

Lena Götzinger / Carmen Stetter

## Neue Spielregeln für Intermediäre – der Digital Services Act der EU

---

Der Digital Services Act (DSA) soll als Teil der Strategie der EU für einen sicheren, vorhersehbaren und vertrauenswürdigen digitalen Raum sorgen. Dazu werden (Sorgfalts-)Pflichten für Intermediäre – von WLAN-Anbietern über Cloud-Computing-Anbieter bis zu Online-Marktplätzen – eingeführt, die ihre Dienste (potenziellen) Privat- oder Unternehmenskunden im Europäischen Wirtschaftsraum anbieten. Die Autorinnen geben in diesem Beitrag einen grundlegenden Überblick über das Regelungsgefüge und die ihres Erachtens relevantesten Bestimmungen des DSA mit besonderem Augenmerk auf dessen Auswirkungen auf Schweizer Unternehmen.

---

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Informatik und Recht, Europarecht

Zitiervorschlag: Lena Götzinger / Carmen Stetter, Neue Spielregeln für Intermediäre – der Digital Services Act der EU, in: Jusletter 5. Februar 2024

## Inhaltsübersicht

1. Hintergrund und Zweck der Regulierung von Intermediären
2. Geltungsbereich des DSA und Relevanz für die Schweiz
  - 2.1. Sachlicher Geltungsbereich
  - 2.2. Räumlicher Geltungsbereich
3. Systematik des DSA (Pflichtenpyramide)
  - 3.1. Für alle Arten von Vermittlungsdiensten geltende Pflichten
    - 3.1.1. Zentrale Kontaktstellen
    - 3.1.2. Gesetzlicher Vertreter
    - 3.1.3. Anpassung der allgemeinen Geschäftsbedingungen
    - 3.1.4. Veröffentlichung von Transparenzberichten
  - 3.2. Anbieter von Hosting-Diensten
    - 3.2.1. Melde- und Abhilfeverfahren sowie Begründung von Beschränkungen
    - 3.2.2. Pflicht zur Meldung des Verdachts auf Straftaten
  - 3.3. Anbieter von Online-Plattformen
    - 3.3.1. Internes Beschwerdemanagementsystem und Streitbeilegung
    - 3.3.2. Aussetzung des Dienstes bei wiederholt missbräuchlicher Nutzung
    - 3.3.3. Verbot von Dark Patterns
    - 3.3.4. Weitere Pflichten für Anbieter von Online-Plattformen
  - 3.4. Zusätzliche Pflichten für Anbieter von Online-Plattformen, die den Abschluss von B2C-Fernabsatzverträgen ermöglichen
4. Sanktionen und Durchsetzung
5. Würdigung, Praxishinweise und Ausblick

### 1. Hintergrund und Zweck der Regulierung von Intermediären

[1] Ohne Intermediäre ist eine Nutzung des Internets in der heutigen Form nicht denkbar. Intermediäre stellen zum Beispiel die grundlegende Infrastruktur des Internets zur Verfügung, übermitteln von Nutzern bereitgestellte Informationen, sammeln und organisieren verstreute Informationen, erleichtern die soziale Kommunikation und den Informationsaustausch, führen Angebot und Nachfrage zusammen und/oder erleichtern Marktprozesse.

[2] Insbesondere Online-Plattformen ermöglichen die Veröffentlichung von Inhalten ohne wirtschaftliche oder bildungsbedingte Zugangsbarrieren sowie eine dezentrale und horizontale Debatte.<sup>1</sup> Soziale Medien geben theoretisch den Menschen eine Stimme, die früher durch traditionelle Medien unterrepräsentiert waren.<sup>2</sup> Mit der breiteren Teilhabe geht allerdings auch eine grössere Informationsfülle einher, die eine Navigation von und den Zugang zu verlässlichen Informationen schwierig macht.<sup>3</sup> Diese Asymmetrie wird von gewissen Akteuren dazu genutzt, über Intermediäre Hass und Hetze, Desinformationskampagnen oder Verschwörungstheorien zu verbreiten, was zu einer Destabilisierung demokratischer Gesellschaften führen kann. Darüber hinaus gehen mit dem Betrieb von Online-Plattformen typischerweise gewisse Geschäftspraktiken – wie die Personalisierung von Inhalten aufgrund von individuellen Auswahlentscheidungen und Persönlichkeitsmerkmalen – einher. Unter dem Stichwort der «Echokammern» und «Filter-

---

<sup>1</sup> LIBE Ausschuss, Zusammenfassung: Desinformation und Propaganda – Auswirkungen auf das Funktionieren des Rechtsstaats in der EU und ihren Mitgliedstaaten, S. 4 m.w.H. ([https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/608864/IPOL\\_STU\(2019\)608864\(SUM01\)\\_DE.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/608864/IPOL_STU(2019)608864(SUM01)_DE.pdf), zuletzt besucht am 20. Dezember 2023).

<sup>2</sup> Ebd.

<sup>3</sup> A.a.O., S. 5 m.w.H.

blasen» werden etwa mögliche negative Folgen für die Meinungsbildung und Demokratie diskutiert, da die Personalisierung von Inhalten angeblich bestehende Standpunkte bekräftigt und so zu einer Polarisierung der Meinungen beitrage.<sup>4</sup>

[3] Die vorgenannten Phänomene hatten die deutsche, österreichische und französische Regierung bereits zu nationalen Regelungen gegen Hasskriminalität und (strafbare) Falschnachrichten veranlasst.<sup>5</sup> Angesichts der bestehenden nationalen Regulierung von Intermediären war daher eine (weitere) Fragmentierung des unionseuropäischen Binnenmarktes zu befürchten, die mit dem «Digital Services Act»<sup>6</sup> (DSA) als Teil der europäischen Digitalstrategie beseitigt und verhindert werden soll (Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 DSA). Es überrascht daher nicht, dass die unmittelbar geltende Verordnung (Art. 288 AEUV<sup>7</sup>) als Regelungsinstrument gewählt wurde. Die Bestimmungen des DSA sind vollharmonisierend,<sup>8</sup> so dass grundsätzlich keine zusätzlichen nationalen Anforderungen in seinem Anwendungsbereich zulässig sind – es sei denn, nationaler Spielraum ist ausdrücklich vorgesehen (vgl. z.B. Art. 6 Abs. 4 oder Art. 54 DSA). Nationale Rechtsvorschriften, die andere Regelungsziele verfolgen als der DSA, zu erlassen oder beizubehalten ist jedoch weiterhin zulässig – vorausgesetzt, diese sind mit Unionsrecht vereinbar.<sup>9</sup>

[4] Neben der Harmonisierung des Binnenmarktes verfolgt der DSA die Ziele, Innovation zu fördern sowie Verbraucher und die Gesellschaft im Ganzen – insbesondere vor Desinformation und der Verbreitung rechtswidriger Inhalte – zu schützen (Art. 1 Abs. 1 DSA).<sup>10</sup> Dies soll durch ein «sicheres, vorhersehbares und vertrauenswürdiges Online-Umfeld» (Art. 1 Abs. 1 DSA) erreicht werden.

[5] Dieser Beitrag soll einen grundlegenden Überblick über das Regelungsgefüge des DSA bieten und stellt dabei die – nach Ansicht der Autorinnen – für Schweizer Unternehmen relevantesten Neuerungen in den Fokus. Nicht vertieft eingegangen wird daher nachfolgend auf die im DSA vorgesehenen Haftungsprivilegierungen sowie auf die strengeren Pflichten für sehr grosse Online-Plattformen («*very large online platforms*», VLOPs) und sehr grosse Suchmaschinen («*very large search engines*», VLOSEs):

- Soweit der DSA Haftungsprivilegierungen für Anbieter von Vermittlungsdiensten vorsieht, handelt es sich dabei im Wesentlichen um alten Wein in neuen Schläuchen. Die aus der unionseuropäischen E-Commerce-Richtlinie<sup>11</sup> bekannten Haftungsprivilegierungen

---

<sup>4</sup> Deutscher Bundestag, «Echokammern» und «Filterblasen» in digitalen Medien, WD 10 – 3000 – 007/22 vom 21. März 2022 (<https://www.bundestag.de/resource/blob/898208/396d70db93fbc68bca40726b4d5308db/WD-10-007-22-pdf-data.pdf>, zuletzt besucht am 20. Dezember 2023).

<sup>5</sup> Deutsches Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken vom 1. September 2017 (NetzDG), österreichisches Bundesgesetz über Massnahmen zum Schutz der Nutzer auf Kommunikationsplattformen (KoPI-G) und die französischen Gesetze gegen Falschnachrichten (LOI n°2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information) und Hassrede (LOI n° 202–766 du 24 juin 2020 visant à lutter contre les contenus haineux sur internet).

<sup>6</sup> Verordnung 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste).

<sup>7</sup> Vertrag über die Arbeitsweise der europäischen Union.

<sup>8</sup> ErwG 9 DSA, dessen deutschen Übersetzung unglücklich ist.

<sup>9</sup> Ebd.

<sup>10</sup> Vgl. auch ErwG 1 und 2.

<sup>11</sup> Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr) (zit. E-Commerce-RL).

(Art. 12–15 E-Commerce-RL) haben sich aus Sicht des EU-Gesetzgebers bewährt<sup>12</sup> und wurden darum im Wesentlichen in Art. 4 ff. des DSA überführt.<sup>13</sup> Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass freiwillige Massnahmen, mit denen die Einhaltung von Rechtsvorschriften überprüft wird, nicht zu einem Verlust der Haftungsprivilegierung führen (Art. 7 DSA). Diese «Guter Samariter»-Regelung soll dem Problem Abhilfe schaffen, dass Hosting-Provider, die keine Überwachungsmassnahmen trafen, bislang mangels Kenntnis des illegalen Inhalts in den Genuss des Haftungsprivilegs kamen, während proaktive Provider zwangsläufig Kenntnis vom überwachten Inhalt hatten und daher tätig werden mussten.<sup>14</sup>

- Als VLOPs und VLOSEs gelten nur Online-Plattformen<sup>15</sup> und Suchmaschinen, die von der EU-Kommission als solche benannt wurden und durchschnittlich mindestens 45 Millionen aktive Nutzer pro Monat aufweisen (Art. 33 Abs. 1 i.V.m. Art. 33 Abs. 4 DSA). Am 25. April 2023 hat die Europäische Kommission erstmalig 17 VLOPs und zwei VLOSEs benannt, welche ihre Verpflichtungen unter dem DSA innert vier Monaten seit ihrer Benennung, d.h. bis zum 25. August 2023, umsetzen mussten. Unter den gelisteten Unternehmen waren unter anderem Amazon, Google, Facebook (Meta), LinkedIn, TikTok, Zalando und Youtube.<sup>16</sup> Nur der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle erwähnt, dass Zalando und Amazon gegen ihre Benennung gerichtlich vorgehen, unter anderem mit dem Argument, es liege eine Ungleichbehandlung gegenüber anderen Anbietern vor.<sup>17</sup> Gegen X (ehemalig Twitter), hat die EU-Kommission ausserdem die erste Untersuchung betreffend die Einhaltung des DSA eingeleitet. Sie betrifft insbesondere die Verbreitung illegaler Inhalte in der Union.<sup>18</sup>

## 2. Geltungsbereich des DSA und Relevanz für die Schweiz

### 2.1. Sachlicher Geltungsbereich

[6] Der DSA richtet sich in sachlicher Hinsicht an sämtliche Anbieter von «Vermittlungsdiensten» im Binnenmarkt (Art. 1 Abs. 1 DSA) und regelt die Erbringung der Vermittlungsdienstleistungen (nicht aber die Anforderungen an die vermittelten Produkte oder Dienstleistungen, Art. 1 Abs. 2

---

<sup>12</sup> ErWG 16.

<sup>13</sup> Anders als die Überschrift von Kapitel II («Haftung der Anbieter von Vermittlungsdiensten») impliziert, enthält der DSA keine Regeln zur Haftungsbegründung, sondern lediglich Haftungsprivilegierungen. Eine Haftungsgrundlage im unioneuropäischen oder nationalen Recht wird gemäss ErWG 17 vorausgesetzt.

<sup>14</sup> GERALD SPINDLER, Der Vorschlag für ein neues Haftungsregime für Internetprovider – der EU-Digital Services Act, Teil 1, GRUR 4/2021, S. 545 ff., S. 549 f. m.w.H.

<sup>15</sup> Zur Legaldefinition des Begriffs der Online-Plattform s. Ziff. 3.3.

<sup>16</sup> Europäische Kommission, Press Release, Digital Services Act: Commission designates first set of Very Large Online Platforms and Search Engines ([https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_23\\_2413](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_2413), zuletzt besucht am 21. Dezember 2023).

<sup>17</sup> Zum Ganzen Zalando, Zalando files legal action against the European Commission to contest its designation as a «Very Large Online Platform» as defined by the Digital Services Act, 27. Juni 2023 (<https://corporate.zalando.com/en/company/zalando-files-legal-action-against-european-commission-contest-its-designation-very-large>, zuletzt besucht am 21. Dezember 2023) und «Zeit Online» vom 11. Juli 2023, «Amazon reicht Klage gegen Digital Services Act ein» (<https://www.zeit.de/digital/internet/2023-07/europaeische-union-amazon-digital-services-aktlage-zalando>, zuletzt besucht am 21. Dezember 2023).

<sup>18</sup> Europäische Kommission, Kommission leitet im Rahmen des Gesetzes über digitale Dienste ein förmliches Verfahren gegen X ein ([https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP\\_23\\_6709](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_23_6709), zuletzt besucht am 20. Dezember 2023).

DSA). Im englisch- und französischsprachigen Verordnungstext wird der (aus Sicht der Autorinnen treffendere) Begriff des Intermediärs («*intermediary service*» bzw. «*service intermédiaire*») verwendet, der deutlich macht, dass der sachliche Geltungsbereich des DSA weiter ist, als der deutsche Begriff des Vermittlungsdienstes auf den ersten Blick vermuten lässt. Der Begriff der Vermittlungsdienste ist weit gefasst<sup>19</sup> und erfasst nicht nur Plattformen, die als Agenten Verträge über Produkte oder Dienstleistungen zwischen verschiedenen Marktteilnehmern vermitteln (wie man angesichts des deutschen Begriffs des «Vermittlungsdienstes» irrig vermuten könnte).<sup>20</sup> Vielmehr handelt es sich bei einem «Vermittlungsdienst» nach der Legaldefinition in Art. 3 lit. g DSA um Dienstleistungen der Informationsgesellschaft

- der «reinen Durchleitung», die von einem Nutzer bereitgestellte Informationen in einem Kommunikationsnetz übermitteln oder den Zugang zu einem Kommunikationsnetz vermitteln;
- in Form einer *Caching-Leistung*, die von einem Nutzer bereitgestellte Informationen in einem Kommunikationsnetz übermitteln, wobei eine automatische, zeitlich begrenzte Zwischenspeicherung dieser Informationen zu dem alleinigen Zweck erfolgt, die Übermittlung der Information an andere Nutzer auf deren Anfrage effizienter zu gestalten oder
- in Form eines *Hosting-Dienstes*, die von einem Nutzer bereitgestellte Informationen in dessen Auftrag speichern.

[7] Der Begriff des Vermittlungsdienstes ist somit nicht generalklauselartig definiert, sondern der Unionsgesetzgeber macht das Vorliegen eines Vermittlungsdienstes davon abhängig, dass der Dienst der Informationsgesellschaft in eine der zuvor genannten Kategorien fällt.<sup>21</sup>

[8] Als Dienste der Informationsgesellschaft zu verstehen sind alle in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz<sup>22</sup> (d.h. «remote») und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachten Dienstleistungen (Art. 3 lit. a DSA unter Verweis auf Art. 1 Abs. 1 lit. b RL (EU) 2015/1535). Erfasst sind somit nur kommerzielle Dienste – auch wenn diese nicht direkt vom Nutzer, dem der Dienst zugutekommt, sondern indirekt durch Dritte (z.B. Werbetreibende) finanziert werden.<sup>23</sup> Als Dienst der Informationsgesellschaft einzuordnen ist etwa ein der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellter kostenloser WLAN-Zugang in einem Café (da dieser indirekt über den Verkaufspreis der Speisen und Getränke finanziert wird),<sup>24</sup> nicht aber der Betrieb

---

<sup>19</sup> SIMON GERDEMANN/GERALD SPINDLER, Das Gesetz über digitale Dienste (Digital Services Act) (Teil 1), Grundlegende Strukturen und Regelungen für Vermittlungsdienste und Host-Provider, GRUR 1-2/2023, S. 3 ff. (zit. GERDEMANN/SPINDLER, DSA Teil 1), S. 4.

<sup>20</sup> LENA GÖTZINGER, Mehr als nur Governance – der Digital Services Act, 25. Juli 2022 (<https://datenrecht.ch/mehr-als-nur-governance-der-digital-services-act/>, zuletzt besucht am 21. Dezember 2023). Umstritten ist, ob Suchmaschinen unter den Begriff des Vermittlungsdienstes subsumiert werden können (FRANZ HOFMANN, in: Franz Hofmann/Benjamin Raue (Hrsg.), Nomos Kommentar zum Digital Services Act, 1. Aufl., Baden-Baden 2023 (zit. NK DSA-VERFASSEN), Art. 3 N 62 ff.), auch wenn diese ohne Zweifel vom DSA erfasst sind (vgl. z.B. ErwG 28, 65, 77, 96 sowie Art. 14 Abs. 5 und Abs. 6, Art. 24 Abs. 2 bis 4 und Art. 33 f.).

<sup>21</sup> NK DSA-HOFMANN (Fn. 20), Art. 2 N 24.

<sup>22</sup> In der englischen bzw. französischen Sprachfassung des Art. 1 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2015/1535 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. September 2015 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft (RL (EU) 2015/1535) wird «at a distance» bzw. «à distance» verwendet.

<sup>23</sup> Vgl. ErwG 18 E-Commerce-RL und zum Begriff des Entgelts in der unionseuropäischen Rechtsprechung vgl. EuGH C-339/15 vom 4. Mai 2017 Rz. 35 f. – Luc Vanderborght; C-291/13 vom 11. September 2014 Rz. 27 ff. – Papasavvas.

<sup>24</sup> EuGH C-484/14 vom 15. September 2016 Rz. 41 ff. – McFadden/Sony Music.

eines privaten WLAN-Netzwerks.<sup>25</sup> Aus dem sachlichen Geltungsbereich des DSA heraus fallen überdies Dienste, die gleichzeitig für eine unbegrenzte Zahl von einzelnen Empfängern erbracht werden, ohne dass dies auf individuellen Abruf geschieht (wie bei Radio- oder Fernsehdiensten).<sup>26</sup>

[9] Ob eine Dienstleistung der Informationsgesellschaft als Vermittlungsdienst qualifiziert werden kann, ergibt sich ausschliesslich aus ihren technischen Funktionen, welche sich fortlaufend verändern können. Die Einordnung ist daher von Fall zu Fall mit Blick auf die in Rede stehende *Tätigkeit* zu prüfen.<sup>27</sup> Erbringt ein Anbieter verschiedene Dienste, von denen nur ein Teil als Vermittlungsdienst im Sinne des DSA einzustufen ist, gelten dessen Bestimmungen nur für diesen Teil.<sup>28</sup> Zu den Vermittlungsdienstleistungen der «reinen Durchleitung» sollen zum Beispiel Internet-Austauschknoten, drahtlose Zugangspunkte, virtuelle private Netze, DNS-Dienste und DNS-Resolver, Dienste von Namenregistern der Domäne oberster Stufe, Registrierungsstellen, Zertifizierungsstellen digitaler Zertifikate, Internetsprachtelefonie (VoIP) und andere interpersonelle Kommunikationsdienste gehören.<sup>29</sup> Zu den «Caching-Leistungen» zählen Reserve-Proxys oder Proxys zur Anpassung von Inhalten.<sup>30</sup> Hosting-Dienstleistungen umfassen etwa Cloud-Computing-Dienste, Web-Hosting-Dienste oder Dienste, die den Online-Austausch von Informationen und Inhalten ermöglichen.<sup>31</sup>

[10] Hervorzuheben ist, dass durch den Begriff der Vermittlungsdienste auch B2B-Dienste erfasst werden.<sup>32</sup> Obwohl Art. 1 Abs. 1 DSA ausdrücklich den Verbraucherschutz als Schutzziel nennt, dient der DSA nicht ausschliesslich dem Schutz von Konsumenten, sondern auch dem Schutz von gewerblichen oder anderen Nutzern.<sup>33</sup> Nutzer ist gem. Art. 3 lit. b DSA jede natürliche oder juristische Person, die einen Vermittlungsdienst in Anspruch nimmt, insbesondere um Informationen zu erlangen oder zugänglich zu machen. Somit ist der DSA auch für im B2B-Bereich tätige Anbieter von Vermittlungsdiensten von Bedeutung.

## 2.2. Räumlicher Geltungsbereich

[11] Ähnlich der europäischen Datenschutzgrundverordnung entfaltet der DSA extraterritoriale Wirkung. Schweizerische Anbieter von Vermittlungsdiensten fallen daher auch dann in dessen Anwendungsbereich, wenn sie zwar keine(n) Sitz oder Niederlassung im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) haben, jedoch sonst eine «wesentliche Verbindung» zu ihm aufweisen.<sup>34</sup> Davon ist gemäss Art. 3 lit. e DSA insbesondere auszugehen, wenn (i) der Vermittlungsdienst eine bedeutende Anzahl von Nutzern in einem oder mehreren EWR-Staaten im Verhältnis zu dessen oder deren Bevölkerung vorweist oder (ii) der Vermittlungsdienst auf EWR-Nutzer ausgerichtet

---

<sup>25</sup> NK DSA-HOFMANN (Fn. 20), Art. 3 N 43.

<sup>26</sup> Vgl. Anhang I RL (EU) 2015/1535. Video-on-Demand-Dienste erfolgen demgegenüber auf individuellen Abruf.

<sup>27</sup> ErwG 29 DSA.

<sup>28</sup> ErwG 15 DSA.

<sup>29</sup> ErwG 29 DSA.

<sup>30</sup> Ebd.

<sup>31</sup> Ebd.

<sup>32</sup> NK DSA-HOFMANN/RAUE (Fn. 20), Einleitung N 6 ff.

<sup>33</sup> ErwG 3 DSA.

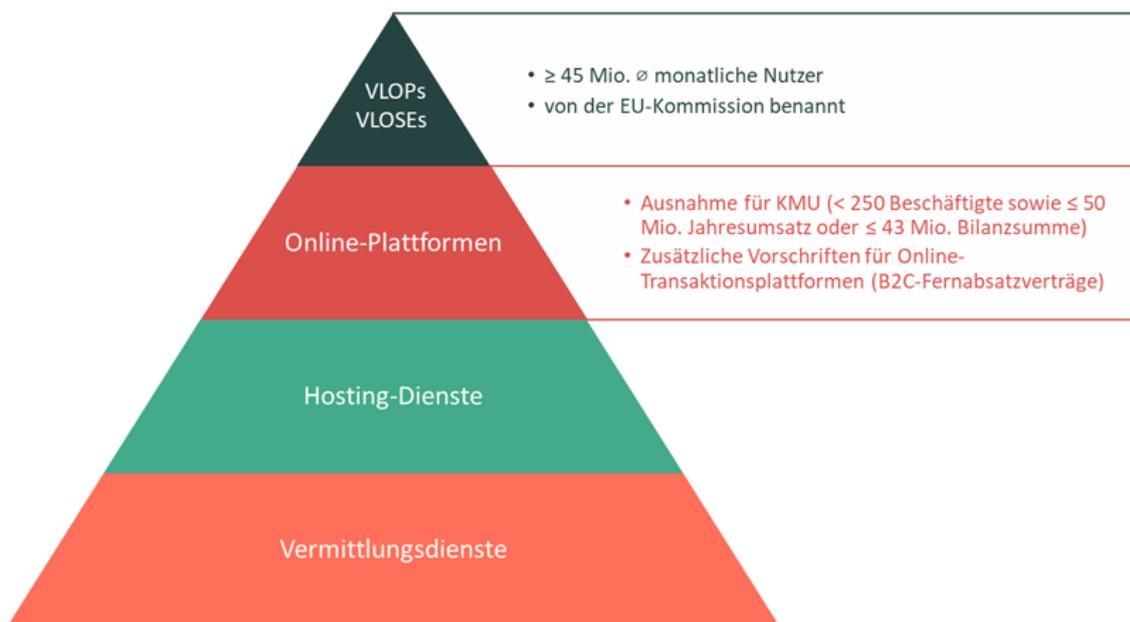
<sup>34</sup> Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 lit. d DSA; ErwG 7 DSA. Der DSA hat Bedeutung für den EWR.

ist (Marktortprinzip).<sup>35</sup> Indizien für eine solche Ausrichtung können insbesondere sein: Währung, Lieferung in Mitgliedstaaten, Sprache, Nutzung einer einschlägigen Domain oberster Stufe, Angebot der App im nationalen App-Store eines Mitgliedstaates oder Schaltung lokaler Werbung.<sup>36</sup> Der Fakt, dass eine Website von einem Mitgliedstaat der Union aus technisch zugänglich ist, vermag an sich jedoch keine wesentliche Verbindung zu begründen.<sup>37</sup>

### 3. Systematik des DSA (Pflichtenpyramide)

[12] Der DSA ist erkennbar vom Bemühen getragen, die Verpflichtungen für Anbieter von Vermittlungsdiensten in ein angemessenes Verhältnis zur Art der betreffenden Dienste zu stellen.<sup>38</sup> Je nach Rolle, Grösse und ihrem Einfluss auf das Online-Ökosystem kommen mehr Pflichten hinzu,<sup>39</sup> so dass sich eine pyramidenartige Abstufung von Pflichten ergibt. Es existieren vier aufeinander aufbauende Stufen, von welchen jede regulierungsintensiver bzw. restriktiver ist.<sup>40</sup>

#### Pyramidendiagramm der Vermittlungsdienste



[13] An der Basis der Pyramide stehen grundlegende Pflichten, denen grundsätzlich<sup>41</sup> Anbieter aller Vermittlungsdienste unterliegen. Auf der nächsten Ebene befinden sich Hosting-Dienste

<sup>35</sup> NIKLAS MAAMAR, § 4 Sorgfaltspflichten der Anbieter von Vermittlungsdiensten, in: Torsten Kraul (Hrsg.), Das neue Recht der digitalen Dienste, Baden-Baden 2023 (zit. MAAMAR), N 31.

<sup>36</sup> ErWG 8 DSA.

<sup>37</sup> ErWG 8 DSA.

<sup>38</sup> GÖTZINGER (Fn. 20).

<sup>39</sup> ErWG 41 DSA.

<sup>40</sup> GERDEMANN/SPINDLER (Fn. 19), DSA Teil 1, S. 3.

<sup>41</sup> Kleine und mittlere Unternehmen gemäss Empfehlung 2003/361/EG der Europäischen Kommission sind aber von der Verpflichtung, einen Transparenzbericht zu verfassen, ausgenommen (Art. 15 Abs. 1 und 2 DSA).

(zur Definition vgl. Ziff. 3.2 nachfolgend), deren Anbieter weitergehende Anforderungen erfüllen müssen, wie etwa die Einrichtung eines Melde- und Abhilfeverfahrens.

[14] Noch umfassendere und strengere Pflichten treffen Anbieter von Online-Plattformen, einer Unterkategorie der Hosting-Dienste. Soweit diese Online-Plattformen Konsumenten den Abschluss von Fernabsatzverträgen ermöglichen (Online-Transaktionsplattformen), kommen gewisse Pflichten hinzu (Art. 29–32 DSA).

[15] Die für Online-Plattformen geltenden Pflichten sind nach Art. 19 Abs. 1 DSA grundsätzlich nicht anwendbar auf kleinere und mittlere Unternehmen (KMU). Als kleine und mittlere Unternehmen zählen derzeit Unternehmen mit (i) weniger als 250 Mitarbeitenden und (ii) einem Jahresumsatz von höchstens EUR 50 Millionen oder einer Jahresbilanzsumme von maximal EUR 43 Millionen.<sup>42</sup> Eine Gegen Ausnahme sieht Art. 29 Abs. 1 i.V.m. Abs 2 DSA für von KMU angebotene Online-Transaktionsplattformen vor. Das heisst, KMU unterliegen doch den gleichen Pflichten wie grössere Anbieter von Online-Plattformen, sofern sie Konsumenten den Abschluss von Fernabsatzverträgen mit VLOPs ermöglichen.

[16] Den strengsten Pflichten unterliegen schliesslich VLOPs und VLOSEs (zum Begriff vgl. Ziff. 1 zuvor).

### **3.1. Für alle Arten von Vermittlungsdiensten geltende Pflichten**

#### **3.1.1. Zentrale Kontaktstellen**

[17] Alle Anbieter von Vermittlungsdiensten müssen eine zentrale Kontaktstelle («*single point of contact*» in der englischen Sprachfassung) benennen, um die unmittelbare elektronische Kommunikation mit Behörden der Mitgliedstaaten, der Europäischen Kommission und dem Europäischen Gremium für digitale Dienste (Art. 11 DSA) sicherzustellen. Wer für unterschiedliche Pflichten des DSA unterschiedliche Kontaktpunkte benennt, verstösst gegen Art. 11 DSA.<sup>43</sup> Dabei muss der Anbieter des Vermittlungsdienstes in der Lage sein, englischsprachige Kommunikation seitens der zuständigen DSA-Aufsichtsorgane entgegenzunehmen («Sprache, die von möglichst vielen Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern verstanden wird», Art. 11 Abs. 3 DSA).<sup>44</sup> Darüber hinaus muss Kommunikation mindestens in der Amtssprache des Mitgliedstaates verstanden werden, in dem der Anbieter oder sein gesetzlicher Vertreter (dazu sogleich) niedergelassen ist (Art. 11 Abs. 3 *in fine* DSA).

[18] Darüber hinaus ist für Nutzer eine zentrale und benutzerfreundliche Kontaktstelle zu benennen (Art. 12 Abs. 1 DSA). Der Einsatz von Chatbots oder automatisierten Dialogsystemen ist zulässig, sofern die Nutzer ausdrücklich darauf hingewiesen werden und ihnen auch die Kommunikation mit Menschen ermöglicht wird (Art. 12 Abs. 1 *in fine* DSA).<sup>45</sup>

[19] Die Kontaktinformationen dieser Stellen müssen leicht zugänglich und stets aktuell sein (Art. 11 Abs. 2 DSA bzw. Art. 12 Abs. 2 DSA). Zusätzlich sind die Kommunikationssprachen der zentralen Kontaktstelle für die DSA-Aufsichtsorgane zu veröffentlichen (Art. 11 Abs. 3 DSA).

---

<sup>42</sup> Art. 2 Abs. 1 Titel I Anhang 1 Empfehlung 2003/361/EG.

<sup>43</sup> NK DSA-RAUE (Fn. 20), Art. 11 N 9.

<sup>44</sup> A.a.O. N 28 m.w.H. Nach anderer Auffassung Englisch, Französisch oder Deutsch (MAAMAR (Fn. 35), N 21).

<sup>45</sup> Die Informationspflicht folgt aus ErwG 43 DSA.

Die Informationen über die zentralen Kontaktstellen sollten z.B. in der feststehenden «Fusszeile» der Website unter Begriffen wie «Kontakt» oder «Impressum» hinterlegt werden.<sup>46</sup> Dabei muss keine neue Kontaktstelle vor Ort eingerichtet werden. Es genügt, wenn einer vorhandenen, virtuellen bzw. elektronisch erreichbaren Kontaktstelle die Aufgabe der zentralen Kontaktstelle nach Art. 11 f. DSA zugewiesen wird.<sup>47</sup>

### 3.1.2. Gesetzlicher Vertreter

[20] Zudem verpflichtet Art. 13 Abs. 1 DSA Anbieter von Vermittlungsdiensten ohne Niederlassung im EWR dazu, einen gesetzlichen Vertreter mit physischem Sitz in einem Mitgliedstaat zu bestellen.<sup>48</sup> Dieser Vertreter, der auch eine juristische Person oder Personengesellschaft sein kann, muss über die notwendigen Befugnisse und Ressourcen verfügen, um mit den Behörden zusammenarbeiten zu können (Art. 13 Abs. 1 und 2 DSA). So wäre z.B. die Bestellung eines mit dem Anbieter verbundenen Unternehmens als Vertreter denkbar.<sup>49</sup> Wurde ein Vertreter bestimmt, müssen dessen Kontaktdaten an den jeweiligen Koordinator für digitale Dienste in dem Mitgliedstaat weitergegeben werden, in welchem er seinen Sitz hat, und leicht öffentlich zugänglich gemacht werden (Art. 13 Abs. 4 DSA). Diese Bestimmung soll eine wirksame Aufsicht und Durchsetzung des DSA bei erfassten Vermittlungsdiensten in Drittstaaten wie der Schweiz ermöglichen.<sup>50</sup> Aus diesem Grund ist – zusätzlich zu der Haftung der Anbieter von Vermittlungsdiensten – eine Haftbarkeit des gesetzlichen Vertreters (auch) für Verstöße des Vermittlungsdienstes gegen den DSA vorgesehen (Art. 13 Abs. 3 DSA).<sup>51</sup>

### 3.1.3. Anpassung der allgemeinen Geschäftsbedingungen

[21] Viele Anbieter von Vermittlungsdiensten werden ausserdem ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) anpassen müssen, um die von Art. 14 DSA geforderte Transparenz gegenüber den Nutzern im Zusammenhang mit der Beschränkung von Nutzer-«Content» sicherzustellen.<sup>52</sup> Dies ist relevant, da Cloud-Provider oder Plattformen Inhalte nicht nur aufgrund gesetzlicher Vorschriften, sondern auch wegen Verstößen gegen ihre eigenen (Community-)Richtlinien entfernen oder beschränken.<sup>53</sup> Art. 14 DSA soll einer unvorhersehbaren und willkürlichen Löschung von Inhalten vorbeugen.<sup>54</sup> Neben der Löschung stellen aber auch z.B. die Sperrung des Zugangs zum Inhalt, dessen Einstufung im Algorithmus als weniger relevant, die Demonetisierung<sup>55</sup> des

---

<sup>46</sup> NK DSA-RAUE (Fn. 20), Art. 12 N 33; MAAMAR (Fn. 35), N 28.

<sup>47</sup> ErWG 42 DSA.

<sup>48</sup> ErWG 44 DSA.

<sup>49</sup> Ebd.

<sup>50</sup> Ebd.

<sup>51</sup> NKA DSA-RAUE (Fn. 20), Art. 13 N 22; MAX DREGELIES, Digital Services Act, Überblick über den neuen Rechtsrahmen für das Internet, in MMR 2022, S. 1033 ff., S. 1036.

<sup>52</sup> ErWG 45 DSA; a.M. ALEXANDER PEUKERT, Five Reasons to be Skeptical About the DSA, Verfassungsblog, 31. August 2021 (<https://verfassungsblog.de/power-dsa-dma-04/>, zuletzt besucht am 21. Dezember 2023).

<sup>53</sup> BENJAMIN RAUE/HENDRIK HEESSEN, Der Digital Services Act, NJW 49/2022, S. 3537 ff., N. 22.

<sup>54</sup> NKA DSA-RAUE, Art. 14 N 1.

<sup>55</sup> Mit Demonetisierung ist gemeint, dass ein Nutzer nicht mehr an den Erlösen von Werbung beteiligt wird, die im Zusammenhang mit dem Inhalt geschaltet wird (vgl. auch Art. 20 Abs. 1 lit. d DSA).

Inhalts oder die Schliessung oder Aussetzung («*suspension*») des Nutzerkontos eine Beschränkung dar (vgl. Art. 3 lit. t DSA).

[22] Zu informieren ist über sämtliche Tätigkeiten eines Anbieters von Vermittlungsdiensten, mit welchen rechts- oder AGB-widrige Inhalte erkannt, festgestellt und bekämpft werden (so die Legaldefinition der «Moderation von Inhalten» in Art. 3 lit. t DSA). Unerheblich ist, ob diese Tätigkeiten automatisiert oder manuell erfolgen.<sup>56</sup> Der DSA enthält dabei einen Katalog von Pflichtangaben, wonach der Anbieter des Vermittlungsdienstes informieren muss über:

- «Leitlinien» («*policies*» in der englischen Sprachfassung) zur Moderation von Inhalten bzw. Vorgaben, welche Inhalte (z.B. Nacktheit, Drogenhandel, Bedrohungen oder Hassrede<sup>57</sup>) Anlass zu Beschränkungen geben (Art. 14 Abs. 1 S. 2 DSA);
- «Verfahren» zur Moderation von Inhalten bzw. interne Abläufe zur Umsetzung von Beschränkungen (Art. 14 Abs. 1 S. 2 DSA), wobei Online-Plattformen die Verfahrensregeln für ihr nach Art. 20 DSA einzurichtendes Beschwerdemanagementsystem (Art. 14 Abs. 1 S. 2 *in fine* DSA) und die Massnahmen gegen Missbrauch (Art. 23 Abs. 4 DSA) angeben müssen;
- «Massnahmen» (Art. 14 Abs. 1 S. 2 DSA) zur Moderation von Inhalten, d.h. die ergriffenen Beschränkungen wie Löschung oder Sperrung des Zugangs;
- «Werkzeuge» (Art. 14 Abs. 1 S. 2 DSA) zur Moderation von Inhalten, etwa algorithmische Entscheidungsfindung oder menschliche Überprüfung. Trifft eine Software jedoch nur eine Ersteinschätzung über die Rechts- oder AGB-Widrigkeit eines Inhalts, die aufgrund nachgeschalteter menschlicher Überprüfung nicht (unmittelbar) zu Beschränkungen führt, muss aufgrund des Wortlauts («Entscheid») nach hier vertretener Auffassung über den Einsatz solcher Software in den AGB nicht informiert werden;
- das Recht des Nutzers, die Nutzung des Dienstes zu beenden (ErwG 45 S. 4), namentlich über dessen Kündigungsrechte und die Folgen der Beendigung,<sup>58</sup> und
- sofern der Vermittlungsdienst des Anbieters in die Unterkategorie der Online-Plattform fällt – die wichtigsten Parameter des Empfehlungssystems sowie die Möglichkeiten der Nutzer, diese zu ändern oder zu beeinflussen (Art. 27 Abs. 1 DSA).

[23] Diese Angaben müssen Anbieter von Vermittlungsdiensten in ihren AGB klar formulieren und sie leicht verfügbar und in maschinenlesbarer Form öffentlich zur Verfügung stellen (Art. 14 Abs. 1 *in fine* DSA). AGB, die in einer so benannten Verlinkung in der Fusszeile der Website für jedermann abrufbar sind, dürften diesen Anforderungen genügen. AGB, die nur über einen mehrstufigen Anmeldeprozess oder für angemeldete Nutzer einsehbar sind, dürften hingegen nicht leicht verfügbar bzw. öffentlich sein. Anbieter, die Vermittlungsdienste in erster Linie an Minderjährige richten oder überwiegend von solchen genutzt werden, müssen darüber hinaus «besondere Anstrengungen unternehmen», ihre AGB für dieses Publikum leicht verständlich zu

---

<sup>56</sup> Vgl. Art. 15 Abs. 1 lit. c DSA.

<sup>57</sup> Die Beispiele sind den Gemeinschaftsrichtlinien von Instagram entnommen ([https://help.instagram.com/477434105621119?cms\\_id=477434105621119](https://help.instagram.com/477434105621119?cms_id=477434105621119), zuletzt besucht am 21. Dezember 2023). Viele Plattformen sehen in ihren Community-Richtlinien oder «Acceptable Use Policies» ähnliche Einschränkungen vor.

<sup>58</sup> NK DSA-RAUE (Fn. 20), Art. 14 N 43.

gestalten (Art. 14 Abs. 3 DSA).<sup>59</sup> Bemerkenswert ist hier, dass der Gesetzgeber – ganz im Sinne des Legal Design Thinking – die Verwendung von grafischen Elementen wie Bildern und Icons zur Veranschaulichung ausdrücklich erwähnt und für zulässig erklärt.<sup>60</sup>

[24] Darüber hinaus sind Nutzer über wesentliche Änderungen der AGB zu informieren (Art. 14 Abs. 2 DSA).

#### **3.1.4. Veröffentlichung von Transparenzberichten**

[25] Zusätzlich zu den Transparenzpflichten betreffend AGB verpflichtet Art. 15 Abs. 1 DSA die Anbieter von Vermittlungsdiensten – mit Ausnahme von KMU (Art. 15 Abs. 2 DSA) – dazu, mindestens einmal jährlich maschinenlesbare und leicht verständliche Transparenzberichte über deren Moderations-Tätigkeiten zu veröffentlichen. Art. 15 Abs. 1 DSA enthält eine Auflistung von Angaben, welche mindestens in diesen Berichten enthalten sein müssen.

### **3.2. Anbieter von Hosting-Diensten**

#### **3.2.1. Melde- und Abhilfeverfahren sowie Begründung von Beschränkungen**

[26] Für Anbieter von Hosting-Diensten (s. Ziff. 3.2) führt Art. 16 DSA zudem die Pflicht eines standardisierten, benutzerfreundlichen und elektronischen Melde- und Abhilfeverfahrens («*notice-and-take-down*») ein, mittels welchem (mutmasslich) rechtswidrige Inhalte gemeldet werden können. Eine Pflicht zur Entgegennahme von Meldungen betreffend AGB-widrige Inhalte besteht also nicht, Anbieter von Hosting-Diensten können aber selbstverständlich freiwillig solche Meldungen über den gleichen Prozess entgegennehmen.<sup>61</sup>

[27] Das Meldeverfahren darf nicht nur den Nutzern des Dienstes offenstehen. Vielmehr muss es auch anderen «Personen oder Einrichtungen» möglich sein, vermutete rechtswidrige Inhalte – grundsätzlich auch anonym<sup>62</sup> – zu melden (Art. 16 Abs. 1 DSA). Zur elektronischen und benutzerfreundlichen Meldung dürften Anbieter von Vermittlungsdiensten wie schon bisher auf Eingabemasken<sup>63</sup> zurückgreifen. Diese müssen mindestens die Eingabe der folgenden Angaben ermöglichen (Art. 16 Abs. 2 lit. a-d DSA):

---

<sup>59</sup> ErwG 46 DSA.

<sup>60</sup> ErwG 45 DSA.

<sup>61</sup> Vgl. beispielhaft die Hinweise von Google zur Meldung von Inhalten, die rechtswidrig sind oder gegen die Inhalts- und Produktrichtlinien verstossen unter (<https://support.google.com/legal/troubleshooter/1114905?hl=de>, zuletzt besucht am 21. Dezember 2023).

<sup>62</sup> ErwG 50 DSA. Meldende sollen aber dazu aufgefordert werden, ihre Identität offenzulegen, um missbräuchlichen Meldungen entgegenzuwirken (ErwG 53). Bei vermutet urheberrechtswidrigen Inhalten darf die Identität der meldenden Person oder Einrichtung verlangt werden, da hier nur die Meldung des Rechteinhabers die Blockierpflicht gem. Art. 17 Abs. 4 lit. c der Richtlinie 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG (zit. DSM-RL) auslöst.

<sup>63</sup> Vgl. beispielhaft die Eingabemaske zur Meldung urheberrechtswidriger Inhalte von Spotify auf (<https://support.spotify.com/de/report-content/>, zuletzt besucht am 21. Dezember 2023).

- eine eindeutige Angabe des genauen Speicherorts oder der Speicherorte,<sup>64</sup> wie z.B. die präzise URL;
- eine hinreichend begründete Erläuterung, weshalb der Inhalt als rechtswidrig erachtet wird;
- den Namen und die E-Mail-Adresse der meldenden natürlichen oder juristischen Person, es sei denn, es handelt sich um Straftaten im Zusammenhang mit dem sexuellen Missbrauch oder der Ausbeutung von Kindern (Art. 3–7 Richtlinie 2011/93/EU);
- eine Erklärung der meldenden Person, dass sie «in gutem Glauben» von der Richtigkeit und Vollständigkeit der in der Meldung enthaltenen Angaben überzeugt ist;
- bei Online-Plattformen ggf. die Identifizierung der meldenden Person oder Einrichtung als vertrauenswürdiger Hinweisgeber.<sup>65</sup>

[28] Erhält ein Anbieter von Hosting-Diensten eine Meldung, ist er verpflichtet, (i) unverzüglich eine Empfangsbestätigung an den Meldenden zu senden, sofern er über dessen Kontaktdaten verfügt (Art. 16 Abs. 4 DSA) und (ii) grundsätzlich<sup>66</sup> die Meldung zu bearbeiten (Art. 16 Abs. 6 DSA). Der Anbieter hat zeitnah – im Falle von Anbietern von Online-Plattformen unverzüglich (Art. 22 Abs. 1 DSA) – sowie sorgfältig, willkürfrei und objektiv zu entscheiden (Art. 16 Abs. 6 DSA), ob er den gemeldeten Inhalt als rechtswidrig erachtet und muss diesen, wenn dies der Fall ist, sperren oder löschen. Verstösst der Inhalt zudem gegen die AGB des Anbieters, kann der Anbieter in den AGB vorgesehene weitere Beschränkungen ergreifen (z.B. Demonetisierung).

[29] In zeitlicher Hinsicht ist bei offensichtlich rechtswidrigen Inhalten nicht auszuschliessen, dass die bisherige Wertung des österreichischen und deutschen Gesetzgebers Indizwirkung entfaltet, wonach Inhalte spätestens innert 24 Stunden nach Eingang der Meldung zu sperren oder löschen sind.<sup>67</sup> Dies dürfte besonders KMU als Anbieter von Hosting-Diensten vor Herausforderungen stellen, denn diese sind von der Einrichtung des Melde- und Abhilfeverfahrens nicht ausgenommen.

[30] Die Pflicht zur sorgfältigen Entscheidung verpflichtet den Hosting-Dienste-Anbieter dazu, unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu einer eigenen Einschätzung zu gelangen. Er darf sich also nicht nur auf die gemeldeten Informationen verlassen. Zudem hat der Hosting-Dienste-Anbieter die Interessen der Nutzer gegenüber den Interessen der Rechteinhaber und/oder sonstigen Betroffenen abzuwägen und zu einem angemessenen Ausgleich zu bringen.<sup>68</sup> Eine Sperrung oder Löschung jeden Inhalts auf eine Meldung hin, unabhängig von der konkreten Sachlage, wäre mit der Pflicht zur sorgfältigen Entscheidung hingegen nicht vereinbar.<sup>69</sup> Bei der Abwägung dürften regelmässig die Meinungs- und Informationsfreiheit auf Seiten der Nutzer sowie Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrechte auf Seiten der Betroffenen zu be-

---

<sup>64</sup> Das Meldeverfahren muss ermöglichen, mehrere mutmasslich rechtswidrige Inhalte in einer Meldung anzugeben, vgl. ErwG 50.

<sup>65</sup> Alternativ kann die vorrangige Bearbeitung von Meldungen vertrauenswürdiger Hinweisgeber durch ein separates Meldesystem oder auf sonstige benutzerfreundliche Art und Weise sichergestellt werden (NK DSA-RAUE (Fn. 20), Art. 16 N 43).

<sup>66</sup> Gem. Art. 23 Abs. 2 DSA sind Anbieter von Online-Plattformen verpflichtet, die Bearbeitung von Meldungen nach vorheriger (erfolgloser) Warnung für einen angemessenen Zeitraum auszusetzen, wenn der Meldende häufig offensichtlich unbegründete Meldungen eingereicht hat.

<sup>67</sup> § 3 Abs. 3 Nr. 1 lit. a KoPI-G und § 3 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 NetzDG.

<sup>68</sup> ErwG 47 und 52; RAUE/HEESEN (Fn. 53), N 26.

<sup>69</sup> NK DSA-RAUE (Fn. 20), Art. 16 N 80.

rücksichtigen sein. Dem Anbieter kommt grundsätzlich Beurteilungsspielraum zu. Zur Sperrung oder Löschung verpflichtet ist er nur, wenn der Inhalt offensichtlich rechtswidrig ist oder der Meldende ein gerichtliches Urteil über die Rechtswidrigkeit des Inhalts vorlegt.<sup>70</sup>

[31] Verfügt der Anbieter über die Kontaktdaten des Meldenden, muss der Anbieter diesem seine Entscheidung unverzüglich unter Hinweis auf mögliche Rechtsbehelfe mitteilen (Art. 16 Abs. 5 DSA). Bei Online-Plattformen ist insbesondere und grundsätzlich<sup>71</sup> auf das interne Beschwerdemanagementsystem hinzuweisen.

[32] Entscheidet sich der Hosting-Dienste-Anbieter für eine Inhaltsbeschränkung, ist er gem. Art. 17 Abs. 1 DSA zusätzlich verpflichtet, die betroffenen Nutzer über seine Entscheidung, die Gründe dafür sowie allfällige Rechtsbehelfe (gerichtliche Rechtsmittel und bei Online-Plattformen grundsätzlich<sup>72</sup> die Möglichkeit zur internen Beschwerde und ggf. aussergerichtlichen Streitbeilegung) zu informieren.<sup>73</sup> Diese Pflicht betrifft jedoch nur die in Art. 17 Abs. 1 lit. a-d aufgezählten Fälle, also Beschränkungen der Anzeige von Einzelinformationen, von Geldzahlungen, der gesamten oder teilweisen Bereitstellung des Dienstes sowie die Aussetzung oder Schließung des Nutzerkontos. Ausnahmen von der Begründungspflicht bestehen nach Art. 17 Abs. 2 und 5 DSA nur, wenn:

- eine solche unmöglich oder unzumutbar ist, weil dem Anbieter die elektronischen Kontaktinformationen der betroffenen Nutzer nicht bekannt sind;
- der betroffene Inhalt irreführend, umfangreich und kommerziell ist; oder
- eine behördliche Anordnung (insbesondere einer Strafverfolgungsbehörde) zum Vorgehen gegen rechtswidrige Inhalte gemäss Art. 9 DSA betroffen ist.

[33] Diese Informations- und Begründungspflicht ist nicht nur zu beachten, wenn der Anbieter auf eine Meldung eines rechtswidrigen Inhalts hin tätig geworden ist, sondern auch dann, wenn er aus eigener Initiative AGB- oder rechtswidrige Inhalte beschränkt (Art. 17 Abs. 1 DSA).

### **3.2.2. Pflicht zur Meldung des Verdachts auf Straftaten**

[34] Mit Art. 18 Abs. 1 DSA wird zudem eine Pflicht für Hosting-Dienste-Anbieter eingeführt, Strafverfolgungsbehörden über den Verdacht von Straftaten zu informieren, sobald sie durch Meldungen Dritter oder eigene Massnahmen Kenntnis von vergangenen, gegenwärtigen oder künftigen Straftaten erlangen, die eine Bedrohung für «das Leben und die Sicherheit» von Personen darstellen.<sup>74</sup>

---

<sup>70</sup> ErWG 50 und NK DSA-RAUE (Fn. 20), Art. 16 N 87 f.

<sup>71</sup> KMU sind von den für Online-Plattformen geltenden Pflichten wie der Einrichtung eines internen Beschwerdemanagementsystems (Art. 20 DSA) ausgenommen, soweit sie nicht als sehr grosse Online-Plattform im Sinne des Art. 33 DSA eingestuft werden (Art. 19 DSA).

<sup>72</sup> KMU sind von den für Online-Plattformen geltenden Pflichten wie der Einrichtung eines internen Beschwerdemanagementsystems (Art. 20 DSA) ausgenommen, soweit sie nicht als sehr grosse Online-Plattform im Sinne des Art. 33 DSA eingestuft werden (Art. 19 DSA).

<sup>73</sup> ErWG 54 DSA.

<sup>74</sup> RAUE/HEESEN (Fn. 53), N. 29; ErWG 56 DSA.

### 3.3. Anbieter von Online-Plattformen

[35] Bedeutend weitergehende Pflichten treffen Anbieter von Online-Plattformen. Unter Online-Plattformen versteht man Hosting-Dienste, die von Nutzern bereitgestellte Informationen öffentlich verbreiten, also ausserhalb von geschlossenen Nutzergruppen.<sup>75</sup> Dienste wie Instant-Messaging oder E-Mail zählen daher nicht dazu.<sup>76</sup>

[36] Mit Art. 20–23 DSA wird ein kompliziertes, nicht-staatliches Rechtsschutzsystem gegen Entscheidungen von Online-Plattformen eingeführt.<sup>77</sup> Damit soll der Tatsache Rechnung getragen werden, dass Beschränkungen von Nutzer-Inhalten, z.B. durch Entfernen oder Demonetarisieren, sowie Beschränkungen von Diensten für bestimmte Nutzer gravierende wirtschaftliche, gesellschaftliche und politische Konsequenzen für die Betroffenen haben können.<sup>78</sup> In diesem Zusammenhang ist in Erinnerung zu rufen, dass die für Online-Plattformen geltenden Pflichten von KMU grundsätzlich nicht zu beachten sind, es sei denn, sie werden als sehr grosse Online-Plattform im Sinne des Art. 33 DSA eingestuft (Art. 19 DSA).

#### 3.3.1. Internes Beschwerdemanagementsystem und Streitbeilegung

[37] Anbieter von Online-Plattformen müssen grundsätzlich (vgl. Art. 19 DSA) ein elektronisches internes Beschwerdemanagementsystem einrichten, über welches Nutzer kostenlos Beschwerde erheben können gegen Entscheidungen zu Inhaltsbeschränkungen (Art. 20 Abs. 1 DSA). Das Beschwerderecht steht auch Verbraucherschutzorganisationen und ähnlichen Einrichtungen zu, deren Beschwerden sogar vorrangig bearbeitet werden müssen (Art. 86 Abs. 1 und Abs. 2 DSA).

[38] Zudem schreibt Art. 21 Abs. 1 DSA den Anbietern von Online-Plattformen vor, dass diese eine aussergerichtliche Streitbeilegungsstelle für Streitigkeiten im Zusammenhang mit Beschwerden designieren, die nicht mittels Beschwerdemanagementsystem gelöst werden konnten. Aussergerichtliche Streitbeilegungsstellen können, müssen aber nicht von den Mitgliedstaaten eingerichtet werden.<sup>79</sup> Der Koordinator für digitale Dienste lässt die aussergerichtlichen Streitbeilegungsstellen zu und kontrolliert diese (Art. 49 ff. DSA).<sup>80</sup> Anbieter von Online-Plattformen müssen an Streitbeilegungen teilnehmen, die Stelle kann aber keine die Parteien bindende Entscheidung treffen (Art. 21 Abs. 2 UAbs. 3 DSA).

#### 3.3.2. Aussetzung des Dienstes bei wiederholt missbräuchlicher Nutzung

[39] Anbieter von Online-Plattformen werden ausserdem, soweit es sich nicht um KMU im Sinne des Art. 19 DSA handelt, künftig gem. Art. 23 Abs. 1 DSA verpflichtet, ihren Dienst gegenüber Nutzern, die wiederholt und offensichtlich rechtswidrige Inhalte hochladen, nach einer erfolglosen Warnung eine angemessene Zeit auszusetzen. Die Erfolgslosigkeit der Warnung wird gemäss Wortlaut nicht vorausgesetzt, folgt aber aus der Funktion der Warnung als «letzte Chan-

---

<sup>75</sup> Art. 3 lit. i i.V.m. Art. 3 lit. k i.V.m. ErWG 14 DSG.

<sup>76</sup> ErWG 14 DSG.

<sup>77</sup> MAAMAR (Fn. 35), N. 99.

<sup>78</sup> NK DSA-RAUE (Fn. 20), Art. 20 N 1.

<sup>79</sup> ErWG 59 DSA.

<sup>80</sup> NK DSA-DREGELIES (Fn. 20), Art. 21 N 11.

ce» für den Nutzer, sein Verhalten anzupassen. Hinsichtlich Umfang und Dauer der Aussetzung steht dem Anbieter Entscheidungsspielraum zu.<sup>81</sup> In der Schweiz ist ein proaktives Vorgehen von Hosting-Anbietern (zu denen auch Anbieter von Online-Plattformen zählen) bislang ausdrücklich nur in Art. 39d URG geregelt. Im Gegensatz zu Art. 23 Abs. 1 DSA, der die Aussetzung des *Dienstes* vorsieht, verlangt Art. 39d URG vom Anbieter aber «nur», den Wiederupload des betreffenden *Werkes* zu verhindern.<sup>82</sup>

### 3.3.3. Verbot von Dark Patterns

[40] Ausserdem dürfen Anbieter von Online-Plattformen Benutzeroberflächen nicht irreführend ausgestalten (Verbot von «Dark Patterns», Art. 25 DSA). Bei «Dark Patterns» handelt es sich um interaktive Elemente, mittels derer Nutzer getäuscht oder manipuliert bzw. ihre Entscheidungsfreiheit und Autonomie beeinträchtigt werden. Dies kann z.B. durch die Gestaltung einer Plattform geschehen, wenn diese die Auswahlmöglichkeiten nicht neutral präsentiert und die Nutzer zu einer bestimmten Auswahl führen soll.<sup>83</sup> Optische Hervorhebungen, das Verstecken von relevanten Informationen (z.B. Kostenpflichtigkeit einer Option), aber auch ein besonders mühsamer Auswahlprozess (z.B. die von der Plattform unerwünschte Option erfordert deutlich mehr Klicks und weitere Auswahlentscheidungen) können ein Dark Pattern darstellen. Ebenfalls als Dark Pattern einzustufen sind namentlich die wiederholte Aufforderung an Nutzer, eine Auswahl zu treffen, die diese bereits getroffen haben sowie unverhältnismässig schwierige Verfahren zum Abbruch von Käufen oder zur Abmeldung.<sup>84</sup> Letzteres ist insbesondere der Fall, wenn die Anmeldung zur Online-Plattform einfach möglich ist, die Abmeldung aber – z.B. durch eine schriftliche Kündigung per Brief – erschwert wird.<sup>85</sup> Ebenfalls Dark Patterns sind die Ausübung psychischen Drucks oder heimliche Änderungen. Psychischer Druck wird etwa durch das Auslösen von Scham oder Angst bei Ablehnung einer Option ausgelöst («Wollen Sie wirklich im Fall einer Krankheit auf den hohen Kosten sitzen bleiben»)<sup>86</sup> Unter eine heimliche Änderung fällt zum Beispiel die unbemerkte Erweiterung des Warenkorbs.

[41] Dark Patterns gehen dabei weiter als gängige Werbung, die Kunden zu Kaufentscheidungen ermuntert. Vielmehr nutzen sie menschliche Schwächen der Nutzer oder üben psychischen Druck aus, um diese zu einer Handlung oder einem Unterlassen zu verleiten.<sup>87</sup> Zu unterscheiden sind Dark Patterns ausserdem vom zulässigen Nudging. Bei Letzterem machen sich Anbieter zwar auch verhaltensökonomische Steuerungseffekte zunutze, jedoch verfolgen sie dabei den Zweck, Nutzer zu Entscheidungen zu führen, die ihren Vorlieben entsprechen.<sup>88</sup> Beispielsweise werden Nutzern auf Social-Media-Plattformen Auszeichnungen («Badges») verliehen, wenn diese Inhalte teilen, oder diese mittels grafischer Darstellungen zur Verwendung stärkerer Passwörter

---

<sup>81</sup> NK DSA-RAUE (Fn. 20), Art. 23 N 23.

<sup>82</sup> GÖTZINGER (Fn. 20).

<sup>83</sup> ErwG 67 DSA.

<sup>84</sup> Zum Ganzen ErwG 67 DSA.

<sup>85</sup> NK DSA-RAUE (Fn. 20), Art. 25 N 36 m.w.H.

<sup>86</sup> A.a.O. N 42 m.w.H.

<sup>87</sup> MAAMAR (Fn. 35), N. 152.

<sup>88</sup> MARIO MARTINI/CHRISTIAN DREWS/PAUL SEELIGER/QUIRIN WEINZIERL, Dark Patterns, Phänomenologie und Antworten der Rechtsordnung, ZfDR 2021, S. 47 ff., S. 51 m.w.H.

animiert.<sup>89</sup> Kein Dark Pattern ist auch die Anzeige von Vorschlägen («Andere Kunden, die ... kauften, kauften auch...»).

[42] Von Art. 25 Abs. 1 DSA sind Benutzeroberflächen hingegen erfasst, wenn sie Nutzer in ihrer Fähigkeit, freie und informierte Entscheidungen zu treffen, massgeblich beeinträchtigen oder behindern (Art. 25 Abs. 1 DSA). Von einer «massgeblichen» Beeinträchtigung ist insbesondere dann auszugehen, wenn mehrere Dark Patterns kombiniert werden oder dem Nutzer ohne berechtigte Interessen Hindernisse in den Weg gelegt werden (wie bei der asymmetrischen Ausgestaltung von Anmelde- und Abmeldevorgängen).<sup>90</sup> Hat die Ausgestaltung der Benutzeroberfläche im konkreten Fall hingegen keine negative Folgen für den Nutzer, ist nicht von einem gemäss Art. 25 Abs. 1 DSA untersagten Dark Pattern auszugehen.<sup>91</sup> Ob die konkrete Ausgestaltung der Benutzeroberfläche bewusst mit dem Ziel erfolgte, den Nutzer zu einer bestimmten Auswahl zu führen, spielt keine Rolle. Art. 25 DSA setzt keine subjektive Vorwerfbarkeit des Einsatzes von Dark Patterns voraus.<sup>92</sup>

[43] Hilfestellung zur in der Praxis schwierigen Abgrenzung zwischen erlaubter Ausgestaltung und verbotenem Dark Pattern werden zukünftig hoffentlich Leitlinien geben, welche die EU-Kommission gemäss Art. 25 Abs. 3 DSA herausgeben kann.

#### 3.3.4. Weitere Pflichten für Anbieter von Online-Plattformen

[44] Art. 26 DSA erstreckt die bisherige Kennzeichnungspflicht bestimmter Werbung für Werbetreibende selbst<sup>93</sup> auf Online-Plattformen und sieht zusätzliche Transparenzpflichten vor.<sup>94</sup> Unter anderem wird ein teilweises Verbot von auf Profiling gestützter personalisierter Werbung eingeführt i) für Minderjährige und ii) wenn dieses auf besonders schützenswerten Personendaten basiert (Art. 26 Abs. 3 und Art. 28 Abs. 2 DSA).<sup>95</sup> Darüber hinaus müssen Anbieter von Online-Plattformen zukünftig Massnahmen ergreifen, um Mitteilungen vertrauenswürdiger Hinweisgeber prioritär behandeln zu können (Art. 22 DSA), zusätzliche Transparenzanforderungen erfüllen (u.a. in Bezug auf Empfehlungssysteme, vgl. Art. 24 und 27 DSA) sowie den Online-Schutz Minderjähriger durch geeignete Massnahmen sicherstellen (Art. 28 DSA). Auf die Pflicht zur Ergänzung von AGB gemäss Art. 23 Abs. 4 DSA und Art. 27 Abs. 1 und 2 DSA im Zusammenhang mit Schutz vor missbräuchlicher Verwendung und mit Empfehlungssystemen wurde bereits hingewiesen (vgl. Ziff. 3.1.3 zuvor).

---

<sup>89</sup> MARKUS WEINMANN/CHRISTOPH SCHNEIDER/JAN VOM BROCKE, Digital Nudging, Business & Information Systems Engineering 58/2016, Table 2, Example applications of digital nudging and their effects.

<sup>90</sup> NK DSA-RAUE (Fn. 20), Art. 25 N 76 ff.

<sup>91</sup> ErWG 67.

<sup>92</sup> NK DSA-RAUE (Fn. 20), Art. 25 N 93.

<sup>93</sup> Diese ergibt sich aus Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt und zur Änderung der RL 84/450/EWG, 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG sowie der VO (EG) 2006/2004 (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken).

<sup>94</sup> SIMON GERDEMANN/GERALD SPINDLER, Das Gesetz über digitale Dienste (Digital Services Act) (Teil 2), Die Regelungen für Online-Plattformen sowie sehr grosse Online-Plattformen und -Suchmaschinen, GRUR 3/2023, S. 115 ff. (zit. GERDEMANN/SPINDLER, DSA Teil 2), S. 119.

<sup>95</sup> GERDEMANN/SPINDLER, DSA Teil 2 (Fn. 94), S. 119.

### **3.4. Zusätzliche Pflichten für Anbieter von Online-Plattformen, die den Abschluss von B2C-Fernabsatzverträgen ermöglichen**

[45] Anbieter von Online-Plattformen, die Verbrauchern den Abschluss von Fernabsatzverträgen mit Unternehmern ermöglichen, unterliegen zusätzlichen Pflichten, die in Art. 30–32 DSA zu finden sind. Diese Pflichten gelten jedoch nicht für KMU, es sei denn, sie werden als sehr grosse Online-Plattformen eingestuft (Art. 29 DSA).

[46] Die Pflichten gem. Art. 30 ff. DSA sollen kein plattformspezifisches Konsumentenrecht schaffen, sondern dienen hauptsächlich der Durchsetzung bereits bestehender Rechte der Konsumenten gegenüber den Unternehmen, die auf den Plattformen registriert sind.<sup>96</sup> So etwa sollen Anbieter von Online-Transaktionsplattformen sicherstellen, dass die fraglichen Unternehmer die Plattform nur zum Vertrieb nutzen können, wenn letztere insbesondere ihre Kontaktdaten, Angaben zu Registereinträgen in Handelsregister etc. und eine Selbstbescheinigung über die Rechtskonformität ihrer Produkte oder Dienstleistungen hinterlegt haben (Art. 30 Abs. 1 DSA). Diese Informationen sind auch von bestehenden Unternehmenskunden der Online-Plattformen bis 17. Februar 2025 einzuholen (Art. 30 Abs. 1 UAbs. 2 DSA). Überdies muss der Anbieter der Online-Transaktionsplattform die erhaltenen Informationen nach besten Kräften auf ihre Verlässlichkeit und Vollständigkeit (nicht aber Richtigkeit) überprüfen, indem er frei zugängliche amtliche Online-Datenbanken abfragt oder vom Unternehmer Nachweise verlangt (Art. 30 Abs. 2 DSA). Um den Aufwand gering zu halten, dürfte den Anbietern von Online-Plattformen die zweite Alternative zu empfehlen sein, d.h. abzugleichen, ob die eingetragenen Informationen mit den eingereichten Unterlagen übereinstimmen und vollständig sind. Versäumt es der Unternehmer hingegen auch nach Aufforderung, die Informationen zu berichtigen oder zu vervollständigen, ist der Anbieter der Online-Plattform verpflichtet, seine Dienste in Bezug auf den B2C-Vertrieb des Unternehmers zügig auszusetzen, bis dieser der Aufforderung vollständig nachgekommen ist (Art. 30 Abs. 3 UAbs. 2 Satz 2 DSA). Gleiches gilt, wenn sich die fehlende Verlässlichkeit oder Unvollständigkeit aufgrund von Nutzerhinweisen ergibt (Art. 30 Abs. 3 Untersatz 1 DSA).

[47] Wird der Unternehmer freigeschaltet, müssen die genannten Informationen leicht zugänglich auf der Online-Plattform zur Verfügung gestellt werden (Art. 30 Abs. 7 DSA). Zudem müssen die Anbieter ihre Online-Transaktionsplattform gem. Art. 31 Abs. 1 DSA so konzipieren und organisieren, dass die Unternehmer ihren Verpflichtungen nach geltendem Unionsrecht nachkommen können. Dies beinhaltet auch Sektorenrecht wie z.B. Erlasse zu Medizinprodukten, Pyrotechnik oder Bauprodukten.<sup>97</sup> Nach Art. 32 Abs. 1 DSA unterliegen Anbieter von Online-Transaktionsplattformen ausserdem einer Informationspflicht gegenüber Verbrauchern, die ein Produkt oder eine Dienstleistung innerhalb der letzten sechs Monate gekauft haben, wenn sie Kenntnis erhalten, dass Unternehmer über ihre Online-Plattform rechtswidrige Produkte oder Dienstleistungen angeboten haben.<sup>98</sup> Sofern der Anbieter über irgendein Kontaktdaten der Verbraucher verfügt, sind diese über das jeweils vorhandene Kontaktdaten zu informieren – bei mehreren kann der Anbieter den Informationskanal auswählen.<sup>99</sup> Wenn der Anbieter nicht über entsprechende Kontaktinformationen der Verbraucher verfügt, und erst dann, muss er die In-

---

<sup>96</sup> A.a.O. S. 120.

<sup>97</sup> NK DSA-DREGELIES (Fn. 20), Art. 31 N 13.

<sup>98</sup> GERDEMANN/SPINDLER, DSA Teil 2 (Fn. 94), S. 121.

<sup>99</sup> NK DSA-DREGELIES (Fn. 20), Art. 32 N 27.

formationen leicht zugänglich auf seiner Online-Plattform veröffentlichen (Art. 32 Abs. 2 DSA). Dies könnte mittels Pop-Up oder ähnlichen technischen Massnahmen umgesetzt werden.

#### 4. Sanktionen und Durchsetzung

[48] Im DSA findet sich eine Reihe von Durchsetzungsmechanismen, die von Selbstregulierung wie technischen Standards und Verhaltenskodizes über detaillierte Vorschriften zu einem Digitalen Dienste Koordinator bis hin zu einem neuen Europäischen Gremium für digitale Dienste, das sich aus den Koordinatoren zusammensetzt, reichen.<sup>100</sup>

[49] Im Rahmen der Selbstregulierung setzt der DSA unter anderem auf freiwillige «Normen», deren Entwicklung und Umsetzung durch die Europäische Kommission unterstützt wird (Art. 44 DSA). Dabei handelt es sich um technische Spezifikationen, etwa zur einheitlichen Kennzeichnung von Werbung, welche durch Normungsgremien wie das Europäische Institut für Telekommunikationsnormen (ETSI) festgelegt werden.<sup>101</sup> Auch haben Anbieter von Vermittlungsdiensten die Möglichkeit, freiwillige Verhaltenskodizes zu erarbeiten, welche von der Europäischen Kommission gefördert werden, zum Beispiel im Hinblick auf Online-Werbung (Art. 45–47 DSA). Sowohl bei den Normen als auch bei den Verhaltenskodizes handelt es sich um Instrumente der freiwilligen Selbstregulierung, d.h. um unverbindliche Regeln. Täuscht ein Unternehmen aber über die Einhaltung freiwilliger Normen oder Verhaltenskodizes, kann dies allenfalls eine unlautere Handlung darstellen.<sup>102</sup>

[50] Auf nationaler Ebene wird der DSA von «Koordinatoren für digitale Dienste» (Art. 49 DSA) durchgesetzt. Dabei handelt es sich um nationale Behörden, die mit Befugnissen zur Untersuchung, Durchsetzung und Verhängung von Geldbussen oder Zwangsgeldern ausgestattet sind (Art. 51 DSA).<sup>103</sup> Zudem können die Koordinatoren «zur Vermeidung der Gefahr eines schwerwiegenden Schadens» einstweilige Massnahmen erlassen, wie z.B. die Anordnung zur verstärkten Überwachung bestimmter Schlagworte oder zur Behebung mutmasslicher Verstösse (Art. 51 Abs. 2 lit. e DSA).<sup>104</sup> Untersuchungen können von Amtes wegen, aber auch aus Anlass einer Nutzerbeschwerde beim Koordinator für digitale Dienste eingeleitet werden.<sup>105</sup>

[51] Die Zuständigkeit für Eingriffe in Form von Untersuchungs- und Durchsetzungsmassnahmen nach Art. 51 DSA richtet sich nach dem in Art. 56 DSA verankerten Herkunftslandprinzip. Danach ist der Koordinator im Land der Hauptniederlassung des Anbieters oder seines gesetzlichen Vertreters zuständig. Zusätzlich kommen aber jedem Koordinator auch umfassende Prüfungs- und Initiativzuständigkeiten (vgl. Art. 53 und 58 DSA) betreffend Intermediäre zu, deren Geschäftstätigkeit sich in seinem Mitgliedstaat auswirkt.<sup>106</sup>

---

<sup>100</sup> GERHARD SPINDLER, Der Vorschlag für ein neues Haftungsregime für Internetprovider – der EU-Digital Services Act, Teil 2: Grosse und besonders grosse Plattformen, GRUR 5/2021, S. 653 ff., S. 661.

<sup>101</sup> MAAMAR (Fn. 35), N. 259.

<sup>102</sup> Ausführlich NK DSA-LEGNER (Fn. 20), vor Art. 44 ff., N 14 f.

<sup>103</sup> RAUE/HEESEN (Fn. 53), N. 42.

<sup>104</sup> Europäische Kommission, The enforcement framework under the Digital Services Act, 18. Dezember 2023 (<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/dsa-enforcement>, zuletzt besucht am 21. Dezember 2023).

<sup>105</sup> NK DSA-RADEMACHER (Fn. 20), Art. 51 N 10 und Art 53 N 22.

<sup>106</sup> Ausführlich NK DSA-RADEMACHER (Fn. 20), Art. 49 N 8.

[52] Was sich nicht eindeutig aus dem Text des DSA ergibt, ist die Zuständigkeit des Koordinators in Fällen, in welchen ein Unternehmen ohne Hauptniederlassung in der EU mehrere Niederlassungen in EU-Mitgliedstaaten unterhält. Ein solches Unternehmen muss keinen gesetzlichen Vertreter benennen (Art. 13 DSA schreibt dies nur vor, wenn keine Niederlassungen in der Union bestehen), hat aber auch keine Hauptniederlassung in der Union als Anknüpfungspunkt für das Herkunftslandprinzip. In diesen Fällen sollte es Unternehmen möglich sein, freiwillig einen gesetzlichen Vertreter bestellen zu können, um eine klare Zuständigkeit herbeizuführen.<sup>107</sup>

[53] Die Höhe der Zwangsgelder und Geldbussen wird durch die Mitgliedstaaten festgelegt. In Art. 52 Abs. 2 DSA wird einzig vorgeschrieben, dass diese wirksam, verhältnismässig und abschreckend sein müssen. Sie dürfen die in Abs. 3 genannten Höchstbeträge jedoch nicht überschreiten:

- maximal 6% des weltweiten Jahresumsatzes<sup>108</sup> bei Geldbussen für die Verletzung einer Sorgfaltspflicht unter dem DSA;
- max. 1% des weltweiten Jahresumsatzes bei Geldbussen für unrichtige Informationen, Versäumnis einer Antwort, Berichtigung von unrichtigen Informationen und Nichtduldung einer Nachprüfung;
- max. 5% des durchschnittlichen weltweiten Tagesumsatzes oder der durchschnittlichen weltweiten Tageseinnahmen im vorigen Geschäftsjahr bei Zwangsgeldern.

[54] Als privates Durchsetzungsmittel wird mit Art. 54 DSA zudem ein Schadenersatzanspruch («Entschädigung») eingeführt. Dabei handelt es sich jedoch nicht um eine vollständige Haftungsgrundlage, da sich der Schadenersatz jeweils aus Art. 54 DSA in Verbindung mit der einschlägigen nationalen Schadenersatznorm ergibt.<sup>109</sup> Ansprüche Dritter gegen die Anbieter von Vermittlungsdiensten, z.B. aufgrund von Immaterialgüterrechts- oder Persönlichkeitsverletzungen, können nicht auf Art. 54 DSA gestützt werden.<sup>110</sup>

## 5. Würdigung, Praxishinweise und Ausblick

[55] Zu begrüßen ist die durch den DSA angestrebte Harmonisierung der für Vermittlungsdienste geltenden Regeln im EU-Binnenmarkt, die auch für schweizerische Unternehmen das Anbieten von Vermittlungsdiensten im EWR in gewissem Masse erleichtern dürfte. Statt sich wie bisher mit mehreren nationalen Gesetzen – etwa zur Regulierung von Hassrede – auseinandersetzen zu müssen, können sich Unternehmen künftig vorwiegend am DSA orientieren.

[56] Gleichwohl werden Anbieter von Vermittlungsdiensten das nationale Recht auch zukünftig nicht völlig ausser Acht lassen können. Viele der vom DSA statuierten Sorgfaltspflichten knüpfen an die Rechtswidrigkeit eines Inhalts an, die sich aus den übrigen Bestimmungen des EU-

---

<sup>107</sup> A.A. NK DSA-RADEMACHER (Fn. 20), Art. 56 N 14, der in diesen Fällen von einer Pflicht zur Bestellung eines gesetzlichen Vertreters ausgeht.

<sup>108</sup> Der Wortlaut spricht dafür, dass damit der Jahresumsatz des verletzenden Unternehmens gemeint ist; so auch GREGOR SCHMID/MAX GREWE, Digital Services Act: neues «Grundgesetz für Onlinedienste?», in MMR 2021, S. 279 ff., S. 281 f.

<sup>109</sup> RAUE/HEESEN (Fn. 53), N. 41.

<sup>110</sup> Ebd.

Rechts und dem nationalen Recht ergibt. Da jedoch das EU-Recht sehr selten einen Inhalt als rechtswidrig erachtet (z.B. Art. 3 ff. der TCO-VO<sup>111</sup>), wird hauptsächlich auf nationales Recht der Mitgliedstaaten abzustellen sein. Damit einher gehen starke nationale Unterschiede und grosse Unsicherheit bei Binnensachverhalten, da es an einer Binnenkollisionsnorm fehlt.<sup>112</sup>

[57] Ebenfalls für Unsicherheit sorgen dürfte die Regelung des Art. 2 Abs. 4 DSA. Nach dieser Norm lässt der DSA andere Rechtsakte der EU unberührt. Beispielhaft genannt werden unter anderem die EU-Vorschriften auf dem Gebiet des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte. Jedoch fehlt es an einer unionsrechtlichen Konkurrenzlehre, weshalb in der Praxis bei überlappenden Regelungen viele Fragen offenbleiben. Etwa sehen sowohl der DSA als auch die P2B-VO<sup>113</sup> und die TCO-VO ein Beschwerdesystem sowie Begründungspflichten vor. Herausfordernd ist auch die Handhabung von Kollisionen zwischen DSA und Art. 17 DSM-RL<sup>114</sup>. Art. 17 Abs. 4 lit. c DSM-RL fordert von Diensteanbietern – nach Erhalt einer angemessen begründeten Meldung von Rechteinhabern – schnell zu handeln, um urheberrechtlich geschützte Inhalte zu sperren oder zu entfernen. Es ergibt sich jedoch nicht aus dem DSA, ob eine Meldung auch nach DSM-RL als «angemessen begründet» gilt, wenn sie die in Art. 14 Abs. 2 DSA geforderten Details beinhaltet. Während Art. 17 Abs. 4 lit. c DSM-RL verlangt, dass der Diensteanbieter potenziell urheberrechtswidrige Inhalte sofort sperrt oder löscht, um eine Haftung zu vermeiden, könnte er nach Art. 17 Abs. 3 DSA verpflichtet sein, eine solche Sperrung oder Löschung nach einem Beschwerdeentscheid rückgängig zu machen.<sup>115</sup>

[58] Auch wenn der DSA erfreulicherweise einen abgestuften Pflichtenkatalog vorsieht, der auf KMU Rücksicht nimmt, dürfte die Umsetzung der auf sie anwendbaren Pflichten nach wie vor anspruchsvoll sein. Dies gilt insbesondere für die Umsetzung des Melde- und Abhilfeverfahrens sowie die Beurteilung, ob ein Inhalt rechtswidrig ist.

[59] Angesichts der Tatsache, dass ab 17. Februar 2024 sämtliche Pflichten des DSA zu beachten sind (Art. 93 Abs. 2 DSA), ist schweizerischen Unternehmen in der Digitalökonomie dringend zu empfehlen, zu prüfen, ob und auf welche ihrer Dienste der DSA in welchem Umfang gilt. Schweizerische Unternehmen sollten angesichts der extraterritorialen Wirkung des DSA dabei zunächst bestimmen, ob sie eine Niederlassung im europäischen Wirtschaftsraum haben oder sich ihre Dienste an Kunden (Konsumenten oder Unternehmen) im europäischen Wirtschaftsraum richten. Ist dies der Fall, sollte im nächsten Schritt bestimmt werden, ob der jeweilige Dienst als Vermittlungsdienst einzuordnen ist und gegebenenfalls in welche Unterkategorie (Hosting-Dienst und ggf. Online-Plattform) er fällt. Unternehmen, die als Anbieter von Vermittlungsdiensten unter den DSA fallen, sollten insbesondere einen gesetzlichen Vertreter bestellen, zentrale Kontaktstellen einrichten (und deren Kontaktinformationen veröffentlichen) sowie ihre AGB auf Anpassungsbedarf prüfen. Ist ein Dienst als Hosting-Dienst und gegebenenfalls als Online-

---

<sup>111</sup> Verordnung 2021/784 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2021 zur Bekämpfung der Verbreitung terroristischer Inhalte (Terrorist Content Online-Verordnung) (zit. TCO-VO).

<sup>112</sup> Ausführlich: MAAMAR (Fn. 35), N. 77 ff.

<sup>113</sup> Verordnung 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten (zit. P2B-VO).

<sup>114</sup> Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG (Text von Bedeutung für den EWR).

<sup>115</sup> GÖTZINGER (Fn. 20); zum Ganzen auch BENJAMIN RAUE, «Unberührt» – das Verhältnis von DSA zur DSM-RL und zum UrhDaG, ZUM 2023, S. 160 ff., S. 167.

Plattform einzuordnen, ist ein Melde- und Abrufverfahren einzurichten. Zudem sollte der jeweilige Dienst auf Anpassungsbedarf überprüft werden, insbesondere mit Blick auf Transparenz über Werbung, das Verbot von Dark Patterns und den Schutz von Minderjährigen.

[60] Überdies sollten sowohl auf unionseuropäischer wie auch auf schweizerischer Ebene die weiteren Entwicklungen beobachtet werden. Insbesondere die zukünftig von der EU-Kommission sowie dem Gremium z.B. zu vertrauenswürdigen Hinweisgebern, der Vermeidung von Dark Patterns, Massnahmen zum Schutz Minderjähriger und Risikominderung allenfalls veröffentlichten Leitlinien können zukünftig bei der Compliance mit dem DSA wertvolle Orientierung bieten.<sup>116</sup> Darüber hinaus hat der Bundesrat das Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) mit der Ausarbeitung einer Vernehmlassungsvorlage zur Regulierung von Kommunikationsplattformen in der Schweiz beauftragt, die sich – wo immer sinnvoll – am DSA orientieren soll.<sup>117</sup> Die Veröffentlichung der Vernehmlassungsvorlage wird im Frühjahr 2024 erwartet.

---

LENA GÖTZINGER ist Senior Associate bei der Kanzlei Walder Wyss AG, Zürich.

CARMEN STETTER ist Trainee Lawyer bei der Kanzlei Walder Wyss AG, Zürich.

---

<sup>116</sup> ErwG 103 DSA sowie Art. 22 Abs. 8, Art. 25 Abs. 3, Art. 28, Art. 35 Abs. 3, Art. 39 Abs. 3 UAbs. 2 und Art. 61 Abs. 2 lit. b DSA.

<sup>117</sup> Bericht des Bundesamtes für Kommunikation (BAKOM), Intermediäre und Kommunikationsplattformen, Auswirkungen auf die öffentliche Kommunikation und Ansätze einer Governance, 17. November 2021 ([https://www.bakom.admin.ch/dam/bakom/de/dokumente/bakom/elektronische\\_medien.pdf](https://www.bakom.admin.ch/dam/bakom/de/dokumente/bakom/elektronische_medien.pdf), zuletzt besucht am 4. Dezember 2023); Medienmitteilung des Bundesamtes für Kommunikation (BAKOM), Grosse Kommunikationsplattformen: Bundesrat strebt Regulierung an, 5. April 2023 (<https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/das-bakom/medieninformationen/medienmitteilungen.msg-id-94116.html>, zuletzt besucht am 4. Dezember 2023).