Parlament, Rat der Europäischen Union.

¹²⁴ Allgemein zum Informationsbedarf präventiver Regulierung *Grimm* (Fn. 109), 207.

¹²⁵ Vgl. Art. 50-66 DSA-E.

¹²⁶ Europäische Kommission (Fn. 5), COM(2020) 825, 101.

und zentraler Ansprech- und Kooperationspartner der Kommission und anderer KdD.¹²⁷ Die 27 nationalen KdD kommen unter dem Vorsitz der Kommission im „Europäischen Gremium für digitale Dienste“ (EGdD) zusammen, das in beratender Funktion u.a. „*neu aufkommende allgemeine Trends* in der Entwicklung digitaler Dienste in der Union analysieren“ soll.¹²⁸ Die Sitzungen des EGdD werden also der Ort sein, an dem neue Risiken für die „gesellschaftliche Debatte“ in der Union erörtert werden.

46 Das behördliche Netzwerk wird um zahlreiche zivilgesellschaftliche Akteure ergänzt, die ebenfalls an der Realisierung eines DSA-kompatiblen Online-Umfelds mitwirken werden. Hierzu zählen

- vertrauenswürdige Hinweisgeber, deren Meldungen vorrangig zu bearbeiten sind;¹²⁹
- Compliance-Beauftragte sehr großer Online-Plattformen;¹³⁰
- unabhängige Prüfer, die bewerten, inwieweit sehr große Online-Plattformen ihre DSA-Pflichten eingehalten haben;¹³¹
- von einem KdD zugelassene Forscher, denen sehr große Online-Plattformen „Zugang zu Daten zum ausschließlichen Zweck der Durchführung von Forschungsarbeiten, die zur Ermittlung und zum Verständnis systemischer Risiken gemäß Artikel 26 Absatz 1 beitragen“, gewähren müssen;¹³²
- europäische und internationale Normungsgremien, unter deren Ägide freiwillige Branchennormen verhandelt werden können.¹³³
- Datenmenge und Datenqualität, die der DSA diesen Akteuren zugänglich machen würde, sind enorm. Die DSA-Daten umfassen

¹²⁷ Vgl. Art. 38 sowie Art. 45 (Grenzüberschreitende Zusammenarbeit zwischen KdDs) und Art. 46 (Gemeinsame Untersuchungen und Anträge auf ein Eingreifen der Kommission) DSA-E.

¹²⁸ EG 89 S. 2 sowie Art. 47 Abs. 1 Buchst. b, 49 Abs. 1 Buchst. e DSA-E (Hervorh. v. Verf.).

¹²⁹ Art. 19 DSA-E.

¹³⁰ Art. 32 DSA-E und dazu DSA-E Rat (Fn. 5), 170 f.

¹³¹ Art. 28 DSA-E.

¹³² Art. 31 Abs. 2-4 DSA-E; DSA-E Parlament (Fn. 5), Änderungsantrag 342 (Erweiterung der Datenzugangsberechtigung auf „gemeinnützige Einrichtungen, Organisationen oder Vereinigungen“).

¹³³ Art. 34 DSA-E.

- die AGB sämtlicher Vermittlungsdienste zur Inhaltmoderation und zu Empfehlungssystemen;¹³⁴
- regelmäßige Transparenzberichte aller Vermittlungsdienste mit zusätzlichen Angaben für (sehr große) Online-Plattformen;¹³⁵
- sämtliche Sperrentscheidungen nebst Begründungen aller Host-Provider;¹³⁶
- in Echtzeit für ein Jahr jede gewerbliche und nichtgewerbliche „Werbung“ auf sehr großen Online-Plattformen nebst der Person des Werbenden und weiteren Einzelheiten;¹³⁷
- mindestens aller sechs Monate oder jederzeit auf Anforderung eines KdD die durchschnittliche monatliche Nutzerzahl von Online-Plattformen;¹³⁸
- Inhalt und Zeitpunkt aller Maßnahmen sämtlicher Vermittlungsdienste aufgrund behördlicher Sperr- und Auskunftsanordnungen;¹³⁹
- aus Sicherheitsgründen nicht öffentlich verfügbare Teile der Transparenzberichte sehr großer Online-Plattformen;¹⁴⁰
- alle nicht öffentlichen sonstigen Daten einschließlich Datenbanken und Algorithmen, soweit der Datenzugang erforderlich ist, „um die mit den Systemen der Plattform verbundenen Risiken und mögliche Schäden zu bewerten“.¹⁴¹

47 Die Gesetzgebungsorgane der Union gehen ersichtlich davon aus, dass dieser enorme Datenpool von den DSA-Akteuren und namentlich der Kommission

¹³⁴ Art. 12 Abs. 1, 29 Abs. 1 DSA-E.

¹³⁵ Art. 13, 23, 33 DSA-E.

¹³⁶ Art. 15 Abs. 4 DSA-E.

¹³⁷ Art. 2 Buchst. n, 30, 36 DSA-E; dazu *Leerssen*, Platform ad archives in Article 30 DSA, 25.5.2021, <https://dsa-observatory.eu/2021/05/25/platform-ad-archives-in-article-30-dsa/>; siehe auch Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung über die Transparenz und das Targeting politischer Werbung, COM(2021) 731.

¹³⁸ Art. 23 Abs. 2 und 3 DSA-E.

¹³⁹ Art. 8 und 9 i.V.m. Art. 67 DSA-E.

¹⁴⁰ Art. 33 Abs. 3 DSA-E.

¹⁴¹ Siehe EG 64 DSA-E; Datenzugangsrechte KdD und Kommission: Art. 31 Abs. 1, 57 Abs. 1 S. 2 DSA-E; Forscher: Art. 31 Abs. 2 DSA-E und DSA-E Parlament (Fn. 5), Änderungsantrag 343 (auch die „aggregierten Zahlen für die Gesamtansichten und die Ansichtsrate von Inhalten vor einer Entfernung auf der Grundlage von Anordnungen, die gemäß Artikel 8 erlassen wurden, oder der Moderation von Inhalten, die auf eigene Initiative des Anbieters und gemäß seinen allgemeinen Geschäftsbedingungen betrieben wurde“); externe Prüfer: EG 60 DSA-E.

zielgerichtet und effektiv genutzt werden kann. Im Finanzplan des Kommissionsvorschlags sind Mittel für zwei Datenzugangsverlangen pro sehr großer Online-Plattform und Jahr vorgesehen.¹⁴² Die Moderationsdaten und -algorithmen von Facebook & Co. sollen also alle sechs Monate inspiziert und ausgewertet werden. Für die Analyse der erhobenen bzw. bereitgestellten Daten sollen sodann auch die Segnungen der Digitalisierung fruchtbar gemacht werden. Zu diesem Zweck fordert das Parlament, dass die öffentlichen Werbearchive und Transparenzberichte sehr großer Online-Plattformen standardisiert, maschinenlesbar und durchsuchbar sein müssen.¹⁴³ Der Informationsaustausch zwischen den nationalen KdD, dem EGdD und der Kommission soll ebenfalls über ein „zuverlässiges und sicheres“ System laufen, dessen operative Modalitäten und Interoperabilität mit anderen „einschlägigen Systemen“ (?) in Durchführungsrechtsakten spezifiziert werden sollen.¹⁴⁴

- 48 Diese DSA-Kommunikationsüberwachungsbürokratie ist aus drei Gründen problematisch. Erstens soll sie prozedurale Pflichten durchsetzen, die wie vorstehend erläutert ihrerseits viel zu weit gehen, insbesondere im Hinblick auf nicht illegale „Desinformation“. Zweitens gewährleistet der DSA keine hinreichende Transparenz der Aktivitäten der DSA-Bürokratie. Zwar veröffentlichen die nationalen KdDs jährliche Tätigkeitsberichte, die Kommission ihre Beschlüsse, und das Gremium macht der Öffentlichkeit die Ergebnisse der Zusammenarbeit mit externen Sachverständigen und Beobachtern zugänglich.¹⁴⁵ Hierbei handelt es sich aber durchweg um eine nachträgliche Publizität. Die behördliche Überwachungs- und Sanktionstätigkeit selbst läuft zunächst nicht öffentlich ab. Das EGdD tagt hinter verschlossenen Türen. Welche Forscher zugelassen, welche Sachverständige und Beobachter zu Sitzungen eingeladen werden, liegt im pflichtgemäßen Ermessen der Behörden bzw. des Gremiums. Kein Beteiligter darf Informationen preisgeben, die unter das „Berufsgeheimnis“ fallen.¹⁴⁶ Und selbst die unmittelbar adressierten, sehr großen Online-Plattformen haben kein Recht auf Akteneinsicht in

„vertrauliche Informationen und interne Dokumente der Kommission oder der Behörden der Mitgliedstaaten. Insbesondere ist die Korrespondenz

¹⁴² Europäische Kommission (Fn. 5), COM(2020) 825, Anhang des Finanzbogens, 8.

¹⁴³ Vgl. DSA-E Parlament (Fn. 5), Änderungsanträge 332 und 354.

¹⁴⁴ Art. 67 DSA-E.

¹⁴⁵ Art. 44, 48 Abs. 5, 64 DSA-E.

¹⁴⁶ Art. 63 Abs. 6 DSA-E.

zwischen der Kommission und den Behörden der Mitgliedstaaten von der Akteneinsicht ausgenommen.“¹⁴⁷

- 49 Vor diesem Hintergrund mutet es wie die Austreibung des Teufels durch den Beelzebub an, wenn die Kommunikationsmacht von Big Tech durch eine noch größere, alle Vermittlungsdienste übergreifende Beobachtungsposition der unionalen und mitgliedstaatlichen Exekutive eingehegt werden soll. Über die innerhalb einzelner Dienste existierende Kommunikationshierarchie wird eine das ganze EU-Internet umspannende Hierarchie gestülpt, mit der Kommission bzw. dem „Gremium“ an der Spitze. Mit dieser behördlichen Kommunikationsmacht verbindet sich ein neuartiges Potential der politisch motivierten Einflussnahme auf die gesellschaftliche Debatte, insbesondere im „heiklen“ Bereich jenseits allgemeiner Gesetze und Rechte Dritter.¹⁴⁸ Dass gerade das Parlament der Kommission die Befugnis verschaffen möchte, sehr großen Online-Plattformen Empfehlungen zu wirksamen Risikominderungsmaßnahmen geben zu können, entbehrt nicht der Ironie.¹⁴⁹
- 50 Richtig erscheint das Gegenteil, nämlich eine größere Staatsferne der DSA-Bürokratie und darüber hinaus eine stärkere parlamentarische Kontrolle über die Kommunikationsregulierung im Internet. Aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG folgern BVerfG und BGH ein Gebot der Staatsferne des Rundfunks und der Presse, die auch vor mittelbaren und subtilen Einflussnahmen durch den Staat abzuschirmen sind.¹⁵⁰ Dieser verfassungsrechtliche Grundsatz ist gem. Art. 6 Abs. 3 EUV auch durch die Union zu achten. Da die Moderationstätigkeit von Online-Plattformen nach zutreffender Auffassung des BGH den besonderen Schutz des Art. 5 GG genießt,¹⁵¹ sollte dieser für die gesellschaftliche Debatte unstreitig bedeutsame Bereich ebenfalls staatsfern reguliert werden. Dafür genügt es nicht, sehr großen Online-Plattformen aufzugeben, bei der Gestaltung ihrer Risikominderungsmaßnahmen Nutzervertreter, unabhängige Sachverständige und zivilgesellschaftliche Organisationen

¹⁴⁷ Art. 63 Abs. 4 S. 3 und 4 DSA-E.

¹⁴⁸ Zu parallelen Gesetzgebungsvorhaben im Vereinigten Königreich vgl. *Kretschmer/Schlesinger*, The birth of neo-regulation, 26.11.2021, <https://www.create.ac.uk/blog/2021/11/26/the-birth-of-neo-regulation-where-next-for-the-uks-approach-to-platform-regulation/> („digital authoritarianism“).

¹⁴⁹ Vgl. DSA-E Parlament (Fn. 5), Änderungsantrag 311.

¹⁵⁰ BVerfGE 20, 162, juris Rn. 37; zur Rundfunkfreiheit vgl. BVerfGE 121, 30, juris Rn. 95 f.; zur Presse BGH, NJW 2019, 763 Rn. 18 – Crailshaimer Stadtblatt II.

¹⁵¹ BGH, ZUM 2021, 953 Rn. 74 m.W.N. – Hassrede-AGB; *Gillespie*, Geo. L. Tech. Rev. 2 (2018), 198, 210 (hybrid between mere information conduits and media content providers).

einzu beziehen.¹⁵² Vielmehr muss die Entscheidungsgewalt über Regulierungsmaßnahmen bei einem Gremium liegen, das funktionell und tatsächlich unabhängig ist von staatlichen Instanzen.¹⁵³ Ergänzend sollte erwogen werden, die gesellschaftlich und politisch hoch sensible, von Geschäftsgeheimnissen der Gesetzesadressaten durchgezogene Tätigkeit der DSA-Bürokratie einer besonderen parlamentarischen Kontrolle zu unterwerfen.¹⁵⁴ Schließlich könnten die Funktionsweisen sehr großer Online-Dienste einem permanenten, forschungsbasiert-öffentlichen Monitoring unterzogen werden, an das ggf. punktuelle regulatorische Maßnahmen anknüpfen.¹⁵⁵

III. Zusammenfassung und Ausblick

- 51 Die kritische Durchsicht des DSA aus der Warte des Prinzips autonomer individueller und gesellschaftlicher Kommunikation hat fünf problematische Aspekte zutage gefördert, die eine grundsätzliche Skepsis gegenüber den im Trilog verhandelten Fassungen rechtfertigen. Sie betreffen (1) die Vertragsfreiheit nicht meinungsmächtiger Vermittler, (2) die Grenzen der Leistungsfähigkeit automatischer Moderationssysteme, (3) Maßnahmen gegen nicht rechtswidrige, aber für schädlich erachtete Inhalte (insbes. „Desinformation“), (4) die Erstreckung des Risikopräventionsgedankens auf die öffentliche Debatte sowie (5) die Organisation und Informationsmacht der DSA-Bürokratie. Als Reaktion auf diese Befunde wurde vorgeschlagen, (1) nur sehr großen Online-Plattformen inhaltliche Vorgaben im Hinblick auf ihre AGB zu machen, (2) die Verpflichtung/Berechtigung zum Einsatz automatischer Moderationssysteme auf offensichtlich rechtswidrige Inhalte zu beschränken, (3) im DSA auch keine mittelbaren Pflichten/Sanktionen zur Unterdrückung legaler, aber „schädlicher“ Inhalte vorzusehen, (4) das systemische Risiko des Art. 26 Abs. 1 Buchst. c DSA ersatzlos zu streichen und (5) die DSA-

¹⁵² So aber DSA-E Parlament (Fn. 5), Änderungsantrag 309.

¹⁵³ In diese Richtung auch Bundesrat (Fn. 17), BR-Drucks. 96/21, 15, 21; für Video-Sharing-Plattform-Dienste EG 53 und Art. 30 Richtlinie 2018/1808 zur Änderung der Richtlinie 2010/13 im Hinblick auf sich verändernde Marktgegebenheiten, ABl. L 303/69; zur Unvereinbarkeit von § 4a NetzDG (Zuständigkeit des Bundesamts für Justiz) mit der Richtlinie 2018/1808 vgl. VG Köln v. 1.3.2022, 6 L 1277/21.

¹⁵⁴ Vgl. das Gesetz über die parlamentarische Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeit des Bundes (Kontrollgremiumgesetz - PKGrG).

¹⁵⁵ *Cornils*, ZUM 2019, 89, 102 m.w.N.; ferner *Epstein*, Taming Big Tech: The Case for Monitoring, 2018, <https://medium.com/hackernoon/taming-big-tech-5fef0df0f00d>.

Bürokratie staatsfern auszugestalten und einer parlamentarischen Kontrolle zu unterwerfen.

- 52 Ein um diese Punkte abgespeckter bzw. modifizierter DSA würde immer noch eine wirksame und in der Tat erforderliche Regulierung der kommunikativen Macht von Online-Vermittlungsdiensten einschließlich Suchmaschinen¹⁵⁶ sicherstellen. Insoweit ist auch daran zu erinnern, dass Facebook und Co. ihrerseits ein vitales geschäftliches Interesse haben, „sowohl für ihre Nutzer als auch für ihre Werbekunden ein attraktives Kommunikations- und Werbeumfeld zu schaffen“, in dem möglichst wenige toxische Äußerungen zirkulieren.¹⁵⁷ Diese rationale ökonomische Erwägung macht die Bereitschaft verständlich, mit der sich Big Tech zum Teil sogar vorausseilend an der Entwicklung immer neuer Maßnahmen zur Förderung zuverlässiger und zur Unterdrückung „schädlicher“ Informationen beteiligt hat.¹⁵⁸ Und sie erklärt, weshalb die „Sicherheit“ der Online-Kommunikation einen zentralen Topos sowohl der Facebook-Gemeinschaftsstandards als auch des DSA bildet.¹⁵⁹
- 53 Statt den repressiven Moderationsdruck auf Online-Dienste weiter zu erhöhen, sollten die prozeduralen Compliance-Pflichten ganzheitlich sowohl auf die Verhinderung der Verbreitung illegaler Inhalte als auch auf die Gewährleistung rechtsgleicher Kommunikationsfreiheiten ausgerichtet sein. Denn erst damit wird der Schritt von der Durchsetzung des (analogen) Rechts im Internet hin zur genuin digitalen Plattform- und Kommunikationsregulierung vollzogen. Vermittlungsdienste und vor allem sehr große Online-Plattformen und Suchmaschinen werden dann nicht mehr von außen

¹⁵⁶ Hierzu *Epstein/Robertson*, Proceedings of the National Academy of Sciences, 112(33) (2015), E4512 ff.; *Epstein*, in: Moore/Tambini (Hrsg.), Digital dominance: Implications and risks, 2018, 293 ff.

¹⁵⁷ BGH, ZUM 2021, 953 Rn. 92 – Hassrede-AGB.

¹⁵⁸ Zu Hassrede vgl. BMJV, Gemeinsam gegen Hassbotschaften, 15.12.2015, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/12152015_TaskForceErgebnispapier.html, 1 („Die in der Task Force Mitwirkenden werden gemeinsam von der Überzeugung geleitet, dass Hassbotschaften in sozialen Medien keinen Platz haben.“). Zu „Fake News“ vgl. <https://www.facebook.com/notes/facebook-security/making-facebook-safe-and-secure-for-authentic-communication/10154362152760766/>; *Schmid/Braam/Mischke*, MMR 2020, 19, 23 m.w.N. Zur Bereitstellung zuverlässiger Informationen im Zuge der COVID-19-Pandemie vgl. <https://www.washingtonpost.com/politics/2021/06/03/alleged-fauci-smoking-gun-emails/> (E-Mail von Marc Zuckerberg an Anthony Fauci v. 15.3.2020). Vgl. auch die Regulierungsvorschläge des Microsoft-Mitarbeiters *Gillespie*, Geo. L. Tech. Rev. 2 (2018), 198, 213 ff.

¹⁵⁹ Vgl. Präambel Facebook-Gemeinschaftsstandards, <https://transparency.fb.com/de-de/policies/community-standards/?from=https%3A%2F%2Fde-de.facebook.com%2Fcommunitystandards%2F> („Das Facebook-Unternehmen weiß, wie wichtig es ist, dass Facebook ein Ort ist und bleibt, an dem die Menschen sicher und unbesorgt miteinander kommunizieren können.“) mit Art. 1 Abs. 2 Buchst. b DSA-E.

und einseitig als Problem bzw. Gefahr wahrgenommen, sondern auch in ihrer ermöglichenden Funktion für die individuelle und gesamtgesellschaftliche Meinungsbildung.¹⁶⁰ Hinter diesen im deutschen Recht bereits erreichten Regulierungsstandard¹⁶¹ sollte das Unionsrecht nicht wieder zurückfallen.

¹⁶⁰ Hierzu EGMR, Urteil v. 18.12.2012, 3111/10, Ahmet Yildirim gegen Türkei, §§ 48-54; EGMR, Urteil v. 13.6.2020, 12468/15 u.a., OOO Flavius u.a. gegen Russland, § 37.

¹⁶¹ Siehe *Peukert* (Fn. 24), Rn. 29 ff. m.w.N.; *Cornils*, NJW 2021, 2465, 2468.