



Ausschussdrucksache 20(9)58

25.04.2022

**Prof. Dr. Wolfgang Kerber,
Fachbereich Wirtschaftswissenschaften,
Philipps-Universität Marburg**

Stellungnahme

Öffentliche Anhörung

zum Thema

„Digital Markets Act“

am 27. April 2022

Prof. Dr. Wolfgang Kerber
Fachbereich Wirtschaftswissenschaften
Philipps-Universität Marburg

Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung zum Thema "Digital Markets Act"
im Wirtschaftsausschuss des Deutschen Bundestages am 27. April 2022

Der Digital Markets Act: Weitere Perspektiven

Zur Implementierung des DMA und seiner Weiterentwicklung

1. Der DMA mit seinem innovativen Ansatz einer ex-ante Regulierung von Gatekeepern ist ein großer Schritt im Hinblick auf eine bessere Bekämpfung der Macht großer Digitalkonzerne. Er bietet die Chance auf schnellere und wirksamere Lösungen als die traditionelle Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen im europäischen Wettbewerbsrecht.

2. Allerdings sollte man sich keinen Illusionen hingeben, dass mit der Verabschiedung des DMA die Probleme gelöst sind:

a) Die konkrete Implementierung und effektive Durchsetzung des DMA wird eine große Herausforderung darstellen, da sie mit vielfältigen Schwierigkeiten verbunden sein wird.

b) Auch sollte man sich im Klaren sein, dass der DMA vermutlich nur ein erster gesetzgeberischer Schritt sein wird, um die Macht der großen Digitalkonzerne erfolgreich zu bekämpfen und Wettbewerb unter den besonderen Bedingungen der digitalen Ökonomie zu sichern. Der per-se rule Charakter der Verpflichtungen wird in besonderer Weise zur Notwendigkeit einer Weiterentwicklung führen, die aber nicht nur neue Verpflichtungen, sondern auch eine weitergehende strukturelle Entwicklung des DMA erfordern kann.

Der DMA im Kontext anderer Politiken

3. Von besonderer Bedeutung ist, dass der DMA auch in einem größeren Kontext zu analysieren ist:

a) Zu Recht viel diskutiert wird bereits die Frage nach dem Verhältnis des DMA zum bisherigen europäischen Wettbewerbsrecht und den mitgliedstaatlichen Wettbewerbsgesetzen, insbes. auch bzgl. des wichtigen § 19a GWB in Deutschland.

b) Noch zu wenig diskutiert wird aber das Verhältnis zwischen den großen Gesetzesprojekten der Kommission (DMA, DSA, DGA, Data Act), insbes. in Bezug auf ihre Konsistenz und ihres effektiven Zusammenspiels. Am Ende dieser Stellungnahme wird deshalb zumindest kurz auf den neuen Data Act-Vorschlag der Kommission und seine möglichen Auswirkungen auf Wettbewerb eingegangen.

4. Ebenfalls viel zu wenig diskutiert wird das Zusammenspiel zwischen Wettbewerbspolitik bzw. DMA, Datenschutz und Verbraucherpolitik, dem aufgrund der Schlüsselrolle von (personenbezogenen) Daten auf digitalen Märkten eine besondere Bedeutung zukommt. Dies ist vor allem durch den Facebook-Fall des Bundeskartellamts deutlich geworden, der gerade auch auf internationaler Ebene eine intensive Diskussion befördert hat zum komplexen Verhältnis zwischen Wettbewerbsrecht und Datenschutz. Insofern wird zunehmend verstanden, dass auf digitalen Märkten die bisher immer noch stark dominierenden "Policy"-Silos mit ihrer strengen Trennung von Wettbewerbspolitik, Datenschutz und Verbraucherpolitik nicht mehr angemessen sind. Vor allem Konsumenten als Endnutzer sind gegenüber den Digitalkonzernen von einem doppelten Marktversagen betroffen: Zusätzlich zur Marktmacht der Digitalkonzerne kämpfen sie mit erheblichen Informations- und Rationalitätsproblemen, die beispielsweise bzgl. des Sammelns von Daten durch die großen Digitalkonzerne zu den bekannten Problemen der Überforderung der Endnutzer bei datenschutzrechtlichen Einwilligungen führen (oft verstärkt durch manipulative Praktiken wie "dark patterns"). Folglich ist ein stärker integrierender Ansatz notwendig, weil nur durch ein wirksames Zusammenwirken dieser drei Politiken die großen Probleme auf digitalen Märkten in Bezug auf die großen Digitalkonzerne gelöst werden können.

Zu Datenschutz und Verbraucherpolitik im "Digital Markets Act"

5. Dies wirft die Frage auf, ob und in welcher Form auch der DMA geeignet sein kann, insbesondere über das Ziel "Fairness", auch datenschutzrechtliche und verbraucherpolitische Belange zusätzlich zu der in jedem Fall sehr wichtigen wettbewerbspolitischen Problematik zu berücksichtigen. Trotz seiner ursprünglich stark wettbewerbsorientierten Ausrichtung sind in den DMA – auch im Zuge der gesetzgeberischen Diskussionen – inzwischen bereits einige Vorschriften aufgenommen worden, die auch datenschutzrechtliche und verbraucherpolitische Belange berücksichtigen. Hierzu gehören außer dem bekannten Art. 5(a) zum Verbot der Kombination von personenbezogenen Daten auch Verpflichtungen, die in bestimmten Kontexten die Handlungsfreiheit von Endnutzern schützen (bspw. Art. 5(c), 5(f), 6(1)b, 6(1)c und 6(1)e). In diesen Kontexten sind in die Diskussion über den DMA auch zunehmend das Problem von manipulativen Praktiken und der Überforderung von Endnutzern bei bestimmten Wahlkonstellationen eingeflossen, und haben zu weiteren Regelungen für die Lösung dieses zusätzlichen (zweiten) Marktversagensproblems geführt. Insofern hat sich gezeigt, dass der DMA sich verbraucherpolitischen und datenschutzrechtlichen Fragen nicht entziehen kann.

6. Allerdings muss kritisch festgestellt werden, dass solche Regelungen, die auf eine Stärkung der Verbraucher und Verbraucherinnen sowie des Datenschutzes in Bezug auf die Macht der großen Digitalkonzerne abzielen, bisher eine sehr untergeordnete Rolle im DMA spielen. Dies ist deshalb problematisch, weil die Konsumenten als Endnutzer mindestens genau so abhängig von den Gatekeeper-Plattformen sind wie gewerbliche Nutzer, was sich vor allem auch bei der Sammlung personenbezogener Daten zeigt. Deshalb war es immer verwunderlich, weshalb der DMA primär die gewerblichen Nutzer vor deren Macht schützen wollte, während der Schutz der Endnutzer eine geringere Rolle spielte.

Könnte man erwarten, dass der DMA so erfolgreich wäre, dass es ihm schnell gelingt, wirksamen Wettbewerb bei den zentralen Plattformdiensten herzustellen, dann könnte argumentiert werden, dass dann die Konsumenten durch den Wettbewerb geschützt werden, und insofern spezielle zusätzliche Regeln für ihren Schutz nicht notwendig seien. Dies kann allerdings realistischerweise nicht erwartet werden. Insofern ist es notwendig, dass Endnutzer mindestens in gleichem Maße wie gewerbliche Nutzer vor dieser Macht der großen Digitalkonzerne geschützt werden.

7. Zu Recht kann gefragt werden, ob eine solche Stärkung der Belange der Verbraucherpolitik und des Datenschutzes mit den Zielen des DMA vereinbar ist. Trotz seiner scheinbaren wettbewerbsorientierten Ausrichtung ist im DMA ganz klargestellt worden, dass er kein Wettbewerbsrecht ist und andere Interessen verfolgt als Art. 101 und Art. 102 AEUV. Auch die explizit formulierten Ziele "Contestability" und "Fairness" sowie der Verzicht auf Marktdefinition und Marktmachtbestimmung zeigen, dass sich der DMA klar distanziert von den wohletablierten Kategorien, Konzepten und Methoden des traditionellen Wettbewerbsrechts. Insofern bestehen sehr wohl erhebliche Spielräume, insbesondere über das Ziel "Fairness", auch den Schutz von Endnutzern zu stärken. Dies kann zum einen dadurch geschehen, dass die im DMA jetzt existierenden Verpflichtungen in Bezug auf ihre effektive Durchsetzung auch stärker in Richtung auf Verbraucherschutz und Datenschutz interpretiert werden; zum anderen aber könnten zukünftig eingeführte neue Verpflichtungen stärker auf den Schutz von Verbrauchern und Datensubjekten abstellen. Durch die simultane Existenz von zwei Arten des Marktversagens auf solchen vermachten Märkten, die sich auch gegenseitig verstärken können, kann dies auch aus ökonomischer Sicht unterstützt werden. Dies würde auch die Chance auf eine besser abgestimmte und zielgerichtetere Strategie zur Lösung der großen Probleme auf digitalen Märkten eröffnen (wie es mit der Forderung nach einem stärker integrierenden Ansatz zwischen Wettbewerbspolitik, Verbraucherpolitik und Datenschutz bereits angedeutet worden ist).

Data Act, DMA und Wettbewerb: weitere Perspektiven

8. Die Europäische Kommission hat am 23. Februar 2022 ihren Vorschlag für einen Data Act publiziert. Er hat insbesondere auch das Ziel, durch neue Rechte für die Nutzer von "Internet of Things" (IoT) Geräten, einen größeren Zugang zu bzw. mehr Teilung der Daten, die in IoT-Geräten generiert werden, zu ermöglichen. Hiermit sollen vor allem auch mehr Daten für Innovationen verfügbar gemacht werden und die Nutzer (insbesondere auch Konsumenten) eine größere Kontrolle über ihre Daten bekommen und stärker an deren Wert beteiligt werden, ohne dass die datenhaltenden Unternehmen ihre Anreize zur Investition in die Datengenerierung verlieren. In dieser Stellungnahme kann keine erste Bewertung dieses Vorschlags vorgenommen werden.

9. Hier sollen nur auf einige Bezüge zum DMA und Wettbewerb hergestellt werden. Die Förderung von Wettbewerb wird im Data Act trotz der Betonung von Datenteilung nicht explizit als Ziel verfolgt.

a) Durch das Datenteilungsrecht der Nutzer sollen aber auch Reparaturdienstleistungen und andere Services ermöglicht werden, womit auch die Erwartung von mehr Wettbewerb auf den Aftermärkten und anderen Dienstleistungsmärkten verbunden wird. Allerdings zeigen erste Analysen, dass der Umfang der über dieses Recht teilbaren IoT Daten vermutlich viel zu eng definiert ist, und auch keine Regelungen für den Zugang bspw. zu notwendiger Software (technische Interoperabilität) vorgesehen sind. Insofern ist es sehr zweifelhaft, dass diese Regelungen ausreichen werden, um einen wirksamen Wettbewerb auf solchen Dienstleistungsmärkten zu ermöglichen. Für den Fall der Daten des vernetzten Autos ist bereits klar, dass die Regelungen des Data Act nicht genügen, weshalb die Kommission hier weiterhin eine zusätzliche sektorspezifische Lösung anstrebt.

b) Im Data Act Vorschlag wird in Art. 5(2) festgelegt, dass Unternehmen, die im Sinne des DMA für bestimmte zentrale Plattformdienste Gatekeeper sind, nicht Empfänger von solchen IoT-Daten sein dürfen, die Nutzer mit anderen Unternehmen teilen dürfen. Zur Begründung wird auf die bereits große Datenmacht dieser Gatekeeper-Unternehmen verwiesen. Es wird kritisch zu untersuchen sein, ob diese Regelung sinnvoll und angemessen ist, weil gleichzeitig der Data Act keine Restriktionen für die datenhaltenden Unternehmen vorsieht, diese IoT Daten direkt an diese Gatekeeper-Unternehmen zu verkaufen und damit auf diese Weise deren Datenmacht in erheblich stärkeren Umfang zu vergrößern.

c) Auch über das Verbot, die zur Verfügung gestellten Daten nicht für den Wettbewerb mit dem die Daten generierenden Gerät verwenden zu können, wird aus Wettbewerbssicht kritisch zu diskutieren sein.

10. Insgesamt bleiben die Beziehungen zwischen dem Data Act und dem DMA (sowie auch dem Data Governance Act, insbes. bzgl. der Datenmittler) bisher vage und benötigen stärkerer Klärung. Auch wirft der Data Act viele (und auch grundsätzliche) Fragen aus einer verbraucherpolitischen und datenschutzrechtlichen Perspektive auf, die einer intensiven Diskussion bedürfen.

Marburg, 24.4.2022

Prof. Dr. Wolfgang Kerber

Dieses Statement basiert auf folgenden Publikationen:

Kerber, W. / K.K. Zolna: The Law and Economics of the Relationship between Competition and Data Protection Law, *European Journal of Law & Economics*, 2022, <https://doi.org/10.1007/s10657-022-09727-8>

Kerber, W. / L. Specht-Riemenschneider: Synergies Between Data Protection Law and Competition Law. Studie für Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv), 2021.

Kerber, W.: Taming Tech Giants: The Neglected Interplay between Competition Law and Data Protection (Privacy) Law, erscheint in: 67(2) *Antitrust Bulletin* 2022, verfügbar unter: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4045528>

Kerber, W.: Governance of IoT Data: Why the EU Data Act will not fulfill its objectives (8. April 2022), verfügbar unter: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4080436>