
Deutscher Industrie- und Handelskammertag

DIHK-Position zur Konsultation zum Digital Services Act (DSA)

I. Grundsätzliches zu Plattformen

Die EU- Kommission stellt richtigerweise die bisherigen Regelungen der E-Commerce Richtlinie mit ihren Haftungsprivilegien in Frage. Die Plattformen spielen heute eine wesentliche Rolle im Wirtschaftsgeschehen und in Bereichen, die bei der Abfassung der E-Commerce Richtlinie noch gar nicht bedacht werden konnten. Die Digitalisierung und die Plattformökonomie haben den weltweiten Handel mit Waren und Dienstleistungen über Online-Shops alltäglich werden lassen. Dadurch sind in den letzten Jahren viele neue Fragestellungen entstanden, die geregelt werden sollten.

Für die Zukunft der europäischen Wirtschaft ist es entscheidend, dass in diesem Bereich fairer Wettbewerb stattfindet, der nicht zuletzt mit den Mitteln des Kartellrechts wirksam durchgesetzt werden muss. Dabei erscheint es für weitere gesetzliche Regulierungen unabdingbar, die Unterschiede zwischen verschiedenen Plattform-Modellen zu berücksichtigen. Im Fokus der Befragung scheinen uns die großen Online-Plattformen zu stehen, die sich in erster Linie an die Verbraucher richten und denen aufgrund ihrer Marktmacht eine mögliche „Gatekeeper“-Rolle zukommt. Diese werden zunehmend in Bereichen aktiv, die über ihre ursprüngliche Rolle als Betreiber von Online-Marktplätzen, Sozialen Netzwerken, Suchmaschinen oder Anbieter von (mobilen) Betriebssystemen hinausgehen - beispielsweise Sprachassistenten, die auch in anderen Produkten, wie Kfz integriert sind. Hier ist zu beobachten, dass es den Plattformen aufgrund ihrer etablierten Marktpräsenz und bestehenden Marktmacht leichtfällt, in neuen Bereichen schnell Marktanteile zu gewinnen. Oftmals geht dies damit einher, dass traditionelle Unternehmen zunehmend von einigen wenigen, sehr großen Online-Plattformen abhängig sind und Bedingungen durchgesetzt werden können, die den Plattformen einen exklusiven Zugang zu Kunden und Daten sichern.

Im Zusammenhang mit den Neuregelungen des DSA ist es wichtig, die verschiedenen Plattform-Typen genauer zu charakterisieren. Im Warenverkehr sollten B2C-Plattformen und reine B2B-Plattformen unterschieden werden. Plattformen im B2B-Bereich sind wesentlich stärker spezialisiert und verfügen dadurch auch nur über eine eingeschränkte Skalierbarkeit. Außerdem begegnen sich Unternehmen dort in der Regel auf Augenhöhe. Diesen Plattformen, die aktuell in der EU im Industriebereich und aufgrund bilateraler Verträge mit genauem Nutzungsfokus entstehen, sollten nicht den gleichen Vorgaben unterworfen werden wie die auf den Verbraucher orientierten Plattformen, die ihre große Nutzerbasis und ihre Netzwerkeffekte für den Ausbau von Marktdominanz weit über ihre ursprüngliche Tätigkeit hinaus nutzen. Zudem sollte beachtet werden, ob Plattformen Zugriff auf die angebotenen Waren haben und welche Rolle Fulfillment-Center im Markt spielen. In den neueren Regulierungen zur Produktsicherheit wird das bereits berücksichtigt und sollte auch im Digital Services Act eine Rolle spielen.

Unerlässlich für jegliche Form von Regulierung erscheint uns eine genaue Eingrenzung auf diejenigen „großen“ Online-Plattformen, die tatsächlich angebots- und technologieübergreifend die Rolle von „Gatekeepern“ innehaben können, insbesondere wenn sich eine Art „Konglomeratswirkung“ erkennen lässt.

Keinesfalls sollte eine generelle, unterschiedslose Regulierung von Plattformen erfolgen, die ohne über eine in die Breite gehende Marktpräsenz bzw. Marktmacht lediglich in bestimmten Bereichen operieren, auch wenn sie dort, d.h. bezogen auf einen konkreten Markt, über eine gewisse Marktmacht verfügen. Hierfür steht dort das allgemeine kartellrechtliche Instrumentarium der Missbrauchskontrolle zur Verfügung, das im Grundsatz für ausreichend erachtet wird.

Überregulierungen sollten im Interesse der europäischen Unternehmen insbesondere auch mit Blick auf die Wettbewerber aus Drittstaaten vermieden werden. Diese halten sich häufig nicht an das geltende europäische Recht. Die grenzüberschreitende Rechtsdurchsetzung scheitert in der Regel bzw. wird von den Behörden mangels Erfolgsaussichten und dem damit verbundenen Aufwand gar nicht erst eingeleitet.

Die den Plattformen auferlegten Pflichten müssen ihrer jeweiligen Bedeutung gerecht werden, situationsadäquat und verhältnismäßig sein. „One size fits all“ würde in eine falsche Richtung gehen. Insbesondere B2B-Plattformen innerhalb eines bestehenden, strukturierten Vertriebssystems benötigen kein Melde- und Abhilfesystem bezüglich illegaler oder gefälschter Waren, da sie ein Einschreiten gegen solche i.d.R. vertraglich sicher gestellt haben werden. Es liegt bei diesem Geschäftsmodell weder im Interesse der Hersteller als Plattformbetreiber noch im Interesse der

Vertragshändler, dass dort nachgeahmte oder unsichere Produkte beworben bzw. eingestellt werden. Ferner ist auch die Verpflichtung zur Zusammenarbeit mit Strafverfolgungsbehörden nur sachgerecht, soweit dies der Aufklärung von Straftaten dient und für die Herausgabe von Daten klare Rechtsgrundlagen bestehen. Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit sollte die Herausgabe sensibler Daten, insbesondere Standortdaten, nur zur Ermittlung besonders schwerer Straftaten angeordnet werden können. Zur Schaffung von Rechtssicherheit sollte die Anordnung zudem auf Grundlage gerichtlicher Beschlüsse erfolgen.

II. Illegale Waren und Dienstleistungen auf Plattformen

Das Internet und die dort agierenden Plattformen dürfen nicht als rechtsfreier oder rechtsreduzierter Raum wahrgenommen werden. Nur regelkonformes Verhalten sichert fairen Wettbewerb. Gerade im B2C-Bereich sollten Plattformen ein Interesse daran haben, dass ihre Kunden, nämlich die Verbraucher, Vertrauen in das Angebot haben und dass dieses Vertrauen geschützt wird. Dem steht die Vielzahl gefälschter und unsicherer Produkte, die über die B2C Plattformen gehandelt werden, entgegen. Der Aufwand für die Originalhersteller, diese von den Plattformen zu entfernen, ist kosten- und zeitintensiv.

Hier sollte die Rechtsdurchsetzung deutlich gestärkt werden, zumal gefälschte und unsichere Produkte und deren Entfernung von Plattformen nichts mit dem Grundrecht auf Meinungsfreiheit zu tun haben. Als Mittler zwischen Kunden und Verkäufern erleichtern die Plattformen Kontaktaufnahme und Marketing, stellen die IT-Leistungen zur Abwicklung der Transaktionen zur Verfügung, übernehmen teilweise die Logistik oder können die Bezahlung abwickeln und zuweilen auch in ein Wettbewerbsverhältnis mit den Anbietern auf der Plattform treten. Es geht daher um effektive Rechtsdurchsetzung, fairen Wettbewerb und die Wahrung von Verbraucherschutz.

Vor allem B2C-Verkaufsplattformen sollten diejenigen kennen, die auf ihren Plattformen Waren und Dienste anbieten. Häufig fehlt es an vertrauenswürdigen digitalen Identitäten der Anbieter. Dies trifft auch auf Social - Media-Plattformen zu, die zunehmend als Vertriebskanal für Produkte genutzt werden. Das "Know-your-customer-Prinzip" (KYC) sollte zur Regel werden, um Identitätsdiebstahl zu vermeiden und die Rechtsdurchsetzung zu gewährleisten. Dies gilt insbesondere auch für Anbieter aus Drittstaaten, wobei diese eine Zustellungsadresse oder einen Ansprechpartner in der EU haben sollten. Selbst innerhalb der EU ist es oft schwierig, den richtigen Adressaten für Beschwerden ausfindig zu machen, um Rechte geltend machen zu können.

Für den Bereich der Domains sollten zur effektiven Rechtsverfolgung baldmöglichst wieder die Namen des Domaininhabers unbürokratisch herausgegeben werden. Wer eine Domain für sein Gewerbe nutzt, ist nicht in derselben Weise schutzwürdig wie eine Privatperson. Hier besteht eine Parallele zum Handelsregister und den dort niedergelegten Daten. Bis zum Jahr 2018 konnten von Produkt- und Markenpiraterie betroffene Unternehmen die WHOIS-Datenbanken zur Durchsetzung ihrer Schutzrechte (um die Inhaber von rechtsverletzenden Webseiten zu ermitteln) nutzen. In der jetzigen reduzierten Form sind diese Datenbanken für die Rechteinhaber praktisch nutzlos. Der Weg über eine Anfrage bei den jeweiligen Registraren ist zeitaufwändig und häufig erfolglos. Oft wird keine Antwort erteilt, falls doch, sind die übermittelten Angaben nicht richtig, da keine wirkliche Authentifizierung der Nutzer erfolgt. Bekannt sind auch Fälle, in denen die Adressen und Namen unbeteiligter Dritter für Domainanmeldungen missbraucht wurden. Gewerbliche Aktivität wird so anonymisiert und die Wirtschaftskriminalität begünstigt.

Der DSA sollte ein Minimum an Anforderungen für B2C-Verkaufsplattformen festlegen, um sowohl die seriösen Gewerbetreibenden als auch die Verbraucher vor illegalen Angeboten zu schützen:

- **Überprüfung der Identität und Rechtsverfolgung:**

Das Angebot gefälschter Produkte und damit die Marken- und Produktpiraterie hat sich immer mehr ins Internet verlagert. Das Gleiche gilt für unsichere Produkte. Die Plattformen und Fulfillment-Center sind bislang – im Gegensatz zum physischen Handel – in keinsten Weise an der Einhaltung der Vorschriften zur Produktsicherheit beteiligt. Daher sollten Maßnahmen bevorzugt werden, die es möglichst von vornherein verhindern, dass gefälschte oder unsichere Waren auf die Plattform gelangen. Dazu zählt es, die oben erwähnte Identität der gewerblich tätigen Verkäufer anhand sicherer, nachvollziehbarer und verlässlicher Daten zu überprüfen (KYC). Dadurch könnte zudem verhindert werden, dass der jeweilige Anbieter erneut Fälschungen oder unsichere Produkte auf der Plattform einstellt (Stay down). Die Identität des Verletzers und weitere notwendige Angaben für die Rechtsverfolgung bei gefälschten Produkten sollten den Rechteinhabern nach Glaubhaftmachung einer Rechtsverletzung auch von der Plattform zur Verfügung gestellt werden. Ohne diese Angaben ist die Rechtsverfolgung nicht möglich. Sollte hiervon tatsächlich einmal missbräuchlich Gebrauch gemacht werden, könnte ein Sanktionsmechanismus greifen.

- **Einrichtung eines Melde- und Abhilfe- und Widerspruchssystems:**

Gerade die großen Verkaufsplattformen sollten ein wirksames Melde- und Abhilfesystem (Notice and Take down) für Meldungen von Rechtsverstößen vorhalten. Dieses sollte einfach, bedienungsfreundlich und unproblematisch auffindbar, also deutlich sichtbar sein.

Außerdem sollte eine Verpflichtung der Plattform bestehen, über die ergriffenen Abhilfemaßnahme zu informieren. Dazu gehört aber auch ein effektives Widerspruchssystem des betroffenen Anbieters, wenn er sich zu Unrecht angegriffen fühlt.

Die Zusammenarbeit mit Behörden ist im Zusammenhang mit der Produkt- und Markenpiraterie ebenso wie im Bereich Produktsicherheit unverzichtbar. Gerade die Zoll- und Marktüberwachungsbehörden sollten enger zusammenarbeiten und die Aufgaben der Marktüberwachungsbehörden sollten auch auf gefälschte Produkte ausgedehnt werden. Bei dem bereits auf EU-Ebene bestehenden „Rapid Alert System“ und damit den RAPEX-Meldungen fällt auf, dass unsichere, nicht marktfähige Produkte häufig auch Fälschungen sind. Die Originalhersteller verlieren das Vertrauen ihrer Kunden und erleiden einen nicht unerheblichen Imageschaden. Die Einbindung der Polizei dürfte nach den einschlägigen nationalen Regelungen unproblematisch sein. Deren Ermittlungen scheitern aber oft an der Komplexität der Fälle, mangelnder Ausstattung zur Verfolgung von Internetfällen und den Schwierigkeiten, falls wie häufig, für Auskünfte auf Rechtshilfeabkommen zurückgegriffen werden muss.

Die Sanktionen für Anbieter gefälschter bzw. illegaler Produkte auf den verbraucherorientierten Verkaufsplattformen könnten abhängig vom jeweiligen Rechtsverstoß durch ein Stufensystem gewährleistet werden, das von einer Löschung und Verwarnung bis zur Sperrung des Zugangs und der Einstellung der Zahlungsabwicklung reicht. Bei entsprechenden Straftaten erscheint die Meldung zur Strafverfolgung angebracht. Diese Möglichkeiten sollten den Nutzern vor Einstellung ihrer Produkte deutlich dargelegt werden, sowie deren Einwilligung zur Weitergabe der geprüften Identifikationsdaten an Rechteinhaber oder Strafverfolgungsbehörden bei entsprechenden Rechtsverstößen eingeholt werden.

Insbesondere die großen Plattformen haben schon heute die Möglichkeit, durch Einsatz von KI illegale Geschäftspraktiken auf ihren Plattformen ausfindig zu machen und diese Anbieter zu entfernen. Dies betrifft auch das „Stay down“ von bereits identifizierten gefälschten Produkten, z.B. desselben Anbieters. Sollte es dabei zu Fehleinschätzungen kommen, können entsprechende Meldesysteme zur Überprüfung und Abhilfe eingesetzt werden. Die Erfahrungen der Zollbehörden bei der Beschlagnahme gefälschter Produkte zeigen, dass bei berechtigtem Eingreifen so gut wie keine Widersprüche gegen die Maßnahmen erfolgen.

III. Haftung

Auch bei den Haftungsfragen gilt es, eine Differenzierung je nach Art der Plattform vorzunehmen. B2B-Plattformen sind anders zu behandeln als solche, die im Wesentlichen im B2C-Bereich tätig sind. Die Verantwortung und Haftung sollte grundsätzlich von der Art des Diensteanbieters, des jeweiligen Inhalts und - soweit tangiert - von der Wahrung der Handlungs- und Meinungsfreiheit abhängen.

Im B2B-Bereich gelten in erster Linie die vertraglichen Vereinbarungen der Parteien und bestimmen damit auch maßgeblich die Haftungsfragen. Hier bietet das Zivilrecht mit vertraglichen und deliktischen Haftungsansprüchen eine ausreichende Basis. Außerdem kann in bestimmten Fallkonstellationen auch das Kartellrecht Abhilfe schaffen.

Die hier eher im Blick stehenden großen verbraucherorientierten Verkaufsplattformen tragen eine stärkere Verantwortung. Insbesondere bei eindeutigen Rechtsverstößen und /oder Kenntnis davon sollten mindestens die Haftungsregeln greifen, die auch schon von der Rechtsprechung bejaht wurden. Plattformen, deren Geschäftsmodell von vornherein illegale Aktivitäten in Kauf nimmt, bzw. keine wirksamen und zumutbaren Maßnahmen ergreifen, derartige Aktivitäten zu unterbinden, müssen das Haftungsrisiko dafür tragen. Auch Anreize, derartige Maßnahmen einzusetzen, erscheinen im Hinblick auf alle Nutzer und den Aufbau von Vertrauen sinnvoll. Ebenso kann das "Know your Customer"-Prinzip (KYC) dazu beitragen, illegale Aktivitäten auf Plattformen einzudämmen und Haftungsrisiken abzumildern.

Plattformen, die von der Einstellung von Produkten ihrer Nutzer direkt oder indirekt (z.B. durch Werbeeinnahmen) profitieren, haben höhere Sorgfaltspflichten zu tragen und sollten nicht durch Haftungsprivilegien gegenüber analogen Anbietern einen Wettbewerbsvorteil erhalten. Dies erscheint nicht mehr zeitgemäß. Dabei sollten auch proaktive, organisatorische und technische Maßnahmen erfolgen, so dass auch ohne Verletzerhinweise möglicher Schaden sowohl von Rechteinhabern als auch Nutzern abgewendet wird. Solche Instrumente erscheinen im Rahmen der Rechtssicherheit zumutbar.

Ein Unterlassen solcher angemessenen Maßnahmen sollte dann auch rechtliche Konsequenzen nach sich ziehen können.

IV. Ex-Ante-Regulierung von sog. Gatekeepern

In der Konsultation wird die Ex-Ante-Regulierung von großen, als Torwächter agierenden Online-Plattform-Unternehmen angesprochen. Gleichzeitig zu der DSA-Konsultation führt die EU-Kommission eine Konsultation zu einem New Competition Tool durch, das ebenfalls digitale Plattformen in den Fokus nehmen soll. Wichtig ist eine klare Abgrenzung zwischen unterschiedlichen Instrumenten, also hier zwischen einer geplanten Ex-Ante-Regulierung auf der einen und dem Wettbewerbsrecht mit seiner Ex-Post-Kontrolle und Missbrauchsaufsicht sowie der Fusionskontrolle – dort wiederum mit Ex-Ante-Beurteilung – auf der anderen Seite. Eine strikte Trennung der Anwendungsbereiche ist notwendig, nicht zuletzt, um Doppelarbeit bei Behörden und Doppelbelastung sowie Doppelbestrafung von Unternehmen zu vermeiden. Die von der Kommission in beiden Konsultationen angesprochenen Probleme, die durch den jeweiligen Rechtsakt gelöst werden sollen, überschneiden sich jedenfalls in Teilen (z. B. Abhängigkeiten/Verhandlungsungleichgewicht, verringerter Wettbewerb, Tipping). Soweit die zu lösenden Defizite sich mittels der wettbewerbsrechtlichen Missbrauchskontrolle lösen lassen, ist dieser der Vorzug zu geben, da hier auf eine bestehende Behörde mit großem Erfahrungswissen und einem bestehenden internationalen Netzwerk mit entsprechendem Erfahrungsaustausch zurückgegriffen werden kann. Insofern ist die Ex-Ante-Regulierung eng auszugestalten und zur gezielten Schließung von Lücken einzusetzen, die mit dem Wettbewerbsrecht nicht gelöst werden können. So wird auch vermieden, dass es zu widerstreitenden Entscheidungen unterschiedlicher Behörden zum selben Sachverhalt kommen kann.

Bei der Bewertung der Wirtschaftsmacht großer „Gatekeeper“-Plattformen erscheinen uns folgende Aspekte besonders relevant:

- Große Nutzerbasis (gewerbliche Anbieter und/oder Verbraucher)
- Starke Netzwerkeffekte und deren Nutzung
- Nutzung von Aktiva (Finanzen, Daten, Know How) zur Erschließung neuer Geschäftsfelder
- Sammeln und Auswerten vielfältiger Daten und Informationen

Das kombinierte Angebot von Suchmaschinen, Betriebssystemen für intelligente Geräte und Zahlungsdiensten verstärken die „Gatekeeper“-Rolle. Letztlich geht es darum, dass die Gatekeeper-Rolle an Monopolisierungstendenzen festgemacht wird. Diese werden angesichts der rasanten technischen Weiterentwicklung in der Digitalen Welt dynamisch zu betrachten sein und nicht an fixen Kriterien festgemacht werden können. Andererseits ist es für die Rechtssicherheit erforderlich, die Kriterien konkret und abgrenzbar zu gestalten. Die Kriterien für die Eigenschaft als „Gatekeeper“, also für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Ex-Ante-Regulierung, müssen dementsprechend so klar und bestimmt formuliert werden, dass eine eindeutige Einordnung möglich ist.

Bei einem so scharfen Schwert wie der Ex-Ante-Regulierung ist dies zwingend erforderlich. Die oben genannten Aspekte bedürfen daher weiterer Konkretisierungen. In ihrer bisherigen Abstraktheit sind sie dafür nicht geeignet.

Es ist daher wichtig sicherzustellen, dass auch wirklich nur die echten "Gatekeeper" erfasst werden. Ansonsten könnten die Kollateralschäden beträchtlich sein, wenn auch Plattformen in die Regulierung eingebunden würden, bei denen vergleichbare Interessenkonflikte und Gefährdungslagen nicht bestehen, sie dem Wortlaut nach aber unter die Regelung fallen.

Die Regulierung sollte daher eng auf diejenigen "großen" B2C-Online-Plattformen begrenzt werden, die tatsächlich angebots- und technologieübergreifend die Rolle von "Gatekeepern" haben. D. h. sie müssen eine herausragende Rolle einnehmen und regulierungsbedürftig sein, um unerwünschte wettbewerbliche Auswirkungen zu verhindern, die mit den Mitteln des Wettbewerbsrechts nicht bewältigt werden könnten. Gleichzeitig ist sicherzustellen, dass sich an den bisherigen Grundaussagen "Leistungswettbewerb muss sich lohnen" und "Größe allein rechtfertigt keinen wettbewerbsrechtlichen Eingriff" nichts ändert. D. h. die Schwelle für Eingriffe bzgl. der Ex-Ante-Regulierung muss immer eine konkret bevorstehende Missbrauchsgefahr sein; für die Ex-Post-Kontrolle muss bereits der Missbrauch vorliegen oder ein sonstiges rechtswidriges Verhalten vorwerfbar sein. Abschließend sei darauf hingewiesen, dass die diversen Gesetzgebungsverfahren, die auf EU-Ebene aktuell im Bereich der Digitalisierung, Datenökonomie, Künstlicher Intelligenz, Wettbewerbsrecht/New Competition Tool laufen oder bereits abgeschlossen sind, wie z. B. die Plattform-to-business-Verordnung, miteinander konsistent und voneinander abgrenzbar sind. Für die unternehmerische Praxis ist dies sonst weder verständlich noch praktikabel, angefangen von ggf. unterschiedlicher Verwendung von demselben Begriff, gleicher Bedeutung unterschiedlicher Begriffe bis hin zu Teilüberschneidungen im Anwendungsbereich mit unterschiedlichen Differenzierungen anderer Teilbereiche und Ähnlichem.

VI. DIHK – Wer wir sind

Unter dem Dach des Deutschen Industrie- und Handelskammertags (DIHK) haben sich die 79 Industrie- und Handelskammern (IHKs) zusammengeschlossen. Unser gemeinsames Ziel: Beste Bedingungen für erfolgreiches Wirtschaften.

Auf Bundes- und Europaebene setzt sich der DIHK für die Interessen der gesamten gewerblichen Wirtschaft gegenüber Politik, Verwaltung und Öffentlichkeit ein.

Denn mehrere Millionen Unternehmen aus Handel, Industrie und Dienstleistung sind gesetzliche Mitglieder einer IHK - vom Kiosk-Besitzer bis zum Dax-Konzern. So sind DIHK und IHKs eine Plattform für die vielfältigen Belange der Unternehmen. Diese bündeln wir in einem verfassten Verfahren auf gesetzlicher Grundlage zu gemeinsamen Positionen der Wirtschaft und tragen so zum wirtschaftspolitischen Meinungsbildungsprozess bei.

Darüber hinaus koordiniert der DIHK das Netzwerk der 140 Auslandshandelskammern, Delegationen und Repräsentanzen der Deutschen Wirtschaft in 92 Ländern.

Er ist im Register der Interessenvertreter der Europäischen Kommission registriert (Nr. 22400601191-42).

V. Ansprechpartner

RA Doris Möller

Bereich Recht

Leiterin des Referats Recht des Geistigen Eigentums

Tel.: (030)20308- 2704

Fax: (030)20308- 2777

E-Mail: moeller.doris@dihk.de

Hildegard Reppelmund

Bereich Recht

Leiterin des Referats Wettbewerbsrecht, Kartellrecht, Vergaberecht, Wirtschaftsstrafrecht

Tel.: (030)20308- 2702

Fax: (030)20308- 5- 2702

E-Mail: reppelmund.hildegard@dihk.de

Dr. Ulrike Regele

Bereich Digitale Wirtschaft, Infrastruktur und Regionalpolitik

Leiterin des Referats Handel

Tel.: (030)20308- 2104

Fax: (030)20308- 5- 2104

E-Mail: regele.ulrike@dihk.de