

N

Monthly
Newsletter
October 2023

Data

**Schellenberg
Wittmer**



Digital Markets Act und Digital Services Act: Auswirkungen für die Schweiz

Lorenza Ferrari Hofer, Roland Mathys, Helen Reinhart

Key Take-aways

- 1.** Mit der Gesetzgebung über digitale Märkte (**DMA**) und über digitale Dienste (**DSA**) werden umfangreiche Verhaltensregeln für eine faire und sichere Nutzung von digitalen Plattformen eingeführt.
- 2.** Schweizer Unternehmen mit Tätigkeiten in der EU müssen einen EU-Rechtsvertreter ernennen. Schweizerische Nutzer werden von Transparenz- und Sorgfaltspflichten der Online-Plattformen profitieren.
- 3.** Die Entwicklung einer konkreten Strategie für digitale Marktplätze drängt sich auch für die Schweiz auf, denn es gilt, einen vertrauenswürdigen Rechtsrahmen zu schaffen, um das Innovationspotential von Daten besser zu nutzen.

1 Neue europäische Regelungen zur Datennutzung und Verhaltenspflichten für Digitalkonzerne

Mit der Gesetzgebung über digitale Märkte (**DMA**, EU Verordnung 2022/1925) und über digitale Dienste (**DSA**, EU Verordnung 2022/868) werden in der Europäischen Union (**EU**) Verhaltensregeln für digitale Plattformen eingeführt, um die Grundrechte der Nutzer digitaler Dienste und die Wettbewerbsbedingungen zur Förderung von Innovation, Wachstum und Wettbewerbsfähigkeit zu gewährleisten. Dies aus der Überlegung, dass trotz sektorspezifischen Massnahmen auf EU-Ebene eine digitale Wirtschaft entstanden ist, welche manchmal zu unlauteren Bedingungen für Unternehmen und Verbraucher, die diese Plattformen nutzen, führt. Ziel des einheitlichen Regelwerks ist die Schaffung eines Rechtsrahmens, welcher ein sicheres, faires und offenes Online-Plattformumfeld aufrechterhält. Das Verordnungspaket über digitale Dienste ist im November 2022 in Kraft getreten und soll ab Frühjahr 2024 anwendbar werden.

Seit September 2023 ist das EU Digitalpaket mit dem Inkrafttreten des europäischen Data-Governance-Gesetzes (**DGA**, EU Verordnung 2022/868) ergänzt worden. Dieses stellt Regelungen für den Transfer und die Weiterverwendung von vertraulichen, (nicht-)personenbezogenen Daten von öffentlichen Stellen der EU auf, mit dem Ziel, vertrauensvolles Data Sharing und Data Pooling zu schaffen und den freien Fluss von Daten zu stärken.

Das DSA schafft den Rechtsrahmen für ein sicheres und faires Online-Umfeld.

1.1 Das Gesetz über digitale Dienste

Das DSA bestimmt **europaweit einheitliche Verpflichtungen für Anbieter von digitalen Diensten**. Es ersetzt die Bestimmungen der E-Commerce Richtlinie (Richtlinie 2000/31/EG) bezüglich der Haftung bei der Verbreitung von illegalen Inhalten und der Anforderungen für Lösch- und Auskunftsanordnungen.

Digitale Dienste umfassen in erster Linie Online-Vermittler (bspw. Internetzugang und Suchmaschinen) und Online-Plattformen, wie Online-Marktplätze (bspw. Amazon), soziale Netzwerke (bspw. Meta und Instagram), Content-Sharing-Plattformen (bspw. Box) und App-Stores und Online-Reise- und Unterkunftsplattformen (bspw. AirBnB).

Für diese Anbieter digitaler Dienste gelten, je nach Grösse, Bedeutung und Rolle, unterschiedliche **neue und weitgehende Sorgfaltspflichten**. Zu den wichtigsten Pflichten gehören der Datenaustausch mit den Behörden über die Meldung und Kooperation bei Straftaten, die Verpflichtung, ein Notice-

and-Takedown-Verfahren für illegale Inhalte einzurichten, sowie umfassende Regeln für die digitale Werbung (unter anderem mit einem Verbot gezielter Werbung für Kinder) und die Gestaltung von Webseiten. Strenge Vorgaben gelten für sehr grosse Plattformen und Suchmaschinen mit mindestens 45 Millionen monatlich aktiven Nutzern in der EU. Diese sehr grossen Online-Dienste müssen die gesellschaftlichen Risiken ihrer Dienstleistungen untersuchen, etwa bezüglich der Verbreitung illegaler Inhalte und der Auswirkungen auf Wahlen, Menschenrechte oder die psychische Gesundheit der Nutzer, und Massnahmen zur Minimierung der erkannten Risiken ergreifen.

1.2 Das Gesetz über digitale Märkte

Das DMA ergänzt das EU Digitalpaket und zielt darauf ab, grosse Online-Plattformen, sog. **Gatekeepers** (Torwächter), daran zu hindern, Unternehmen und Endnutzern **unfaire Bedingungen** aufzuerlegen, und die **Offenheit wichtiger digitaler Dienste** zu gewährleisten.

Bei Gatekeepers handelt es sich um Plattformen, die erhebliche Auswirkungen auf den digitalen EU-Binnenmarkt haben, indem sie als wichtiges Tor für gewerbliche Nutzer dienen, um ihre Endnutzer zu erreichen. Dies kann sie in die Position bringen, als private Regelsetzer zwischen Unternehmen und Endnutzern zu handeln. Das DMA definiert insgesamt zehn solcher bedeutenden Plattformdienste, wie Online-Suchmaschinen (bspw. Google Maps), Betriebssysteme (bspw. Microsoft und Apple), Web-Browser (bspw. Firefox), virtuelle Assistenten (bspw. Alexa) und soziale Netzwerke (bspw. Meta). Zur Einstufung als Gatekeepers definiert das DMA Schwellenwerte, die mit den Kriterien für sehr grosse Dienste nach dem DSA vergleichbar sind.

Die Gatekeepers sind verpflichtet, eine Reihe von Massnahmen umzusetzen, um sicherzustellen, dass Endnutzer sich problemlos von den zentralen Plattformdiensten abmelden oder vorinstallierte zentrale Plattformdienste deinstallieren und standardmässige Installationen von Software zusammen mit dem Betriebssystem jederzeit entfernen können. Diese Verhaltensregeln werden durch Compliance-, Monitoring- und Berichtspflichten der Gatekeepers begleitet.

Zusätzlich zu weitreichenden Untersuchungs- und Entscheidungsbefugnissen sieht das DMA die Befugnis der EU-Kommission zur Verhängung von Sanktionen vor, namentlich von Geldbussen von bis zu 20% des weltweiten Jahresumsatzes.

2 Auswirkungen auf Schweizer Digitalmärkte

Aus Sicht der **Schweizer Digitalmärkte** sind die aktuellen Entwicklungen im EU-Recht in zweierlei Hinsicht relevant: Einerseits werden zahlreiche Unternehmen in der Schweiz direkt von den Gesetzesneuerungen betroffen sein. Andererseits wird sich die neue EU-Gesetzgebung auf Marktteilnehmer in der Schweiz indirekt auswirken.

2.1 Direkte Auswirkungen

Die wohl wichtigsten **direkten Auswirkungen** werden Schweizer Unternehmen betreffen, welche Dienstleistungen und Waren im EU-Markt anbieten, also am digitalen EU-Bin-

nenmarkt beteiligt sind. Diese sind nämlich verpflichtet, einen **EU-Rechtsvertreter** zu ernennen.

Sowohl das DSA als auch das DMA und das DGA haben eine extraterritoriale Wirkung und sehen Verpflichtungen vor, welchen alle Anbieter im digitalen EU-Binnenmarkt folgen müssen. Um die Durchsetzbarkeit dieser Verpflichtungen zu ermöglichen, setzt die EU dabei auf das Erfordernis eines EU-Rechtsvertreters. Dieser muss seinen geschäftlichen Sitz innerhalb der EU haben und kann bei Verstössen gegen die Verordnung direkt haftbar gemacht werden.

Es bestehen zum Teil weitgehende Verpflichtungen, die auch auf Schweizer Online-Plattformen zukommen. Diese gehen von **Melde- und Kooperationspflichten** mit den Behörden zur Bekämpfung von illegalen digitalen Inhalten bis zur Einrichtung eines Meldesystems, über welches Nutzer Inhalte melden können, die sie als illegal einstufen.

Zur Erhöhung der Transparenz müssen Online-Dienstleister zudem jährlich **Transparenzberichte** veröffentlichen, welche die Moderationspraktiken beschreiben. Hosting-Anbieter müssen allfällige Einschränkungen ihrer Dienste klar und spezifisch begründen. Diese müssen Nutzer durch ein internes Beschwerdesystem auch anfechten können.

Schliesslich gelten strikte Regelungen für die Werbung. Diese soll als solche erkennbar sein, und Werbetreibende sowie die Finanzierungsquelle der Werbung (wenn unterschiedlich) müssen kommuniziert werden. Werbung basierend auf dem Profiling von besonders schützenswerten Daten ist verboten.

Die besonders strikten Sorgfaltspflichten für sehr grosse Online-Plattformen (mit durchschnittlich mehr als 45 Millionen aktiven Nutzern in der EU) oder für Online-Plattformen mit Gatekeeper-Funktion werden allerdings, zumindest zur Zeit, keine direkte Anwendung auf Schweizer Anbieter finden, da bis anhin keine sehr grosse Online-Plattform ihren Sitz in der Schweiz hat.

Es werden Verpflichtungen für alle Online-Anbieter in der EU aufgesetzt.

2.2 Indirekte Auswirkungen

Schweizerische Nutzer werden von der erhöhten Transparenz und den weitgehenden Sorgfaltspflichten der Online-Plattformen profitieren. Es ist nämlich anzunehmen, dass europaweit tätige Plattformen keine "Schweiz"-spezifische Lösung mit anderen technischen Standards betreiben werden.

Zudem ist eine freiwillige gänzliche oder teilweise Übernahme der Schutzmechanismen des EU-Rechts für die öffentliche Kommunikation und zum Kampf gegen illegale Digitalinhalte auch durch die schweizerischen Online-Plattformen zu erwarten, weil diese allgemeine Rechtsvorteile für alle Nutzer darstellen und die Online-Angebote attraktiv machen.

Ob die EU-Governance Massnahmen den Datenaltu-

ismus und Datentransfer in die Schweiz fördern werden, ist noch offen. Die Praxis der Online-Vermittlungsdienstleister und die Rechtsprechung der EU-Behörden werden zeigen, ob der Schutz der Immaterialgüterrechte und vor allem der Geschäftsgeheimnisse im Transferland Schweiz als rechtsgenügend und vertrauenswürdig eingeschätzt wird, so dass vermehrt nicht-personenbezogene Daten frei zwischen der Schweiz und den EU-Ländern zirkulieren werden.

Eine Strategie für digitale Marktplätze drängt sich auch für die Schweiz auf.

3 Digitale Märkte wie weiter?

Die Entwicklung einer **konkreten Strategie** für digitale Marktplätze drängt sich auch für die Schweiz auf, denn es gilt, einen vertrauenswürdigen Rechtsrahmen zu schaffen, um das Innovationspotential von Daten besser zu nutzen. Dies ist besonders bei der Regulierung der Online-Plattformen wichtig, welchen eine zunehmende wirtschaftliche Rolle auch in der Schweiz zukommt. Nicht zu vergessen sind auch Regelungen über den Zugang und die Nutzung von digitalen Technologien wie Cloud-Computing und Big Data sowie über die Entwicklung von IKT-Infrastrukturen.

Inwieweit sich die rechtlichen Standards des EU Digitalpakets in der Schweiz durchsetzen werden, ist heute noch offen. Klar ist, dass die EU eine **Vorreiterrolle** bei der Regulierung der digitalen Märkte inne hat. Schweizerische Online-Plattformen, welche im digitalen EU-Binnenmarkt aktiv sein möchten, müssen sich den digitalen EU-Standards anpassen. Die Grösse und die Bedeutung des digitalen EU-Binnenmarkts sprechen dafür, dass die EU-Standards auch autonom ausserhalb der EU beachtet und sich durchsetzen werden.

Die Schweiz verfolgt und analysiert regelmässig die EU-Digitalpolitik und ihre Massnahmen, so auch beim Analyse-dokument der interdepartementalen Koordinationsgruppe EU-Digitalpolitik (IK-EUDP) des Bundes (so zuletzt im März 2023). Erste Schritte zur Förderung vertrauenswürdiger Datenräume in der Schweiz und im Ausland sind bereits unternommen worden (<https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/digital-und-internet/strategie-digitale-schweiz/datenpolitik/digitaleselbstbestimmung.html>). Eine "Strategie Digitale Schweiz" für die Bundesverwaltung existiert ebenfalls bereits und sieht verbindliche Leitlinien der digitalen Transformation vor (<https://digital.swiss/de/strategie/strategie.html>). Im Bereich der digitalen wirtschaftlichen Märkte besteht allerdings noch Handlungsbedarf. Bis dann werden die EU-Digitalmassnahmen eine wichtige Rolle als Orientierung für die rechtlichen Standards für Online-Plattformen spielen.

In diesem Kontext ist man vor allem auf das Datengesetz (sog. Data Act, Gesetzesvorschlag der EU Kommission vom 23. Februar 2022) gespannt, welches festlegen soll, unter welchen Umständen in der EU erzeugte personen- und nicht-personenbezogene Daten wirtschaftlich genutzt werden können. Ebenfalls interessant sind die Arbeiten zum KI-Gesetz (sog. AI Act, Legislativpaket der EU-Kommission vom 21. April 2021), welches die Verpflichtungen für KI-Anwendungen je nach Risikoniveau für die Nutzer bestimmen soll.



Dr. Lorenza Ferrari Hofer
Partnerin Zürich
lorenza.ferrarihofer@swlegal.ch



Roland Mathys
Partner Zürich
roland.mathys@swlegal.ch



David Mamane
Partner Zürich
david.mamane@swlegal.ch



Grégoire Tribolet
Partner Genf
gregoire.tribolet@swlegal.ch

Der Inhalt dieses Newsletters stellt keine Rechts- oder Steuerauskunft dar und darf nicht als solche verwendet werden. Sollten Sie eine auf Ihre persönlichen Umstände bezogene Beratung wünschen, wenden Sie sich bitte an Ihre Kontaktperson bei Schellenberg Wittmer oder an eine der oben genannten Personen.

Schellenberg Wittmer AG ist Ihre führende Schweizer Wirtschaftskanzlei mit mehr als 150 Juristinnen und Juristen in Zürich und Genf sowie einem Büro in Singapur. Wir kümmern uns um alle Ihre rechtlichen Belange – Transaktionen, Beratung, Prozesse.



Schellenberg Wittmer AG
Rechtsanwälte

Zürich
Löwenstrasse 19
Postfach 2201
8021 Zürich / Schweiz
T +41 44 215 5252
www.swlegal.com

Genf
15bis, rue des Alpes
Postfach 2088
1211 Genf 1 / Schweiz
T +41 22 707 8000
www.swlegal.com

Singapur
Schellenberg Wittmer Pte Ltd
6 Battery Road, #37-02
Singapur 049909
T +65 6580 2240
www.swlegal.sg