

Friedrich Graf von Westphalen

Unvollständiger ordnungspolitischer Rahmen der europäischen Digitalgesetze



Vielleicht erinnert sich der ein oder andere noch daran, dass der amerikanische Präsident Donald Trump zu Beginn der Zollverhandlungen mit der EU auch die Absicht verfolgte, Brüssel zu zwingen, den „Digital Market Act“ (DMA - VO 2022/1925) und vor allem auch den „Digital Service Act“ (DAS – VO 2022/365) als für die ameri-

kanischen Tech-Konzerne nicht anwendbar zu erklären. Denn die dort vorgesehenen Pflichten, welche diese Gesetze Facebook, Amazon, Apple, Google (Alphabet), der Plattform „X“ und Youtube als von der Kommission offiziell ernannten „Torwächtern“ (DMA) auferlegt hatte, waren nach amerikanischem Rechtsverständnis schlicht ein unrechtmäßiger Eingriff in die unternehmerische Freiheit dieser Konzerne.

Doch die Ordnungsvorstellungen, welche die EU mit dem DMA und dem DSA und der dort verankerten Funktion der „Torwächter“ verfolgt, aber auch mit ihren anderen Digitalgesetzen, vor allem der KI-VO sind ganz und gar andere. Deutlich wird dies mit der verbindlichen Feststellung der Kommission zum DMA. Seine Grundaussage: Jedermann weiß, dass die großen amerikanischen Plattformbetreiber den Markt für digitale Dienste in Europa nahezu vollständig beherrschen. Ihre „Größenvorteile“ sind gigantisch, und sie nutzen diese vor allem auch zu ihrem eigenen Vorteil (Erwägungsgrund Nr.1). Gewerbliche Nutzer, aber auch die Verbraucher als Endnutzer binden sie mit ihrem (erbarmungslosen) „lock-in-effect“ an sich und nutzen so vor allem die auf diese Weise zu ihrem alleinigen Nutzen geschaffenen „Werbeeinflüsse“. So entstehen Abhängigkeiten, zumal eine „Parallelverwendung mehrerer Dienste“ im Plattformmarkt praktisch ausscheidet.

Zusammen mit „unfairen“ Handelspraktiken (vgl. Kartellverfahren gegen Google mit einer vorgesehenen Strafe von knapp drei Milliarden EURO) führt diese Entwicklung dazu, dass diese Märkte immer wieder durch das Merkmal der Unfairness ebenso geprägt sind wie dadurch, dass sie nicht mehr „bestreitbar“ sind, was in der Sache ein anderes Wort für den kartellrechtlich erforderlichen – und politisch anzustrebenden –

Marktzugang von Newcomern im Binnenmarkt ist (Erwägungsgrund Nr. 2). Daher ist es der Zweck des DMA, „zum reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts beizutragen, indem Vorschriften festgelegt werden, die die Bestreitbarkeit und Fairness der Märkte im digitalen Sektor im Allgemeinen (vgl. Art. 1 DMA) und für gewerbliche Nutzer und Endnutzer zentraler Plattformdienste, die von Torwächtern bereitgestellt werden, im Besonderen gewährleisten“ (Erwägungsgrund Nr. 7).

Gewerbliche Nutzer, welche im Binnenmarkt auf die von den Torwächtern angebotenen digitalen Dienste angewiesen sind, können daher nicht nur eine faire Behandlung einfordern (und auch gestützt von Ordnungsstrafen einklagen), sondern sie können unter anderem auch die „Interoperabilität“ mit den von den Torwächtern angebotenen Diensten verlangen (Art. 7 DMA) und auf die auf den Plattformen der Torwächter generierten Daten zugreifen (Art. 6 DMA). In der Sache geht es also beim DMA um die Sicherstellung eines fairen Wettbewerbs im Sinn einer weitgehenden Chancengerechtigkeit. Doch man wird auch an der Feststellung nicht vorbeisehen dürfen, dass es sich im Blick auf die (vorwiegend) amerikanischen „Torwächter“ und deren wettbewerbsrechtliche Inpflichtnahme um das Phänomen handelt, welches man inzwischen als „private law enforcement“ einordnet. Mit anderen Worten: Die EU bedient sich der Hilfestellung privater amerikanischer Unternehmen, um ihre gesetzlichen Zielvorstellungen im Binnenmarkt durchzusetzen. Freilich sieht die amerikanische Regierung darin eine ganz und gar unzulässige Durchsetzung „fremden“ Rechts gegenüber ihren Favoriten, den Großen des Silicon Valley.

Dieser Gesichtspunkt wird noch wesentlich deutlicher, wenn man sich die Funktion der „Torwächter“ im Rahmen des DSA näher beleuchtet. Denn Art. 1 DSA sieht vor: „Ziel dieser Verordnung ist [...] ein sicheres, vorhersehbares und vertrauenswürdiges Online-Umfeld, in dem Innovationen gefördert und die in der Charta verankerten Grundrechte [...] wirksam geschützt werden“. Es geht also darum, „einen Beitrag zum reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts für Vermittlungsdienste zu leisten.“ In der Sache dreht sich im DSA alles um die Wahrung des „Rechts auf Meinungs- und Informationsfreiheit und auf unternehmerische Freiheit“ (Erwägungsgrund Nr. 3), die wegen

der gewaltigen neuen Risiken und Herausforderungen – verursacht durch den nahezu ständigen Gebrauch sozialer Medien – für den Bürger neu entstanden ist. Aus diesem Grund werden „Sorgfaltspflichten für Anbieter von Vermittlungsdiensten im Hinblick auf die Art und Weise“ gesetzlich begründet, und zwar „gegen rechtswidrige Inhalte, Online-Desinformation oder andere gesellschaftliche Risiken“ (Erwägungsgrund Nr. 2). Der Grundgedanke des DSA ist also zum Schutz des Bürgers auf Prävention angelegt.

Doch auch hier sind die „Torwächter“ gefordert. Sie sind seit dem 12.2.2025 benannt, und es sind die von der Kommission so bezeichneten „großen“ (vorwiegend amerikanischen, aber auch chinesischen und niederländischen) Betreiber von online-Plattformen und online-Suchmaschinen, sofern sie mindestens 45 Millionen Nutzer in der EU aufweisen („very large online platforms and search engines“). Gegenüber „rechtswidrigen Inhalten“ (Art. 3 lit. h DAS) – also solchen, „die gegen Unionsrecht oder gegen das Recht eines Mitgliedstaats verstoßen“ –, haben diese im Rahmen ihrer präventiven Aufgaben zwar keine allgemeine Überwachungs- oder Nachforschungspflicht (Art. 8 DSA): Aber sie haben nach Art. 7 DSA eine eigene, „freiwillige“ – AGB-rechtlich abgesicherte – Untersuchungspflicht „zur Erkennung, Feststellung und Entfernung rechtswidriger Inhalte und zur Sperrung des Zugangs“ (Art. 7 DSA).

Auch hier steht der entscheidende Gedanke des „private law enforcement“ im Mittelpunkt. Denn der Staat muss neidlos anerkennen, dass die von ihm – vor allem im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes – zur Verfügung stehenden Instrumente im Rahmen der notwendigen Prävention zum Schutz des durch „rechtswidrige Inhalte“ geschädigten Bürgers im digitalen Zeitalter nicht mehr ausreichen. Denn illegale, unwahre und auch den Einzelnen in seiner bürgerlichen Existenz vernichtende Informationen verbreiten sich im Netz in Windeseile und verletzen den Bürger in seinen Rechten (auch Urheberrechten) oft schwer und mitunter sogar endgültig. Der Staat muss also die Dienste Privater in Anspruch nehmen, weil er nur auf diese Weise seine Funktion als Wahrer des Rechts seiner Bürger wahrnehmen kann.

Das mag man beklagen. Doch dieses Vorgehen ist noch um vieles besser als solche Rechtsgutverletzungen als Kollateralschaden einer weithin nicht beschränkten Meinungsfreiheit anzuerkennen und sie als integraler Bestandteil der unternehmerischen Freiheit zu werten, wie dies in den USA zu oft geschieht. Ausgenommen ist natürlich Donald Trump selbst, der gegen ihn gerichtete Angriffe Privater fast nie der Presse- oder der Meinungsfreiheit zuordnet, sondern sie mit dem Etikett des „Illegalen“ versieht und milliardenschwere Klagen wegen Ehrverletzung im Rahmen seines von erkennbarem Hass getriebenen Vernichtungsfeldzugs gegen unliebsame Presseverlage, Universitäten und Private führt. Ein Fall von Majestätsbeleidigung.

Angesichts einer die großen amerikanischen Konzerne (Musk) und die Politik Trumps koppelnden – ungebremsten – Wirtschaftspolitik, die mehr und mehr im Sternzeichen von KI und ihrer atemberaubenden Fortentwicklung steht, ist es wichtig –

gegenläufig – an das ordnungspolitische Ziel zu erinnern, das die europäische KI-VO (VO 2024/1689) in den Mittelpunkt gerückt hat. Es geht dem Unionsgesetzgeber darum, angesichts der immensen Risiken, die sich zwangsläufig aus der „Opazität“ der „Unvorhersehbarkeit“ des „Verhaltens“ der KI ergeben, „eine menschenzentrierte und vertrauenswürdige“ KI zu fördern und gleichzeitig „Gesundheit, Sicherheit und die Grundrechte“ der EU-Charta zu wahren, „einschließlich Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Umweltschutz“ und dann eben auch „den Schutz vor schädlichen Auswirkungen von KI-Systemen in der Union zu gewährleisten und gleichzeitig die Innovation zu unterstützen“ (Erwägungsgrund Nr. 1).

Damit steht nicht – wie in den USA – der technische Fortschritt im Zentrum der Innovationspolitik, wo immer dieser auch hinführen mag. Im Vordergrund der Ordnungspolitik des Unionsgesetzgebers steht der Mensch und die Verteidigung seiner Grundrechte. Das ist sowohl kultur- als auch rechtspolitisch ein immenser Vorzug, der allerdings in der hiesigen Wirtschaft und vor allem in der Politik nicht immer hinreichend erkannt und daher als Beschränkung des Fortschritts beklagt wird – ein Zurückbleiben gegenüber Amerika und China wird angemahnt. Doch es gilt zu sehen, dass die Kommission ihren – missratenen – Vorschlag einer verschuldensabhängigen und damit rein deliktsrechtlich aufgebauten KI-Haftung (COM(2022)496 final) inzwischen zurückgezogen hat. Übrig bleibt deshalb nur die nicht widerlegbare Einschätzung des Unionsgesetzgebers im Erwägungsgrund Nr. 5 der KI-VO: „Gleichzeitig kann KI je nach den Umständen ihrer konkreten Anwendung und Nutzung sowie der technologischen Entwicklungsstufe Risiken mit sich bringen und öffentliche Interessen und grundlegende Rechte schädigen, die durch das Unionsrecht geschützt sind. Ein solcher Schaden kann materieller oder immaterieller Art sein, einschließlich physischer, psychischer, gesellschaftlicher oder wirtschaftlicher Schäden“.

Deutlicher lässt sich eine politisch ernstzunehmende Warnung nicht formulieren. Doch es ist mehr als zweifelhaft, ob die Rechte der Mitgliedstaaten diese neu geschaffenen KI-Risiken und Schäden auf eigene Rechnung im Sinn der Wahrung der Bürgerrechte bewältigen können.

Fazit: Der ordnungspolitische, unionsrechtlich geprägte Rechtsrahmen des auf den Bürger als Person – und damit als mit Würde und Anspruch auf Schutz durch den Staat ausgerüstetes Humanum – ist im digitalen Zeitalter noch recht unvollständig. Denn gegenüber den KI-Risiken stehen keine privaten amerikanischen Großunternehmen als Erfüllungsgehilfen des Staates zur Verfügung, die im Rahmen eines „private law enforcement“ in die Pflicht genommen werden können. Denn sie und ihre Epigonen in Europa realisieren durch die weithin ungebremste KI-Entwicklung und deren Anwendung selbst geschaffenen Risiken selbst. Dass diese Vorhaben ohne Haftungssanktion sich frei entfalten können, ist beklagenswert, zumal die Novellierung der wenigstens den Verbraucher vor KI-Schäden schützenden (neuen) Produkthaftungs-RL erst zum 9.12.2026 in Kraft treten wird.