



Ausschussdrucksache 20(9)60

25.04.2022

**Prof. Dr. Rupprecht Podszun,
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
deutsches und europäisches Wettbewerbsrecht,
Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf**

Stellungnahme

Öffentliche Anhörung

zum Thema

„Digital Markets Act“

am 27. April 2022

Prof. Dr. Rupprecht Podszun

Wettbewerb in der digitalisierten Wirtschaft: Wie geht es nach dem Digital Markets Act weiter?

Stellungnahme für den Wirtschaftsausschuss des Deutschen Bundestags

27. April 2022

Prof. Dr. Rupprecht Podszun ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Wettbewerbsrecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf und Research Fellow des Max-Planck-Instituts für Innovation und Wettbewerb, München. Er ist Vizepräsident von ASCOLA, der Academic Society for Competition Law. Seit 2022 ist er Ersatzmitglied der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich.

An der Stellungnahme hat Ass. jur. Philipp Bongartz, Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl, mitgearbeitet.

Die hier vertretenen Auffassungen geben nur die persönliche Meinung des Verfassers wieder, nicht die der genannten Institutionen. Einige der hier vertretenen Positionen basieren auf dem Gutachten des Verfassers für den 73. Deutschen Juristentag (C.H. Beck 2020/2022) sowie der im Auftrag des Ludwig-Fröhler-Instituts für Handwerkswissenschaften verfassten Schrift „Handwerk in der digitalen Ökonomie – Rechtlicher Rahmen für den Zugang zu Daten, Software und Plattformen“ (Nomos 2021).

E-Mail: [ls.podszun \[at\] hhu.de](mailto:ls.podszun@hhu.de)

Web: <https://www.jura.hhu.de/dozenten/podszun>

Twitter: [@ruppe_p](https://twitter.com/ruppe_p)

Blog: www.d-kart.de

Podcast: Bei Anruf Wettbewerb (mit Justus Haucap)

Wesentliche Ergebnisse

1. Der Digital Markets Act wird frühestens 2024 erste praktische Wirkungen zeigen. In der Zeit bis dahin müssen die Kartellbehörden weiterhin engagiert das Kartellrecht gegen digitale Gatekeeper durchsetzen, damit keine „Regulierungsferien“ entstehen.
2. § 19a GWB ist neben dem DMA anwendbar und wird für neuartige Phänomene besonders relevant sein.
3. Das Bundeskartellamt sollte die Europäische Kommission bei der Durchsetzung des DMA kraftvoll unterstützen. Dazu ist die Schaffung einer gesetzlichen Ermächtigung erforderlich.
4. Der deutsche Gesetzgeber sollte die private Rechtsdurchsetzung des DMA stärken, indem Betroffenen die Möglichkeiten der §§ 33 ff. GWB entsprechend eröffnet werden. Zudem sollte die Gerichtszuständigkeit für DMA-Klagen bei den Kartellgerichten konzentriert werden.
5. Die deutsche Zusammenschlusskontrolle kann durch Absenkung des Schwellenwerts in § 35 Abs. 1a GWB und eine Beweislastumkehr verschärft werden, wenn Unternehmen i.S.d. § 19a Abs. 1 GWB beteiligt sind. Erwogen werden sollte, das materielle Eingriffskriterium stärker auf das Erreichen wirtschaftlicher Machtpositionen auszurichten.
6. Die Notwendigkeit der Marktabgrenzung in der Kartellrechtsanwendung sollte mittelfristig aufgegeben werden, damit der Konvergenz der Märkte im Zeitalter der digitalen Vernetzung besser Rechnung getragen werden kann.
7. Der Entwurf des EU Data Acts enthält wichtige Weichenstellungen für den Wettbewerb in der digitalen Wirtschaft. Für KMU ist der Zugang zu Kunden auf einfache und direkte Weise abzusichern. Dies ist im Entwurf noch nicht ausreichend gewährleistet.
8. Bei neuen Entwicklungen wie dem Metaverse und bei der zunehmenden Nutzung von Künstlicher Intelligenz sollte schon in der zugrundeliegenden „Architektur“ eine Wettbewerbsorientierung sichergestellt werden (*competition by design*). Das Bundeskartellamt sollte einen *Chief Technologist* berufen. Neue Software-Architekturen sollten auf ihre Wettbewerbsorientierung hin gescreent werden.
9. Die Verfahren der Kartellbehörden und bei Gericht müssen beschleunigt werden.
10. Langfristig stehen die Gesetzgeber vor der Aufgabe, ein neues Wirtschaftsrecht für die digitale Wirtschaft zu schaffen. Das setzt den Abbau von überkommenen Regeln, die Entwicklung neuer Ordnungsprinzipien und eine Weiterentwicklung der Rechtssetzungstechniken voraus.

INHALTSVERZEICHNIS

VORBEMERKUNG	5
A. KURZFRISTIGE PERSPEKTIVE: UMSETZUNG DES DMA	6
I. DER WEG BIS ZUR WIRKSAMKEIT	6
II. KÜNFTIGE ROLLE DES BUNDESKARTELLAMTS	6
1. <i>Durchsetzung des DMA</i>	7
2. <i>Verhinderung von Tipping</i>	8
3. <i>Parallele Anwendung von DMA und § 19a GWB</i>	9
III. ROLLE DER PRIVATEN RECHTSDURCHSETZUNG UND DER GERICHTE	11
1. <i>Vorteile der privaten Rechtsdurchsetzung</i>	11
2. <i>Regelungsbedarf</i>	11
3. <i>Streitigkeiten beim Gerichtshof der Europäischen Union</i>	12
B. MITTELFRISTIGE PERSPEKTIVE: OFFENE REGULUNGSPROJEKTE	13
I. FUSIONSKONTROLLE	13
1. <i>Schwache Fusionskontrolle auf europäischer Ebene</i>	13
2. <i>Fusionskontrolle im DMA</i>	13
3. <i>Verschärfung der nationalen Fusionskontrolle</i>	14
II. AUFGABE DER MARKTABGRENZUNG IM KARTELLRECHT	15
III. ZUGANG ZUM KUNDEN	16
1. <i>Abhängigkeiten im Internet of Things</i>	16
2. <i>Interoperabilität</i>	17
3. <i>Datenzugang</i>	18
IV. REGULUNGEN FÜR KÜNSTLICHE INTELLIGENZ, METAVERSE, BLOCKCHAIN – <i>COMPETITION BY DESIGN</i>	19
1. <i>„Code is law“</i>	19
2. <i>Hoheitlicher Eingriff versus Innovationskraft</i>	20
3. <i>Konkrete Vorschläge</i>	20
V. VERFAHRENSDAUER ALS PROBLEM DER RECHTSDURCHSETZUNG	21
C. LANGFRISTIGE PERSPEKTIVE: WIRTSCHAFTSRECHT IM DIGITALEN ZEITALTER	24
I. REGULUNGSFLUT (NICHT NUR) IM DIGITALBEREICH	24
II. PRINZIPIEN DES WIRTSCHAFTSRECHTS	25
III. WEITERENTWICKLUNG VON REGULUNGSTECHNIKEN	27

Vorbemerkung

Mit dem Digital Markets Act (DMA) ist auf europäischer Ebene in relativ kurzer Zeit ein weiterer regulatorischer Wurf gelungen.¹ Seit der Vorlage des Entwurfs der Europäischen Kommission ist in intensiven Beratungen ein weltweit einzigartiges Regelwerk für digitale Gatekeeper entstanden, mit dem diesen spezifische Verhaltenspflichten auferlegt werden. Damit haben die beteiligten Institutionen bewiesen, dass es möglich ist, den mächtigsten Unternehmen der Welt Vorgaben für den europäischen Raum zu machen. Vor dem starken Lobbyismus der digitalen Gatekeeper in Brüssel sind sie nicht eingeknickt.

Für die Ausarbeitung des DMA waren drei Entwicklungen in Deutschland von überragender Bedeutung: Erstens hat die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, die 2019 ihre Empfehlungen vorgelegt hat, den Weg für den DMA geebnet. Mehrere zentrale Empfehlungen (z.B. Verbot von Selbstbevorzugung, Verhaltenspflichten für marktbeherrschende Online-Plattformen, Interoperabilität) wurden im DMA aufgegriffen. Zweitens hat der Bundestag mit der 10. GWB-Novelle § 19a GWB eingeführt. Diese Regelung hat die Suche nach einer europäischen Lösung beflügelt (auch wenn diese in entscheidenden Punkten von § 19a GWB abweicht). Drittens hat das Bundeskartellamt mit seinen wegweisenden Verfahren gegen digitale Gatekeeper (v.a. Facebook und Amazon) die europäische Debatte vorangetrieben.

In dieser Stellungnahme soll die Frage erörtert werden:

Welche Herausforderungen stellen sich nach Abschluss der Arbeiten am DMA für die wettbewerbliche Ausgestaltung der digitalisierten Wirtschaft?

Im Folgenden werden dazu zunächst die kurzfristig nächsten Schritte skizziert (Implementierung des DMA, Verhältnis zu § 19a GWB), die direkt in Beziehung zum DMA stehen. Sodann werden noch offene Regelungsfragen angesprochen. Schließlich werden Herausforderungen skizziert, denen sich die Gesetzgeber auf nationaler und europäischer Ebene langfristig stellen müssen.

¹ Bei Angaben zum DMA wird in diesem Dokument von dem Text ausgegangen, der sich aus dem sog. geleakten 4-Column-Dokument als „Draft Agreement“ ergibt. Das Dokument datiert vom 8.4.2022, 11.56 Uhr.

A. Kurzfristige Perspektive: Umsetzung des DMA

I. Der Weg bis zur Wirksamkeit

Bevor der DMA tatsächlich Wirkungen entfaltet, dauert es noch. Es wird damit gerechnet, dass frühestens 2024 erste Auswirkungen des DMA auf Märkten zu erkennen sind.² Von der Veröffentlichung des DMA bis zur Compliance-Verpflichtung für die Unternehmen werden ca. 17 Monate vergehen. Dann sind allerdings nur Wirkungen zu erwarten, wenn die betroffenen Gatekeeper sich zügig um die Umsetzung bemühen, keine gerichtlichen Streitigkeiten über die Stellung als Gatekeeper oder die Verhaltenspflichten beginnen und die Verpflichtungen nicht substantiell umgehen. Eine konfrontative Durchsetzung wird schwierig.

Selbst für so starke Unternehmen wie die Gatekeeper ist die Umsetzung der Rechtsnormen eine Herausforderung, da zur gleichen Zeit eine Vielzahl von Verpflichtungen mit unbestimmten Rechtsbegriffen für zahlreiche Dienste umzusetzen sind. Die Europäische Kommission kann den Unternehmen mit Leitlinien und einem regulatorischen Dialog (Art. 7) entgegenkommen. Sollte sie selbst an ihre Kapazitätsgrenzen kommen, sollte sie klare Prioritäten setzen und das Augenmerk zunächst auf solche Plattformdienste richten, die eine infrastrukturelle Bedeutung für die Wirtschaft haben. Für die Ausarbeitung der Leitlinien und den regulatorischen Dialog sollte die Kommission auf die Unterstützung durch Behörden in den Mitgliedsstaaten, die Wissenschaft und die Zivilgesellschaft setzen. Dies könnte beispielsweise durch partizipative digitale Formate gewährleistet werden.

Die Entwicklung der Digitalwirtschaft steht im Zeitraum der DMA-Umsetzung nicht still. Es darf durch die Vorbereitung des DMA nicht zu „Regulierungsferien“ für die digitalen Gatekeeper kommen. Die Europäische Kommission und das Bundeskartellamt müssen daher ihre kartellrechtlichen Verfahren engagiert weiterbetreiben. Sie dürfen nicht auf das Wirksamwerden der DMA-Verpflichtungen warten.

II. Künftige Rolle des Bundeskartellamts

Das Bundeskartellamt hat in der Vergangenheit einen weltweit beachteten Beitrag zur Zähmung der Tech-Titanen geleistet. Mit dem DMA wird das Amt teilweise von diesen Aufgaben entlastet.

² Der DMA soll voraussichtlich nach der Sommerpause 2022 veröffentlicht werden und tritt sodann 20 Tage später in Kraft (Art. 39 Abs. 1). Sechs Monate später ist er anwendbar (Art. 39 Abs. 2). Zwei Monate danach erfolgt die Notifizierung (Art. 3 Abs. 3), 45 Tage später die Designation als Gatekeeper (Art. 3 Abs. 4). Sechs Monate später wird Compliance erwartet (Art. 3 Abs. 8).

Das setzt einerseits Kräfte frei, sodass das Bundeskartellamt in anderen Bereichen seine Rolle als Schrittmacher der internationalen Wettbewerbspolitik wahrnehmen kann. Andererseits wird das Bundeskartellamt auch zukünftig Kartellrecht im Digitalbereich durchsetzen müssen – selbst gegen Gatekeeper. In den Verhandlungen zum DMA wurden zum Glück Pläne abgewendet, die Rechte der nationalen Behörden stärker zu beschneiden. Zudem wird das Bundeskartellamt die Europäische Kommission bei der Durchsetzung des DMA unterstützen können.

1. Durchsetzung des DMA

Nationale Behörden haben nach dem DMA die folgenden Befugnisse bei dessen Umsetzung:

- Gem. Art. 31b Abs. 7 darf die nationale Behörde auf eigene Initiative hin Verstöße gegen Art. 5, 6 und 6a DMA in ihrem Hoheitsgebiet untersuchen (siehe auch Erw.Gr. 72b). Eigene Sanktionsbefugnisse hat die nationale Behörde allerdings nicht. Die Kommission hat das Recht, entsprechende Untersuchungen an sich zu ziehen.
- Die nationalen Behörden können die Europäische Kommission bei Marktuntersuchungen unterstützen (Art. 14 Abs. 3a, Art. 31b Abs. 6). Nach Art. 33 können mindestens drei Mitgliedsstaaten die Kommission zu einer Marktuntersuchung auffordern.
- Die Europäische Kommission geht auch davon aus, dass die mitgliedstaatlichen Behörden Informationen bereitstellen und konsultiert werden können (Art. 31b Abs. 1, Erw.Gr. 72a, Art. 31a). Hier könnte eine Klarstellung zur Informationsweitergabe im nationalen Recht erfolgen.

Die Durchsetzung des DMA ist aus dem Sachzusammenhang heraus in Deutschland beim Bundeskartellamt anzusiedeln. Dazu ist eine entsprechende Ermächtigung ins GWB einzufügen. Im Bundeskartellamt sollten die organisatorischen Voraussetzungen geschaffen werden, um kraftvoll mit der Kommission beim DMA zusammenarbeiten zu können.³ Der Bundestag sollte die dafür notwendige Ausstattung des Bundeskartellamts mit personellen Ressourcen und IT sicherstellen. Die Rechte der nationalen Behörden sind begrenzt. Die Kommission hat sich, möglicherweise in Überschätzung ihrer eigenen Kräfte, die Rolle als „sole enforcer“ vorbehalten. Das sollte das Bundeskartellamt aber nicht davon abhalten, immer wieder Impulse für die Gatekeeper-Regulierung zu geben.

³ Zur Notwendigkeit vgl. Art. 32a Abs. 7 DMA.

2. Verhinderung von Tipping

Dem Regulierungsrecht – wie dem DMA – ist eine natürliche Schwäche inhärent: Es greift erst, wenn ein Unternehmen so mächtig geworden ist, dass eine Kontrolle des Unternehmens durch den Wettbewerb ausfällt. Genau deshalb gibt es Regulierungsrecht. In der digitalen Ökonomie erreichen Unternehmen wegen der rasch wirkenden Netzwerkeffekte und der Vernetzung durch Daten derartige Positionen wesentlich schneller als es in der traditionellen Wirtschaft der Fall war. Der DMA bleibt dagegen weitgehend machtlos und korrigiert die überragende Macht der Gatekeeper nur in Randbereichen. Der DMA verhindert weder das Erreichen derartiger Gatekeeper-Positionen, also das Tipping von Märkten,⁴ noch ist damit zu rechnen, dass es in absehbarer Zeit in der EU zur Entflechtung von Gatekeepern kommt.⁵

Das Machtproblem in der digitalen Ökonomie bleibt einstweilen weitgehend ungelöst. Dabei ist die Erkenntnis, dass Marktmacht für das Funktionieren der Märkte schädlich ist, in der Ökonomie seit Adam Smith eigentlich gesetzt. Der ordoliberaler Walter Eucken, Vordenker der sozialen Marktwirtschaft, hatte formuliert:

„Nicht gegen die Missbräuche vorhandener Macht sollte sich die Wirtschaftspolitik wenden, sondern gegen die Entstehung der Machtkörper überhaupt. Sonst besitzt sie keine Chance, mit dem Problem fertig zu werden.“⁶

Im Kartellrecht wurde diese Erkenntnis allerdings unzureichend rezipiert. Machtstellungen als solche werden nicht durch die Kartellbehörden korrigiert. Lediglich der Missbrauch von Marktmacht oder der Zukauf durch Zusammenschlüsse ist Gegenstand der kartellbehördlichen Kontrolle. Die Anforderungen für ein Eingreifen wurden im europäischen Kartellrecht in den letzten Jahren allerdings in die Höhe geschraubt.⁷

Das war eine Fehlentwicklung. Mit dem DMA, § 19a GWB und dem Anti-Tipping-Paragrafen § 20 Abs. 3a GWB wird teilweise gegengesteuert. Das Bundeskartellamt sollte von § 20 Abs. 3a GWB Gebrauch machen und insbesondere auch solche Digitaldienste im Blick behalten, die noch nicht als Gatekeeper im DMA klassifiziert sind.

⁴ Vgl. *Budzinski/Mendelsohn*, 27(154) Ilmenau Economics Discussion Papers 2021, 14.

⁵ Eine Befugnis zu strukturellen Abhilfemaßnahmen ist in Art. 16 DMA vorgesehen.

⁶ *Eucken*, Wirtschaftsmacht und Wirtschaftsordnung, 2001, S. 17.

⁷ Zuletzt eindrücklich durch EuG, 26.1.2022, Rs. T-286/09 RENV, ECLI:EU:T:2022:19 – *Intel*.

3. Parallele Anwendung von DMA und § 19a GWB

Der DMA verdrängt nationale Vorschriften zur Regulierung von Gatekeepern, enthält aber eine Öffnungsklausel für das Kartellrecht (Art. 1 Abs. 6 DMA). Kartellrecht und DMA können parallel angewendet werden. Bei § 19a GWB handelt es sich um Kartellrecht.

a) § 19a GWB ist Kartellrecht

Kartellrecht schützt den unverfälschten Wettbewerb durch Eingriffe im Einzelfall vor negativen Auswirkungen. Im DMA wird Kartellrecht charakterisiert als „an individualised assessment of market positions and behaviour, including its actual or likely effects and the precise scope of the prohibited behaviour“ (Erw.Gr. 9a). Zudem müsse es den Unternehmen freistehen, Effizienzen oder sachliche Rechtfertigungen vorzutragen. Diese Kriterien erfüllt § 19a GWB, insbesondere weil die dort aufgezählten Praktiken im Einzelfall gerechtfertigt sein können.⁸ Das Bundeskartellamt aktiviert erst nach einer individuellen Prüfung der Normadressateneigenschaft und einer Einzelfallprüfung, in der auch Effizienzeinwände vorgetragen werden können, die Verpflichtungen des § 19a Abs. 2 GWB.

Das ist ein grundlegender Unterschied zu der automatischen Geltung der DMA-Verpflichtungen für die Dienste der Gatekeeper. Regulierungsrecht schafft in Märkten, in denen kein wirksamer Wettbewerb entsteht, wettbewerbsähnliche Bedingungen, indem es einen abstrakten Rahmen positiv gestaltet.⁹ Im DMA ist formuliert, mit der Verordnung werde ein komplementäres, aber nicht identisches Ziel zum Wettbewerbsschutz verfolgt (Erw.Gr. 10). Der DMA ist auf Art. 114 AEUV gestütztes Binnenmarktrecht, mit dem bestimmte Unternehmen spezifischen Verhaltenspflichten unterworfen werden, ohne dass sie eine Effizienzeinrede vortragen können.

Zuzugeben ist, dass der Übergang von kartellrechtlichen Eingriffsbefugnissen zu einem abstrakten Regulierungsregime je nach Spezifizierungsgrad der kartellrechtlichen Normen graduell ist. Insofern besteht ein gewisses Risiko, dass Unternehmen versucht sein könnten, Entscheidungen nach § 19a GWB als unzulässig mit dem Argument anzufechten, der DMA sei vorrangig.¹⁰ Dann würde aber die Rechtsnatur des DMA verkannt. Durch die EuGH-Entscheidung *bpost*, die mit Blick auf *ne bis in idem* die parallele Geltung von Regulierungs- und Kartellrecht diskutiert, ist die

⁸ § 19a Abs. 2 S. 2 GWB. Näher *Bongartz*, WuW 2022, 72 (74).

⁹ *Ehlers* in: *Ehlers/Fehling/Pünder*, Besonderes Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2019, Band 1 § 1 Rn. 74; darauf Bezug nehmend *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags*, WD 7 – 3000 – 114/21; PE 6 – 3000 – 067/21, S. 11 f. Siehe auch EuGH, 22.3.2022, Rs. C-117/20, Rn. 43-46 – *bpost*.

¹⁰ Vgl. *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags*, WD 7 – 3000 – 114/21; PE 6 – 3000 – 067/21, S. 14.

Auffassung gestärkt worden, dass § 19a GWB weiterhin anwendbar bleibt.¹¹ Die Verfahren, die das Bundeskartellamt unter § 19a GWB eingeleitet hat, werden durch den DMA nicht obsolet.

b) Informationspflicht des BKartA

Das Bundeskartellamt muss künftig jedes Verfahren gegen einen Gatekeeper an die Europäische Kommission melden (Art. 31b Abs. 2 und 3). Dies ergänzt Art. 11 VO 1/2003, nach dem nur Verfahren zu melden sind, die die nationalen Behörden auf Art. 101 und 102 AEUV stützen. Ein Eintrittsrecht der Kommission, das die Zuständigkeit der nationalen Behörden entfallen ließe, ist nicht vorgesehen; wohl aber wird es zur Koordination und Konsultation kommen.

c) Bedeutung des § 19a GWB nach Inkrafttreten des DMA

§ 19a GWB kann in zwei Hinsichten größere Bedeutung erlangen:¹² Erstens kann über seine Grundtatbestände flexibel auf neuartige Verhaltensweisen reagiert werden, die sowohl Fairness und Bestreitbarkeit erschweren (DMA), als auch den Wettbewerb beeinträchtigen (Kartellrecht). Die Verbotsliste des DMA ist jedoch abschließend und ihre Aktualisierung durch delegierte Rechtsakte i.S.d. Art. 10, 17, 37 DMA und Änderungsvorschläge zur Verordnung aufwändig.¹³ Das Bundeskartellamt kann mit § 19a GWB flexibler reagieren, da die Tatbestände offener gefasst sind. Zweitens gelten die Pflichten im DMA nur für zentrale Plattformdienste, soweit diese von der Kommission benannt wurden. Die Liste der zentralen Plattformdienste ist erschöpfend und schwer zu erweitern. Selbst solche Plattformdienste erfasst der DMA grundsätzlich erst, nachdem sie 45 Mio. aktive Endnutzer und 10.000 aktive gewerbliche Nutzer in der EU erreicht haben.¹⁴ Unter § 19a GWB kann hingegen jede Tätigkeit eines Unternehmens adressiert werden, das nach § 19a Abs. 1 GWB eingestuft wurde – unabhängig von Art und ihrem Umfang.¹⁵ Die Vorschrift kann also insbesondere zum Einsatz kommen, wenn der Markt für einen neueren Dienst zu „kippen“ droht.¹⁶ § 19a GWB, das sonstige Kartellrecht und das Bundeskartellamt werden folglich auch in Zukunft wesentlich für die Gestaltung des Wettbewerbs in der digitalen Wirtschaft sein.

¹¹ EuGH, 22.3.2022, Rs. C-117/20 – *bpost*.

¹² *Bongartz*, WuW 2022, 72 (81).

¹³ Das Umgehungsverbot (Art. 7a DMA) kann diese Entwicklung abschwächen, aber nicht gänzlich verhindern.

¹⁴ Art. 3 Abs. 7, Abs. 1 lit. b, Abs. 2 lit. b DMA. Danach gilt die Benennung als Gatekeeper nur für zentrale Plattformdienste, die gewerblichen Nutzern als wichtiges Zugangstor zu Endnutzern dienen. Dafür spricht eine Vermutung, wenn der Plattformdienst 45 Mio. aktive Endnutzer und 10.000 aktive gewerbliche Nutzer in der Union hat.

¹⁵ Näher zu diesem Unterschied *Bongartz*, WuW 2022, 72 (76).

¹⁶ Zur mangelhaften Adressierung von Tipping im DMA *Budzinski/Mendelsohn*, 27(154) Ilmenau Economics Discussion Papers 2021, 14.

III. Rolle der privaten Rechtsdurchsetzung und der Gerichte

Verpflichtungen aus dem DMA werden auch in privater Rechtsdurchsetzung geltend gemacht werden können.¹⁷ Davon geht nunmehr auch der DMA-Entwurf aus (vgl. Art. 31c).

1. Vorteile der privaten Rechtsdurchsetzung

Diese Ergänzung der behördlichen Durchsetzung durch die Europäische Kommission ist begrüßenswert: Damit erhalten Nutzer eine Möglichkeit, Rechte selbstständig geltend zu machen, ohne auf den guten Willen der Kommission angewiesen zu sein. Der DMA kann damit breiter durchgesetzt werden, insbesondere wenn die Kommission mit ihren Ressourcen an Grenzen stößt. Die Einbindung der Gerichte wird dazu führen, dass die Sicht auf den DMA pluraler und diverser wird. Spezielle Entwicklungen in einzelnen Mitgliedsstaaten können besser abgebildet werden. Für die Parteien ist der Weg zu einem Gericht oft kürzer als der Weg nach Brüssel. Der EuGH wird durch Vorabentscheidungsverfahren häufiger Stellung nehmen können. Die Eröffnung solcher Pfade ist für die Rechtsentwicklung äußerst positiv.¹⁸ Dass es durchaus ein Wagnis sein kann, einen Gatekeeper zu verklagen, geht schon aus Art. 5 lit. d hervor. Gleichwohl haben sich auch in der Vergangenheit immer wieder Kläger gefunden, die Ross und Reiter bei Gericht genannt haben.

2. Regelungsbedarf

Unklar ist allerdings weiterhin, welche Verpflichtungen aus dem DMA einklagbar sind. In Betracht kommen Klagen, wenn ein europäischer Rechtsakt individuelle Rechte einräumt.¹⁹ Die Europäische Kommission sollte in einer Bekanntmachung und zum Abschluss eines regulatorischen Dialogs klarstellen, bei welchen DMA-Verpflichtungen sie Raum für die private Rechtsdurchsetzung sieht. Das würde zwar die Gerichte nicht binden, Klägern aber eine gewisse Orientierung bieten.

Um die Durchsetzung in Deutschland zu erleichtern, sollten drei gesetzliche Anpassungen vorgenommen werden:

¹⁷ Siehe schon *Podszun*, JECLAP 2021, abrufbar unter <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpab076>; *ders.*, Verfassungsblog, 1.9.2021, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/power-dsa-dma-05/>.

¹⁸ Vgl. *Kerber* in Möslein, *Regelsetzung im Privatrecht*, 2019, S. 59, 90; *Podszun*, ebd., S. 255.

¹⁹ Vgl. EuGH, Rs. 26/62, ECLI:EU:C:1963:1, Rn. 3 – *Van Gend & Loos*.

Erstens sollte eine Zuständigkeitskonzentration wie im Kartellrecht herbeigeführt werden, so dass die Kartellgerichte auch für den DMA zuständig sind (vgl. §§ 87, 89 GWB). Ein Gleichlauf mit den kartellrechtlichen Zuständigkeiten bietet sich an.

Zweitens sollte das Bundeskartellamt in DMA-Verfahren die Möglichkeit haben, als *amicus curiae* in das Verfahren einzutreten, so wie es für die Europäische Kommission in Art. 31c DMA schon vorgesehen ist (vgl. §§ 90, 90a GWB). Sowohl die Kommission als auch das Bundeskartellamt sollten durch enge Fristsetzung zur raschen Beteiligung gebracht werden, damit nicht ausgerechnet die Einbindung der Behörden zu Verfahrensverzögerungen führt.

Drittens sollten die Vorschriften der §§ 33-33h GWB entsprechend für Verfahren für anwendbar erklärt werden, die auf den DMA gestützt werden.²⁰ In den genannten Normen werden Klagen auf Unterlassung und Schadensersatz erleichtert, soweit diese auf den Verstoß gegen Kartellrecht gestützt sind.²¹ Eine Ausweitung auf Verstöße gegen den DMA würde die praktische Wirksamkeit des DMA im Sinne des *effet utile*-Grundsatzes des europäischen Rechts sicherstellen.

3. Streitigkeiten beim Gerichtshof der Europäischen Union

Es steht zu erwarten, dass der DMA zu einem erhöhten Aufkommen an Verfahren beim Europäischen Gerichtshof führt. Die neue unmittelbare Regulierungsbefugnis der Europäischen Kommission kann zu zahlreichen Anfechtungen führen. Davon geht auch der Präsident des Europäischen Gerichts, Marc van der Woude, aus.²² Van der Woude hat – auch unabhängig vom DMA – angekündigt, die Verfahren beim Europäischen Gericht straffen und beschleunigen zu wollen. Entsprechende Reformpläne beim EuGH sind unbedingt unterstützenswert. Langwierige Rechtsstreitigkeiten könnten die Durchsetzung des DMA sonst torpedieren.²³

²⁰ Einige der Normen, z.B. §§ 33d und 33e, werden freilich für den DMA keine Bedeutung haben.

²¹ Den Vorschriften liegt die Richtlinie 2014/104/EU zugrunde.

²² Gespräch bei der CRA Competition Conference, 31.3.2022.

²³ Siehe auch unten C.I.

B. Mittelfristige Perspektive: Offene Regelungsprojekte

Für die mittelfristige Perspektive zeichnen sich offene Regelungsprojekte in der digitalen Ökonomie ab. Im Folgenden sollen darauf Schlaglichter geworfen werden.

I. Fusionskontrolle

Die Konzentration wirtschaftlicher Macht wird durch Zukäufe gestärkt. Die Zusammenschlusskontrolle ermöglicht den Kartellbehörden hier weitgehende Eingriffe.

1. Schwache Fusionskontrolle auf europäischer Ebene

Der Track Record der Europäischen Kommission bei der Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen unter Beteiligung von Gatekeepern ist ernüchternd: Zum Teil können die Fusionen nicht geprüft werden. Wenn sie geprüft werden, werden sie meist durchgewunken. Die Fusionskontrolle hat die Shopping Tour der GAFAs nicht gebremst.²⁴ Das ist zum einen die Konsequenz aus Aufgreifschwelen, die zu stark auf Umsätze fokussiert sind. Zum anderen ist der materielle Eingriffstatbestand in der gerichtlichen Praxis auf EU-Ebene so anspruchsvoll geworden, dass die Fusionskontrolle entwertet wurde.

2. Fusionskontrolle im DMA

Gem. Art. 12 DMA müssen Gatekeeper die Kommission über jeden Zusammenschluss in Kenntnis setzen, der einen Dienst im Digitalsektor betrifft oder die Erhebung von Daten ermöglicht. Das gilt unabhängig von der fusionskontrollrechtlichen Anmeldepflicht. Die Kommission kann diese Informationen an die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten weitergeben, die – nach Lesart der Kommission – dann einen Verweisungsantrag an die Kommission nach Art. 22 FKVO stellen können, selbst wenn der entsprechende Zusammenschluss auch national nicht anmeldepflichtig ist. So kann die Kommission nach ihrer Interpretation die Zuständigkeit erlangen, Zusammenschlüsse ohne gemeinschaftsweite Bedeutung zu überprüfen.

²⁴ Nach Recherchen mithilfe von Wikipedia und der EU-Falldatenbank wurden bis März 2022 von 841 bekannten Akquisitionen der Unternehmen Alphabet/Google, Meta/Facebook, Microsoft, Amazon und Apple nur 20 durch die Europäische Kommission überhaupt geprüft, keine untersagt und nur drei mit Auflagen versehen.

Diese Lesart der Kommission wird kritisch gesehen.²⁵ Sie ist derzeit Gegenstand der gerichtlichen Überprüfung.²⁶ Es ist nicht unwahrscheinlich, dass die Überprüfung nicht-anmeldepflichtiger Zusammenschlüsse über die Brücke des Art. 22 FKVO von den europäischen Gerichten nicht mitgetragen wird. Dann wäre Art. 12 DMA eine reine Transparenzvorschrift.

Art. 16 Abs. 1a DMA ermöglicht, bei systematischer Nichteinhaltung des DMA ein Zusammenschlussmoratorium zu verhängen. Die Feststellung systematischer Nichteinhaltung setzt voraus, dass die Kommission innerhalb von acht Jahren mindestens drei Verstöße gegen die Verhaltenspflichten des DMA festgestellt und das betroffene Unternehmen seine Gatekeeper-Position dadurch erhalten, verstärkt oder ausgeweitet hat. Das Moratorium bedeutet ein vorübergehendes Verbot von Zusammenschlüssen mit Diensteanbietern des Digitalsektors oder solchen, die Datenerhebung ermöglichen. Die Befugnis wird durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eingeschränkt. Die Voraussetzungen für ein derartiges Moratorium sind also hoch.

Der DMA bringt damit voraussichtlich keine wesentlichen Änderungen in der Fusionskontrolle.

3. Verschärfung der nationalen Fusionskontrolle

Für die deutsche Wirtschaftskultur sind eigenständige, unabhängige Unternehmen mit langfristigen Wachstumsperspektiven kennzeichnend. Sie machen den berühmten „German Mittelstand“ aus. Neben ihrer hohen volkswirtschaftlichen Bedeutung sind sie auch ein Element des gesellschaftlichen Zusammenhalts und der Übernahme von Verantwortung. In jüngerer Zeit ist ein (in Deutschland noch moderater) Anstieg der Konzentration festzustellen.²⁷ Immer mehr Unternehmen werden von Investoren abhängig oder in große Ketten integriert. Zukäufe ermöglichen gerade datenbasierten Konzernen den Eintritt in weitere Segmente, die sie dann mit Hilfe ihrer überlegenen Datennutzung und finanziellen Mittel aufrollen. Ihre Stärke ist die Vernetzung von Märkten.

Mit einer engagierten Fusionskontrolle können eine stärkere Konzentration und die Unterwerfung weiterer Branchen durch die Big-Tech-Giganten gebremst werden. Dabei geht es nicht nur

²⁵ Statt aller *Schmittmann*, One Ring to Rule them All?, D’Kart 2021, abrufbar unter <https://www.d-kart.de/blog/2021/04/12/one-ring-to-rule-them-all/>.

²⁶ Im Fall *Illumina/Grail*, anhängig beim EuG als Rs. T-227/21.

²⁷ Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, 2020, abrufbar unter <https://monopolkommission.de/de/%20index.php/de/beitraege/338-xxiii-konzentration.html>. In den USA wird dieses Thema weniger in Bezug auf einen unabhängigen Mittelstand diskutiert, dafür in Bezug auf die wachsende Ungleichheit in der Gesellschaft (wealth & inequality), siehe z.B. die bei SSRN abrufbaren Papiere von *Khan/Vaheesan*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2769132, und *Baker/Salop*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2567767.

darum, die vielzitierten „killer acquisitions“ zu stoppen. Diese sind schwer *ex ante* nachzuweisen. Zukäufe durch mächtige Unternehmen sind nicht nur dann problematisch, wenn in der Folge Innovationen gebremst werden, sondern auch wenn das geschlossene Ökosystem ausgedehnt wird oder Abschreckungseffekte für andere Marktteilnehmer entstehen.

Mit der Transaktionsvolumenschwelle in § 35 Abs. 1a GWB liegt ein Aufgreifkriterium vor, mit dem in Deutschland Übernahmen mit einem Wert von über 400 Mio. Euro erfasst werden können. Die Einführung dieser Schwelle in der 9. GWB-Novelle war ein wichtiger Schritt. Erwogen werden sollten folgende Verschärfungen:

- Für Unternehmen im Sinne des § 19a Abs. 1 GWB könnte die Schwelle auf 200 Mio. Euro abgesenkt werden. Dieser Schwellenwert gilt (allgemein) in Österreich.
- Für Unternehmen im Sinne des § 19a Abs. 1 GWB könnte eine Beweislastumkehr vorgesehen werden. Diese müssten im Fall eines Zusammenschlusses nachweisen, dass dieser nicht zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs (SIEC) führt.
- Erwogen werden sollte die Einführung eines Eingriffstatbestands (neben dem etablierten SIEC-Test), der weniger auf konkrete Wettbewerbswirkungen abzielt, sondern auf den Zugewinn an wirtschaftlicher Macht.

Die erste Änderung würde weitergehend als bisher Fusionen anmeldepflichtig machen. Die beiden übrigen Änderungen würden Eingriffe des Bundeskartellamts erleichtern. Angesichts des bescheidenen Track Records der Europäischen Kommission und der schwachen Reformen der Fusionskontrolle im DMA könnte der deutsche Gesetzgeber hier nachsteuern.

II. Aufgabe der Marktabgrenzung im Kartellrecht

Im Kartellrecht wurde in der Vergangenheit mehrfach der Verzicht auf die Marktabgrenzung diskutiert.²⁸ Diese Diskussion sollte unter veränderten Vorzeichen wieder aufgenommen werden. Der starke Fokus auf die Marktabgrenzung führt dazu, dass das Kartellrecht die Wirtschaft in

²⁸ Vgl. *Wingarter*, Abgrenzung des relevanten Marktes: notwendig, nützlich, überflüssig?, 2016; *Kaplow* (2010) 124 *Harvard Law Rev.* 437; *Carlton* [2007] 3 *Competition Policy International*; *Rubinfeld* in *Drexl/Kerber/Podszun*, *Competition Policy and the Economic Approach: Foundations and Limitations* (2011), S. 81 ff. Vgl. *Markovits*, (1978) 56 *Texas Law Review* 587; *Werden*, (2012) SSRN <<http://ssrn.com/abstract=2004655>>; *Podszun* in *Di Porto/Podszun*, *Abusive Practices in Competition Law*, 2018, S. 68 ff.

kleine Kästchen einteilt, obwohl eine zunehmende Vernetzung aller Branchen, Produkte, Akteure und Dienste stattfindet. Die datenbasierte Konvergenz der Märkte wird bei einer engen Marktabgrenzung nicht zutreffend abgebildet.

Selbstverständlich wird jedes wirtschaftsrechtliche Eingreifen zunächst mit einer sorgfältigen Sachverhaltsanalyse beginnen müssen – auch in Zukunft. Der Blick auf kleinteilig abgegrenzte Märkte verstellt aber den Blick für die eigentlichen Machtballungen. Schon jetzt wird die Brüchigkeit des Konzepts Marktmacht deutlich: Art. 102 AEUV setzt an Marktbeherrschung an, § 19a GWB spricht von marktübergreifender Bedeutung, § 39a GWB stellt nicht mehr auf Märkte, sondern auf Wirtschaftszweige ab, der DMA wählt in Art. 3 einen ganz neuen Ansatzpunkt.

Der Gesetzgeber sollte die Verweise auf die Marktabgrenzung im Kartellrecht sukzessive abbauen und damit die Kartellrechtsanwendung von der Notwendigkeit erlösen, in überkommener Weise Märkte abzugrenzen. Das heißt nicht, dass Marktanteile künftig keine Rolle mehr in der kartellrechtlichen Beurteilung spielen sollen. Ziel dieser Maßnahme ist es aber, den Blick für das zu schärfen, was der eigentliche Legitimationspunkt des Kartellrechts ist: Die Kontrolle wirtschaftlicher Macht. Wirtschaftliche Macht drückt sich aber nicht immer in Prozentzahlen aus, das ist eine wesentliche Lehre aus der Analyse der digitalen Gatekeeper.

III. Zugang zum Kunden

Die Politik sollte für europäische Unternehmen sicherstellen, dass diese weiterhin ihre Kunden unmittelbar erreichen können. Dies wird durch den DMA in einigen Teilen geschafft. Eine wesentliche Rolle wird künftig der Zugang zu Daten spielen.

1. Abhängigkeiten im Internet of Things

Während im Retail- und Kommunikationsgeschäft mit Endverbrauchern Datenkonzerne bereits vielfach Schlüsselstellungen erreicht haben, setzt die entsprechende Entwicklung in Industrie und Handwerk erst ein.

Beispielhaft für die Entwicklung ist der Umgang mit Reparatur- und Wartungsinformationen: Ein Automechaniker kann heute ein Auto oft nur dann reparieren, wenn er Zugang zu den Fahrzeugdaten hat. Dieser Datenzugang wird vom Hersteller kontrolliert. Dieses bekannte Beispiel wird nun immer weiter getrieben: Wird die Heizungsanlage in einem Smart Home datenmäßig erfasst, weiß der Datenoperator des Smart Homes, wann eine Wartung erforderlich ist („predictive

maintenance“). Der Impuls zur Wartung wird vom Datenoperator ausgehen, der nur mit solchen Heizungsunternehmen zusammenarbeiten wird, die seine Vertragspartner sind. Andere Handwerker werden sich schwertun, die Heizung überhaupt warten zu können. Der Nutzer des Smart Homes wird im Zweifel nicht mehr die Auswahlentscheidung über den zu beauftragenden Handwerker treffen und also nicht mehr „Schiedsrichter im Wettbewerb“ sein. Vielmehr werden Wertschöpfung und Auftragszuteilung zentral durch den Gatekeeper gesteuert, der das vernetzte System managt. Für viele europäische Unternehmen droht hier die Gefahr, nur noch als abhängige Auftragserfüller für Datenkonzerne tätig werden zu können. Sie verlieren die Schnittstelle zum Kunden und den Zugang zu wichtigen Daten.²⁹ Sekundärmärkte können so effektiv kontrolliert werden.

Die Lehre aus der bisherigen Entwicklung der GAFAs sollte sein, frühzeitig Märkte offenzuhalten und einseitige Machtstrukturen gar nicht erst entstehen zu lassen. Besonders wichtig ist, dass die die eigentliche Leistung erbringenden Unternehmen die direkte Schnittstellen zum Kunden erhalten und nicht von Intermediären verdrängt werden. Gegenmittel gegen derartige Vermachungen sind Interoperabilität, ein verbesserter Zugang zu Daten, das Verbot von Vorinstallationen, verpflichtende Auswahlmöglichkeiten für Nutzer und die Regulierung virtueller Assistenten.

2. Interoperabilität

Art. 6 Abs. 1 lit. f DMA begründet eine Interoperabilitätspflicht für die Betreiber von Betriebssystemen und virtuellen Assistenten (z.B. Siri). Diese müssen Anbietern von Diensten und Hardware (z.B. Wearables)³⁰ unentgeltlichen Zugang zu Soft- bzw. Hardwarefunktionen gewähren, die der Gatekeeper für seine eigenen Dienste bzw. seine eigene Hardware verwendet. Eine ähnliche Verpflichtung besteht gegenüber gewerblichen Nutzern und Anbietern von komplementären Diensten, selbst wenn der Gatekeeper sie nicht ebenfalls anbietet. Danach kann etwa ein Smartphone-Hersteller verpflichtet sein, den Anbietern von Zahlungsdiensten den Zugang zur Nahfeldkommunikation zu gewähren.³¹

In Art. 6a DMA ist darüber hinaus eine Interoperabilitätspflicht für Mitteilungsdienste wie WhatsApp aufgenommen. Diese müssen sicherstellen, dass bestimmte Basisfunktionen ihres

²⁹ Siehe zum Ganzen *Podszun*, Handwerk in der digitalen Ökonomie – Rechtlicher Rahmen für den Zugang zu Daten, Software und Plattformen, 2021, open access verfügbar unter folgendem Link: <https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/9783748911487/handwerk-in-der-digitalen-oekonomie?hitid=01&search-click>.

³⁰ Erwägungsgrund 51a DMA.

³¹ Erwägungsgrund 52 DMA mit weiteren Anwendungsfällen.

Dienstes mit anderen Mitteilungsdiensten kompatibel sind. Der Umfang der davon betroffenen Basisfunktionen ist zeitlich gestaffelt.³²

Ob eine solche horizontale Interoperabilitätspflicht für Messenger zielführend ist, kann dahingestellt bleiben. Interoperabilität als Konzept wird aber im Internet of Things wichtig. Offene Schnittstellen und Interoperabilität, der Abbau von vorinstallierten Einstellungen sowie die Reduktion der Entscheidungsdelegation auf virtuelle Assistenten sollte gefördert werden.

3. Datenzugang

Mit dem EU Data Act hat die Europäische Kommission einen Entwurf vorgelegt, mit dem ein Mindeststandard für den Zugang zu nutzergenerierten Produktdaten geschaffen wird. Die Regeln beziehen sich auf das Internet of Things und smarte Produkte. Der Data Act kann zum Meilenstein bei der allgemeinen Eröffnung von Datenzugang werden.

Allerdings benötigen Dienstleister (z.B. Handwerker) oft nicht Zugang zu Daten, sondern zu Tools, Dashboards und Hersteller-Informationen. Hier ist der Zugang, den die Kommission mit dem Data Act eröffnen will, noch zu eng. Zudem sind die Konditionen des Datenzugangs (z.B. Entgelt, Nutzungsbeschränkungen usw.) möglicherweise noch zu restriktiv. Der Bundestag sollte den EU Data Act konstruktiv begleiten und die Möglichkeiten für KMU stärken, ihre Kunden auch im Internet of Things ungehindert erreichen zu können.

Die durch die 10. GWB-Novelle erheblich verbesserten Möglichkeiten des Datenzugangs im deutschen Kartellrecht (insbesondere § 20 Abs. 1a GWB) sind in der Praxis noch wirkungslos geblieben. Zur Effektivierung sollte ein einfacher und zügiger Durchsetzungsmechanismus bereitgestellt werden. Die zahlreichen Folgefragen des Zugangs zu Daten könnten z.B. durch eine Ombudsperson geklärt werden.³³

³² Die Kommission kann die Fristen unter außergewöhnlichen Umständen verlängern (Art. 6a Abs. 6 DMA). Zunächst sind nur individuelle Text- und Sprachnachrichten sowie das Versenden von Bildern, Videos und anderen Dateien erfasst. Nach zwei Jahren erweitert sich der Kreis der Basisfunktionen auf das Versenden innerhalb von Gruppen. Nach vier Jahren umfassen die Basisfunktionen auch Sprach- und Videoanrufe. Sicherheitsstandards (insbesondere End-zu-End-Verschlüsselung), die der Gatekeeper seinen eigenen Nutzern bietet, muss er auch für die Nutzer der interoperablen Mitteilungsdienste gewährleisten. Eine Interoperabilitätspflicht für soziale Netzwerke hat sich im Gesetzgebungsverfahren nicht durchgesetzt.

³³ Siehe dazu schon *Podszun*, Stellungnahme zur 10. GWB-Novelle, Wirtschaftsausschuss des Deutschen Bundestags, Ausschussdrucksache 19(9)887, 23.11.2020, S. 18-20.

Datenpools können für Innovationen und eine autonome Vernetzung von Branchen ohne digitale Gatekeeper wichtig werden. Bislang fehlen dafür jedoch zum Teil die Anreize. Zudem bestehen kartellrechtliche Risiken. Eine stärkere Inzentivierung solcher Datenpools könnte durch die Eröffnung kartellrechtsfreier Experimentierräume, die Förderung der Datenteilung durch Verwaltungsbehörden und finanzielle Anreize für Datenpools gelingen.

IV. Regelungen für Künstliche Intelligenz, Metaverse, Blockchain – *competition by design*

Der stärkere Einsatz künstlicher Intelligenz, der Aufbruch ins sog. *Metaverse* und Technologien wie Blockchain gelten als wegweisend für die digitale Entwicklung. Politisch stellt sich die Frage, ab welchem Zeitpunkt regulatorisch eingegriffen werden sollte. Einerseits müssen sich derartige Entwicklungen überhaupt erst entfalten können. Regulierung ist mit dem Risiko verbunden, Innovationen zu ersticken. Andererseits lehrt die Erfahrung in der Digitalwirtschaft, dass das Tempo der Vermachtung derart rasant ist, dass ein Abwarten zu spät kommen kann.

1. „Code is law“

Mit dem Satz „Code is law“ brachte Lawrence Lessig bereits 1999 auf den Punkt, dass die in Software eingeschriebenen Regeln möglicherweise bedeutsamer werden als rechtlich gesetzte Regeln: Technische Vorgaben bestimmen Handlungsmöglichkeiten stärker als Gesetzgebung. Damit sollte für die Gesetzgebung das die Architektur, das Design von Software, Produkten oder Algorithmen in den Blick rücken. Aufwändige konfrontative Rechtsdurchsetzung wird überflüssig, wenn die Technologie schon in sich Werte wie Wettbewerb, Freiheit oder Fairness trägt.

Neben diesem Effizienzgedanken steht ein ordnungspolitischer Gedanke: Will das demokratische Gemeinwesen den politischen Regelungsanspruch nicht verlieren, muss frühzeitig im Rahmen der Programmierung eine normative Setzung erfolgen. Eine nachträgliche staatliche „Algorithmenkontrolle“ ist weder machbar noch wünschenswert. Gleichwohl wäre es auch leichtsinnig, wesentliche Entscheidungen für die Gesellschaft Programmierern und Konzernen zu überlassen, ohne dass überhaupt noch nachvollziehbar ist, welche Vorentscheidungen schon durch Programmierung getroffen wurden.

In kartellrechtlichen Fällen ist deutlich geworden, wie sehr sich Nutzer durch vorinstallierte Apps und Programme leiten lassen.³⁴ Das Problem von Dark Patterns, mit denen Nutzer manipuliert werden, wird im Digital Services Act angesprochen. Voreinstellungen und manipulative Designs

³⁴ Vgl. den Microsoft-Browser-Fall der Kommission, AT.39530; s.a. Art. 6 Abs. 1 lit. b DMA.

sind Beispiele dafür, wie steuerbar Nutzer durch Technik sind. Die Thematik wird noch an Bedeutung zunehmen, je mehr Instrumente zum Einsatz kommen, die auf Künstlicher Intelligenz basieren und je üblicher der Einsatz virtueller Assistenten wird. Neben den zahlreichen politischen und sozialen Fragen, die mit diesen Problemen verbunden sind, entstehen auch wettbewerbliche Folgewirkungen, die im Nachhinein kaum kontrollierbar und korrigierbar sind.

2. Hoheitlicher Eingriff versus Innovationskraft

Eine regulatorische Antwort, die einerseits frühzeitig den hoheitlichen Ordnungsanspruch sicherstellt, andererseits aber auch unternehmerische Freiheit und Innovationskraft respektiert, ist noch nicht gefunden. Hier wird stets eine Einzelfallentscheidung notwendig. Hoheitliche Eingriffe können vor allem in Betracht gezogen werden, wenn Infrastrukturen etabliert werden, die später nicht mehr dupliziert werden können und durch die unbestreitbare Machtpositionen entstehen. Dazu ist zwischen solchen Infrastrukturen – die auch im virtuellen Raum entstehen können³⁵ – und darauf aufsattelnden Diensten zu differenzieren. Die Rechtsanwendung darf zudem keine konkreten Ergebnisse vorgeben, sondern muss darauf gerichtet sein, diverse Entwicklungspfade möglichst lange offenzuhalten. Innovation ist das, was die europäische Wirtschaft am dringendsten benötigt. Eingriffe sollten also nur erwogen werden, wenn die Reduzierung von Entwicklungspfaden droht.

3. Konkrete Vorschläge

Erforderlich ist schon jetzt ein systematischeres Screening neuer Technologien auf ihre Wettbewerbsoffenheit. Dies sollte im Bundeskartellamt, ggf. in Zusammenarbeit mit anderen Behörden, geleistet werden. In neuen Sektoren wird das Entstehende häufig als gegeben akzeptiert. Die Phantasie für Alternativen ist bei vielen Marktteilnehmern gar nicht vorhanden, da sie sich von vornherein an die von einem zentralen Akteur gesetzten Parameter anpassen.³⁶ Plastisch gesprochen: Start-ups werden sich nicht beim Bundeskartellamt über die Gestaltung des Metaverse beschweren, sondern werden versuchen, sich im Metaverse ihren Platz zu suchen – ggf. zu den Bedingungen, die der Betreiber des Metaverse diktiert. Die Macht des Faktischen schlägt zu – obwohl die „digitale soziale Marktwirtschaft“³⁷ einen Ordnungsanspruch erhebt. Dem sollte

³⁵ Das EuG hat beispielsweise die Google Suche als einer „essential facility“ vergleichbar eingestuft, siehe EuG, 10.11.2021, Rs. T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 224 – *Google Shopping*.

³⁶ So wird beispielsweise vorgetragen, dass beim Gaming eine Durchsetzung des Kartellrechts fehlt, vgl. *Ziermann, E-sports – Regulating Aspiring Gatekeepers?*, D’Kart, 2021, abrufbar unter <https://www.d-kart.de/blog/2021/12/07/esports-regulating-aspiring-gatekeepers/>.

³⁷ MdB Durz in der Bundestagsdebatte am 14.1.2021, Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 19/205, S. 25462.

mit einem Screening-Mechanismus entgegengewirkt werden, mit dem systematisch geprüft wird, ob entstehende Schlüsseltechnologien zu zentralen Machtpositionen führen. Eine entsprechende Befugnis könnte in § 32e GWB eingefügt werden.

Dazu sollte das Bundeskartellamt durch ein *Chief Technologist Team* bereichert werden.³⁸ Nach dem Vorbild des Chefökonom der Europäischen Kommission sollte die führende Position durch eine/n von außen auf Zeit kommende/n Wissenschaftler/in besetzt werden. Dadurch wird sichergestellt, dass das Bundeskartellamt stets mit der technischen Avantgarde Schritt hält.

Das Amt könnte auch eine Befugnis erhalten, die wettbewerbliche Wirkung von Setzungen in KI, Software, Algorithmen zu eruieren und entsprechende A/B-Test experimentell durchzuführen.

Auf dieser Basis könnte *competition by design* langfristig zum Bestandteil bei der Prüfung von Produkt- und Typengenehmigungen, Standardisierungen und Zulassungsregeln werden, wo solche existieren. Die Einfuhr eines Produkts oder seine Zulässigkeit wären dann nur gegeben, wenn wettbewerbliche Mindeststandards gesichert würden. So bestünde eine Chance, frühzeitig und proaktiv Wettbewerb zu sichern und geschlossene Ökosysteme mit Lock-in-Effekten zu verhindern.

V. Verfahrensdauer als Problem der Rechtsdurchsetzung

Der DMA ist teilweise eine Reaktion darauf, dass die Durchsetzung des klassischen Kartellrechts zu lange gedauert hat und sich so als praktisch wirkungslos erwiesen hat. Langfristig müssen die Verfahren bei Behörden und Gerichten erheblich modernisiert und beschleunigt werden.

Drei Leuchtturmverfahren stehen beispielhaft für die überlange Verfahrensdauer in kartellrechtlichen Missbrauchsverfahren.

- Im Fall *Google Shopping* liegt über 10 Jahre nach Einleitung des Verfahrens durch die Europäische Kommission bis heute keine rechtskräftige Entscheidung in der Sache vor.³⁹

³⁸ Siehe schon *Podszun*, Stellungnahme zur 9. GWB-Novelle, 17.1.2019, Deutscher Bundestag, Wirtschaftsausschuss, Ausschussdrucks. 18(9)1092.

³⁹ Das Verfahren wurde am 30.11.2010 offiziell eröffnet und am 27.6.2017 entschieden. Das EuG entschied am 10.11.2021 zugunsten der Kommission (T-612/17), der Fall ist nun anhängig beim EuGH (C-48/22 P).

- Der 2016 eingeleitete *Facebook*-Fall des Bundeskartellamts unternimmt derzeit eine lange Reise durch die Justiz mit bislang offenem Ende. Eine Marktwirkung ist trotz der grundsätzlichen Vollziehbarkeit der Entscheidung bislang nicht eingetreten.⁴⁰
- Im Verfahren der Europäischen Kommission gegen Intel hat das Europäische Gericht erst 2022 eine 2009 (!) verhängte Geldbuße der Kommission aufgehoben.⁴¹ Gegen diese Gerichtsentscheidung geht die Europäische Kommission vor dem EuGH vor, sodass das Verfahren, das mit Beschwerden von Wettbewerbern im Jahr 2000 seinen Ausgangspunkt nahm, bis heute nicht abgeschlossen ist.

Für die Durchsetzungsschwäche des Kartellrechts lassen sich noch weitere Beispiele anführen:

§ 20 Abs. 1a GWB mit der weitgehenden Eröffnung von Datenzugang hat bislang, soweit ersichtlich, zu keiner einzigen gerichtlichen oder behördlichen Entscheidung geführt. Auch in ganz anderen Bereichen, etwa beim Kartellschadensersatz, gibt es erhebliche Durchsetzungsschwierigkeiten. Zwischen der Entscheidung der Europäischen Kommission im Fall *Google AdSense* und ihrer Veröffentlichung vergingen über zwei Jahre, in denen über die erforderliche Schwärzung von Geschäftsgeheimnissen gestritten wurde.⁴² In einem kartellrechtlichen Verfahren der Europäischen Kommission gegen Facebook rügte das Unternehmen die ausufernden Auskunftsverlangen und berief sich dagegen u.a. auf Datenschutzbedenken. Das Europäische Gericht teilte die Bedenken zum Teil und verfügte ein komplexes Verfahren zur Datenauswertung.⁴³ Der Fall eröffnet Einblicke, welche Formen die Kartellrechtsdurchsetzung inzwischen angenommen hat.

Die hier angeführten Beispiele bedeuten nicht, dass die genannten Institutionen schlechte Arbeit leisten oder das Kartellrecht obsolet ist. Sie lassen aber erkennen, dass das hergebrachte Durchsetzungsregime seine Zwecke nicht mehr erfüllen kann. Das Kartellrecht wird dysfunktional. Überlange und überaufwändige Verfahren schaden der Rechtsstaatlichkeit. Solche Verfahren sind auch nicht mehr als effizient zu bezeichnen. Dass die Gefahr ausufernder Verfahrensdauern und Komplexität durch DMA und § 19a GWB gebannt ist, ist so noch nicht absehbar.

⁴⁰ Aktuell ist der Fall als Vorlageverfahren anhängig beim EuGH (Rs. C-252/21).

⁴¹ EuG, 26.1.2022, Rs. T-286/09 RENV, ECLI:EU:T:2022:19. Der Fall ist beim EuGH anhängig als Rs. C-240/22 P.

⁴² Vgl. Kommissionsdatenbank für Fall AT.40411, Entscheidungsdatum 20.3.2019, Veröffentlichung am 3.5.2021, siehe https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_AT_40411.

⁴³ EuG, 29.10.2020, T-451/20 R und T-452/20 R, ECLI:EU:T:2020:515 – Facebook; siehe dazu *Herbers*, Ist das wirklich nötig?, D’Kart 2020, abrufbar unter <https://www.d-kart.de/blog/2020/11/19/ist-das-wirklich-noetig-facebook-requests-for-information-und-das-eug/>.

In der digitalen Wirtschaft entstehen Marktwirkungen schneller als es früher der Fall war. Zugleich ist die Komplexität der Verfahren wegen rechtlicher Anforderungen, einer Unsumme von verfügbaren Informationen und faktischer Strategien der Beteiligten enorm gestiegen. Gerade deshalb ist eine Reform der Verfahren erforderlich.

Das Kartellrecht könnte hier Vorreiter werden, um das (ja durchaus allgemeine) Problem der langen Verfahren grundsätzlich anzugehen. Empfohlen wird die Einsetzung einer empirisch arbeitenden Projektgruppe, die anhand des Vorgehens des Bundeskartellamts systematisch untersucht, wie Verfahren effizienter und schneller geführt werden können.

Auch gerichtliche Verfahren müssen modernisiert und beschleunigt werden. Sonst bleibt als Ausweg zur Verkürzung der Verfahrensdauern nur die Beschneidung ganzer Instanzen, so wie es der deutsche Gesetzgeber für Verfahren nach § 19a GWB vorgesehen hat: Hier ist der BGH einzige Überprüfungsinstanz (vgl. § 73 Abs. 5 GWB).

Zur Modernisierung des Justizwesens gibt es bereits mehrere Vorschläge und praktische Erfahrungen. So wird bei einigen Gerichten die maximale Seitenzahl von Schriftsätzen beschränkt.⁴⁴ Gerichte in Deutschland sollten intensiveres Case Management betreiben, Verfahren straffer terminieren (z.B. Abhandlung an fünf Verhandlungstagen innerhalb einer Woche) und mit strengeren Präklusionsvorschriften arbeiten. Gerichtszuständigkeiten sollten noch stärker konzentriert werden. Die Verfahren könnten auch stärker digital geführt werden. Die Weiterentwicklung des Rechtswesens für eine angemessene und schnelle Prozessführung ist dringendes Gebot, nicht nur im Kartellrecht. Das Kartellrecht könnte hier aber Referenzgebiet werden.

⁴⁴ Z.B. Art. 75 Verfahrensordnung des EuG sowie das Münchner Verfahren in Patentsachen des LG München I.

C. Langfristige Perspektive: Wirtschaftsrecht im digitalen Zeitalter

Mit dem GWB-Digitalisierungsgesetz, dem Digital Markets Act und weiteren Gesetzgebungsprojekten wie dem Digital Services Act ist ein Anfang gemacht. Das Projekt der Umgestaltung des Wirtschaftsrechts im Zeichen der Digitalisierung ist damit jedoch keineswegs abgeschlossen. Die digitale Revolution der Wirtschaft führt dazu, dass das bestehende Wirtschaftsrecht innerhalb der nächsten Jahre vollständig transformiert werden muss. Die Regelungen, die für das Zeitalter von Kohle und Stahl entworfen wurden, passen für die vernetzten Märkte des 21. Jahrhunderts nicht mehr.

Das eigentliche Ziel der Digitalpolitik muss sein, herausragende Rahmenbedingungen in Europa für innovative Unternehmen und für die Transformation der europäischen Wirtschaft zu schaffen. Dazu sind Investitionen in die digitale Infrastruktur, in Forschung, Entwicklung und ein erstklassiges Bildungssystem, Innovationsförderung, Wagniskapital und eine moderne Verwaltung erforderlich. Die Vereinheitlichung von Regeln im europäischen Binnenmarkt flankiert die Herstellung der Wettbewerbsfähigkeit, da Anbieter auf diese Weise europaweit einheitliche Regeln vorfinden. Nur so kann die EU ihre Kraft als Wirtschaftsraum ausspielen. Gerade für kleinere und mittlere Unternehmen sind das Aufbrechen verfestigter Strukturen und fairere Bedingungen, wie der DMA es sichert, wichtig. Dass im Detail an den Regeln Kritik geübt werden können, stellt das Gesamtprojekt nicht in Frage.

Inzwischen stellt sich aber ein Problem: Die Vielzahl immer neuer Regeln führt zu einer beinahe nicht mehr überschaubaren Regelungsflut. Erforderlich sind langfristig eine Deregulierung, eine prinzipienorientierte Neugestaltung des Wirtschaftsrechts und eine Modernisierung der Rechtsetzungstechniken.

I. Regelungsflut (nicht nur) im Digitalbereich

Im Digitalsektor sind die letzten Jahre davon gekennzeichnet, dass viele neue Regelungen erlassen wurden. Keine davon soll hier in ihrer Sinnhaftigkeit bezweifelt werden. Allerdings entsteht so ein „regulatorisches Puzzle“, bei dem die Puzzleteile von den Rechtsunterworfenen mühsam zusammengesucht werden müssen. Bei einem Puzzle greifen die Einzelteile so ineinander, dass ein Gesamtbild entsteht. Dass die Regulierung der Wirtschaft noch ein einheitliches Gesamtbild ergibt, ist aber keineswegs mehr gesichert. Die Anforderungen aus DMA, DSA, Data Act, DSGVO, Data Governance Act, UWG, Medienstaatsvertrag, BGB, P2B-VO sowie den weiterhin geltenden

Regelungen aus Immaterialgüterrecht, Kartellrecht, Gewerberecht usw. können gerade von kleineren Unternehmen nicht mehr überblickt werden. Sie stehen zum Teil unverbunden nebeneinander.⁴⁵ Die Bürokratiekosten sind nach Angaben des Statistischen Bundesamts in den vergangenen Jahren kaum gesunken,⁴⁶ obwohl durch die Digitalisierung große Effizienzen zu heben sein sollten. Der Bundestag sollte sich dafür einsetzen, diese Regelungen in ein kohärentes Gesamtkonzept zur Ordnung der Wirtschaft zu überführen.

Das setzt zunächst die Bereitschaft voraus, Regelungen abzuschaffen. Statt stets neue Regeln zu ergänzen und auf andere Regeln aufzusatteln, zum Teil mit Überlappungen, müsste der Ausgangspunkt sein, sich in eine „ursprüngliche Position“ zurückzusetzen. Eigentlich braucht es regulatorisch eine „tabula rasa“.

Das ist freilich heute nicht realisierbar. Aus juristischer Sicht sind daher Konzepte erforderlich, um Rechte zurückzuschneiden und Gesetze aufzugeben. Zumindest bei neuen wirtschaftsrechtlichen Regeln sollte eine begrenzte Laufzeit (*sunset clause*) integriert werden, damit der Bestand an Regeln nicht immer weiter wuchert.⁴⁷ Bestehende wirtschaftsrechtliche Regeln sollten konsequent und systematisch gesichtet und gestrichen werden. Das wird den Widerstand von Interessengruppen hervorrufen, die sich im bestehenden Regelungsgeflecht zu wohlig eingemischt haben. Mit der Deregulierung muss auch eine konsequente Modernisierung der Verwaltung und Entbürokratisierung unternehmerischen Handelns einhergehen.

II. Prinzipien des Wirtschaftsrechts

Falls es wirklich gelingen sollte, die vorgezeichneten Bahnen der Regulierung aus dem Kohle- und Stahl-Zeitalter zu verlassen, ist die Alternative nicht Regellosigkeit. Freiheit bedarf der Sicherung, damit sich nicht der Stärkste ungezügelt auf Kosten Schwächerer durchsetzen kann. Das „Freiheitsparadox“ als Grundidee des Kartellrechts ist nicht obsolet geworden.

Neu zu entwickeln sind aber die Prinzipien, die die Wirtschaft im 21. Jahrhundert leiten sollen. Eine Schwäche des DMA ist es, dass dieser wie ein Sammelsurium verschiedener Pflichten wirkt,

⁴⁵ Im DMA wird darauf mit einer High Level Group reagiert, vgl. Art. 36d DMA.

⁴⁶ https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Buerokratiekosten/_inhalt.html.

⁴⁷ In Art. 17 Abs. 2 lit. a DMA ist immerhin vorgesehen, dass Pflichten des DMA auch reduziert werden können.

aber nicht einer prinzipiengeleiteten Ordnungsvorstellung folgt.⁴⁸ Die fehlende prinzipienorientierte Regelsetzung führt zu der schweren Durchschaubarkeit der vielen Regelungen und ggf. auch zu Inkonsistenzen.

Neue Prinzipien setzen voraus, dass Antworten auf die fundamentalen Fragen der Wirtschaftsordnung entwickelt werden:

- Was ist die Aufgabe der Wirtschaft?
- Wie werden die knappen Güter verteilt?
- Welche Rolle sollen Staat bzw. Europäische Union übernehmen?
- Was wird dem Einzelnen zugetraut?
- Wer soll welche Risiken tragen?

Solche grundlegenden Fragen haben beispielsweise die ordoliberalen Vordenker der Freiburger Schule beantwortet; ihre Antworten fanden Eingang in das Konzept der sozialen Marktwirtschaft von Ludwig Erhard und Alfred Müller-Armack.

Drei Impulse sollen an dieser Stelle gegeben werden:

Erstens ist in den letzten Jahren die Erkenntnis gereift, dass die Wettbewerbsordnung nicht isoliert auf einer Insel des Kartellrechts existiert, sondern in vielfältigen Beziehungen zu anderen Rechtsmaterien steht, z.B. Datenschutz und Verbraucherrecht. Der Bundesgerichtshof hat dies mit seiner Bezugnahme auf die Grundrechtsbindung von Facebook auf den Punkt gebracht.⁴⁹ Ausgangspunkt für wirtschaftsrechtliche Prinzipien muss daher die Verfassung sein. Grundrechte-Charta, AEUV, EUV und Grundgesetz bilden den Rahmen des Kartellrechts und sind der Ausgangspunkt für die Formulierung von Leitideen.

Zweitens: Wirtschaftsrechtliche Probleme lassen sich auf Marktversagenstatbestände zurückführen. Die institutionenökonomische Forschung zum Marktversagen liegt vor, wird aber nicht ausreichend rezipiert. Aus dieser Forschung lassen sich wichtige Anknüpfungspunkte für wirtschaftsrechtliche Prinzipien gewinnen.

⁴⁸ Vgl. *Podszun/Bongartz/Langenstein*, EuCML 2021, 60; dies ändert sich auch nicht durch die Definition, die in der Schlussfassung zu den Regelungszielen Fairness und Bestreitbarkeit in Erw.Gr. 33 aufgenommen wurde.

⁴⁹ BGH, 23.6.2020, KVR 69/19, Rn. 105 – Facebook; vgl. *Podszun*, GRUR 2020, 1268.

Drittens bleiben rechtliche Prinzipien immer auch normative Entscheidungen, die im Diskurs festgelegt werden müssen. Beispielhaft erwähnt sei der Vorschlag, die Freiheit des Wettbewerbs, die Fairness von Intermediationsdiensten und die Souveränität der Nutzer zum Ausgangspunkt für Prinzipien der digitalen Regulierung zu machen.⁵⁰ Aus diesen Prinzipien (denen ein bestimmtes Menschen- und Gesellschaftsbild zugrundeliegt) lassen sich dann Regeln ableiten.

Werden Prinzipien festgelegt, die zum Ausdruck bringen, wie die digitale Welt gestaltet sein soll, können Detailregeln daran ausgerichtet werden. Dann besteht die Chance auf eine erhöhte Konsistenz und Kohärenz der Regeln und auf eine politisch-demokratische Festlegung, wo sonst Eigeninteressen von Konzernen und die Eigendynamik der Technologie regieren.

III. Weiterentwicklung von Regelungstechniken

Der dritte Baustein für ein modernes Wirtschaftsrecht ist die Weiterentwicklung der Regelungstechniken. Die Rechtsetzung selbst muss auf den Prüfstand.

Der DMA bietet insoweit interessantes Anschauungsmaterial: Seine Verfasser/innen haben das Problem erkannt, dass die Pflichten möglicherweise veralten und Gatekeeper neue Mechanismen entwickeln, die eigentlich der Regulierung bedürfen. Das ordentliche Gesetzgebungsverfahren auf europäischer Ebene ist allerdings so komplex, dass eine schnelle Anpassung des DMA nicht möglich erscheint. Zur Abhilfe wurde ein Update-Mechanismus erdacht, der es der Europäischen Kommission erlauben soll, durch delegierte Rechtsakte den Pflichtenkatalog zu ergänzen (vgl. Art. 10 DMA). Die Hürden wurden im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens erhöht. Gleichwohl zeigt die Regelung das Spannungsfeld: Regeln können rasch veralten, Gesetzgeber müssen schneller reagieren, die traditionellen Verfahren sind dem nicht gewachsen.

Einige Impulse für die Anpassung der Regelungstechnik können beispielhaft genannt werden:

- **Smarte Rechtssetzung:** Damit ist gemeint, dass eine frühzeitige Normsetzung schon im technischen Ablauf (wie im oben dargestellten „competition by design“) stärker in den Vordergrund rückt.

⁵⁰ Podszun, Gutachten F für den 73. Deutschen Juristentag, 2020/2022, S. F40 ff.

- Tolerante Regelsetzung: Das Bemühen, jeden Einzelfall angemessen und fehlerfrei zu erfassen, muss aufgegeben werden. Einfache und handhabbare Regeln sind der kleinteiligen Regelung jedes Einzelfalls vorzuziehen – auch auf die Gefahr gelegentlichen *over- oder underenforcements* hin.
- Partizipative Rechtssetzung: Durch partizipative Verfahren könnte das „Wissen des Schwarms“ stärker in die Rechtssetzung einbezogen werden. Digitale Formate könnten dazu führen, dass Gesetzgebung transparenter und inhaltlich besser vorbereitet wird.
- Evolutionäre Rechtssetzung: Gesetzgebung muss – wie das Update-Beispiel aus dem DMA belegt – immer davon ausgehen, dass Gesetze nicht mehr passen. Das spricht für einen offenen, evolutionären Ansatz der Rechtssetzung.⁵¹ Gesetze sollten nicht mehr auf die Ewigkeit hin konzipiert werden, sondern als Zwischenstationen. Das setzt voraus, dass Gesetzgebung Raum für verschiedene Optionen eröffnet und leichter änderbar wird. Die dadurch entstehende Spannung zur Rechtssicherheit ist unausweichlich.

*

Die in diesem dritten Kapitel skizzierten Aufgaben sind Aufgaben für Jahre oder Jahrzehnte. Die Ambition kann nur angedeutet werden. Die Gesetzgeber, die BGB, HGB und andere Gesetze im 19. Jahrhundert entwickelten, und die Begründer der sozialen Marktwirtschaft, erst recht die Schöpfer der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, standen aber nicht vor leichteren Aufgaben. Die digitale Revolution verlangt Anpassungen im Wirtschaftsrecht, wenn der hoheitliche Regelungsanspruch gewahrt und Ziele wie freier Wettbewerb gesichert werden sollen.

⁵¹ Dazu mit Blick auf die VO 1/2003 *Podszun*, JECLAP 2020, 437 ff.