

Digital Services Act & Digital Markets Act

Univ.-Prof. Ing. Dr. **Clemens Appl**, LL.M.

E-Mail: clemens.appl@donau-uni.ac.at
LinkedIn: www.linkedin.com/in/clemensappl
Tel: +43-2732-893-2411

www.donau-uni.ac.at/ipcenter



Gegenstand

► Digital Services Package

- VO-Entwurf über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte) = DMA, 15.12.2020, COM(2020) 842 final
- VO-Entwurf über einen Binnenmarkt für digitale Dienste (Gesetz über digitale Dienste) und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG, 15.12.2020, COM(2020) 825 final

► Digital Finance Package

- VO-Entwurf über Märkte für Kryptowerte und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/1937, COM/2020/593 final
- RL-Entwurf zur Änderung der Richtlinien 2006/43/EC, 2009/65/EC, 2009/138/EU, 2011/61/EU, EU/2013/36, 2014/65/EU, (EU) 2015/2366 and EU/2016/2341, COM/2020/596 final
- VO-Entwurf über die Betriebsstabilität digitaler Systeme des Finanzsektors und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 1060/2009, (EU) Nr. 648/2012, (EU) Nr. 600/2014 und (EU) Nr. 909/2014, COM/2020/595 final
- RL-Entwurf zur Änderung der Richtlinien 2006/43/EC, 2009/65/EC, 2009/138/EU, 2011/61/EU, EU/2013/36, 2014/65/EU, (EU) 2015/2366 and EU/2016/2341, COM/2020/596 final

1.

Digital Markets Act



Bestreitbare und Faire Digitale Märkte

- ▶ Vollharmonisierter Rechtsrahmen für digitale Märkte, auf denen „Gatekeeper“ tätig sind
- ▶ Wettbewerbsrechtliche Fokussierung
- ▶ Gatekeeper?
 - Betreiber eines benannten, zentralen Plattformdienstes
 - Zentrale Plattformdienste
 - Online-Vermittlungsdienste
 - Online-Suchmaschinen
 - Sozial Netzwerke
 - Video-Sharing-Plattformen
 - Nummernunabhängige, interpersonelle Kommunikationsdienste
 - Betriebssysteme
 - Cloud-Dienste
 - Werbedienste
 - Benennung durch EK gem Art 3

Gatekeeper – Art 3

▶ Tatbestand

- erhebliche Auswirkungen auf den Binnenmarkt hat,
- einen zentralen Plattformdienst betreibt, der gewerblichen Nutzern als wichtiges Zugangstor zu Endnutzern dient, und
- hinsichtlich seiner Tätigkeiten eine gefestigte und dauerhafte Position innehat oder absehbar ist, dass er eine solche Position in naher Zukunft erlangen wird.

▶ Vermutungsregeln in Art 3 Abs 2

- EWR-Umsatz: min 6,5 Mrd
 - 45 Mio aktive Nutzer aus EU je Monat
 - 3 Jahres Beobachtungszeitraum
- 

Kernbeschränkungen – Art 5

- ▶ zustimmungslose Aggregation personenbezogener Daten
 - ▶ Keine Beschränkungen alternativer Vertriebswege
 - ▶ Keine Dienstbindung (Anwerbung über Plattform – Geschäftsabschluss über alternativen Weg)
 - ▶ Kein Zwang zu Single-Sign-On
 - ▶ Keine Stillhaltevereinbarungen (Beschwerdeverbot)
 - ▶ Koppelungsverbot
 - ▶ Informationsrecht für Werbetreibende
- 

Konkretisierungsbedürftige Beschränkungen – Art 6

Beschränkungen müssen konkretisiert werden: Primär in Verantwortung der Unternehmen; ggf in „regulatorischem Dialog“ mit EK (ErwGr 58), EK kann Anforderungen spezifizieren und anordnen nach Art 7

- ▶ Keine Datenverwendung im Wettbewerb mit Kunden
- ▶ Keine Software-Koppelung / Applikationsbindung (Vorinstallierte Anwendungen)
- ▶ Keine Selbstbevorzugung in Rankings; faire und transparentes Ranking sicherstellen
- ▶ Keinen (technischen) Lock-In schaffen
- ▶ Keine Zugangs- bzw Schnittstellenbeschränkungen hinsichtlich Zusatzdienste
- ▶ Datenportabilität (iSd DSGVO) ermöglichen, insb durch Echtzeitzugang
- ▶ Zugang zu Suchmaschinendaten
- ▶ Zugang zum App Store

Weiteres

- ▶ Mitteilungspflicht bei Zusammenschlüssen – Art 12
 - Ergänzung zur FKVO
 - Auch bei fehlender Fusions-Anmeldepflicht
 - Kein Vollzugsverbot
- ▶ Sanktionsrahmen
 - Geldbußen: bis 10 % des weltweiten Konzernjahresumsatzes (vgl DSGVO, DAS)
 - Laufende Zwangsgelder: bis 5 % des durchschnittlichen weltweiten Tagesumsatzes
 - Strukturelle Verpflichtungen (insb Entbündelung nach Art 16)
 - Zuständigkeit liegt bei EK
 - Zivilrechtliche Sanktion

2.

Digital Services Act



Eckpunkte

- ▶ Weiterentwicklung des E-Commerce Rechts unter Beibehaltung grundlegender Prinzipien im Bereich der Haftungsprivilegien
 - Ausdifferenzierung in Access, Caching und Host-Provider bleibt erhalten
 - E-Commerce-RL – mit Ausnahme der Art 12 bis 15 (Art 71 Abs 1 DSA) – bleibt erhalten
- ▶ Ergänzung um spezifische Pflichten für Diensteanbieter in Abhängigkeit von dessen Geschäftsmodell und Größe
- ▶ Detaillierte Neugestaltung des Aufsichtsrechts und des Sanktionssystems
- ▶ Hybrider Charakter: teils öffentlich-rechtliche Regulierung / teils zivil- und ggf strafrechtliche Implikationen
- ▶ Fokus auf Schutz der Kommunikationsgrundrechte und Nutzerschutz
- ▶ Vollharmonisierung durch Verordnung (vgl E-Commerce-RL) – mitunter Raum für nationale Umsetzungsmaßnahmen (insb bei Ausgestaltung der Aufsicht und der Sanktionen)

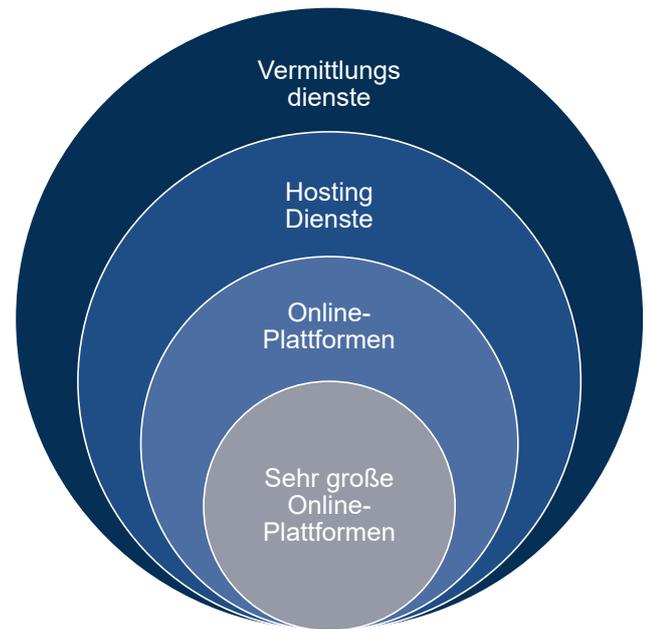
Adressaten (Art 2)

▶ Vermittlungsdienst

- Reine Durchleitung
- Caching
- Hosting = von einem Nutzer bereitgestellte Informationen in dessen Auftrag zu **speichern**

▶ **Online Plattform** = Hosting-Diensteanbieter, der im Auftrag eines Nutzers Informationen speichert und **öffentlich verbreitet [= einer potenziell unbegrenzten Zahl von Dritten im Auftrag des Nutzers bereitgestellt]**, sofern es sich bei dieser Tätigkeit nicht nur um eine unbedeutende und mit einem anderen Dienst verbundene reine Nebenfunktion handelt, [...]

▶ **Sehr große Plattform** = Art 25 DSA (45 Mio aktive Teilnehmer monatlich); halbjährliche Einstufung durch Digitale Dienste Koordinator



Akteure

- ▶ Diensteanbieter
- ▶ Unternehmen
- ▶ Nutzer
- ▶ Verbraucher

▶ Zuständige Behörde/n: Bestimmung durch MS (Art 38)

▶ ein Koordinator für die Digitale Dienste je MS

- Anforderungen in Art 39
- Befugnisse in Art 41
- Grenzüberschreitende Zusammenarbeit (Art 45)

▶ Europäisches Gremium für Digitale Dienste (Art 47 ff)

▶ EK (Zuständigkeit nach Art 51)

Sorgfaltspflichten aller Vermittlungsdienste

- ▶ Einrichtung von Kontaktstellen - Art 10
 - Behördenschnittstelle
 - ▶ Rechtsvertreter von Drittstaats-Diensten – Art 11
 - ▶ AGB-Kontrolle – Art 12
 - Hinweis auf auferlegte Nutzungs- / Dienste-Beschränkungen
 - Infos über Richtlinien, Verfahren, Maßnahmen und Werkzeuge zur Inhaltsmoderation inkl algorithmischer Entscheidungsfindung
 - Klare eindeutige Sprache
 - Interessenabwägung / Grundrechtsbindung
 - ▶ Transparenzberichtspflichten – Art 13
- 

Sorgfaltspflichten aller Hosting-Dienste

- ▶ Einrichtung von Melde- und Abhilfeverfahren – Art 14
 - Meldung „illegaler Inhalt“
 - Bearbeitung in zeitnaher, sorgfältiger und objektiver Weise
 - ▶ Begründungspflicht bei Sperre oder Entfernung – Art 15
 - spätestens zum Zeitpunkt der Entfernung oder der Zugangssperre seine Entscheidung mit einer klaren und spezifischen Begründung
- 

Sorgfaltspflichten aller Online-Plattformen I

- ▶ Keine Geltung für Kleinst- und Kleinunternehmen – Art 16 (!)
- ▶ Internes Beschwerdemanagement – Art 17
 - elektronische und kostenlose Einreichung von Beschwerden, insb bei Sperrung oder Entfernen von Inhalten
 - leicht zugänglich und benutzerfreundlich
 - Prüfung zeitnah, sorgfältig und in objektiver Weise
 - Rechtswidrigkeit / Verstoß der AGB
- ▶ ADR – Art 18
- ▶ Vertrauenswürdiger Hinweisgeber („trusted flagger“) – Art 19
 - Konzessionssystem (Zuständigkeit bei Koordinator für digitale Dienste)
 - Sachkenntnis und Kompetenz
 - Kollektive, plattformunabhängige Interessenvertretung
 - Mitwirkung bei Art 14 – Mechanismen

Sorgfaltspflichten aller Online-Plattformen II

- ▶ Missbrauchsschutz – Art 20
 - Missbrauch durch „offensichtliche“ illegale Inhalte / Missbrauch des Beschwerde- oder Meldesystems
- ▶ Meldepflicht bei Verdacht auf Straftaten – Art 21
 - „schwere Straftat“ (gegen Leib und Leben)
 - Unverzögliche Meldung an Strafverfolgungsbehörde (des betroffenen MS)
- ▶ Nachverfolgung von Unternehmen – Art 22
 - „Marktplatzüberwachung“
 - Erfassung, Prüfung und Zugänglichmachung von Unternehmensdaten
 - Speicherung solange Unternehmer Vertragspartner der Plattform ist -> Löschung
- ▶ Transparenzberichtspflicht – Art 23 (+ Art 13)

Sorgfaltspflichten aller Online-Plattformen III

▶ Transparente Online-Werbung – Art 24

Werbung auf Online-Schnittstellen muss in klarer, eindeutiger Weise und in Echtzeit Folgendes aufweisen

- Kennzeichnung als Werbung (vgl. Lauterkeitsrecht)
- Offenlegung des Werbenden
- Informationen betreffend die Auswahlparameter zur Bestimmung der Werbeadressaten

Sorgfaltspflichten sehr großer Online-Plattformen I

▶ Größenkriterium nach Art 25: durchschnittlich 45 Mio aktive Nutzer pro Monat; min. halbjährliche Evaluierung durch Koordinator am Niederlassungsort

- 45 Mio = 10 % der EU-Bevölkerung

▶ Risikobewertung – Art 26

- Bewertung aller erheblichen systemischen Risiken, die sich aus dem Betrieb und der Nutzung ihrer Dienste in der Union ergeben
 - Verbreitung illegaler Inhalt
 - Auswirkung auf bestimmte Grundrechte
 - Vorsätzliche Manipulation

▶ Maßnahmen zur Risikominimierung – Art 27

▶ Audit – Art 28

- Auf eigene Kosten, durch qualifizierte unabhängige Stellen (zB Wirtschaftsprüfer)

Sorgfaltspflichten sehr großer Online-Plattformen II

- ▶ Offenlegung von „wichtigsten“ Parametern der Empfehlungssystem – Art 29
 - in ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen
 - in klarer, barrierefreier und leicht verständlicher Weise
 - Offenlegung von allen Optionen zur Änderung der Parameter (soweit vorhanden)
 - Leichte und barrierefreie Zugänglichkeit von Änderungssystemen
 - ▶ Erhöhte Werbetransparenz (Art 30 + Art 24)
 - Werbearchiv (1 Jahr)
 - Inhalt
 - Inhalt der Werbung
 - Daten zum Werbenden
 - Zeitraum der Werbung
 - Werbeadressaten (insb Parameter zu deren Bestimmung)
 - Gesamtzahl der Werbeadressaten (ggf nach Gruppen)
 - Hintergrund (ErwGr 63): Regulatorische Aufsicht; Forschung in Bezug auf Risiken (illegale Werbung oder manipulative Techniken und Desinformation mit realen und absehbaren negativen Auswirkungen auf die öffentliche Gesundheit oder Sicherheit, den gesellschaftlichen Diskurs, die politische Teilhabe und die Gleichbehandlung)
- 

Sorgfaltspflichten sehr großer Online-Plattformen III

- ▶ Zugang und Kontrolle durch Koordinator für Digitale Dienste – Art 31
 - ▶ Bestellungspflicht von Compliance-Beauftragten – Art 32
 - ▶ Transparenzberichtspflicht – Art 33 + Art 13
- 

Übergreifende Bestimmungen

- ▶ Art 34: Normung als Begleitmaßnahme für insb
 - Art 14 Meldungen
 - Trusted Flagging
 - Besondere Schnittstellen (Art 30,31)
 - Art 28 Audit
 - Interoperabilität der Werbearchive
 - Datenübermittlung bei Transparenzverpflichtungen
 - ▶ Art 35, 36: Codes of Conduct
 - Insb für Online-Werbung
 - ▶ Art 37: Krisenprotokolle
- 

Haftungsprivilegien aller Vermittlungsdienste I

- ▶ System der E-Commerce-RL wird übernommen
 - ▶ ErwGr 17 stellt klar, dass die Art 3 ff DSA nichts über die materielle Verantwortlichkeit der Vermittlungsdienste aussagen, sondern Haftungsausnahmen statuieren
 - ▶ ErwGr 18 greift die Differenzierung von aktiven und passiven Providern (s EuGH) auf, bleibt aber im Einzelnen konkretisierende Klarstellungen schuldig
 - ▶ ErwGr 27 hält fest, dass auch Dienste wie Domain Name Registrar, CDN, VoIP, Messengerdienste erfasst sein können; eine genauere Zuordnung erfolgt nicht

 - ▶ Art 3 (Access-Provider) und Art 4 (Caching) wurden wortgleich übernommen; etwaige wünschenswerte Präzisierungen sind ausgeblieben
- 

Haftungsprivilegien aller Vermittlungsdienste II

- ▶ Art 5 übernimmt das Host-Provider-Privileg der E-Commerce-RL
 - die einzelnen Anwendungsvoraussetzungen wurden inhaltsgleich übernommen
 - ErwGr 22 enthält konkretisierende Anhaltspunkte hinsichtlich der Anforderungen an die „Nachricht“, die das Haftungsprivileg aufhebt.
 - Zusammenspiel mit Art 14 (Melde- und Abhilfeverfahren)

- Neu ist Art 5 Abs 3: Entfall des Haftungsprivilegs hinsichtlich Verbraucherschutz bei Marktplätzen, wo Abgrenzung von Plattform und Anbieter verschwimmt
 - Nur Online-Plattformen
 - Nur Verbraucherschutz

Haftungsprivilegien aller Vermittlungsdienste III

- ▶ Art 6 - Freiwillige Untersuchungen auf Eigeninitiative und Einhaltung der Rechtsvorschriften
 - Kein allgemeine Pflicht zur Überwachung (Art 7)
 - Freiwillige Untersuchungen der Nutzeraktivitäten schaden der Anwendung der Art 3 bis 5 nicht
 - Aber: Rechtsfolge bei Kenntniserlangung durch Untersuchung unklar – Wortlaut deutet auf Anwendung der Privilegien hin, was mE wertungsmäßig nicht überzeugt.

- ▶ Art 8 Anforderungen an gerichtliche oder verwaltungsbehörliche Anordnungen betreffend das Vorgehen gegen illegale Inhalte

- ▶ Art 9 regelt den Auskunftsanspruch betreffend die Herausgabe von Nutzerdaten

Verhältnis zu Urheberrecht, insb DSM-RL

- ▶ Art 1 Abs 5 lit c DSA nimmt EU-Urheberrecht (insb DSM-RL) vollständig aus, dies umfasst auch urheberrechtliche Haftungsfragen
- ▶ Art 17 DSM-RL ist sohin unberührt

- ▶ Was gilt für Diensteanbieter, die nicht durch Art 17 DSM-RL haftungsprivilegiert werden, aber in harmonisierte Urheberrechtspositionen eingreifen?
 - Art 12 ff E-Commerce-RL sind aufgehoben; DSA nimmt harmonisiertes Urheberrecht aus
- ▶ Punktuell wird im DSA dennoch auf Urheberrecht Bezug genommen
 - zB illegale Inhalte (ErwGr 12 zu Art 2 lit g)

Sanktionssystem

- ▶ **Durchsetzung grds auf nationaler Ebene (ErwGr 79)**
- ▶ **Herkunftslandprinzip (Aufsichtsbehörde am Ort der Hauptniederlassung, Art 40)**
 - Vgl Erfahrungen mit Durchsetzung der DSGVO
- ▶ Untersuchungs-, Eingriffskompetenz und Sanktionskompetenz der EK bei sehr großen Plattformen
- ▶ **Art 42 DSA / Art 59, 60 DSA – Drakonische Sanktionen**
 - „Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein“ (s Art 20 E-Commerce-RL)
 - Rahmen für Geldbußen (einmalig): bis 6% der Jahreseinnahmen oder Jahresumsatzes
Zwangsgelder (laufend): 5 % des durchschnittlichen Vorjahres-Tagesumsatzes
 - Art 20 E-Commerce-RL hat keinen Strafrahmen bestimmt.
 - zum Vergleich: DSGVO: max. 20 Mio oder – wenn höher – 4 % des weltweiten Jahresumsatzes
- ▶ Keine Harmonisierung in Bezug auf zivilrechtliche Schadenersatzansprüche (vgl Art 82 DSGVO)

Praxisauswirkungen

- ▶ Compliance rückt in den Fokus
- ▶ Aufwand in Bezug auf Anpassung von Nutzungsverträgen, Implementierung von Beschwerde, Melde- und Löschverfahren
- ▶ Erhebliche Auswirkungen für (große) Plattformen

Zentrum für Geistiges Eigentum, Medien- und Innovationsrecht
Donau-Universität Krems. Die Universität für Weiterbildung.



Digital Services Act & Digital Markets Act

Univ.-Prof. Ing. Dr. **Clemens Appl**, LL.M.

E-Mail: clemens.appl@donau-uni.ac.at
LinkedIn: www.linkedin.com/in/clemensappl
Tel: +43-2732-893-2411

www.donau-uni.ac.at/ipcenter

