

An die
Europäische Kommission
GD Wettbewerb

Wiedner Hauptstraße 63 | Postfach 195
1040 Wien
T +43 (0) 5 90 900DW | F +43 (0) 5 90 900233
E rp@wko.at
W <http://wko.at/rp>

per E-Mail: COMP-NEW-COMPETITION-TOOL@ec.europa.eu

Registriernummer: 10405322962-08

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom

Unser Zeichen/Sachbearbeiter

Durchwahl

Datum

Rp 454.0002/2020/WP/VR

4002

22.7.2020

Dr. Winfried Pöcherstorfer

Öffentliche Konsultationen der Europäischen Kommission zu den Themen „Digitale Dienste“ und „Neues Wettbewerbsinstrument“ - Stellungnahme

Sehr geehrte Damen und Herren,

die Wirtschaftskammer Österreich bedankt sich für die Möglichkeit, im Rahmen der öffentlichen Konsultationen zum Legislativpaket über digitale Dienste (engl: Digital Services Act, fortan kurz: DSA) und zum neuen Wettbewerbsinstrument (engl: New Competition Tool; fortan kurz: NCT) zu den dort angesprochenen Fragen Rückmeldungen übermitteln zu können und nimmt zu diesen unter einem wie folgt Stellung:

I. Allgemeines

Wiewohl es grundsätzlich sinnvoll und wichtig ist, dass große, potentiell bedeutende Gesetzesvorhaben durch die Europäische Kommission routinemäßig vorab öffentlich konsultiert werden, so erschwert der Umstand, dass gerade jetzt nach der Intensivphase der CoVid19-Krise **Konsultationen seit Ende Juni in großer Häufung veröffentlicht** werden, deren Bearbeitung doch in nicht unerheblichem Ausmaße: So laufen alleine im Bereich Binnenmarkt/Wettbewerb, dem auch die beiden vorliegenden Konsultationen zuzurechnen sind, aktuell gleichzeitig an die 20 Konsultationen. Vielfach - so wie vorliegend insbesondere bei der Konsultation zum DSA - erweist sich der **Umfang** von beinahe 90 Seiten des deutschsprachigen Konsultationstextes als selbst für geneigte Konsultationsteilnehmer ein wenig abschreckend, für die 49 Seiten des NCT-Konsultationsdokumentes gilt Ähnliches.

Hinzu kommt die mitunter geringe **Fokussierung** der Fragen zu den einzelnen Themen sowie häufig auch der Mangel an **Klarheit** in den einzelnen Fragestellungen. Die geringe Klarheit und das nicht leicht zu durchblickende Gesamtkonzept des Fragebogens stehen zu einem wesentlichen Teil einer gezielten Teilnahme der tatsächlich betroffenen Unternehmer und ihrer Interessenvertretungen klar entgegen.

Auch der Umstand, dass sog Inception Impact Assessments oft zeitgleich mit dem englischsprachigen Konsultationsdokument, jedoch mit kürzerer Konsultationsfrist verfügbar gemacht werden, während die **Konsultationstexte in den anderen Sprachen der Union** oftmals aber erst **zwei bis drei Wochen später abrufbar** sind, erschwert eine strukturierte Bearbeitung der Konsultationen und ist geeignet, zur Unübersichtlichkeit des Konsultationsprozesses beizutragen.

Wir erlauben uns daher, für die Zukunft anzuregen, Konsultationen stärker fokussiert und unter gleichzeitiger Herausgabe von Konsultationstexten in allen Sprachen der Union zu eröffnen und so dem Umstand Rechnung zu tragen, dass (selbst) in den betroffenen Kreisen Aufmerksamkeitsfenster für bestimmte Themen nicht in beliebiger Zahl verfügbar sind.

II. Zu den Themenbereichen der Konsultationen

1. *Geltungsbereich und Grundsätzliches*

Wir sind der Ansicht, dass der Geltungsbereich einer künftigen Regelung für digitale Dienste sich auf **alle** digitalen Dienste (auch „neue“ Dienste der Informationsgesellschaft) erstrecken soll, und dass der DSA für alle Unternehmen, die ihre Dienste in der EU anbieten, maßgeblich sein soll. Dies gebietet bereits die gedankliche Leitlinie, ein **level playing field** für alle - europäische und außerhalb Europas ansässige - Anbieter zu schaffen.

Das **Herkunftslandprinzip** ist ein tragender Grundsatz des europäischen Binnenmarktes und der innerhalb dieses Raumes erbrachten Dienstleistungen und hat sich auch im Kontext der E-Commerce Richtlinie als wesentlicher Angelpunkt für grenzüberschreitendes Anbieten von Diensten der Informationsgesellschaft erwiesen. Es sollte auch **weiterhin die Richtschnur** in einer Nachfolgeregelung für die E-Commerce Richtlinie bilden. Zugleich muss sichergestellt sein, dass auf mitgliedstaatlicher Ebene Vorgaben im öffentlichen Interesse zulässig und durchsetzbar sind. Vorgaben dieser Art können dabei insbesondere auch die Einhaltung administrativer sowie steuer- und abgabenrechtlicher Vorgaben mit umfassen.

Das **Haftungsregime der E-Commerce Richtlinie** und die **bestehenden Haftungsprivilegien** haben sich bewährt. Sie sollten in der Ausgestaltung, die sie durch die diesbezügliche EuGH-Judikatur erfahren haben, jedenfalls **beibehalten** werden. Allenfalls könnten Klarstellungen mit Blick auf bestimmte Phänomene und Anbieter angezeigt sein, erforderlichenfalls auch eine Ergänzung eines weiteren Haftungstypen.

2. *Sorgfaltspflichten*

Bis jetzt war die Bewertung des DSA auf Fragen der Verantwortung von Plattformen für von Dritten eingestellte Inhalte fokussiert. Die klare Verantwortlichkeit von allen Host-Providern für die **Entfernung nicht rechtskonformer Inhalte gewerblicher Nutzer** für ihre Dienste auf entsprechende Aufforderung hin soll im DSA Berücksichtigung finden. Speziell die Film- und Musikwirtschaft unterstützt in diesem Zusammenhang ausdrücklich die Sicherstellung der Einhaltung von Informationspflichten für gewerbliche Nutzer.

Bereits die E-Commerce- und die Verbraucherrechte-Richtlinie legen **Informationspflichten** für kommerzielle Online-Geschäfte fest. Dennoch ignorieren zahlreiche Anbieter kommerzieller

Websites, die sich mit ihren betrügerischen oder sonst klar rechtswidrigen Geschäftspraktiken an Kunden (Unternehmen wie auch Verbraucher) in der EU richten, ihre grundlegenden Pflichten zur Anbieterkennzeichnung.

Die Sicherstellung der Einhaltung der grundlegenden Pflichten zur **Anbieterkennzeichnung** und damit verbundener Angaben muss die bereits jetzt geltenden EU-Vorschriften (ua in den Bereichen Marktüberwachung, Geldwäschebekämpfung und Zusammenarbeit der Konsumentenschutzbehörden), die ausdrücklich die Zusammenarbeit von Online-Vermittlern bei Durchsetzungsmaßnahmen erfordern, ergänzen, um rechtswidrig agierende Betreiber zu identifizieren und zu bekämpfen.

Eine wirksame Verpflichtung von gewerblichen Nutzern, ihre Identität im Internet offen zu legen, steht im Einklang mit dem geltenden Datenschutzrecht und könnte zu einer sichtbaren Verringerung illegaler Online-Inhalte führen und zu Gunsten von Konsumenten und Unternehmen gleichermaßen dazu beitragen, in allen Bereichen des digitalen Binnenmarktes die Online-Sicherheit zu stärken.

Zur **Wahrung bestimmter öffentlicher Interessen**, wie insbesondere der Einhaltung gesetzlicher Vorschriften im Bereich von Steuern und Abgaben sowie des Immaterialgüterrechts, kann es angezeigt erscheinen, dass Plattformen mit besonderer Systemrelevanz die Informationen und die Identität der Unternehmen, mit denen sie eine vertragliche Geschäftsbeziehung unterhalten, überprüfen und sicherstellen, dass diese Informationen korrekt und aktuell sind. Es kann daher angezeigt sein, dass Plattformen, über die kurzzeitige Vermietungen vermittelt werden (STR-Plattformen), auf behördliche Anordnung Daten den zuständigen Behörden jenes Mitgliedsstaates zur Verfügung stellen, in dessen Land die Vermietungstätigkeiten stattfinden.

3. Vorgehen gegen illegale Online-Inhalte

Die bestehenden Bestimmungen zu **Haftungsprivilegien**, zu denen bereits umfangreiche Judikatur vorliegt, sollen dem Grunde nach **unverändert** bleiben. Insbesondere dürfen derzeit diskutierte neue Konzepte (etwa eine „unterschiedliche Anwendbarkeit“, neue Kriterien zur Abgrenzung von aktiven und passiven Hosting-Anbietern oder die Etablierung neuer Ausnahmen) nicht zu einer Abschwächung der Verantwortlichkeit der Provider, auch nicht jener mit Sitz außerhalb der Europäischen Union, führen.

Sobald sich ein Hostprovider Inhalte zu eigen macht (zB durch Strukturierung, Einbindung von Werbung etc.), soll er sich nicht mehr auf in der E-Commerce-Richtlinie vorgesehene Haftungsbefreiung berufen können.

Generell wird auch die Frage der Schaffung eines weiteren Haftungskonzepts, das zwischen jenem des einfachen Host Providers und jenem des Mediendiensteanbieters angesiedelt ist, behutsam und unter Berücksichtigung sämtlicher Verantwortlichkeitsaspekte zu diskutieren sein, auch unter **Klärung** der Frage, **ob** ein solches **neues Konzept** sich letztlich **tatsächlich als erforderlich** erweist, denn wenn zB ein Provider im Grunde wie ein Mediendiensteanbieter agiert, dann sollte er insofern auch einer entsprechenden Regulierung unterliegen.

Melde- und Abhilfeverfahren (notice & action) funktionieren nur mit der effektiven Einhaltung von Informationspflichten (siehe bereits oben).

Ein verbesserter Mechanismus, um unautorisierte und rechtsverletzende Inhalte zu unterbinden (take down & stay down) ist zB für die Kreativwirtschaft von geradezu existenzieller Bedeutung.

4. Regulierung von Plattformen; neues Wettbewerbsinstrument

Der Vorstoß für die Ausarbeitung eines neuen Wettbewerbsinstruments erscheint uns im Lichte der Entwicklungen im Bereich Plattformen grundsätzlich sinnvoll, vorausgesetzt, es gelingt, **klar umrissene Wettbewerbsdefizite zu definieren**, gegen die dieses Wettbewerbsinstrument auch tatsächlich Wirksamkeit entfalten kann.

Das bewährte Konzept der **Marktmacht** sollte als **Ausgangspunkt** für diese Bestrebungen dienen und entsprechend vertieft werden (unterschiedliche Qualitäten der Marktmacht: absolute vs relative Marktmacht inklusive „significant market power“; Abstufungen: einfache Marktmacht - Marktbeherrschung - „super dominance“).

Wiewohl Verständnis dafür besteht, dass die Diskussion betreffend das NCT breit angelegt wurde, so erscheint es uns dennoch wesentlich, zunächst die derzeit **tatsächlich in Erscheinung getretenen Defizite** der bestehenden Regelungen und ihrer Durchsetzung zu **erheben und zu dokumentieren**, ehe über neue Maßnahmen im Detail nachgedacht wird. Oftmals kann durch eine solche Bestandsaufnahme bereits eine Fokussierung auf bestimmte Problembereiche erreicht und in weiterer Folge eine Schärfung bestehender Instrumente in die Wege geleitet werden.

Bei der Frage, ob systemrelevante Plattformen einer **ex ante Regulierung** unterzogen werden sollte, ist aus unserer Sicht insbesondere **Folgendes zu berücksichtigen**:

Aufgrund des signifikanten Machtgefälles zwischen den als „Torwächtern“ fungierenden Plattformen und Suchmaschinen einerseits und den wirtschaftlich unterlegenen Wirtschaftstreibenden (EPU und KMUs) andererseits, kann die **Regulierung** solcher Plattformen angezeigt erscheinen, um einen fairen Verhandlungsspielraum zu ermöglichen. Dies ist für die Wirtschaft und das Funktionieren des digitalen Binnenmarkts von grundlegender Bedeutung. Allerdings müsste sichergestellt sein, dass eine solche ex ante Regulierung - wenn sie sich denn nach sorgfältiger wettbewerbsrechtlicher Prüfung tatsächlich als **erforderlich** erweist - auch über die nötige **Treffsicherheit** verfügt und jene Plattformen auch tatsächlich wirksam erfasst, auf die sie ausgerichtet ist - die meisten haben ihren Hauptsitz ja nicht in der Europäischen Union.

Gerade wenn **internationale Plattformen eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb** aufweisen (marktbeherrschende Stellung auf einem oder auf mehreren Märkten, Finanzkraft oder Zugang zu sonstigen Ressourcen, vertikale Integration und Tätigkeit auf in sonstiger Weise verbundenen Märkten, Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten, Bedeutung der Tätigkeit des betroffenen Unternehmens für den Zugang Dritter zur Beschaffungs- und Absatzmärkten sowie sein damit verbundener Einfluss auf die Geschäftstätigkeit Dritter - vgl § 19a Entwurf 01/2020 10. GWB-Novelle), erscheint es in besonderem Maße angezeigt, die Organisation und Abwicklung ihrer **unternehmerischen Prozesse zu beaufsichtigen und faire Bedingungen im geschäftlichen Umgang sicherzustellen** (zB single points of contact für Geschäftspartner in der Europäischen Union).

In institutioneller Hinsicht sollte nach einer Lösung gestrebt werden, die im Sinne einer sparsamen und dennoch effektiven Aufgabenerfüllung möglichst auf **bestehenden Strukturen** aufbaut.

5. Cloud-Anbieter als Plattformbetreiber

Der Markt für Cloud-Dienste weist aktuell stark oligopolistische Züge auf. Dabei zeigt sich, dass Verträge für Cloud-Dienste von deren Anbietern mitunter so ausgestaltet sind, dass der Wechsel zu einem anderen Anbieter nur mit großem Aufwand machbar und eine **Individualisierung von Vertragsbedingungen** entsprechend den Bedürfnissen von Kunden in der Regel nicht möglich ist. In diesem Bereich sollte geprüft werden, ob Maßnahmen vorstellbar sind, die dem Kundenbedürfnis nach Individualisierbarkeit von Verträgen und Erleichterung eines Anbieterwechsels entgegenkommen.

Der Wechsel zu einem anderen Cloud-Anbieter ist letztlich auch auf technischer Ebene nur sehr schwer möglich. Jeder Cloud-Anbieter nutzt seine eigene Infrastruktur mit anderen Schnittstellen. Der Wechsel von Anbietern stellt sich daher problematisch dar. Im Rahmen der Datenübertragbarkeit nach Artikel 20 DSGVO ist das Recht enthalten, die Daten, die einem Verantwortlichen bereitgestellt wurden, in einem strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren Format wieder zurückzuerhalten bzw diese Daten einem anderen Verantwortlichen ohne Behinderung durch den Verantwortlichen, dem die personenbezogenen Daten bereitgestellt wurden, zu übermitteln. Faktisch kann dies aufgrund fehlender **Interoperabilität** oftmals nicht genutzt werden, eine Ausdehnung dieses Rechtsanspruchs gestaltet sich mitunter noch schwieriger. Vor diesem Hintergrund sollte daher an der Interoperabilität der verschiedenen Formate gearbeitet werden, um eine Verbesserung dieser und der **Kompatibilität** von Cloud-Diensten gewährleisten zu können.

Die Überlegung, die Etablierung starker europäischer Cloud-Anbieter zu fördern, erscheint uns unterstützenswert.

6. Plattformen und Arbeit

Eingangs sei erwähnt, dass Erwerbstätige - Selbständige wie auch Arbeitnehmer - in Österreich von einem hohen sozialen Schutzniveau profitieren, da das österreichische Sozialversicherungsrecht an die jeweils ausgeübte Erwerbstätigkeit eine Pflichtversicherung knüpft. **Auf Basis einer gesetzlichen Regelung** (Sozialversicherungs-Zuordnungsgesetz) ist eine **ex-ante-Prüfung** möglich, ob eine Person als **Selbständiger** oder als **Arbeitnehmer** anzusehen ist. Wenn Tätigkeiten, die unter die Gewerbeordnung fallen, von Selbständigen ausgeübt werden, sind sie Mitglied der Wirtschaftskammerorganisation.

Im Zusammenhang mit Plattformen wird oft der Begriff **Gig-Arbeiter** aufgebracht. Der "Status" und die Schutzwürdigkeit eines Gig-Arbeiters hängen sehr stark von der Funktionsweise der Plattform ab. Wenn die Person, die die Dienstleistung anbietet, frei bestimmen kann, wann und wie sie die Aufgabe erfüllt, gibt es keinen Grund zu der Annahme, dass diese Unabhängigkeit nicht mit einer selbständigen Tätigkeit (zB freiberufliche Journalisten, Schauspieler) vergleichbar ist. Wenn jedoch die Anforderungen zur Erfüllung einer Arbeitsstelle mit einer Beschäftigung in der "alten" Wirtschaft vergleichbar sind und keine oder nur geringe Wahlmöglichkeiten in Bezug auf die zu erfüllenden Aufgaben und die dafür zur Verfügung stehende Zeit existieren, besteht eventuell eine Gefahr von falsch klassifizierten Arbeitnehmern. Dieses **Phänomen der Scheinselbstständigkeit** zeigt sich zB im Transportsektor (Uber, Deliveroo usw.), aber nicht bei den Plattformen selbst, sondern bei den Vertragspartnern der Plattformen (zB Uber in Zusammenarbeit mit Autovermietungsunternehmen).

Ausnahmen von nationalem Recht für bestimmte „schutzbedürftige“ Selbstständige in einzelnen Sektoren werden ebenso wenig als sinnvoll erachtet wie eine Ausdehnung von Tarifverträgen auf Selbstständige. Dies birgt die Gefahr von Verzerrungen bzw. unzulässigen Beschränkungen (zB Mindestpreisniveau) des Wettbewerbs.

7. Online-Werbung

Aus unserer Sicht sollte das etablierte System der **Selbstregulierung** in den Digital Service Act Eingang finden. Die Werbe-Selbstregulierung ist sowohl auf nationaler Ebene (in Österreich durch den Werberat - www.werberat.at) als auch international (durch die EASA, https://easa-alliance.org/sites/default/files/SR_CHARTER_ENG_0.pdf) institutionell etabliert. Dieses System erfasst alle Werbebereiche und Mediengattungen im Bereich der kommerziellen Kommunikation. Damit kann auch zeitnah auf sich ändernde Gegebenheiten in der digitalen Welt eingegangen werden. Begleitend dazu werden Guidelines ausgearbeitet bzw Workshops, wie zuletzt zB im Bereich der Influencer, angeboten. Das System der Selbstregulierung ist auch in der Audiovisuellen Mediendienste-Richtlinie (AVMD-RL) verankert.

8. Überblick über weitere Überlegungen betreffend einen „Digital Services Act“

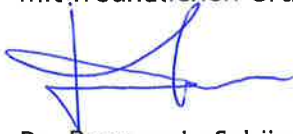
Im Kontext der Ausarbeitung eines Digital Services Act erscheinen uns darüber hinaus insbesondere noch die folgenden grundsätzlichen Überlegungen wichtig, die aus unserer Sicht daher gleichsam als Ausgangspunkt bzw Leitgedanken für den weiteren Fortgang des Rechtsetzungsprozesses dienen mögen:

- In der weiteren Diskussion sollten **themenbezogene** (dh an Lebenssachverhalten und damit verbundenen Problemen orientierte) **Zugänge** gewählt werden (Zugang, Schutz von schöpferischen Leitungen uam). Dies kann nahelegen, bestimmte Fragen in bereits bestehenden Rechtsakten (im Zuge einer Novellierung) einer Neuregelung zuzuführen. Auch **Abgrenzungen zu anderen Rechtsakten** (zB zur AVMD-RL oä) sind behutsam vorzunehmen, um Ungewissheit über Begriffsinhalte und Rechtsfolgen bestmöglich hintanzuhalten.
- Im Zusammenhang mit der Diskussion zu den Themen „fake news“ und „hate speech“ ist Ausgangspunkt stets das Grundrecht auf **Meinungsäußerungsfreiheit**. Einer Einstufung von Äußerungen in eine der beiden Kategorien hat eine sorgfältige Prüfung und Abwägung vorauszugehen, um unverhältnismäßige Grundrechtseinschränkungen für Nutzer, die ihrerseits in weiterer Folge für Anbieter problematisch werden können, hintanzuhalten.
- Der **Zugang** zu fairen und nichtdiskriminierenden Bedingungen zu systemrelevanten Plattformen ist insbesondere für EPU und KMU durch entsprechende Vorgaben sicherzustellen.
- Unternehmen sind **vor unlauterem Wettbewerb** durch anonyme Online-Anbieter zu **schützen**.
- Verbesserungen in der **Rechtsdurchsetzung** sind nicht durch die (teure) Schaffung neuer Einrichtungen oder Agenturen auf EU-Ebene zu erreichen, sondern viel eher durch eine **Verbesserung der Zusammenarbeit** zwischen den Behörden der Mitgliedstaaten und die **Etablierung von best practices**.
- Bürokratische und finanzielle **Belastungen** für Unternehmen sind zu **vermeiden**.
- **KMU-Ausnahmen** sind zB bei allfälligen Filtermaßnahmen und bei bestimmten Take-down Vorgaben (Reaktionsfristen) unbedingt vorzusehen.

- Es ist ein Haftungsregime auszuarbeiten, das die **berechtigten Interessen aller** Beteiligten in angemessener Weise berücksichtigt.
- Insgesamt sollte **Rechtsklarheit** das oberste Gebot bei der Schaffung des neuen Rechtsaktes/der neuen Rechtsakte sein.

Wir ersuchen um Berücksichtigung unserer Überlegungen und verbleiben

mit freundlichen Grüßen



Dr. Rosemarie Schön
Abteilungsleiterin