



Ausschussdrucksache 20(9)59

25.04.2022

**Andreas Mundt,
Präsident des Bundeskartellamtes,
Bonn**

Stellungnahme

Öffentliche Anhörung

zum Thema

„Digital Markets Act“

am 27. April 2022



Bonn, den 25. April 2022

**Stellungnahme des Bundeskartellamtes
zur öffentlichen Anhörung des Wirtschaftsausschusses
zum Digital Markets Act**

Das Bundeskartellamt begrüßt das europäische Gesetzgebungsvorhaben zu einem Digital Markets Act (DMA). Das Vorhaben zielt darauf, den Herausforderungen der digitalen Wirtschaft künftig noch besser gerecht zu werden. Der auf einen bestimmten Kreis sog. Gatekeeper beschränkte persönliche Anwendungsbereich und die spezifischen Verhaltenspflichten tragen dabei maßgeblich zu einer fokussierten und verhältnismäßigen Regelung bei. Gleichzeitig lässt sich jedoch erkennen, dass der DMA keine erschöpfende, ausschließliche Regelung für den Schutz fairer und bestreitbarer Märkte im Digitalbereich darstellen kann und will. Vielmehr wird auch in Zukunft eine den DMA ergänzende Anwendung des Wettbewerbsrechts gegenüber großen Digitalunternehmen erforderlich sein (hierzu unter A.).

Vor diesem Hintergrund ist bedeutsam, dass der Deutsche Bundestag bereits mit der Anfang 2021 in Kraft getretenen zehnten Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) das Wettbewerbsrecht im Hinblick auf die Digitalwirtschaft weiterentwickelt hat. Insbesondere wurden dabei dem Bundeskartellamt in § 19a GWB neue Befugnisse eingeräumt, gegen missbräuchliche Verhaltensweisen von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb vorzugehen. Auf dieser Grundlage führt das Bundeskartellamt gegenwärtig Verfahren gegen Alphabet (Google), Amazon, Apple und Meta (Facebook). Auch nach dem Inkrafttreten des DMA werden diese neuen Befugnisse neben dem DMA weiter gelten. Ihre Anwendung wird zum Schutz fairer und bestreitbarer Digitalmärkte beitragen (hierzu unter B.).

Während des Gesetzgebungsverfahrens zum DMA hat das Bundeskartellamt wiederholt darauf aufmerksam gemacht, dass der Erfolg des DMA maßgeblich von dessen effektiver Durchsetzung abhängen wird. Auf Grundlage der öffentlich bekannten Informationen ist davon auszugehen, dass die EU-Kommission alleinige Durchsetzungsbehörde sein wird. Jedoch wird es den Mitgliedsstaaten möglich sein, ihre nationalen Wettbewerbsbehörden mit Ermittlungsbefugnissen im Hinblick auf DMA-Verstöße auszustatten. Wenn der Deutsche Bundestag von dieser

Ermächtigung im DMA zugunsten des Bundeskartellamtes Gebrauch machte, könnte dies im Einzelfall Ermittlungen im Zusammenhang mit § 19a GWB erleichtern (hierzu unter C.).

A. Der DMA ist als zusätzliches Instrument zu begrüßen, er kann alleine aber faire und bestreitbare Digitalmärkte nicht sicherstellen

Die von digitalen Diensten ausgehenden wohlfahrtssteigernden Wirkungen dürfen nicht unterschätzt werden. Gleichwohl sahen sich sowohl die EU-Kommission als auch nationale Wettbewerbsbehörden in den letzten Jahren mit einer Vielzahl (potentiell) wettbewerblich problematischer Verhaltensweisen gerade von großen Digitalunternehmen konfrontiert. Die Besonderheiten digitaler Märkte, etwa im Hinblick auf Netzwerkeffekte oder die Rolle von Daten, haben dabei in der Vergangenheit teilweise zeitaufwändige behördliche und gerichtliche Verfahren zur Folge gehabt. Einer solchen Verfahrenslänge stehen jedoch die oft schnellen Entwicklungen in nicht selten dynamischen und innovativen digitalen Märkten gegenüber. Vor diesem Hintergrund ist es nachdrücklich zu begrüßen, dass der DMA in der Zukunft ein bedeutsames zusätzliches Instrument zur schnellen Adressierung wettbewerblicher Probleme im Digitalbereich darstellen wird.

Ebenso wie das europäische und nationale Wettbewerbsrecht soll der DMA zum Schutz fairer und bestreitbarer Märkte eingesetzt werden. Allerdings darf trotz dieser sich überschneidenden Zielsetzung nicht verkannt werden, dass sich der DMA im Vergleich zum Wettbewerbsrecht als ein fokussiertes Instrument zur Adressierung sehr spezifischer wettbewerblicher Probleme darstellt:

Zunächst knüpft der DMA seinen Geltungsbereich an eine statische Liste sog. zentraler Plattformdienste an. Diese vermittelt auf den ersten Blick den Eindruck, eine Vielzahl an digitalen Diensten abzudecken. Erschöpfend kann sich eine statische Liste aber schon aufgrund der besonderen Dynamik der Digitalwirtschaft nie darstellen. So überrascht es auch nicht, dass sich das Europäische Parlament und der Rat bereits während des Gesetzgebungsverfahrens veranlasst sahen, die Liste des ursprünglichen Kommissionsentwurfes um weitere Dienste zu ergänzen.

Darüber hinaus wird ein Unternehmen als sog. Gatekeeper jeweils nur insofern nach dem DMA Verhaltenspflichten unterworfen, als ein zentraler Plattformdienst sich im Einzelfall als „wichtiger Zugangstor“ gerade von gewerblichen Nutzern zu Endnutzern darstellt. Diese Konzeption hat zwar verglichen mit der Prüfung einer marktbeherrschenden Stellung im Wettbewerbsrecht zunächst den Vorteil, dass sie eine potentiell zeitaufwändige Abgrenzung betroffener Märkte entbehrlich macht. Sie bleibt aber dennoch einer isolierten Prüfung von Diensten und deren spezifischen Bedeutung für die unterschiedlichen Nutzerseiten verhaftet. Entsprechend lässt der DMA oftmals unberücksichtigt, dass sich die Tätigkeit gerade der großen Digitalunternehmen durch

den Betrieb eines umfassenderen ‚Ökosystems‘ (verstanden als Bündel einer Vielzahl an Diensten eines Konzerns mit Wechselwirkungen untereinander) auszeichnet.

Die Verhaltenspflichten des DMA sind schließlich spezifisch und nicht selten in Orientierung an früheren wettbewerbsrechtlichen Verfahren formuliert. Eine Generalklausel findet sich im DMA nicht. Entsprechend ist davon auszugehen, dass der DMA zukünftige neue Praktiken der sich schnell entwickelnden Digitalwirtschaft nur eingeschränkt adressieren können. Daran ändert auch das im DMA vorgesehene Verfahren zur nachträglichen Pflichtenaktualisierung nichts. Denn soweit auf ein zeitaufwändiges formelles Gesetzgebungsverfahren verzichtet wird, sind einer Pflichtenaktualisierung bereits durch den primärrechtlichen Wesentlichkeitsvorbehalt enge Grenzen gesetzt.

Dieser im DMA gewählte fokussierte Ansatz gegenüber großen Gatekeepern verdient zunächst in mehrfacher Hinsicht Unterstützung. Er erlaubt es erstens, als besonders schädlich erkannte Verhaltensweisen durch eine Rechtsunsicherheiten tendenziell vermeidende, abstrakt-generelle Vorschrift zu verbieten. Dies wird eine zu begrüßende Beschleunigung der Rechtsanwendung zur Folge haben. Der fokussierte Ansatz hat ferner den Vorteil, dass trotz Verzichts auf eine Rechtfertigungsmöglichkeit im Einzelfall die Verhältnismäßigkeit der konkret auferlegten Pflichten abschätzbar bleibt.

Gleichwohl ergibt sich aus diesem fokussierten Ansatz, dass der DMA sowohl in persönlicher als auch in sachlicher Hinsicht Probleme der Fairness und Bestreitbarkeit im Digitalbereich nur punktuell und weder in der persönlichen noch sachlichen Breite erschöpfend adressieren kann bzw. will. Außerhalb des eng abgesteckten, vom DMA geregelten Bereiches bleibt daher die Anwendung des europäischen und nationalen Wettbewerbsrecht unverzichtbar.

B. § 19a GWB wird neben dem DMA anwendbar bleiben und zum Schutz fairer und bestreitbarer Digitalmärkte beitragen

Der Deutsche Bundestag hat die Notwendigkeit einer Fortentwicklung des Rechtsrahmens zur Adressierung von wettbewerblichen Herausforderungen in der Digitalwirtschaft früh erkannt und bereits mit der Mitte 2017 in Kraft getretenen neunten GWB-Novelle reagiert. In einem weiteren wichtigen Schritt hat der Gesetzgeber mit der Anfang 2021 in Kraft getretenen zehnten GWB-Novelle dem Bundeskartellamt in § 19a GWB neue Eingriffsbefugnisse eingeräumt. Danach kann das Bundeskartellamt die überragende marktübergreifende Bedeutung eines Unternehmens für den Wettbewerb feststellen. Anders als in der tradierten Missbrauchsaufsicht bedarf es keiner für jeden Einzelfall erfolgenden Ermittlung einer marktbeherrschenden Stellung. Bereits dadurch trägt die Vorschrift zu einer erheblichen Beschleunigung der Rechtsdurchsetzung im Digitalbereich bei. Verglichen mit dem Ansatz des DMA knüpft das deutsche Recht zudem nicht an einzelne Dienste an. Vielmehr erlaubt § 19a GWB, den Blick auf das Unternehmen als Ganzes zu richten, und so etwa auch die marktübergreifenden Wechselwirkungen von Diensten innerhalb eines Ökosystems zu berücksichtigen. Der Verzicht auf eine abschließende Liste an Diensten wird es dem deutschen Ansatz zudem ermöglichen, den schnellen Entwicklungen der Digitalwirtschaft auch zukünftig Rechnung tragen zu können. Bislang hat das Bundeskartellamt die überragende marktübergreifende Bedeutung für Alphabet (Google) bestandskräftig festgestellt. Entsprechende Verfahren laufen zudem gegenüber Amazon, Apple und Meta (Facebook).

Anknüpfend an die Feststellung einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung kann das Bundeskartellamt im Einzelfall bestimmte Arten an Verhaltensweisen untersagen. Die Verbotsstatbestände sind dabei einerseits spezifischer formuliert als das tradierte Missbrauchsverbot. Sie kodifizieren damit vergleichsweise konkret, welche Arten an Verhaltensweisen aus Sicht des Gesetzgebers wettbewerblich zu beanstanden sind. Verglichen mit den Pflichten des DMA sind aber jedenfalls die Grundtatbestände des § 19a Abs. 2 GWB offener formuliert, um auch zukünftige neue Praktiken im Digitalbereich erfassen zu können.

Die neuen Eingriffsbefugnisse des Bundeskartellamtes sind im Wettbewerbsrecht verankert. Dies belegt nicht nur die systematische Verortung der Vorschriften im novellierten GWB. Vielmehr machen die neuen Eingriffsbefugnisse eine ausdrückliche Verbotsentscheidung des Bundeskartellamtes erforderlich. In diesem Rahmen prüft das Amt u.a. auch, ob ein Verhalten im Einzelfall am Maßstab der gesetzlichen Wertung wettbewerblich bedenklich ist. Damit geht zwar verglichen mit den unmittelbar geltenden Verboten des DMA ein gewisser behördlicher Prüfaufwand einher. Der Gesetzgeber hat allerdings durch die Verlagerung der Darlegungs- und Beweislast für sachliche Rechtfertigungen auf das Unternehmen prozedurale Vorkehrungen getroffen, die dennoch eine zeitnahe Interventionsmöglichkeit sicherstellen. Darüber hinaus begründet das deutsche Recht

in diesen Fällen für die gerichtliche Überprüfung eine ausschließliche Zuständigkeit des Bundesgerichtshofes als erste und letzte Instanz. Dies wird die Zeit bis zur Bestandskraft einer Entscheidung ebenfalls signifikant verkürzen.

Indem § 19a GWB sowohl in persönlicher als auch in sachlicher Hinsicht weitergehende Eingriffsbefugnisse für den Digitalbereich vorsieht, kann die Regel in Ergänzung zum DMA die Fairness und Bestreitbarkeit digitaler Märkte sicherstellen. Bedeutung wird § 19a GWB daher voraussichtlich insbesondere in drei Konstellationen entfalten: Erstens, wenn ein betroffener Dienst von der statischen Liste der zentralen Plattformdienste im DMA nicht erfasst ist. Zweitens, wenn zwar ein zentraler Plattformdienst vorliegt, der DMA aber mangels Gatewaycharakters dieses Dienstes unanwendbar ist. Schließlich drittens, wenn einem Unternehmen eine Pflicht auferlegt werden soll, welche über die konkret umgrenzten Verhaltenspflichten des DMA hinausgeht.

Eine solche komplementäre Anwendung des nationalen Wettbewerbsrechts ist dabei im DMA ausdrücklich vorgesehen und steht mit dessen Zielen in Einklang. Explizit formuliert die Verordnung, dass europäisches und nationales Wettbewerbsrecht keiner Sperrwirkung unterliegen. Dies gilt insbesondere auch für die hier relevanten Verbote unilateraler Verhaltensweisen von Unternehmen, soweit das nationale Wettbewerbsrecht insofern über den DMA hinausgehende Verpflichtungen auferlegt.

Das Bundeskartellamt wird eng mit der EU-Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden in der EU zusammenarbeiten, um eine effektive und widerspruchsfreie Anwendung des Wettbewerbsrechts im Digitalbereich neben dem DMA sicherzustellen. Dazu kann auf die im Wettbewerbsrecht bewährten Verfahren zur Kooperation und Koordination im Rahmen des European Competition Network zurückgegriffen werden, an welche auch der DMA anknüpft.

C. Auch die Durchsetzung des § 19a GWB würde von Ermittlungsbefugnissen zu DMA-Verstößen durch nationale Behörden profitieren

Die sich aus dem DMA ergebenden Pflichten werden zentral durch die EU-Kommission durchgesetzt werden. Zurückgehend auf eine Forderung des Rates wird aber gleichzeitig für die Mitgliedsstaaten die Möglichkeit bestehen, nationale Wettbewerbsbehörden mit nationalen Befugnissen zur Ermittlung von DMA-Verstößen auszustatten.

Die Einräumung einer solchen Befugnis für das Bundeskartellamt durch den deutschen Gesetzgeber wäre nicht mit eigenständigen Abstellungskompetenzen für rechtswidriges Verhalten verbunden. Eine solche DMA-Ermittlungsbefugnis könnte jedoch insbesondere Ermittlungen in einem Verfahren gemäß § 19a GWB erleichtern. Denn zu Beginn eines Verfahrens könnte in

Einzelfällen unter Umständen noch unklar sein, inwieweit ein Verhalten bereits nach dem DMA verboten ist und es insofern keiner Anwendung des § 19a GWB bedarf, oder eine ergänzende Verbotungsverfügung gemäß § 19a GWB erforderlich ist. Können die Ermittlungen in diesem Stadium auf beide Regelungsbereiche gestützt werden, beugt dies möglichen Einwänden der betroffenen Unternehmen gegen Ermittlungen des Amtes bei potentiellen Berührungspunkten zwischen den Regelungsbereichen vor.

Soweit sich in den Ermittlungen herausstellt, dass der Verfahrensgegenstand vom DMA abgedeckt wird, könnte die EU-Kommission unter Berücksichtigung dieser Ermittlungsergebnisse sodann ein eigenes Abstellungsverfahren auf Grundlage des DMA einleiten. Wird der Geltungsbereich des DMA nicht berührt, ist aber der Anwendungsbereich von § 19a GWB eröffnet, wäre das Bundeskartellamt in der Lage, auf Grundlage der Ermittlungen und in enger Abstimmung im European Competition Network eine Abstellung des rechtswidrigen Verhaltens durchzusetzen.

* * *