

Deutscher Bundestag Wirtschaftsausschuss

Wortprotokoll

der 9. Sitzung

Wirtschaftsausschuss

Berlin, den 27. April 2022, 09:00 Uhr 10557 Berlin, Konrad-Adenauer-Str. 1 Paul-Löbe-Haus E.200

Vorsitz: Hannes Walter, MdB (Stellvertretender Vorsitzender)

Tagesordnung - Öffentliche Anhörung

Einziger Tagesordnungspunkt

Öffentliche Anhörung zum Thema "Digital Markets Act"

a) Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte)

KOM(2020)842 endg.; Ratsdok.-Nr. 14172/20

b) Antrag der Fraktion der CDU/CSU

Marktmacht von Tech-Giganten in die Schranken weisen - Soziale Marktwirtschaft fit machen für das digitale Zeitalter

BT-Drucksache 20/686

Federführend:

Wirtschaftsausschuss

Mitberatend:

Ausschuss für Inneres und Heimat Rechtsausschuss

Ausschuss für Kultur und Medien

Ausschuss für Digitales

Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen

Union

Federführend:

Wirtschaftsausschuss

Mitberatend:

Rechtsausschuss Ausschuss für Digitales

Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen

20. Wahlperiode Seite 1 von 31

Wirtschaftsausschuss



c) Antrag der Abgeordneten Joana Cotar, Barbara Lenk, Eugen Schmidt, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der AfD

Wachstumspotenziale in der Datenökonomie gestalten, Entwicklungshemmnisse beseitigen

BT-Drucksache 20/512

Federführend:

Wirtschaftsausschuss

Mitberatend:

Rechtsausschuss

Ausschuss für Ernährung und Landwirtschaft

Ausschuss für Arbeit und Soziales

Verkehrsausschuss

Ausschuss für wirtschaftliche Zusammenarbeit und

Entwicklung

Ausschuss für Tourismus

Ausschuss für Digitales

Ausschuss für Klimaschutz und Energie

Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen

Union

Haushaltsausschuss

Sachverständigenliste

Prof. Dr. Wolfgang Kerber Fachbereich Wirtschaftswissenschaften Philipps-Universität Marburg 35032 Marburg

Prof. Dr. jur. Jürgen Kühling, LL.M. Vorsitzender der Monopolkommission Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Immobilienrecht, Infrastrukturrecht und Informationsrecht Universität Regensburg 93040 Regensburg

Dr. Kim Manuel Künstner Kanzlei Schulte Rechtsanwälte 60311 Frankfurt am Main

Andreas Mundt Präsident des Bundeskartellamtes 53113 Bonn

Prof. Dr. Rupprecht Podszun Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Wettbewerbsrecht Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf 40225 Düsseldorf

Wirtschaftsausschuss



Prof. Dr. Monika Schnitzer Lehrstuhl für Komparative Wirtschaftsforschung Ludwig-Maximilians-Universität München 80799 München

Prof. Achim Wambach, Ph. D. Präsident des ZEW – Leibniz-Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung GmbH Mannheim 68161 Mannheim



Mitglieder des Ausschusses

	Ordentliche Mitglieder	Stellvertretende Mitglieder
SPD	Arlt, Johannes	Gremmels, Timon
	Katzmarek, Gabriele	Hubertz, Verena
	Limbacher, Esra	Junge, Frank
	Mohrs, Falko	Kreiser, Dunja
	Poschmann, Sabine	Marvi, Parsa
	Roloff, Sebastian	Mehltretter, Andreas
	Töns, Markus	Schmidt, Uwe
	Walter, Hannes	Seitzl, Dr. Lina
	Werner, Lena	Stamm-Fibich, Martina
	Westphal, Bernd	Weingarten, Dr. Joe
CDU/CSU	Durz, Hansjörg	Connemann, Gitta
	Grosse-Brömer, Michael	Gramling, Fabian
	Klöckner, Julia	Körber, Carsten
	Kuban, Tilman	Mörseburg, Maximilian
	Linnemann, Dr. Carsten	Ramsauer, Dr. Peter
	Loos, Bernhard	Scheuer, Andreas
	Metzler, Jan	Spahn, Jens
	Rouenhoff, Stefan	Stetten, Christian Frhr. von
	Willsch, Klaus-Peter	Wiener, Dr. Klaus
BÜNDNIS 90/DIE	Außendorf, Maik	Badum, Lisa
GRÜNEN	Banaszak, Felix	Beck, Katharina
	Detzer, Dr. Sandra	Herrmann, Bernhard
	Janecek, Dieter	Kopf, Chantal
	Sekmen, Melis	Spallek, Dr. Anne Monika
FDP	Bauer, Nicole	Cronenberg, Carl-Julius
	Houben, Reinhard	Klein, Karsten
	Todtenhausen, Manfred	Köhler, Dr. Lukas
	Ullrich, Gerald	Reinhold, Hagen
AfD	Holm, Leif-Erik	Espendiller, Dr. Michael
	Kaufmann, Dr. Malte	Farle, Robert
	Komning, Enrico	Schattner, Bernd
	Schulz, Üwe	Ziegler, Kay-Uwe
DIE LINKE.	Leye, Christian	Dağdelen, Sevim
	Meiser, Pascal	Ulrich, Alexander

^{*} Die unterschriebenen Anwesenheitslisten sowie die Liste der Teilnehmerinnen und Teilnehmer der Video-/Telefonkonferenz werden dem Originalprotokoll beigelegt und sind während der laufenden und der darauf folgenden Wahlperiode im Sekretariat des Wirtschaftsausschusses und danach im Archiv des Deutschen Bundestages einsehbar.



Beginn der Sitzung: 09:00 Uhr

Einziger Tagesordnungspunkt

Öffentliche Anhörung zum Thema "Digital Markets Act"

Der stellvertretende Vorsitzende Hannes Walter:

Guten Morgen. Ich begrüße herzlich alle Anwesenden hier im Sitzungssaal, die Kolleginnen und Kollegen des Wirtschaftsausschusses sowie anderer Ausschüsse und insbesondere unseren Kollegen Herrn Michael Kellner, Parlamentarischer Staatssekretär beim Bundesminister für Wirtschaft und Klimaschutz. Auch begrüße ich die Sachverständigen, die unserem Ausschuss heute ihren Sachverstand zur Beratung zum Thema "Digital Markets Act" zur Verfügung stellen. Als Sachverständige wurden von den Fraktionen benannt:

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

digital per Videokonferenz:

- Prof. Dr. jur. Jürgen Kühling, LL.M., Vorsitzender der Monopolkommission, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Immobilienrecht, Infrastrukturrecht und Informationsrecht, Universität Regensburg,
- Dr. Kim Manuel Künstner, Kanzlei Schulte Rechtsanwälte,

digital per Videokonferenz:

- Andreas Mundt, Präsident des Bundeskartellamtes.
- Prof. Dr. Rupprecht Podszun, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Wettbewerbsrecht, Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.
- Prof. Dr. Monika Schnitzer, Lehrstuhl für Komparative Wirtschaftsforschung, Ludwig-Maximilians-Universität München und
- Prof. Achim Wambach, Ph. D., Präsident des ZEW – Leibniz-Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung GmbH Mannheim

Ein herzliches Willkommen richte ich auch an die Fachbeamten des Bundesministeriums für Klimaschutz und Energie, die an der Anhörung teilnehmen, sowie an die Vertreterinnen und Vertreter der Länder und der Medien.

Nicht zuletzt begrüße ich die als Zuhörer erschienenen Gäste und natürlich auch die Gäste, die uns live über das Parlamentsfernsehen beziehungsweise das Internet zuschauen. Die Aufzeichnung der Sitzung wird später dann auch in der Mediathek des Deutschen Bundestages verfügbar sein.

Ich bitte nun alle Teilnehmerinnen und Teilnehmern, die per Videokonferenztechnik der öffentlichen Anhörung zugeschaltet sind, sich jetzt stumm zu schalten, falls noch nicht geschehen.

Die öffentliche Anhörung zum Thema "Digital Markets Act" befasst sich mit folgenden Vorlagen:

Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte);

Ratsdok.-Nr. 14172/20

Antrag der CDU/CSU-Fraktion: Marktmacht von Tech-Giganten in die Schranken weisen – Soziale Marktwirtschaft fit machen für das digitale Zeitalter;

BT-Drucksache 20/686

und Antrag der Abgeordneten Joana Cotar, Barbara Lenk, Eugen Schmidt und weiterer Abgeordneter der Fraktion der AfD: Wachstumspotenziale in der Datenökonomie gestalten, Entwicklungshemmnisse beseitigen.

BT-Drucksache 20/512

Zum Ablauf der heutigen Anhörung darf ich folgende Erläuterung geben: Wir führen die Befragung unter Berücksichtigung des Stärkeverhältnisses der Fraktionen durch. Um die Fragerunden in der uns zur Verfügung stehenden Zeit von zwei Stunden durchführen zu können, sind wir darauf angewiesen, dass sich sowohl die fragenden Abgeordneten als auch die Sachverständigen möglichst kurz fassen.

Die Fraktionen sind daher übereingekommen, dass pro Wortmeldung maximal eine Redezeit von insgesamt vier Minuten für Frage und Antwort unbedingt eingehalten werden muss. Bei einer Zeitüberschreitung müsste ich im Interesse Aller als Vorsitzender tätig werden. Es gilt also der



Grundsatz: Je kürzer die Frage, umso mehr Zeit steht für die Antwort zur Verfügung.

Meine weitere Bitte an die fragestellenden Kolleginnen und Kollegen: Bitte nennen Sie stets zu Beginn Ihrer Frage den Namen des beziehungsweise der Sachverständigen, an den/die sich die Frage richtet.

Wegen der bereits erwähnten Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit sind Eingangsstatements der Sachverständigen nicht vorgesehen. Die schriftlichen Stellungnahmen der Sachverständigen sind als Ausschussdrucksachen verteilt worden und stehen auch auf der Internetseite des Wirtschaftsausschusses zum Download zur Verfügung.

Zu der Anhörung wird ein Wortprotokoll erstellt. Um die Protokollerstellung zu erleichtern, werden die Sachverständigen vor jeder Abgabe einer Stellungnahme von mir namentlich aufgerufen.

Dann wollen wir mit der Befragung beginnen. Zuvor noch einen kurzen Hinweis: Da die Fraktion DIE LINKE. nach unserem Verfahren nur eine Frage stellen könnte, hat sich in der heutigen Obleuterunde die SPD bereiterklärt, ihre letzte Frage der Fraktion DIE LINKE. zur Verfügung zu stellen. Beginnen wir mit der Fragerunde und das Wort hat der Kollege Bernd Westphal von der SPD-Fraktion.

Abg. Bernd Westphal (SPD): Vielen Dank, Herr Vorsitzender, sehr geehrte Frau Prof. Dr. Schnitzer, meine Herren, vielen Dank, dass Sie uns als Sachverständige bei dieser Anhörung zur Verfügung stehen. Meine Frage geht an den Präsidenten des Bundeskartellamtes, Herrn Mundt. Wir haben ja mit der Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkung den § 19a GWB bereits in der letzten Novelle mit aufgenommen, mit weitreichenden Kompetenzen auch für Ihre Behörde. Wie sehen Sie das jetzt im Kontext in der Verbindung zu dem, was auf europäischer Ebene mit dem DMA (Digital Markets Act) dort auf den Weg gebracht wird? Und vielleicht können Sie auch nochmal etwas dazu sagen, wie sich die Zusammenarbeit mit der Bundesregierung in diesem Fall gestaltet? Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende:** Herr Mundt, bitte.

SV Andreas Mundt (Präsident des Bundeskartellamtes): Ja, vielen Dank zunächst einmal für die Frage und für die Gelegenheit, hier heute bei Ihnen zu sein. Es tut mir leid, dass ich nicht persönlich da sein kann, das nächste Mal gerne wieder.

Der DMA und der gesamte Diskussionsprozess waren für uns als Bundeskartellamt ja nicht einfach, weil wir zwei Punkte hatten, die wir eigentlich gerne gesehen hätten. Das eine war, dass wir selbst gerne Durchsetzungsrechte im Rahmen des DMA bekommen hätten. Das war nicht durchsetzbar. Das zweite war, dass wir wenigstens unsere Kompetenzen, die wir dankenswerterweise mit der 10. GWB-Novelle in der zurückliegenden Legislaturperiode bekommen haben, auch sinnvoll einsetzen und vor allen Dingen eben auch den § 19a GWB sinnvoll anwenden können. Das ist jetzt aus unserer Sicht letzten Endes gut geregelt, und das wird im Zusammenspiel mit dem DMA hoffentlich auch gute Früchte tragen. Ich sehe den DMA und den § 19a GWB – so wie wir ihn jetzt haben – als komplementäre Instrumente. Der DMA schafft begrüßenswerterweise viel Klarheit über viele Verhaltensweisen der großen Plattformen, die in Zukunft wissen, was sie dürfen und was sie nicht dürfen. Aber auch die Verfahren, die die Kommission hier führen wird, werden mit Sicherheit einfacher werden. Daneben glaube ich, dass der § 19a GWB ebenfalls zum Einsatz kommen kann. Es gibt letzten Endes keine Einschränkungen für die Anwendbarkeit von nationalen Vorschriften im Bereich der großen Plattformen. Wenn die Designierung nach § 19a Absatz 1 GWB mal vorgenommen worden ist, dann werden wir Fälle in Bereichen führen können, die der DMA möglicherweise nicht erfasst. Das ist zum Beispiel dann der Fall, wenn bestimmte Dienste, die vom DMA nicht erfasst werden, keine "core platform services" sind. Es gibt sicherlich auch Fälle, wo die Verpflichtungen, die wir auferlegen können, möglicherweise teilweise über den DMA hinausgehen. Ich sehe vor allen Dingen Bereiche für die Anwendung von § 19a GWB, wenn es um neue Verhaltensweisen der Unternehmen geht. Der DMA bezieht sich ja sehr stark auf zurückliegende Verhaltensweisen. Wenn es neue Strategien der Plattformen gibt, Märkte zu verschließen, dann kommt Wettbewerbsrecht zum



Einsatz und dann kann vor allen Dingen auch der § 19a GWB zum Einsatz kommen. Und last but not least, es wird Fälle geben, wo die Kommission einfach keine Priorität für bestimmte Fälle hat, vielleicht, weil sie einen Mitgliedstaat ganz besonders betreffen, aber nicht so sehr darüber hinausstrahlen. Auch da sehe ich die deutschen oder die nationalen Wettbewerbsbehörden aktiv werden. Die Zusammenarbeit mit der Bundesregierung bei den Verhandlungen des DMA habe ich als wirklich hervorragend empfunden, und zwar sowohl die Zusammenarbeit mit der Bundesregierung in der zurückliegenden, aber auch in der jetzt laufenden Wahlperiode. Das ging auch teilweise Hand in Hand mit der französischen Ratspräsidentschaft, die dann den DMA mit dem Parlament und der Europäischen Kommission schlussverhandelt hat. Wir haben hier sehr eng zusammengearbeitet, so dass vielen Wünschen des Bundeskartellamtes auch Rechnung getragen werden konnte. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende:** Vielen Dank. Herr Durz für die CDU/CSU-Fraktion.

Abg. Hansjörg Durz (CDU/CSU): Vielen Dank. Ich möchte zunächst auch mit einem Dank an Frau Professor Schnitzer und an die Herren beginnen. Ich darf sie ganz herzlich begrüßen und mich dafür bedanken, dass sie uns seit Jahren im Zusammenhang mit diesem Thema im Deutschen Bundestag begleiten. Der zur Verfügung stehende Austausch mit den Sachverständigen war immer sehr fruchtbar und hilfreich.

Ich möchte mit meiner ersten Frage beginnen und diese an Herrn Professor Wambach richten. Herr Professor Wambach, Sie waren Mitglied der Wettbewerbskommission 4.0 beim Bundeswirtschaftsministerium und haben dieser Kommission auch vorgestanden. Ich möchte Sie fragen, wie denn heute Ihr Resümee im Vergleich zu dem ausschaut, was die Wettbewerbskommission erarbeitet hat. Wo sehen Sie, dass die Ideen, die damals 2019 unterbreitet wurden, aufgegriffen worden sind? Wo sehen Sie gegebenenfalls noch Defizite, die nicht umgesetzt wurden?

SV **Prof. Achim Wambach**, Ph. D (ZEW): Ja, vielen Dank, auch für die Einladung. Das Wettbewerbsrecht 4.0 ist eigentlich ein

Bestandteil einer weltweiten Diskussion, was die richtigen Instrumente sind, um dieser Marktmacht auch regulatorisch etwas entgegenzusetzen. Ich glaube, sie hat wichtige Impulse gesetzt. Zum einen für die 10. GWB-Novelle, die ja parallel in Deutschland – § 19a GWB – lief, aber jetzt auch für den DMA.

Ein wichtiger Punkt für uns in der Kommission war das Verbot der Selbstbevorzugung. Und das findet sich zum Teil wieder: die Kommission wäre da, glaube ich, weiter gegangen, als es sich jetzt im DMA wiederfindet. Und das ist auch ein systematischer Punkt. Denn die Kommission hat Unternehmen, auch Plattformunternehmen, die in digitalen Ökosystemen tätig sind und marktübergreifend agieren, im Fokus gehabt, so wie das dann § 19a GWB auch aufgegriffen hat. Der DMA hat den Plattformgedanken im Vordergrund. Der Gatekeeper ist ein Plattformunternehmen, und es geht um die Regulierung dieses Gatekeepers. Und deswegen sind darin Selbstbevorzugungselemente enthalten, aber nicht in dieser Konsequenz, wie das die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 damals vorgeschlagen hat.

Vielleicht eine Anmerkung: Ich bin sehr froh, dass der DMA jetzt da ist. Ich kann mich noch gut an die erste Anhörung unserer Kommission erinnern. Da hatte man das Gefühl gehabt, dass die Europäische Kommission überhaupt keinen Bedarf sah, irgendwas zu machen. Und da sind wir doch schon sehr weit gekommen. Ja, ich glaube, da war auch die Kommission oder die Tatsache, dass es die Kommission gab, hilfreich. Das war die Tatsache, dass der § 19a und die 10. GWB-Novelle hilfreich ist, und jetzt haben wir den DMA.

Vielleicht noch ein Punkt: Es war auch der Kommission damals schon klar, was die Probleme waren. Die Verfahren brauchen sehr lange, und auch die Remedies, also das, was es an Auflagen für Unternehmen gegeben hat, hatte nicht diese Wirkung. Aber das sind operative Fragen. Also insofern, der DMA wird sich auch beweisen müssen jetzt in der Umsetzung. Da sind sehr gute Elemente drin. Aber es geht jetzt in den nächsten Schritt, dass dann auch umzusetzen. Ich glaube, die Konzepte liegen vor. Vielen Dank.

Der stellvertretende Vorsitzende: Herr Außendorf



für die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN.

Abg. Maik Außendorf (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Zunächst möchte ich mich dem Dank an unsere Expertin und Experten anschließen und mich mit meiner ersten Frage an Herrn Prof. Dr. Wolfgang Kerber wenden. Herr Kerber, Sie bezeichnen ja den DMA als innovativen Ansatz zur Regulierung von Digital-Konzernen, schreiben aber auch, dass es vermutlich nur ein erster gesetzgeberischer Schritt ist. Da ist dann die Frage, was sollte aus Ihrer Sicht folgen, und wie steht das im Zusammenhang mit den anderen aktuellen Gesetzesvorhaben?

Der **stellvertretende Vorsitzende:** Herr Professor Kerber, bitte.

SV Prof. Dr. Wolfgang Kerber (Philipps-Universität Marburg): Herzlichen Dank für die Frage. Ich finde auch, dass der Digital Markets Act ein ganz wichtiger erster großer Schritt ist, um tatsächlich hier besser mit der großen Macht von Tech-Firmen umzugehen, der zu besseren Ergebnissen führen wird als die teils aus dem Wettbewerbsrecht. Aber der DMA ist auch ein sehr spezifischer Ansatz von Regulierung, es ist nicht nur der Ansatz als Ex ante-Regulierung, sondern auch, dass der Gesetzgeber selbst Ex ante-Regeln setzt, und zwar Regeln, die per-se-Regeln sind. Es ist viel über die Fehler erster und zweiter Art diskutiert worden, die dabei auftreten, und ob die Notwendigkeit besteht, noch zusätzliche spezifische Regeln oder etwaige Effizienzeinreden einführen zu können – auch ein ganz wichtiger Punkt. Das Hauptproblem sind aus meiner Sicht aber zwei Dinge. Erstens: Die Regeln sind inzwischen sehr komplex. Wenn man sie sich jetzt nochmal konkret anschaut – auch nach dem, was inzwischen in den geleakten Versionen vorliegt –, dann sieht man, dass die Anwendung sehr schwierig und aufwendig sein wird. Und es wird sich erst zeigen, in welchem Umfang dies wirklich zu einer effektiveren Durchsetzung führt, ob es auch wirklich kürzer und schneller wird und welche Lehren dann aus diesen Erfahrungen zu ziehen sind.

Das zweite Hauptproblem ist, dass es ein bestehendes Set von Regeln ist. Und ursprünglich hatten wir im Vorschlag der Kommission ja eigentlich einen relativ offenen, aus meiner Sicht funktionsfähigen Update-Mechanismus für die Regeln, das heißt, dass auch neue Regeln, neue Verpflichtungen eingeführt werden können. Das Verfahren ist inzwischen jetzt stark abgeschwächt worden. Im Prinzip - wenn ich es richtig verstanden habe – kann man jetzt nur noch diese Verpflichtungen, die da sind, anpassen und ein bisschen erweitern, aber man kann hier nicht neue Verpflichtungen einführen. Das, denke ich, ist ein großes Problem, weil das die Zukunftsfähigkeit des DMA stark beschränken wird. Und das würde bedeuten, dass man wahrscheinlich eher früher schon über eine Reform des Digital Markets Acts auf einer gesetzgeberischen Ebene nachdenken muss. Das kann auch dazu führen, dass man grundlegend strukturelle Änderungen machen muss, also beispielsweise jetzt stärker in Richtung einer Generalklausel geht. Und dann muss man nämlich die Ziele, die man will, klarer als jetzt formulieren; aber auch, dass man vielleicht direkt auf eine richtige Regulierungslösung gehen muss, mit einer richtigen Regierungsbehörde. Denn wenn man sich jetzt die Verpflichtungen mal anschaut, dann kann man sich eigentlich nicht vorstellen, dass es um eine einmalige Implementierung dieser Regeln geht, sondern dass es eigentlich mehr eine ständige Regulierungsaufgabe ist, wo man sozusagen dann jemanden braucht, der nachsteuert und das wieder an irgendwelche technischen Änderungen anpasst, die ja schnell stattfinden. Und von daher ist es eine komplexe Regulierungsaufgabe. Eine solche ständige Regulierung ist nicht das, was ich gerne hätte, mir wäre das andere lieber. Andererseits ist es das, mit dem wir realistischerweise in den nächsten Jahren rechnen müssen. Und deswegen ist aus meiner Sicht der DMA eben nur ein Einstieg in die weitere Entwicklung, die wir immer eigentlich schon mitbedenken müssen, wenn wir jetzt über den DMA sprechen. Danke schön.

Der **stellvertretende Vorsitzende:** Vielen Dank. Herr Houben für die FDP.

Abg. Reinhard Houben (FDP): Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, auch von unserer Seite vielen Dank, dass Sie für unsere Fragen zur Verfügung stehen. Ich möchte Herrn Prof. Kühling ansprechen. Es ist ja schon über den Zusammenhang DMA und § 19a GWB gesprochen worden. Meine konkrete Frage: Haben wir nicht



vielleicht schon einen Anwendungsfall? Es hat in Italien eine Entscheidung gegen Amazon gegeben, weil es dort eine Bevorzugung des Amazon-Logistik-Service, bei dem Ranking von Produkten gibt, wie man sie auf den Seiten von Amazon findet.

SV Prof. Dr. jur. Jürgen Kühling (Universität Regensburg): Vielen Dank, Herr Vorsitzender, vielen Dank, Herr Houben, für die Frage. Vielen Dank auch, dass ich hier als Sachverständiger teilnehmen darf. Und auch von meiner Seite aus die Entschuldigung, dass ich wegen Anschlussterminen leider nur digital zugeschaltet sein kann.

Zu Ihrer Frage, Herr Houben, ist es so, dass der Amazon Fall und die Problematik rund um Amazon tatsächlich ein sehr schönes Beispiel ist, wie künftig das Zusammenspiel von § 19a GWB zum DMA sein wird. Ausgangspunkt ist ja, dass im DMA der Artikel 6 Absatz 1 es grundsätzlich zulässt – und Herr Mundt hatte ja darauf hingewiesen –, dass parallel auch vergleichbare Normen, vor allem die Vorreiternorm des § 19a GWB angewandt werden können. Drei Fallkonstellationen sind da denkbar: Erstens, dass die Unternehmen nicht Adressat des DMA sind.Das wird bei Amazon vermutlich nicht der Fall sein, da dieses Unternehmen wohl sowohl unter den § 19a GWB als auch unter den DMA fallen wird. Zweitens handelt es sich hier möglicherweise um Dienste beziehungsweise vor allem eine Dienste-Koppelung, die in dieser Konstellation eben nicht unter den DMA fällt, dafür aber unter den § 19a GWB fallen kann. Und die dritte Variante wäre, dass wir Verhaltensverbote haben, die so im DMA – das war die dynamische Perspektive, auf die Herr Mundt verwiesen hat, und auch Herr Kerber noch nicht im DMA angelegt sind. Die dortigen Verbote sind ja sehr bestandsaufnahmeorientiert und müssen sich daher weiter dynamisch entwickeln. Die Fragen müssen also lauten: Liegt ein solcher Fall vor? Was ist hier der Vorwurf? Greift hier eine der drei Konstellationen, bei diesem Amazon-Fall? Einschlägig könnte etwa schon das Verbot aus Artikel 6 Absatz 1 lit. d) DMA sein. Dort heißt es, dass man nicht diskriminieren darf bei Suchangeboten. Letztlich ist [vorbehaltlich einer näheren Sachverhaltsaufklärung] mein Verständnis, dass

der DMA jedenfalls grundsätzlich ein diskriminierendes Ranking bei einem Suchdienst verbietet, die unter den DMA fallen. Und was nach meinem Verständnis in der italienischen Entscheidung ja kritisiert wurde, ist der Umstand, dass Amazon [mit einer diskriminierenden Produktdarstellung seine Marktmacht im Onlinemarkt ausnutzt, um in klassische Logistikmärkte, "Offlinemärkte", vorzudringen und dort Erfolge zu erzielen. Allerdings wird eine der Fragen sein, ob speziell solche Koppelungen, wie in dem Amazonfall, auch unter den DMA fallen. Ich würde tendenziell eher sagen, nein. Und wenn dann ähnliche Probleme in Deutschland untersucht werden würden, dann wäre das, aus meiner Sicht, weiterhin ein Anwendungsfall des § 19a GWB, so dass dann das Bundeskartellamt vor der Frage stünde, wenn vergleichbare Probleme auf dem deutschen Markt aufträten, ob es auf den § 19a GWB dann zurückgreift. Und deshalb ist ein Punkt sehr wichtig, dass wir es tatsächlich schaffen, unter der jetzigen Normierung im DMA eine Kooperation hinzubekommen zwischen den nationalen Kartellbehörden und der Europäischen Kommission. Ich sehe jetzt leider keine Uhr eingeblendet, deswegen weiß ich nicht, ob ich noch Zeit habe, dann würde ich dazu was sagen.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: 15 Sekunden noch.

SV **Prof. Dr. jur. Jürgen Kühling** (Universität Regensburg): ... jetzt sehe ich die Uhr: 15 Sekunden. Dann beschränke ich es dabei, dass wir dort jedenfalls künftig Klarheit schaffen müssen, um solche Fälle möglichst reibungsfrei bearbeiten zu können.

Der **stellvertretende Vorsitzende:** Vielen Dank. Herr Kaufmann für die Fraktion der AfD.

Abg. Dr. Malte Kaufmann (AfD): Sehr geehrter Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren, ich möchte meine Frage an Herrn Professor Podszun richten. Ich habe aufmerksam die Stellungnahme gelesen und da schreiben Sie bei den wesentlichen Ergebnissen: "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." Jetzt haben wir ja eine funktionierende soziale Marktwirtschaft in Deutschland mit Regeln, die für alle Marktteilnehmer gleich und eindeutig sind. Befürchten Sie nicht, dass durch den DMA unser bewährtes System außer Kraft gesetzt wird oder irgendwie gefährdet ist? Und von welchen Anpassungen sprechen Sie hier, was muss da gemacht werden?

Der **stellvertretende Vorsitzende:** Herr Professor Podszun, bitte.

SV Prof. Dr. Rupprecht Podszun (Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf): Vielen Dank, Herr Vorsitzender, für die Einladung und die Gelegenheit, hier bei Ihnen zu sein. Ich glaube, der DMA ist gerade ein Beitrag dazu, dass wir die soziale Marktwirtschaft ins 21. Jahrhundert transferieren oder, wie es Herr Durz mal gesagt hat, "die digitale soziale Marktwirtschaft zu schaffen". Ich glaube, das haben Sie bei der 10. GWB-Novelle mal so formuliert und damit sozusagen den Impuls gegeben, dass es natürlich einer Weiterentwicklung von Regeln bedarf. Und wir stehen ja immer vor der Frage, wenn wir neue Technologien und neue Entwicklungen haben, wo greifen wir ein und ersticken möglicherweise mit hoheitlichen Eingriffen unternehmerische Initiative und Innovation, die wir dringend brauchen, und wo müssen wir andererseits mit Regeln auch gerade dafür sorgen, dass wir all das, was uns an Werten wichtig ist, bewahren können? Und da leistet der DMA, glaube ich, schon Vieles. Ich bin da gar nicht mehr so skeptisch, gerade nachdem ich mir nochmal die letzte Version angeschaut habe, dass der DMA auch ganz viele Fortschritte dahingehend erreicht, dass wir keine großen Machtverfestigungen, Machtballungen haben, die wir nicht mehr aufbrechen können. Die haben wir ja sicherlich jetzt schon im Digitalbereich. Aber der DMA sorgt zumindest in einigen Bereichen dafür, dass es nicht weitergeht. Und das ist aus meiner Sicht ein ganz wichtiger Beitrag dazu, weil natürlich Wettbewerb und Offenheit von Märkten gerade dieses soziale Element der Marktwirtschaft auch absichern; also Stichwort: "Wettbewerb als Entmachtungsinstrument", wie das die Vordenker der Freiburger Schule mal genannt haben. Und wenn man das jetzt weiterdenken oder weiterentwickeln will, dann ist es wichtig, dass

wir merken, dass die Regeln, die wir jetzt haben, einer permanenten Überprüfung bedürfen. Was ich beim DMA ein bisschen vermisse, sind Prinzipien, die uns eigentlich deutlich machen, in welche Richtung wir die digitale Wirtschaft denn weiterentwickeln wollen. Was sind denn die Werte, die uns jetzt besonders wichtig sind in der EU? Vieles wirkt so ein bisschen wie ein Sammelsurium von verschiedenen Kartellrechtsfällen, die wir mal irgendwann gemacht haben. Und jetzt haben wir das so in Vorschriften gegossen. Jetzt sind, glaube ich, die Gesetzgeber auf europäischer Ebene, aber natürlich auch in Deutschland schon aufgerufen, sich vorzustellen, wie sich diese Wirtschaft entwickelt, die ja in einer Revolution steckt – wir sprechen ja inzwischen von der vierten industriellen Revolution. Wie stellen wir sicher. dass die Prinzipien, unsere Verfassungsgrundsätze, das, was in der Grundrechtecharta, im Grundgesetz steht, wie können wir diese Ideen im Bereich der Wirtschaft weiter durchsetzen und fortsetzen? Und da ist es sicherlich in der Wirtschaft zu Veränderungen gekommen, weil wir mit Datenmacht, mit Netzwerkeffekten, mit den digitalen Technologien vor neuen Herausforderungen stehen, die wir so aus der klassischen, industriellen Wirtschaft nicht kennen. Das setzt voraus, dass wir die Regeln weiterentwickeln. Dazu leistet der DMA einen Beitrag, dazu hat die 10. GWB-Novelle einen Beitrag geleistet. Und da werden wir sicherlich immer weiter fortschreiten müssen mit dem Blick darauf, Innovationen offen zu halten, aber natürlich auch die Werte der sozialen Marktwirtschaft dabei im Blick zu behalten.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Herr Mohrs für die SPD-Fraktion.

Abg. Falko Mohrs (SPD): Vielen herzlichen Dank, Herr Vorsitzender, und Danke auch nochmal von meiner Seite an die Sachverständigen. Meine erste Frage geht an Frau Professor Schnitzer. Sie haben in Ihrer Stellungnahme ja auch auf die Netzwerkeffekte abgestellt, haben da ja sehr pointiert nochmal dargestellt, dass es an vielen Stellen gar nicht um den Wettbewerb auf, sondern um die Märkte geht, und in dem Zusammenhang auf Fragen von Portabilität und Interoperabilität abgehoben. Können Sie uns da einmal vielleicht einen Eindruck geben, wie Sie die Regelung, die



der DMA jetzt vorsieht, in der Anwendung bewerten würden?

Der **stellvertretende Vorsitzende:** Frau Schnitzer, bitte.

SVe Prof. Dr. Monika Schnitzer (Ludwig-Maximilians-Universität München): Ganz herzlichen Dank für die Einladung und für die Möglichkeit, hier auf die Fragen einzugehen. Tatsächlich ist der DMA gerade in der Diskussion und im Trilog-Verfahren dann auch nochmal gerade bei diesen Punkten deutlich geschärft worden. Und das ist eine wirklich sehr gute Entwicklung. Nur noch einmal, um das einzuordnen: Es geht hier darum, dass wir sehr große Unternehmen haben, Big-Tech-Unternehmen, die Monopolstellung haben anders kann man das nicht definieren. Und wenn man überhaupt Wettbewerb haben will, dann geht es eben darum, neueren und kleineren Unternehmen die Chance zu geben, dagegen konkurrieren zu können. Das wird dadurch erschwert, dass die natürlich aus einem bestimmten Grund so groß sind. Wir sprechen hier vom Tipping der Märkte, also Kippen, und das eben aufgrund der Netzwerkeffekte, weil wir alle davon profitieren, dass wir mit möglichst Vielen an einem solchen Netzwerk teilnehmen. Da gibt es direkte/indirekte Effekte, und das macht es so schwierig, hier wirklich Wettbewerb zu installieren. Und hier ist nun Portabilität und Interoperabilität das Instrument, was es ermöglicht, Wettbewerb zu haben und gleichzeitig weiterhin von den Netzwerkeffekten zu profitieren. Portabilität im Sinne von: man kann seine Daten aus einem Unternehmen herausnehmen und in ein anderes Unternehmen mitnehmen. Da wird es jetzt sehr stark auf die Implementierung ankommen, dass die entsprechenden Schnittstellen – APIs, wie man das nennt – so installiert werden, dass das gut funktioniert. Aber an der zweiten Front braucht es eben ganz stark die Interoperabilität. Das heißt, dass ich aus einem Unternehmen, aus einem System heraus auch in das andere hineinkommunizieren kann. Und das ist jetzt nochmal im Trilog-Verfahren geschärft worden, das heißt, jetzt ist es eben möglich, dass man Interoperabilität bei den Messenger-Diensten hat. Man hat es leider nicht geschafft, auch noch Interoperabilität bei den sozialen Medien

durchzusetzen. Das soll überprüft werden und möglicherweise kommt das irgendwann noch, aber das wäre natürlich auch ein weiterer wichtiger Schritt. Das ist deswegen so wichtig, weil wir auf die Weise, wie gesagt, Wettbewerb schaffen. Und an der Stelle sind dann am Ende eben die Verbraucherinnen und Verbraucher die Nutznießer, Denn, wie Herr Podszun eben schon sagte, wir haben hier eine Entmachtungsmöglichkeit geschaffen. Durch den Wettbewerb, den wir dadurch bekommen. schaffen wir für die Verbraucherinnen und Verbraucher die Möglichkeit, auszuwählen und letztlich dann auch von den Innovationsmöglichkeiten zu profitieren, die dadurch gestaltet werden.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Danke. Herr Durz für die CDU/CSU-Fraktion.

Abg. Hansjörg Durz (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Meine nächste Frage möchte ich an Herrn Professor Podszun richten: Sie schreiben in Ihrer Stellungnahme unter den offenen Regulierungsprojekten zum Thema Fusionskontrolle. Könnten Sie uns ausführen, was Sie dort nicht entsprechend wiederfinden, und vielleicht auch noch auf die "Killer Acquisitions", die ja auch seit Jahren in der Diskussion sind, Bezug nehmen?

Der **stellvertretende Vorsitzende:** Professor Podszun, bitte.

SV Prof. Dr. Rupprecht Podszun (Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf): Ja, gerne. Ich glaube, Fusionskontrolle ist ein ganz wichtiges Instrument, Herr Mundt weiß Bescheid, denn es ist das Instrument, das für das Bundeskartellamt und natürlich auch für die Europäische Kommission typischerweise einfacher durchzusetzen ist als aufwendige Missbrauchsverfahren, die ja immer erst ex post, im Nachhinein, auf eine Marktentwicklung zugreifen. Bei der Fusionskontrolle hat man schon ex ante, also im Vorhinein, die Möglichkeit einzugreifen. Und das ist gerade bei der Entstehung von Machtstellungen – das ist ja bei der Fusionskontrolle durch den Zukauf von anderen Unternehmen dann häufig der Fall – eine Möglichkeit, die Märkte zu regeln. Der DMA ist ja eigentlich kein Kartellrecht, und es ist auch ein bisschen umstritten, ob es überhaupt im DMA



geregelt werden darf, was mit Fusionen passiert. Es gibt da ein Gutachten für das Wirtschaftsministerium, das besagt, dass man alles Mögliche regeln könne. Ich bin mir ehrlich gesagt nicht ganz sicher, dass das vor dem EuGH halten würde. Aber man hat ja dann auch letztlich davon abgesehen. Im DMA haben wir jetzt im Wesentlichen für die Gatekeeper die Verantwortlichkeit, eine gewisse Transparenz herzustellen, welche Zusammenschlüsse überhaupt stattfinden. Das ist schon mal wichtig. Dann ist der nächste Schritt: Wie kommen wir an diese Zusammenschlüsse heran? Die muss man ja auch prüfen können. Da hat sich die Europäische Kommission etwas ausgedacht, dass Zusammenschlüsse, die bislang gar nicht anmeldepflichtig sind – weder national noch auf europäischer Ebene – dann über so ein Verweisungssystem doch plötzlich anmeldepflichtig oder prüfbar werden. Auch das ist aus meiner Sicht juristisch eine sehr heikle Konstruktion, die momentan vom Europäischen Gerichtshof überprüft wird. Das heißt, der DMA hilft uns hier bei der Fusionskontrolle aus meiner Wahrnehmung momentan eigentlich nicht besonders viel weiter. Das bedeutet: Wir müssen überlegen, ob wir eine verschärfte Fusionskontrolle auf nationaler oder europäischer Ebene wollen. Auf europäischer Ebene würde das dann eine Änderung der Europäischen Fusionskontrollverordnung voraussetzen. Da gibt es aber Bedenken, und das will man irgendwie nicht so richtig anfassen. Auf nationaler Ebene haben wir schon in der 9. GWB-Novelle, die Sie ja hier verabschiedet haben, sehr gute Weichen gestellt. Im Jahr 2017 wurde diese Transaktions-Volumen-Schwelle eingeführt, so dass mehr Fusionen überhaupt anmeldepflichtig sind. Da könnte man darüber nachdenken, ob man nicht den Wert ein bisschen absenkt. Die Österreicher beispielsweise haben da eine geringere Schwelle als wir; bei uns liegt diese bei 400 Millionen Euro. Also wenn ein Unternehmen 400 Millionen Euro für ein anderes Unternehmen zahlt, dann ist das anmeldepflichtig, auch unabhängig von den Umsätzen. Da könnte man überlegen, ob man diese Schwelle absenkt. Es ist dann aber eigentlich auch sehr wichtig, dass man an den materiellen Eingreifkriterien etwas macht. Denn wir sehen in den letzten Jahren durchaus eine Tendenz dahin, dass überhaupt Fälle geprüft

werden - das ist ja dann schon mal etwas -, aber dann durchgewunken werden. Also die Europäische Kommission hat da einen track record, der wirklich ernüchternd ist, wenn man sieht, Facebook und WhatsApp wird mit viel Macht und Aufwand irgendwie angemeldet und dann einfach durchgewunken, und Facebook kann sich also auch noch diesen Kommunikationsdienst einverleiben. Und deshalb wäre eine mögliche Idee, dass man zum Beispiel an § 19a GWB anknüpfend etwas reguliert und beispielsweise dort für die großen Unternehmen, die als § 19a-Unternehmen vom Bundeskartellamt eingestuft wurden, eine Beweislastumkehr vorsieht, oder dass man bei denen eben verschärfte Eingriffskriterien vorsieht und nicht mehr so zentral auf die Effekte abstellt, die man sehr schwer prognostizieren kann, sondern möglicherweise wieder stärker auf das Entstehen von wirtschaftlichen Machtstellungen schaut, so wie wir es früher auch im deutschen Recht gemacht haben.

Der **stellvertretende Vorsitzende:** Herr Mohrs für die SPD-Fraktion.

Abg. Falko Mohrs (SPD): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Meine nächste Frage geht an Herrn Mundt. Wir haben ja, wenn wir jetzt den § 19a GWB mit dem DMA vergleichen, eine sehr unterschiedliche Regelungssystematik, insbesondere wenn wir auf die Fragen Designation, Zweistufigkeit im § 19a GWB, schauen. Da würde mich, vor allem mit Ihrem Blick auf die Praxis, interessieren, wie Sie diese unterschiedliche Regelungssystematik hinsichtlich der zeitlichen Bedeutung der Verfahren bewerten und was das dann auch für Auswirkungen auf die Märkte und die Entwicklung hat.

Der **stellvertretende Vorsitzende:** Herr Mundt, bitte.

SV Andreas Mundt (Bundeskartellamt): Vielen Dank für die Frage, Herr Abgeordneter. In der Tat ist die Systematik hinsichtlich der Designierung der Unternehmen, die einerseits unter den DMA und andererseits unter den § 19a GWB fallen, unterschiedlich. Das ist der erste größere Unterschied. In der Praxis, glaube ich, ehrlich gesagt, nicht, dass sich das wirklich auch in zeitlicher Hinsicht auswirken wird. Der § 19a



GWB ist Anfang vergangenen Jahres in Kraft getreten. Wir haben das erste Verfahren zur Designierung von Google als ein Verfahren, das unter § 19a GWB fällt, rechtskräftig abgeschlossen. Wir sind kurz davor, ein weiteres Verfahren gegen eines dieser Unternehmen ebenfalls abzuschließen, und zwei weitere Verfahren sind in der Mache. Das wird auch nicht mehr lange dauern. Das heißt, die Designierung dauert – cum grano salis – etwa ein Jahr. Ehrlich gesagt, ich denke nicht, dass das unter dem DMA schneller gehen wird, weil der DMA zwar jetzt im Trilog beschlossen ist, aber die Designierung erst noch erfolgen muss. Und niemand geht derzeit davon aus, dass die Designierung unter dem DMA - wenn ich die Vorlaufzeit einbeziehe, auch wenn sie auf den ersten Blick einfacher aussieht tatsächlich schneller sein wird. Wir alle gehen davon aus, dass wir hier auch nicht vor dem Jahr 2023 erste Ergebnisse in Brüssel sehen werden, so dass sich diese Systematik gar nicht sehr stark auswirken wird.

Wir haben zum zweiten eine unterschiedliche Systematik auf Ebene der Verhaltensweisen. Der DMA ist direkt anwendbar, das heißt, die Unternehmen sind direkt den Vorgaben insbesondere der Artikel 5 und 6 des DMA unterlegen. Wir müssen unter § 19a GWB bestimmte Verhaltensweisen erst untersagen. Es wird interessant, in der Praxis zu sehen, wie stark sich dieser Unterschied am Ende tatsächlich auswirkt. Wir haben im Bundeskartellamt bereits eine ganze Reihe von Verfahren laufen, die sich mit den Verhaltensweisen der großen Unternehmen - GAFA - unter § 19a GWB auswirken. Das ist ein Verfahren gegen Google, zum Beispiel mit Blick auf den Google News Showcase und ob Google hier die Rechte der Verleger angemessen berücksichtigt. Es gibt ein Verfahren zum Umgang von Google mit den Daten, die Google erhebt. Es gibt mehrere Verfahren gegen Amazon mit Blick darauf, ob Amazon auf dem Amazon Marketplace die Preise der Händler kontrolliert, ob Amazon Instrumente einsetzt, um zu verhindern, dass bestimmte Markenprodukte von Händlern auf dem Amazon Marketplace veräußert werden. Also, das ist bei uns alles in diesem Prozess. Ob das dann gegenüber dem Prozess im DMA, der ja – so war eigentlich der Wille des Gesetzgebers - selfenforcing, also selbstregulierend sein soll, ob das

schneller geht, das wage ich zu bezweifeln, das muss die Zeit zeigen.

Der **stellvertretende Vorsitzende:** Herr Kuban für die CDU/CSU.

Abg. Tilman Kuban (CDU/CSU): Ich kann da nahtlos bei Herrn Mundt anschließen. Meine Frage geht auch in die Richtung, nämlich wie es um die aktuellen Verfahren steht. Und deswegen schon einmal vielen Dank für den Überblick. Ich möchte allerdings noch eine Nachfrage stellen, da Sie in Ihrem Gutachten schreiben, dass die komplementäre Anwendung des § 19a GWB nicht nur möglich, sondern wünschenswert sei. Bestehen Ihres Wissens nach diese Bestrebungen auch in anderen Ländern, den § 19a im GWB in das nationale Recht zu integrieren, um ähnlich gut aufgestellt zu sein wie Ihr Bundeskartellamt? Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Herr Mundt, bitte.

SV Andreas Mundt (Bundeskartellamt): Ja, erstmal, es ist in der Tat ja sehr wichtig, dass der § 19a GWB anwendbar geblieben ist. Ich habe auf die vielen Verfahren schon hingewiesen. Auch wenn Sie in die Vergangenheit gucken, dann sehen Sie eine ganze Reihe von Verfahren, gerade auch hier in Bonn beim Bundeskartellamt, die prägend gewesen sind, zum Teil auch für den DMA. Ich denke an ein ganz frühes Verfahren 2013, mit Blick auf die Bestpreisklauseln von Amazon, das hier in Bonn geführt worden ist. Ich denke vor allen Dingen aber auch an unser Verfahren gegen Amazon im Jahr 2019. Seit unserem Verfahren ist Amazon haftbar gegenüber den Händlern auf dem Amazon Marketplace – das war vorher nicht so. Seitdem können die Händler auf dem Amazon Marketplace Amazon in Deutschland vor deutschen Gerichten verklagen. Bis dahin mussten die Händler nach Luxemburg und ihre Rechte vor einem luxemburgischen Gericht durchsetzen. Da wünsche ich einem kleinen Händler auf dem Amazon Marketplace viel Erfolg! Also, ich will nur sagen: Sie sehen, die nationalen Wettbewerbsbehörden sind durchaus prägend gewesen. Der § 19a GWB wird uns in Zukunft für diese Verfahren – auch weil der Rechtsweg verkürzt worden ist und die Verfahren nach § 19a GWB direkt zum Bundesgerichtshof gehen - sehr helfen. Wir sehen andere Länder, die



nach Deutschland blicken. Es ist bisher nach meinem Wissen nicht dazu gekommen, dass der § 19a GWB wirklich schon übernommen worden ist, aber ich weiß zum Beispiel von Italien - oder glaube es zu wissen –, dass es dort Überlegungen und Bestrebungen gibt, ähnliche Vorschriften wie den § 19a GWB einzuführen. Andere Länder wiederum wenden das normale "Wettbewerbsrecht", also ihre nationalen Vorschriften oder Artikel 101, 102 AEUV, der das Wettbewerbsrecht auf europäischer Ebene regelt, sehr erfolgreich an. Italien ist eben mit dem Amazon-Verfahren schon zitiert worden. Das ist ein Verfahren gewesen, das ganz normal auf Wettbewerbsrecht gegründet worden ist. Also jetzt, wo der DMA da ist und wenn wir ihn mal wirklich ausformuliert vor uns haben werden. dann werden wir Mechanismen entwickeln, wie wir gemeinsam in Europa die Rechte der Wettbewerber, der GAFAs und vor allen Dingen auch der Verbraucher gemeinsam tatsächlich durchsetzen können. Denn ich werde nicht müde, es zu sagen: Ich glaube nicht - Herr Kerber hat schon darauf abgehoben, wie komplex die Regelungen sind -, dass der DMA wirklich selfenforcing sein wird. Es wird auch hier so sein, dass Brüssel Verfahren mit Untersuchungen, mit Fragebögen etc. führen muss. Und ich glaube, wir werden alle Hände brauchen, damit die Kommission den DMA erfolgreich durchsetzen kann, damit wir die Kommission dabei unterstützen, indem wir unsere nationalen Vorschriften, den § 19a GWB oder auch das ganz normale Wettbewerbsrecht, anwenden, um hier zu vernünftigen Regelungen zu kommen.

Der **stellvertretende Vorsitzende:** Herr Außendorf für BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN.

Abg. Maik Außendorf (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Herr Kerber, Sie haben ja angemerkt, dass der Verbraucher- und Datenschutz im DMA nur eine untergeordnete Rolle spielt. Sehen Sie da weiteren Bedarf nachzuregeln, gerade auch im Zusammenhang mit der Datenschutzgrundverordnung?

Der **stellvertretende Vorsitzende:** Herr Kerber, bitte.

SV **Prof. Dr. Wolfgang Kerber** (Philipps-Universität Marburg): Herzlichen Dank für diese Frage. Ich denke, das ist eine Diskussion, die meines Erachtens überhaupt in der ganzen DMA-Diskussion zu kurz kommt. Bei den großen Tech-Firmen und Gatekeeper-Plattformen spielen personenbezogene Daten eine Schlüsselrolle. Das ist einerseits wichtig für den Wettbewerb und deswegen für das Wettbewerbsrecht; andererseits ist es aber genauso wichtig für den Datenschutz und den Schutz der Privatsphäre. Insofern sind beide Politiken auch direkt miteinander verzahnt, und wir sollten das nicht ignorieren. Ökonomisch zeichnet sich das auch dadurch aus, dass wir zwei Marktversagensarten haben: Nämlich einmal das Marktmachtproblem – das Monopolproblem, was angesprochen worden ist, – und zum zweiten Informationsprobleme der Konsumenten. Wir sind mit den Einwilligungserklärungen überfordert, und wir wissen, dass der datenschutzrechtliche Einwilligungsmechanismus als Steuerungsinstrument für eine sinnvolle Kontrolle über unsere personenbezogenen Daten nicht funktioniert. Das wird durch die Kombination mit der zweiten Marktversagensart bei den Gatekeeper-Plattformen noch einmal viel schwieriger. Insofern liegt meines Erachtens sehr wohl ein besonderes Schutzerfordernis für die Konsumenten der zentralen Plattformdienste vor. Die DSGVO (Datenschutzgrundverordnung) ist nicht imstande, mit dieser besonderen Macht der Gatekeeper umzugehen, da sie nicht zwischen den verschiedenen Arten von Unternehmen differenziert. Ansonsten wird die Verordnung auch sehr schlecht gegenüber den großen Tech-Firmen durchgesetzt. Das hat sich ja konkret auch im Facebook-Fall gezeigt, da musste das Bundeskartellamt einspringen, um hier ein Problem zu lösen. Insofern ist es sehr wohl sinnvoll, für Gatekeeper-Plattformen zusätzliche Regeln zu formulieren, die den Endnutzern helfen, ihre Daten besser zu schützen und sie vor zu großem Sammeln ihrer Daten zu bewahren. Es kann auch problemlos unter dem Ziel der Fairness im Digital Markets Act subsumiert werden. Ich fand es schon immer ein bisschen eigenartig im DMA-Vorschlag, dass ausgerechnet gewerbliche Nutzer vor unfairer Ausbeutung geschützt werden sollen, individuelle Endnutzer als Konsumenten aber eigentlich nicht im Vordergrund stehen. Denn die sind mindestens genauso abhängig und dieser Monopolmacht ausgeliefert, speziell bezüglich der personenbezogenen Daten. Konkret wird es darum gehen, dass die Endnutzer eine



wesentlich größere Kontrolle über ihre Daten bekommen. Das heißt, dass ein Minimum an Wahlfreiheiten gegeben ist, wie es auch der Bundesgerichtshof im Facebook-Fall eingefordert hat. Und auch im § 19a GWB werden Wahlfreiheiten von Endnutzern explizit hier auch erwähnt und gestärkt. Meines Erachtens ist der Artikel 5a natürlich jetzt ein schöner Schritt, das zu tun, aber er ist eigentlich nur ein Anfang und er könnte wesentlich erweitert werden. Ich möchte jetzt nicht darauf eingehen, was da konkret in den letzten Fassungen angedacht ist. Ich möchte nur darauf hinweisen, dass in einem Gutachten für den vzbv (Verbraucherzentrale Bundesverband), Frau Prof. Dr. Specht-Riemenschneider und ich auch den Vorschlag gemacht haben, eine noch wesentlich weitergehende Verpflichtung einzuführen, die hier wesentlich mehr Wahlmöglichkeiten einführen würde. Danke schön.

Der **stellvertretende Vorsitzende:** Herr Meiser für die Fraktion DIE LINKE.

Abg. Pascal Meiser (DIE LINKE.): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Meine Frage richtet sich an Herrn Dr. Künstner. Herzlichen Dank auch für Ihre instruktive schriftliche Stellungnahme. Darin schreiben Sie, dass einer Ihrer Hauptkritikpunkte am Digital Markets Act sei, das er keine effizienten strukturellen Maßnahmen vorsehe, wie etwa missbrauchsunabhängige Übernahmekontrollen beziehungsweise Verbote und Entflechtungsmöglichkeiten. Und meine Bitte wäre: Können Sie es nochmal erläutern, warum Sie dies für ein zentrales Versäumnis halten und wie da künftig rechtssicher auch bei neuen Regelungen Abhilfe geschaffen werden könnte?

Der **stellvertretende Vorsitzende:** Herr Dr. Künstner, bitte.

SV Dr. Kim Manuel Künstner (Kanzlei Schulte Rechtsanwälte): Vielen Dank für die Einladung und auch für die Frage. In der Tat, ich würde anders als Herr Podszun den DMA gerade noch als Kartellrecht oder Wettbewerbsrecht einordnen. Für mich ist er insbesondere eine Missbrauchsaufsicht auf Anabolika. Also vieles hätte man dort auch abfangen können. Aber natürlich hätte es länger gedauert und wäre mit mehr Rechtsunsicherheiten behaftet gewesen. Das eigentliche Problem, das wir aber sehr häufig

neben diesen verhaltensbezogenen Tätigkeiten der Gatekeeper sehen, sind vor allem auch die Übernahmeaktivitäten – auch Übernahmeaktivitäten, die bereits vollzogen wurden. Herr Podszun hat ja auch schon die WhatsApp-Übernahme durch Facebook erwähnt. Wir sehen jetzt Google/Fitbit. Wir sehen sehr viele Übernahmen in dem Bereich, die jetzt teilweise immerhin mal unter die Fusionskontrollen in Europa und den Wettbewerb Deutschland fallen. Aber uns fehlen die Schadenstheorien dafür. Ich glaube, Herr Mundt hat das in der Pressemitteilung zu "Facebook Customer" auch sehr deutlich zum Ausdruck gebracht, dass hier einfach vor Gericht eine irgendwie geartete Untersagung wohl nicht gehalten hätte. Das heißt, da ist das Kartellrecht im Moment, was die digitalen Märkte angeht, weiterhin sehr schlecht aufgestellt, anders eigentlich als bei der Missbrauchsaufsicht. Das sieht man ja an erfolgreichen Verfahren etwa Facebook vor dem Bundeskartellamt oder auch "Google Shopping" der Kommission. Das hat zwar lange gedauert und war oder ist mit Rechtsunsicherheiten behaftet. Aber für mich ist der eigentliche Kern und die eigentliche Problematik, die entsteht, wenn Unternehmen Gatekeeper, sie sich auf einem Markt zu Recht im Wettbewerb durchgesetzt haben - ja, die Google-Suche ist gut und die Verbraucher nutzen sie auch gerne, aber rechtfertigt das, dass man benachbarte Services einfach kauft, qua finanzieller Kraft? Wieso kann ein Unternehmen mit dieser angeblichen Innovationskraft und so tiefen Taschen nicht selbst in den Wettbewerb zu einem Instant-Messenger einsteigen? Wieso kann Facebook keinen direkten Wettbewerb gegenüber WhatsApp machen? Wieso hat Google es mit seiner eigenen Shopping-Suche bisher nicht geschafft, selbst Erfolge zu feiern? Und das ist es, glaube ich, worauf es ankommt und wo viel Schaden am Wettbewerb auch entsteht, weil der Wettbewerb durch Fusionen umgangen wird, für die Schadenstheorien fehlen. Ich finde, es wird besonders eklatant, wenn man dann wiederum die materielle Prüfung der Fusionskontrolle sieht auch was Effizienzbehauptungen angeht – und sie mit dem Kartellverbot vergleicht. Letztendlich ist ja eine Fusion nichts anderes als die tiefste Form eines Kartells, nämlich eine Kooperation mit einem anderen Unternehmen, indem man es



übernimmt. Im Kartellverbot müsste man viel deutlicher belegen, dass es tatsächlich Effizienzen gibt. Ich habe zum Beispiel in der Sektoruntersuchung "Walzasphalt" beraten. Dort wurden jahrzehntelang bestehende Gemeinschaftsunternehmen zwischen Wettbewerbern aufgelöst – teilweise waren die gar nicht auf demselben Markt als Wettbewerber, sondern auf einem benachbarten Markt – und dort konnte man mit der Effizienzeinrede keinen Blumentopf gewinnen. Bei einer Fusionskontrolle ist es dann kein Problem. Diese Diskrepanz, die adressiert das Kartellrecht bislang nicht und auch nicht der DMA, doch dort hätte es eigentlich gut gepasst. Denn dort will man ja einerseits die Bestreitbarkeit der Märkte und andererseits die Fairness aufrechterhalten. Und deswegen finde ich es schon verwunderlich, dass eine Regelung zu den Killer Acquisitions hier fehlt. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende:** Herr Ullrich für die FDP-Fraktion.

Abg. Gerald Ullrich (FDP): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Ich habe eine Frage an Herrn Professor Podszun. Die geht ein kleines bisschen in die Richtung von dem, was der Herr Professor Kerber gesagt hat. Es ist ja nun mal so, dass der DMA und später auch der DSA dafür sorgen werden, dass Unternehmen möglichst diskriminierungsfrei auf den Plattformen ihr Geschäft ausüben können. Nun sind aber diese Plattformen ihrerseits auch wieder Unternehmen. Und jetzt kommt es zu Konflikten, wenn es darum geht, Haftungs- und Regressansprüche in irgendeiner Form durchzusetzen. Ich möchte jetzt die Plattformunternehmen gar nicht verteidigen, aber wäre es dann vielleicht auch möglich, dass sich diese Unternehmen genau über diesen Umweg auch wieder aus den Haftungs- und Regressansprüchen herauswinden können? Oder wird das in irgendeiner Form Ihrer Meinung nach im DMA geregelt? Wer ist denn dann für das Produkt, das gekauft wird, oder in Bezug auf die Dienstleistung für diese Haftungs- und Regressansprüche zuständig?

Der **stellvertretende Vorsitzende:** Herr Professor Podszun, bitte.

SV **Prof. Dr. Rupprecht Podszun** (Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf): Vielen Dank. Das ist tatsächlich eine spannende Frage, weil hier alle,

glaube ich, noch so ein bisschen unsicher sind, was eigentlich in der Praxis jetzt auf uns zukommt. Also, wir haben ja im DMA, im DSA und auch in allen möglichen anderen Gesetzen Regelungen. Also im Bürgerlichen Gesetzbuch beispielsweise haben wir jetzt kürzlich die Richtlinie über digitale Inhalte umgesetzt, wo wir dann auch Haftungsregeln usw. im ganz klassischen Schuldrecht haben. Und diese Regeln prasseln jetzt alle zusammen auf alle Beteiligten in diesen Märkten ein. Und dann kommen irgendwann auch noch – das ist ja gerade auch schon von den Vorrednern angedeutet worden die Gerichte ins Spiel und nehmen dazu Stellung. Und, ich glaube, es entsteht da wirklich ein regulatorisches Puzzle - so will ich das mal nennen –, wo wir noch gar nicht so ganz genau wissen, wie das am Ende aussieht, und wo wir noch gar nicht wissen - und ich wage da auch gar keine Prognose –, ob die Puzzleteile eigentlich ineinandergreifen oder ob wir hinterher ziemlich viele Puzzleteile übrig haben. Und das ist es, glaube ich, wenn wir jetzt heute so ein bisschen diskutieren: Was sind eigentlich die nächsten Schritte? Ich glaube, der nächste Schritt ist tatsächlich, genau in dieses Monitoring zu gehen. Die Regeln, die wir jetzt im GWB, im DMA, im DSA, in allen möglichen anderen Gesetzen in Kraft gesetzt haben - wir haben ja DSGVO, die P2B-Verordnung, im Urheberrecht, im Medienstaatsvertrag Regelungen und so weiter wie passen die eigentlich zusammen? Und entsteht daraus irgendwie so etwas wie ein kohärentes Bild, an dem sich Unternehmen auch orientieren können? Denn Sie haben ja in Ihrer Frage schon auch einen wichtigen Punkt gemacht. Ich bin wirklich nicht bekannt als jemand, der die Gatekeeper in Schutz nehmen möchte. Aber wir brauchen schon sozusagen einen grundsätzlich rechtssicheren Rahmen. Und die Gatekeeper müssen auch wissen, was sie tun müssen; und wir müssen es in ein rechtliches Korsett bringen, so dass sie sich überhaupt "compliant" verhalten können und wir am Ende des Tages auch wissen, wer mit welchen Pflichten und dann natürlich in der Folge auch mit welchen Haftungsregeln belastet ist. Und dabei gibt es dann natürlich immer noch den Punkt, dass wir nicht wollen, dass wir mit zu vielen Regeln Innovationen ersticken oder Märkte irgendwie auch wieder verschließen. Und das würde ich jetzt als die



nächste Aufgabe ansehen. Jetzt laufen wir mal los und auch bitte möglichst engagiert, und das Bundeskartellamt soll da auch alles tun, was es tun kann. Und dann müssen wir aber auch genau diese Folgeprobleme in den Blick nehmen, also ob das regulatorische Puzzle aufgeht oder ob man relativ schnell auch nachsteuern muss. Ich glaube. dass die Politik sich da auch nicht zurücklehnen darf im Sinne von: Jetzt haben wir den DMA, jetzt machen wir erstmal die nächsten Jahre nichts mehr. Es ist vielleicht so ein bisschen ein Versäumnis, das wir bei der DSGVO, wo man mit einem riesigen Aufwand einen Rechtsakt gemacht hat, gesehen haben und sich relativ schnell gezeigt hat, dass vielleicht das eine oder andere nicht funktioniert. Hier würde ich mir wünschen, dass wir schneller überprüfen und dann tatsächlich nochmal anpassen, um genau diese Folgeprobleme in den Griff zu kriegen.

Der **stellvertretende Vorsitzende:** Herr Mohrs für die SPD-Fraktion.

Abg. Falko Mohrs (SPD): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Meine Frage geht an Frau Professor Schnitzer. Sie haben in Ihrer Stellungnahme – und es ist zweimal jetzt hier von verschiedener Seite angesprochen worden – auch über das Thema Selbstdurchsetzung, also selfenforcement, gesprochen. Wir haben ja jetzt auch einige kritische Einschätzungen dazu gehört, die ich sehr gut nachvollziehen kann. Da würde mich nochmal Ihre Einschätzung zu interessieren, vor allem, weil Sie ja in Ihrer Stellungnahme auch darauf abgehoben haben, wie sich die Kommission vielleicht dazu neu und anders aufstellen muss – Stichwort: TechTeams. Da würde mich nochmal Ihre Einschätzung zu diesem Aspekt interessieren.

Der **stellvertretende Vorsitzende:** Frau Professor Schnitzer, bitte

SVe Prof. Dr. Monika Schnitzer (Ludwig-Maximilians-Universität München): Ganz herzlichen Dank. Das ist tatsächlich die große Frage, wie gut das funktionieren wird. Eigentlich ist das natürlich genau der Grund, warum man sagt, dass man so feste Regeln macht, anders als beim § 19a im GWB, wo ja Vieles dann vom Kartellamt erstmal geklärt werden muss, was natürlich viel Flexibilität gibt und eigentlich sehr schön ist. Aber der Grund, warum man sich jetzt auf diese festen Regeln im DMA verständigt hat,

war eben, dass man gesagt hat: Dadurch haben wir diese Selbstdurchsetzung, das spart uns viel Zeit und Mühe, wir müssen eben nicht alles genau ausdiskutieren. Am Ende wird es tatsächlich nicht so passieren. Das würde am ehesten noch beim Artikel 5 passieren können. Aber da muss man natürlich doch davon ausgehen, dass die Unternehmen vor Gericht ziehen und sagen: "Das passt aber für uns gar nicht und wir sehen gar nicht, warum das für uns eigentlich anwendbar sein sollte." Und dann wird es möglicherweise auch an der Stelle gerade besonders schwer sein, das gerichtsfest zu machen. Bei Artikel 6 gibt es ja, auch jetzt durch das Trilog-Verfahren, tatsächlich so etwas wie einen regulatorischen Dialog, sodass dann genau geklärt werden kann, was denn für ein konkretes Unternehmen jetzt wirklich an Maßnahmen, an Verbot, an Gebot gilt. Und das wird es wiederum erleichtern, wenn man vor Gericht zieht - und das wird passieren -, dass die Kommission dann möglicherweise dort doch eher auch mit seinen Geboten und Verboten durchkommt. Denn man hat es ja schon vorher im Zusammenhang mit den Unternehmen, im Dialog mit den Unternehmen genauer spezifiziert. Und das wird dann auch die Möglichkeit geben, am Ende vor Gericht zu obsiegen. Also insofern - ich bin da ganz bei Herrn Mundt – nimmt sich das am Ende gar nicht so viel, denn Vieles wird dann schon auch gerichtlich geklärt werden müssen. Gleichzeitig braucht es, um all das zu überprüfen, um das Monitoring zu betreiben, um dann auch die Verfahren entsprechend vorzubereiten, eine entsprechende Kapazität. Die ist bisher viel zu dürftig ausgestaltet, wenn ich das so sagen darf. Man hat bisher 80 Stellen vorgesehen. Ich sehe nicht, wie all diese Verfahren für diese vielen Unternehmen, um die es jetzt am Ende noch geht - das werden wohl 15 Unternehmen sein, die davon betroffen sein werden -, wie man das für all diese Unternehmen in der Kommission selbst als Behörde durchsetzen soll. Und es braucht natürlich nicht nur Manpower, Womanpower an sich, es braucht natürlich auch die entsprechende Qualifizierung dieser Personen. Und an der Stelle ist dann so etwas wie ein Tech-Team tatsächlich extrem wichtig. Es wird zum Beispiel darum gehen, auch die Algorithmen zu überprüfen. Dies wird ja eine Maßnahme sein, um zu schauen, ob tatsächlich nicht diese Selbstbevorzugung stattfindet, ob wirklich all die Verbote und Gebote



eingehalten werden. Und dafür braucht es entsprechende Kompetenz. Das wird also sehr wesentlich sein. Vielleicht an der Stelle aber noch ein Punkt: Was der DMA tatsächlich dann doch bewirken wird, ist die Außenwirkung. Denn wir werden einerseits in Europa natürlich regulieren, aber es ist ja ganz klar, dass sich das weltweit auswirken wird. Und an der Stelle haben wir dann allein schon dadurch, dass wir hier eine Regelung getroffen haben, und zwar als erste weltweit, die von so weitreichender Bedeutung ist, tatsächlich ein Signal gesetzt, und an dem werden sich die Unternehmen auch ausrichten müssen. Die werden sich jetzt anpassen müssen. Und das wird gar nicht anders gehen, als dass sie das auch weltweit umsetzen.

Der **stellvertretende Vorsitzende:** Vielen Dank. Herr Durz für die CDU/CSU-Fraktion.

Abg. Hansjörg Durz (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Meine nächste Frage geht an Herrn Professor Wambach. Herr Professor Wambach, die Tech-Konzerne haben immer argumentiert, Regulierungen wie der § 19a GWB und DMA werden Innovationen extrem hemmen. Das war das zentrale Argument der Tech-Konzerne. Wie sehen Sie denn diese Argumentation vor dem Hintergrund der jetzt vorliegenden Regulatorik?

Der **stellvertretende Vorsitzende:** Herr Professor Wambach, bitte.

SV Prof. Achim Wambach. Ph. D (ZEW): Ja. was schon innovationsfreundlich ist, ist dieser asymmetrische Regulierungsansatz. Also, wir regulieren ja hier nicht die Start-ups und die Kleinunternehmen, sondern es werden die großen Unternehmen reguliert. Und insofern ist das, wo doch viel Innovation stattfindet, nämlich auch außerhalb der Unternehmen, dem DMA nicht unterworfen. Allerdings sehen wir schon, dass wir ja nicht nur den DMA haben, sondern wir haben eine Vielzahl von Regulierungen im Markt -das ist ja eben auch angesprochen worden -, die nicht kohärent voneinander zu trennen sind, die interagieren, also das Gefühl des Zuschnürens ist in jedem Fall vorhanden. Das, glaube ich, wird auch die Aufgabe der nächsten Jahre sein, wenn der DMA jetzt in Kraft ist, wirklich sauber abzugrenzen, was die Aufgabe des DMA ist und was die Aufgabe der anderen Instrumente, dass

man nicht genau in diese Falle reinläuft, dass wir halt Regulierungen überwerfen. Und da ist es natürlich so, dass gerade die großen Unternehmen das können. Die können die Regulierungssysteme auseinanderhalten. Die kleinen können das nicht. Die haben nicht die Möglichkeit zu sagen, wir stellen jetzt mal zwei Leute für den DSA ab und zwei Leute für andere Regeln, die Möglichkeit haben sie nicht. Vielleicht in dem Zusammenhang noch ein Aspekt: Herr Podszun hat die fehlenden Prinzipien genannt. Ich würde es die fehlende Systematik nennen. Fairness ist noch kein Prinzip. Fairness ist ein Schwammbegriff, der sehr vieles umfasst. Und es ist für die Unternehmen sehr schwierig zu sagen, was sind denn die nächsten Schritte, worauf müssen wir uns vorbereiten, was ist die Logik hinter diesem System? Und hier greifen halt auch zwei Ansätze ineinander. Der DMA ist entstanden aus Problemen, die es gibt, und nicht unbedingt aus den Ursachen der Probleme, sondern aus den Problemen. Deswegen enthält er auch sehr viele detaillierte Einzelregeln, um diese Probleme in den Griff zu bekommen. Ja, und ich glaube, die Aufgabe der nächsten Jahre wird sein, sauberer in die Ursachen zu gehen. Und da hat dann auch das Zusammenspiel mit § 19a GWB - vielleicht der letzte Punkt – mit dem DMA eine wichtige Rolle, weil da eine andere Basisanalyse getroffen worden ist. Das war nicht die Plattform - also nicht die Gatekeepers –, sondern es sind die Ökosysteme als Ursache, und insofern lautet eine Antwort auf die Frage, was mit der Innovationsfreudigkeit ist: Wir müssen es schaffen, die Systematik in diesen Bereichen in den nächsten Jahren noch stärker herauszuarbeiten.

Der **stellvertretende Vorsitzende:** Herr Schulz für die AfD-Fraktion.

Abg. Uwe Schulz (AfD): Vielen Dank. Meine Frage geht an Frau Prof. Dr. Schnitzer. Frau Professor Schnitzer, Sie weisen auf einige Punkte hin, die aus Ihrer Sicht durch die Verordnung nicht optimal gelöst würden beziehungsweise problematisch sind. Außerdem bemängeln Sie – und das ist ja jetzt auch schon zwei- bis dreimal hier so angeklungen –, dass die EU-Kommission derzeit personell und fachlich nicht in der Lage sei, als Behörde den DMA anzuwenden. Es sei ein erheblicher Personal- und Kompetenzaufbau erforderlich. Meine Fragen: Würden Sie dem



Bundeskartellamt zutrauen, Frau Professor Schnitzer, den DMA aus eigener Kraft, ohne die EU-Kommission als zuständiger Behörde durchzusetzen? Und falls nein, warum nicht? Und verstößt die geplante Befugnis der EU-Kommission nicht gegen das Subsidiaritätsprinzip? Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende:** Frau Professor Schnitzer.

SVe Prof. Dr. Monika Schnitzer (Ludwig-Maximilians-Universität München): Zu den Mängeln kann ich gleich gerne etwas sagen. Vielleicht fange ich aber mit der Frage an, ob das Personal wirklich ausreicht. Das habe ich ja eben schon ausgeführt, dass ich Probleme sehe, dass die EU mit diesem Personal das tatsächlich schaffen wird. Sie wird auch Prioritäten setzen müssen, das heißt, sie wird schrittweise vorgehen müssen. Es ist ja im Vorfeld auch viel darüber diskutiert worden, ob es überhaupt sinnvoll ist, die Schwellen so niedrig anzusetzen, so dass jetzt gleich 15 Unternehmen davon betroffen sein werden. Wir hatten uns in verschiedenen Gruppen dafür eingesetzt, dass man die Schwellen erstmal etwas höher ansetzt. Das ist im Trilog-Verfahren dann auch nochmal ein bisschen angehoben worden, einfach damit man zunächst mit weniger Unternehmen die Erfahrung sammeln kann. Jetzt ist es so entschieden worden. Also, man wird dann einfach so vorgehen müssen, dass man Prioritäten setzt bei dem, worauf man jetzt besonders achtet. Wir haben die Vorschläge ja gesehen, dass die nationalen Wettbewerbs- und Regulierungsbehörden stärker einbezogen werden sollen in die Durchsetzung, und in gewissem Umfang wird das auch der Fall sein. Herr Mundt könnte das natürlich noch besser beschreiben, aber es spricht ja überhaupt nichts dagegen, die nationalen Wettbewerbsbehörden hier einzubeziehen. Sie werden mit den Informationen, die erhoben werden, auch entsprechend in ihren Verfahren wirken können. Also, hier eine Kooperation zu haben, das ist ja etwas, was auf jeden Fall sinnvoll sein kann. Gleichzeitig geht es natürlich darum, die Regeln so durchzusetzen, dass sie für den gesamten Binnenmarkt gelten. Und an der Stelle muss man immer schauen, ob nun Unternehmen betroffen sind – und das ist ja bei den BigTech-Unternehmen typischerweise der Fall –, die im

gesamten Binnenmarkt agieren, und dann müssen die Regeln natürlich auch einheitlich durchgesetzt werden.

Jetzt an der Stelle noch zu dem Thema, weil Sie sagten, bestimmte Dinge werden bemängelt, sind nicht so ausführlich im DMA bisher geregelt oder sind wohl gar nicht so stark aufgenommen worden. Da würde ich an der Stelle insbesondere die Sanktionsmechanismen ansprechen wollen: Die bisherigen Sanktionsmechanismen sehen Strafen und weitere Verhaltensauflagen vor, und die sind zum Teil sehr weitgehend. Der Fokus auf die Verhaltensauflagen lässt die strukturellen Maßnahmen etwas außen vor. Diese Möglichkeit [strukturelle Maßnahmen] ist im Trilog-Verfahren nochmal etwas geschärft worden. Vorher war es ganz klar: Priorität für die Verhaltensauflagen, und nur wenn das alles gar nicht funktioniert und lange eben nicht zum Erfolg geführt hat, dann doch möglicherweise strukturelle Maßnahmen einzuführen. Jetzt ist es so geklärt, dass die beiden in keinem Hierarchieverhältnis stehen. Beide sind grundsätzlich denkbar. Und an der Stelle kann man wirklich darüber nachdenken, die strukturellen Maßnahmen nochmal zu schärfen und stärker in den Blick zu nehmen, weil sie doch eine Alternative sind zu Verhaltensauflagen, weil sie eben nicht erfordern, dass man ständig dieses Monitoring, die Regulierung macht, so wie es Herr Kerber vorhin angesprochen hat. Das ist ja ein ständiges Nachschärfen, ein ständiges Überprüfen. Da könnte strukturell Vieles noch möglich sein.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Herr Außendorf für die Fraktion BÜNDNIS90/DIE GRÜNEN.

Abg. Maik Außendorf (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Herr Kerber, es sind ja die Ziele Bestreitbarkeit der Märkte und Fairness explizit formuliert, hauptsächlich in Bezug auf die Unternehmen. Sehen Sie die auch in Bezug auf Konsumenten und Verbraucher hinreichend berücksichtigt?

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Herr Professor Kerber, bitte.

SV **Prof. Dr. Wolfgang Kerber** (Philipps-Universität Marburg): Herzlichen Dank für die Frage. Ich hatte vorhin ja schon angesprochen, dass es notwendig ist, dass auch die Konsumenten geschützt werden. Es gab noch eine Anzahl von Vorschlägen des Parlaments dazu, die teilweise



hier auch eingeflossen sind. Wichtig ist, dass dieses zweite Marktversagen wegen dem Informationsproblem, von dem ich gesprochen habe, dass das ja im ursprünglichen Kommissionsentwurf überhaupt nicht vorkam, sondern erst dann durch die Diskussion im gesetzgeberischen Bereich – also vom Parlament, aber auch vom Rat – eingeflossen ist. Also mit den Dark-Pattern-Diskussionen und die manipulativen Verhaltensweisen. Ich wollte auch gerne noch mal darauf hinweisen, dass das ein Problem ist, das ja auch schon die "Wettbewerbskommission 4.0" angesprochen hat, mit der Forderung nach Steigerung der Konsumentensouveränität. Das ist genau dasselbe Problem. Das heißt, es hat eigentlich erst die gesetzgeberische Diskussion erfordert, dass das tatsächlich zumindest zum Teil dann hier im Digital Markets Act berücksichtigt worden ist. Was verstanden wurde, ist dann vor allen Dingen das Problem der manipulativen Beeinflussung. Das ist dann direkt ja auch in Verbesserungen des Artikel 5a eingeflossen mit inzwischen einem langen Text, um das hier in den Griff zu bekommen. Es geht dabei nicht nur um diese Verhaltensprobleme, "dark patterns", sondern es sind auch noch zusätzliche Regeln drin, die ja richtig verbraucherpolitisch interpretiert werden können. Das heißt, da ist einiges reingekommen, auch in Erwägungsgrund 36a, der neu ist, ist es aufgegriffen und sehr ausführlich diskutiert worden. Es kommt natürlich dann indirekt über die "anticircumvention rules", das heißt, über die Regeln, um Umgehungen von Verpflichtungen hier zu verhindern. Allerdings bedeutet es nicht, dass das ein generelles Verbot ist von manipulativen Praktiken der Gatekeeper, weil es sich nur auf die Verpflichtungen bezieht und nicht als generelles Verbot besteht. Man könnte sich sehr wohl vorstellen, dass man auch so ein Verbot als eigene zusätzliche Verpflichtung einführt, was Gatekeeper gegenüber den Endnutzern und Endnutzerinnen nicht tun sollten. Dann kommt üblicherweise das Argument, dass manipulative Verhaltensweisen eigentlich dann generell für alle Unternehmen verboten werden sollten, wenn das so ein Problem ist. Das sollte dann im Verbraucherrecht passieren. Dazu gibt es auch zurzeit eine Diskussion. Aber wir sollten vorsichtig sein: "dark patterns" sind schwer zu definieren und schwer festzustellen. Das heißt,

ein breites generelles Verbot für alle Unternehmen könnte zu erheblichen Kostenunsicherheiten für kleine und mittlere Unternehmen führen, die große Schwierigkeiten hätten, damit umzugehen. Das könnte auch zu einer Überregulierung führen. Es ist ganz anders, wenn ich so eine Regel für eine kleine Menge von Gatekeepern einführe, die natürlich technisch stark sind und wissen, wie man das macht, und die vor allen Dingen natürlich auch besonders gefährlich sind in Bezug auf "dark patterns", weil sie über so viele Daten verfügen, die sie benutzen können, um das entsprechend dann auch zu tun. Insofern würde ich sagen, dass sehr wohl so eine asymmetrische Regulierung, die wir im Augenblick im DMA ja nur in Bezug auf den Wettbewerb sehen, dass so eine asymmetrische Regulierung auch auf andere verbraucherpolitische und datenschutzrechtliche Belange ausgeweitet werden könnte. Das wäre etwas, was sozusagen eine gewisse andere Interpretation des Digital Markets Act wäre. Er würde breiter werden. Ich denke aber, dass man das auch gut verteidigen und dass es auch aus ökonomischer Sicht eigentlich hier sehr sinnvoll sein könnte. Das würde auch dazu passen, dass das Zusammenspiel zwischen Verbraucherschutz, Datenschutz und Wettbewerbsrecht überhaupt stärker hier berücksichtigt werden sollte. Dazu gibt es auch etwas im International Competition Network. Da weiß Herr Mundt allerdings mehr. Danke schön.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Herr Mohrs für die SPD-Fraktion.

Abg. Falko Mohrs (SPD): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Meine Frage geht an Herrn Professor Podszun. Und zwar würde mich mal Ihre Einschätzung dazu interessieren, wie Sie die Möglichkeiten zur Durchsetzung der Verhaltensvorgaben oder Auflagen für Dritte beurteilen? Sie hatten in Ihrer Stellungnahme ja auch etwas zu den Zuständigkeiten von Gerichten, den Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung aufgeschrieben. Vielleicht können Sie uns dazu einen Einblick geben?

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Herr Professor Podszun, bitte.

SV **Prof. Dr. Rupprecht Podszun** (Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf): Ja, sehr gern. Der DMA sieht in erster Linie vor, dass die Europäische



Kommission der "sole enforcer" ist, also sozusagen der einzige Rechtsdurchsetzer. Zum Glück darf das Bundeskartellamt unterstützend tätig werden. Da hätte man sich mehr vorstellen können. Aber wenn jetzt noch eine entsprechende Rechtsgrundlage geschaffen wird, dass das Bundeskartellamt da auch kraftvoll die Kommission unterstützt, ist die behördliche Seite schon mal ganz gut abgedeckt. Es hat sich jetzt im Laufe der Trilog-Verhandlungen auch noch so ergeben, dass etwas, was wir von vornherein als Wissenschaftler gesagt haben, auch anerkannt wurde, nämlich dass es natürlich auch eine private Rechtsdurchsetzung dieser Verpflichtungen geben muss. Das ist ein europarechtliches Gebot, dass Private, die Rechte durch den DMA kriegen, die davon profitieren können, dass sie das auch vor Gericht geltend machen können. Das ist natürlich sehr schwierig. Wenn Sie ein kleiner Händler auf Amazon Marketplace sind – Herr Mundt hat es eben schon beispielhaft angesprochen - und Sie müssen jetzt Ross und Reiter bei Gericht nennen und Amazon verklagen, ist das natürlich nicht ganz einfach. Aber wir haben durchaus in den vergangenen Jahren Fälle gesehen, bei denen sich kleine, mittlere oder auch größere Unternehmen gegen Gatekeeper vor Gericht gegen bestimmte Praktiken gewehrt haben. Und das sollte man aus meiner Sicht unterstützen und auch fördern. Dafür ist es sicherlich wichtig, dass man die Gerichtszuständigkeiten und die Möglichkeiten. die diese Dritten haben, ausbaut. Das würde voraussetzen, dass man, würde ich vorschlagen, etwas macht, was wir aus dem Kartellrecht kennen: Im Kartellrecht haben wir es so geregelt, dass wir bestimmte spezialisierte Gerichte haben, die für die Kartellrechtdurchsetzung zuständig sind. Das halte ich auch hier für sinnvoll, dass nicht sozusagen jedes Landgericht in Deutschland sich jetzt mit dem DMA auseinandersetzen muss, das ist vielleicht eine gewisse Überforderung, sondern dass man das dort konzentriert, wo auch schon eine gewisse kartellrechtliche Expertise vorhanden ist. Das wäre eine Regelung, die man beispielsweise im GWB oder andernorts trifft. Ich glaube, das müsste dann auch in Abstimmung mit den Ländern erfolgen, weil die für die Justizorganisation zuständig sind.

Ein Zweites ist, was eben auch in der anderen Frage schon angeklungen ist, dass es natürlich neben den Unterlassungsansprüchen, die man möglicherweise geltend machen kann, auch Schadenersatzansprüche geben kann, wenn DMA-Pflichten verletzt wurden. Diese Schadensersatzprozesse kennen wir aus dem Kartellrecht. Sie sind extrem kompliziert, sehr schwierig, aber wir haben immerhin im Kartellrecht schon bestimmte gesetzgeberische Erleichterungen. Das ist geregelt in § 33 ff. des GWB, sodass die Klägerinnen und Kläger, die sich darauf stützen, bessere Chancen haben, ihren Schadensersatz geltend zu machen. Da könnte ich mir durchaus vorstellen, dass man diese Regelungen, die wir im GWB haben, auch für analog anwendbar für Verletzungen des DMA erklärt. Aus meiner Sicht braucht es das, weil sich das nicht automatisch daraus ergibt, dass wir diese Regeln schon haben, weil der DMA eben von der Rechtsnatur her kein Kartellrecht ist, sonst wäre das vielleicht einfacher. Aber das müssten Sie sozusagen als Bundestag dann regeln und hineinschreiben, dass diese bestimmten Erleichterungen der Kläger auch dann gelten, wenn DMA-Verpflichtungen verletzt werden.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Frau Klöckner für die CDU/CSU-Fraktion.

Abg. Julia Klöckner (CDU/CSU): Danke schön, Herr Vorsitzender. Auch meine Frage geht an Herrn Professor Podszun zum Stichwort "Wettbewerbsrecht" und zu den "Verfahren", also langwierige Prozesse, behördliche Prozesse oder auch gerichtliche Auseinandersetzungen. Das ist manchmal ein Ärgernis, gerade dieser Zeitverlauf auch häufig ein Hindernis. Und zur Frage der Beschleunigung haben Sie auch Vorschläge gemacht. Vielleicht könnten Sie darauf noch einmal eingehen, bitte.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Herr Professor Podszun.

SV Prof. Dr. Rupprecht Podszun (Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf): Ja, vielen Dank, Frau Klöckner, das passt eigentlich sehr gut zu der Frage vorher, weil das natürlich im gerichtlichen Bereich bleibt. Vielleicht einen Satz vorab zu den Behörden oder vielleicht auch nochmal, um einfach das Problem zu schildern: Das Google-Shopping-Verfahren, das so ein "landmark case" des Kartellrechts und für die digitale Regulierung ist, ist immer noch nicht rechtskräftig



abgeschlossen. Da haben wir noch keine rechtskräftige Entscheidung, obwohl die Europäische Kommission das Verfahren schon 2010 eingeleitet hat. Wir sind jetzt über eine Dekade später. Und der EuGH wird das noch entscheiden müssen, das heißt, es wird noch eine Weile dauern. Ein anderes wichtiges Verfahren, das Intel-Verfahren, das eigentlich zurückgeht bis ins Jahr 2000, ist bis heute nicht rechtskräftig abgeschlossen. Da sehen wir, das sind Zustände, die eigentlich nicht mehr haltbar sind, wo sich die Justiz – muss man vielleicht auch mal ganz offen sagen - irgendwie fast lächerlich macht, wenn sie meint, wir können hier über zehn Jahre solche Verfahren führen. Das ist aus meiner Sicht ein unhaltbarer Zustand und das schreckt auch davon ab, überhaupt zu Gericht zu gehen. Also, welches kleinere Unternehmen lässt sich denn auf ein Verfahren ein, wenn es sich dann über Jahre hinzieht und natürlich auch mit entsprechenden Kosten verbunden ist? Der erste Punkt ist: Ich glaube, wir können auch bei den behördlichen Verfahren schneller werden. Ich gucke Herrn Mundt jetzt an und hoffe, dass er begeistert nickt, wenn ich sage, dass das Bundeskartellamt ja vielleicht noch bei der einen oder anderen Frage überlegen kann, wie man das Verfahren noch hier und da beschleunigt, dass man vielleicht auch einfach nochmal alle Abläufe prüft und guckt, wie schafft man denn nun wirklich eine moderne, durchdigitalisierte Verfahrensführung, gerade im Kartellrecht? Wenn man dann auf die gerichtliche Ebene geht, dann sind das Reformen, die allgemein bei den Gerichten anstehen. Also, es ist ja nicht nur im Kartellrecht so, dass Verfahren sich lange hinziehen. Aber das Kartellrecht ist, glaube ich, als Rechtsgebiet gut geeignet, um vielleicht auch das ein oder andere auszuprobieren und zu gucken, wie können wir denn die Gerichte schneller machen, wie können die das denn verbessern? Ich sehe dann nicht die Musterlösung darin, dass man Gerichtsinstanzen immer weiter zurückschneidet, also dass man sagt, wir haben jetzt nur noch eine schnelle Instanz, die das überprüft, und Ende, sondern dass man die Gerichtsverfahren selbst beschleunigt. Da gibt es schon Ansätze für. Also, wenn Sie beispielsweise ins Patentrecht gucken, da hat das Landgericht München I - eine der führenden Patentkammern in Deutschland - das sog. Münchner Verfahren eingeführt, ohne dass es

da einer Änderung der ZPO oder des GVG bedurfte. Es hat beispielsweise gesagt, dass die Kernargumente jetzt mal, ich weiß es nicht mehr ganz genau, auf zehn Seiten und nicht auf 200 Seiten Schriftsatz ausgeführt werden müssen. Da müssen sich die Parteien jetzt mal entscheiden, was sind die wichtigen Punkte, auf welche stützen wir uns wirklich usw. Das wird von den Parteien begeistert angenommen, weil die natürlich auch einen Effekt darin sehen, dass das beschleunigt wird. Es gibt dann im Ausland Modelle, wie ein aktives Case Management, also dass sich Gerichte am Anfang des Verfahrens mal hinsetzen und sagen: "So strukturieren wir das, so gehen wir da voran." Das ist eine Sache, wir sind jetzt hier im Wirtschaftsausschuss, wo Sie, glaube ich, vor allem das Justizministerium mit ins Boot kriegen müssten. Ich weiß nicht, wie da jetzt die Aussichten sind – dafür sind Sie ja da – aber dass man vielleicht auch das Kartellrecht mal als ein Modellrechtsgebiet betrachtet - da hat man nämlich ganz oft starke Kläger, die ein großes Interesse haben, und auch starke Beklagte, die unternehmerisch denken – dass man sieht, wie kriegen wir denn diese Verfahren jetzt schneller hin, und diese beschleunigt. Es gibt da viele Ansätze im Ausland, auch in Deutschland, auf die man zurückgreifen kann und die man dann vielleicht einfach ein bisschen stärker fördern und ausrollen müsste.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Herr Mohrs für die SPD-Fraktion.

Abg. Falko Mohrs (SPD): Jawohl, danke, Herr Vorsitzender. Meine Frage geht an Frau Professor Schnitzer. Sie hatten vorhin schon kurz einmal ausgeführt und in Ihrer Stellungnahme auch angesprochen, dass Sie davon ausgehen, dass der DMA über Europa hinaus hoffentlich eine Wirkung haben wird, was ich auch sehr positiv finde. Das wäre der erste Teil meiner Frage, worin Sie diese Hoffnung begründet sehen? Und daran anknüpfend auch: Sie erwarten, dass aus den Artikeln 5 und 6 die größten Anpassungsnotwendigkeiten auch insbesondere für die Geschäftsmodelle der Gatekeeper entstehen könnten. Wo werden wir denn dann, vielleicht auch weltweit, die größten Anpassungen sehen?

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Frau Professor Schnitzer.



SVe Prof. Dr. Monika Schnitzer (Ludwig-Maximilians-Universität München): Ja, ganz herzlichen Dank. Also, tatsächlich ist es so, dass ein Unternehmen, das weltweit agiert, jetzt in einer Region, nämlich in Europa, in der EU, vor neue Regeln gestellt wird. Da muss man sich ja überlegen, wie passt es sich an? Dann kann man, gerade weil man ja weltweit agiert und diese Netzwerkeffekte und die Skalen-Effekte auch nutzen will, natürlich sagen: "Okay, für die Region passe ich jetzt meine Regeln an und für andere Regionen nicht." Aber das wird in vielen Fällen nicht rentabel sein, das heißt, man wird sich überlegen, wie passe ich das jetzt an, wie gehe ich auf diese Regeln ein? Und dann wird man das in vielen Fällen weltweit so einsetzen, insbesondere vor dem Hintergrund, dass natürlich auch in den anderen Ländern ganz viel über dieses Thema diskutiert wird. Wir sind schon wirklich Vorreiter, aber es ist damit zu rechnen, dass es früher oder später auch in den Vereinigten Staaten Regeln geben wird. Dann hat natürlich die Tatsache, dass die EU schon vorangeschritten ist, auch eine gewisse Sogwirkung. Es mag sein, dass die USA dann irgendwelche, ganz andere Regeln einführen werden. Dann werden wir das Problem haben, wie koordinieren wir uns da? Aber an der Stelle haben wir wirklich den First-Mover-Advantage. Und es ist zu hoffen und im gewissen Umfang auch zu erwarten, dass das auch Einfluss darauf haben wird, wie andere sich verhalten. Großbritannien wird sich bewegen. In Australien sehen wir diese Bestrebungen. Also, das passiert einfach weltweit. Wir haben, glaube ich, an der Stelle wirklich den großen Vorteil, dass wir jetzt den Punkt gemacht haben und andere sich daran nicht notwendigerweise immer anpassen, aber das doch zur Kenntnis nehmen und auch von sich aus kein Interesse haben werden, dass die Verfahren zu unterschiedlich sein werden. Insofern hat das eine wirklich wichtige Signalwirkung, und die Unternehmen werden das in ihr Kalkül mit einbeziehen.

Was bedeutet das jetzt insbesondere? Wo haben wir jetzt Anpassungsnotwendigkeiten? Also, wenn es um die Algorithmen geht, wie setze ich meine Suchmaschinen auf, wie mache ich meine Selbstbevorzugung, die eben dann nicht mehr erlaubt ist, dann wird das natürlich Einfluss haben. Wenn ich mir die anderen Regeln anschaue, welche Voreinstellungen gibt es zum Beispiel? Also, das ist eine ganz wichtige Regel, die jetzt eingeführt worden ist, dass es nicht mehr erlaubt ist, auf eine Voreinstellung die Kundinnen und Kunden zu verpflichten; die dürfen jetzt auswählen und dürfen auch Alternativen auswählen, dann wird das natürlich zu der entsprechenden Konkurrenz führen. Das ist genau die Idee, warum es diese Änderung gebe soll, sodass man beispielsweise eben eine alternative Suchmaschine installiert. Wenn dann weiterhin noch durchgesetzt wird, wie ja vorgesehen ist, dass man zu den Suchdaten als Konkurrenz Zugriff hat, dann habe ich natürlich auch die Möglichkeit, darauf mein Geschäftsmodell aufzubauen. Das heißt, an der Stelle wird einfach die Tatsache, dass es nun Konkurrenz geben wird - das ist ja die ganze Idee von diesem DMA dazu führen, dass sich die Unternehmen auch weltweit neu aufstellen müssen. Denn diese Konkurrenz wird dann auch in anderen Ländern letztlich erfolgreich sein können. Insofern also erwarte ich, dass sich das sehr weit auswirken wird.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Frau Bauer für die FDP-Fraktion.

Abg. Nicole Bauer (FDP): Ja, sehr gerne. Vielen Dank auch für die spannenden Impulse. Meine Frage möchte ich an Herrn Prof. Dr. Kühling richten, und zwar: Sowohl der DMA als auch die Novellierung des GWB haben im vergangenen Jahr zusätzliche Aufgaben für das Kartellamt bedeutet. die hochkomplex sind, in welcher Art und Weise und mit welchen Geschäftspraktiken, auch auf digitalen Märkten wettbewerbsschädliche Grundlagen einzuschätzen sind. Jetzt meine Frage an Sie: Welche bestehenden Expertengremien gibt es bereits, sodass sie vielleicht auf nationaler Ebene effizienter miteinander zusammenarbeiten können? Oder welche neuen Stellen müsste man schaffen, um diese hochkomplexe Aufgabe auch zu bewältigen?

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Herr Professor Kühling über Webex, bitte.

SV Prof. Dr. jur. Jürgen Kühling (Universität Regensburg): Ja, vielen Dank für diese interessante Frage. Ich glaube, dass wir im Bereich der Digitalisierung, was die reine wissenschaftliche und externe Beratung anbelangt, eigentlich ganz gut aufgestellt sind. Wir haben hier heute einige



Vertreter aus der Wissenschaft, wir haben den Sachverständigenrat vertreten durch Frau Schnitzer, wir haben die Monopolkommission – heute sogar doppelt vertreten durch Herrn Wambach und mich. Daher sind eher keine neuen Institutionen aufzubauen – das mag jetzt natürlich ein bisschen pro domo klingen –, sondern wenn dann eine Personalverstärkung in denjenigen Institutionen, die sich ohnehin mit diesen Themen befassen. Wenn ich tatsächlich pro domo für die Monopolkommission sprechen darf: Wir haben auch im Zuge der Einführung des § 19a GWB eine mögliche weitere Rolle bekommen, nämlich wenn der Bundesgerichtshof in streitigen Verfahren Gutachten als erste Instanz einholen möchte, dass wir möglicherweise dort mit unserer Expertise zur Verfügung stehen. Und da wäre eine Ertüchtigung einer bestehenden Institution sicherlich sinnvoller als weitere Institutionen zu schaffen. Aber das könnten auch der Sachverständigenrat oder andere Gremien sein.

Was ich bei der Gelegenheit noch einmal betonen möchte, weil ich da vorhin redezeitbedingt etwas knapper sein musste, ist der Punkt der Zusammenarbeit auf der exekutiven Ebene. Vielleicht impliziert Ihre Frage das auch. Da scheint mir schon der Punkt sehr wichtig zu sein, dass jetzt genau geprüft wird, wenn wir die finale Fassung des DMA haben, wie wir die Ressourcen in dem exekutiven Vollzug bündeln können. Denn der DMA zielte von vornherein auf eine Zentralisierung bei der Kommission auf europäischer Ebene ab, weil wir Vollzugsdefizite in anderen Bereichen beobachtet haben, die außerhalb des Kartellrechts liegen. Die Datenschutzgrundverordnung ist schon angesprochen worden mit dem Problem, dass die irischen Vollzugsbehörden nicht hinreichend aktiv werden. Und es hat schon eine gewisse Ironie, dass der erste große Datenschutzrechtsfall, der zum EuGH kommt, nun ein Verfahren des Bundeskartellamts betrifft. Das war so eigentlich nicht gesehen. Dennoch plädiere ich deutlich dafür, eine Schärfung in der DSGVO selbst vorzunehmen. Ich hielte es jedenfalls für problematisch, weitere Datenschutzregeln in den DMA aufzunehmen, um Vollzugsdefizite der Datenschutzgrundverordnung zu beseitigen. Das sollten wir besser in der Datenschutzgrundverordnung selbst lösen und dort die Vollzugsmechanismen optimieren. Für

den DMA finde ich die Ausgestaltung gar nicht so schlecht.

Für den Bundestag wird die Aufgabe darin bestehen, genau zu prüfen, ob und wie wir eine ergänzende gesetzliche Regelung treffen, um die Ressourcen, die wir ja beim Kartellamt haben, und die Kompetenz auch tatsächlich zu nutzen. Da sehe ich schon zwei Öffnungsmöglichkeiten in dem DMA, nämlich einerseits, dass nach Artikel 1 Absatz 6 § 19a-Verfahren grundsätzlich in den Bereichen geführt werden dürfen, in denen wir nicht eine Parallelität haben, und dass in diesen Verfahren dann auch tatsächlich eine Abstimmung erfolgt mit der Europäischen Kommission. Da scheint es mir sehr wichtig zu sein, dort eine begleitende Regel zu schaffen. Denn wir haben ganz große Ressourcen-Asymmetrien zwischen den regulierten Unternehmen und den Regulatoren.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Herr Durz für die CDU/CSU-Fraktion.

Abg. Hansjörg Durz (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Nachdem Herr Mundt auf die Vorschläge zur Verfahrensbeschleunigung von Herrn Podszun nicht nur nicht genickt hat, sondern wir seinem Gesichtsausdruck auch nicht entnehmen konnten, ob er die jetzt befürwortet oder eher ablehnt, möchte ich Herrn Mundt fragen, wie Sie denn zu diesen Vorschlägen stehen und wo Sie denn Ansatzpunkte sehen, die Verfahren zu beschleunigen.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Herr Mundt, bitte, über Webex.

SV Andreas Mundt (Präsident des Bundeskartellamtes): Die Verfahrensbeschleunigung muss ein zentrales Anliegen sein, wenn wir die Länge der Verfahren sehen. Wir beim Bundeskartellamt versuchen, diese Verfahren in der Tat so schnell wie möglich zu führen. Wir müssen allerdings auf der anderen Seite sehen, dass die Verfahrenslänge auch sehr davon abhängt, wie stark die Unternehmen eigentlich mit uns kooperieren und inwiefern sie wirklich bereit sind, uns auch das an Daten, an Informationen zu geben, was wir tatsächlich brauchen. Das ist nicht immer ganz einfach. Es gab mal ein Verfahren, ich mache das mal fest an der Europäischen Kommission, das die

Kommission gegen Google geführt hat. Sie hat



Informationen angefragt. Google hat der Europäischen Kommission so viele Daten geliefert, dass die Europäische Kommission nicht in der Lage war, die Daten zu speichern. Ich rede nicht über Verarbeitung, sondern über Speicherung. Das macht so ein bisschen auch die Größenverhältnisse vielleicht an der Stelle deutlich. Wir müssen für viele Verfahrensschritte den Unternehmen rechtliches Gehör gewähren. Wenn die Fristen aus Sicht der Unternehmen zu kurz sind, dann sind die Unternehmen sehr schnell bei der Hand zu rufen, wir würden das Recht auf rechtliches Gehör verletzen. Da sind wir dann ganz schnell in einem grundrechtlich geschützten Bereich. Das macht es für uns sehr schwierig. Also, insofern ist das nicht so einfach. Ich persönlich hatte auch oft den Eindruck, die Hauptprobleme, die liegen nicht wirklich beim Bundeskartellamt zumindest. Wenn ich Ihnen mal schildere, wie wir im Facebook-Fall, nachdem wir das binnen drei Jahren ermittelt, rechtliches Gehör gewährt und entschieden haben, dann vor Gericht in einem einstweiligen Verfahren vor dem OLG Düsseldorf waren. Das haben wir verloren. Dann sind wir mit diesem einstweiligen Verfahren zum Bundesgerichtshof nach Karlsruhe gegangen. Das haben wir gewonnen. Dann gab es ein zweites einstweiliges Verfahren in Düsseldorf beim OLG. Das haben wir verloren. Dann gab es ein zweites einstweiliges Verfahren vor dem Bundesgerichtshof. Das wurde zurückgezogen, weil sich abzeichnete, dass wir das gewinnen werden. Dann war schon die Hauptverhandlung beim Oberlandesgericht in Düsseldorf. Von dort ist der Fall dann zum Europäischen Gerichtshof verwiesen worden. Da wird er am 10. Mai 2022 verhandelt. Dann kriegen wir irgendwann ein Urteil. Dann ist die Sache aber nicht beendet, sondern geht zurück zum Oberlandesgericht nach Düsseldorf und hat sehr gute Aussichten, von da wieder zum Bundesgerichtshof nach Karlsruhe zu gehen. Also, ich will Ihnen die praktischen Probleme mal schildern, damit Sie auch sehen, wo es mitunter haken kann. Deswegen waren wir ja so extrem dankbar, dass der Gesetzgeber in der 10. GWB-Novelle entschieden hat, dass Verfahren nach § 19a GWB direkt zum Bundesgerichtshof gehen und dort verhandelt werden, damit wir auch dieses Ping-Pong zwischen den Instanzen in Zukunft nicht mehr haben. Also, um das kurz zu

Verfahren rasch und auch effizient zu führen. Das ist natürlich auch eine Frage der Ressourcenausstattung. Die habe ich schon angesprochen. Aber vor Gericht wird es dann noch mal eine Ecke schwieriger, was ja auch Herr Podszun eben schon beredt hinsichtlich der europäischen Gerichte ausgeführt hat.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Herr Außendorf für die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN.

Abg. Maik Außendorf (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Wir werden ja hier in nächster Zeit über den Data Act zu diskutieren haben. Herr Kerber, ich habe die Frage, wo sehen Sie da Verknüpfungspunkte vom DMA zum Data Act?

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Herr Professor Kerber, bitte.

SV Prof. Dr. Wolfgang Kerber (Philipps-Universität Marburg): Vielen Dank. Der Data Act wird das nächste große Gesetzesprojekt sein. Die Diskussion beginnt jetzt und das wird uns in den nächsten Wochen und Monaten stark beschäftigen. Das ist ietzt ein weiterer Fall, wie die Beziehungen zwischen den verschiedenen Gesetzesprojekten sind. Der Data Act selbst wird neue Rechte für die Nutzer von IoT-Geräten, also Internet of Things-Geräten, für mehr Datenzugang und Datenteilung bezüglich der in IoT-Geräten generierten Daten schaffen. Das soll zu mehr Daten für Innovationen führen. Auch die Nutzer sollen eine größere Kontrolle über ihre Daten bekommen und stärker an deren Wert beteiligt werden. Aber die datenhaltenden Unternehmen sollen auch nicht ihre Anreize zu Investitionen verlieren. Der Bezug zum DMA ist nun zunächst mal ein ganz bestimmter, nämlich, dass es in dem Data Act-Vorschlag eine bestimmte Regel gibt, nämlich dass die Gatekeeper-Unternehmen, also die Adressaten des DMA, nicht Empfänger von solchen IoT-Daten werden dürfen, die Nutzer mit anderen Unternehmen sonst teilen dürfen. Zur Begründung wird auf die große Datenmacht dieser Gatekeeper-Unternehmen hingewiesen. Positiv ist daran, dass damit die Datenmacht der Gatekeeper begrenzt werden soll. Unklar ist allerdings, wie genau nun der Bezug zwischen diesen IoT-Daten, die irgendwelche IoT-Daten sein können, und der Bestreitbarkeit bei den spezifischen Plattformdiensten ist, um die es ja eigentlich geht,

machen, wir tun wirklich alles, um diese



und ob das auch angemessen ist, weil die Datenteilung solcher Nutzer auch dadurch eingeschränkt wird. Besonders interessant ist aus meiner Perspektive, dass gleichzeitig die Hersteller von IoT-Geräten, die die Datenhalter sind, keinen Restriktionen unterliegen. Sie können diese Daten – und wir sprechen hier von ganzen Datenströmen über die gesamte Lebenszeit dieses Geräts –, diese Datenströme sehr wohl an die Gatekeeper-Unternehmen verkaufen. Das würde natürlich die Datenmacht dieser Gatekeeper-Unternehmen in erheblich stärkerem Umfang vergrößern, als jetzt nur die Daten, die hier über die Nutzerteilungsrechte an diese Gatekeeper-Unternehmen gehen könnten.

Der DMA und auch das traditionelle Wettbewerbsrecht können eine solche Konzentration von Datenmacht über diesen Weg, denke ich, nicht verhindern. Es gibt natürlich auch andere spannende Bezüge zu Wettbewerb. Zentral ist natürlich die Idee, dass durch das Datenteilungsrecht der Nutzer auch Reparaturdienstleistungen ermöglicht werden und dadurch Wettbewerb auf den Aftermärkten von vielen IoT-Geräten ermöglicht werden soll. Das Problem ist, dass erste Analysen des Data Acts zeigen, dass der Umfang der über dieses Recht teilbaren IoT-Daten vermutlich sehr eng definiert ist und dass es auch keine Regelung gibt über den Zugang zu Software, also zu Interoperabilität, und dass es von daher sehr zweifelhaft ist, ob diese Regelungen tatsächlich zu wirksamem Wettbewerb auf solchen Dienstleistungsmärkten führen würden, wie das eigentlich angedacht wird. Man kann auch über das Verbot sprechen, die zur Verfügung gestellten Daten dürfen nicht für den Wettbewerb mit dem die Daten generierenden Gerät verwendet werden. Auch das kann zu Problemen führen und muss genauer geprüft werden. Insgesamt zeigt das Beispiel mit dem Data Act, dass die Bezüge zwischen DMA und Data Act und natürlich auch anderen gesetzgeberischen Akten, wie beispielsweise Data Governance Act, sehr unterentwickelt sind. Sie sind vage und auch sehr punktuell. Interessant ist auch der Bezug zwischen Data Act und Data Governance Act. Der sollte eigentlich ganz stark sein, ist aber völlig unterentwickelt. Aber das ist etwas, was man natürlich dann aus systematischer Sicht anschauen und prüfen muss. Danke schön.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Herr Farle für die AfD-Fraktion.

Abg. Robert Farle (AfD): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Meine Frage richtet sich an den Herrn Dr. Kim Manuel Künstner – Kanzlei Schulte Rechtsanwälte. Ich gehe davon aus, dass der DMA selbst im Fall einer erfolgreichen Durchsetzung wesentliche Unzulänglichkeiten des bestehenden Wettbewerbsrechts nicht beseitigen kann. Die Kanzlei Schulte Rechtsanwälte sieht den DMA eher kritisch und weist auf zahlreiche Unzulänglichkeiten hin. Ich beziehe mich besonders auf Ihre Stellungnahme auf Seite 9, Randnummer 31, welche Mängel im bestehenden Wettbewerbsrecht anspricht. Meine Bitte ist jetzt, dass Sie darauf noch einmal eingehen, was jetzt die wesentlichen Mängel aus Ihrer Sicht sind, und dann auch die Frage noch beantworten, welche positiven Auswirkungen der DMA nach Ihrer Ansicht auf dem digitalen europäischen und deutschen Markt zur Folge haben wird.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Herr Dr. Künstner, bitte.

SV Dr. Kim Manuel Künstner (Kanzlei Schulte Rechtsanwälte): Vielen Dank für die Fragen. Ein wesentlicher Mangel, den ich vorhin schon genannt hatte, ist sicherlich, dass es an strukturellen Maßnahmen fehlt. Mit der Kritik stehe ich ja bei weitem auch nicht alleine da. Sie müssen sehen, dass diese Verhaltensmaßnahmen - Frau Schnitzer hat vorhin ein Beispiel gebracht, nämlich die Auswahl der Suchmaschine auf Ihrem Mobilgerät – zum Beispiel, wenn Sie Android nutzen, dass es eben nicht auf Google voreingestellt ist, was ja heute ein Konzern ist, Android und Google gehören ja zu Alphabet. Jetzt müssen Sie sich fragen, warum brauchen Sie überhaupt eine Regelung? Sie brauchen diese Regelung, weil Google Android erwerben konnte. Das heißt, eine wirksame strukturelle Kontrolle hätte diese Verhaltenskontrolle überflüssig gemacht, hätte den Wettbewerb um diesen Suchmaschinen-Platz bei Android stärker aufrechterhalten. Da gäbe es heute echten Wettbewerb, welche Suchmaschine dort platziert ist. Dort wäre es dann auch schwieriger, das Ganze über Absprachen zu machen, weil dann das strenge Kartellverbot greifen würde, wenn es beispielsweise zu extremen Exklusivitätsvereinbarungen käme. All diese



Kontrollmechanismen haben wir nicht mehr. Diesen strukturellen Flurschaden können wir mit den Verhaltensmaßnahmen, die also jetzt auch der DMA vorsieht, eigentlich nur im Nachhinein so ein bisschen wie Scherben aufkehren. Da ist die Gesetzgebung weiterhin noch ein bisschen im Hintertreffen. Das ist der größte Schwachpunkt für mich. Andere Mängel sehe ich weiterhin, ganz klar etwa die Gefahr der fehlenden Durchsetzung. Das habe ich auch im Gutachten für LobbyControl ausführlich dargestellt. Die sehe ich weiterhin trotz der positiven Änderungen, dann später noch im Trilogverfahren. Kapazitätsengpässe wurden angesprochen. 80 Stellen, aber auch erst über Jahre hinweg. Das macht ein Gatekeeper ohne weiteres in einem Verfahren, sich da 80 oder 100 Leute reinzuholen. Geld spielt da ja kaum eine Rolle. Das ist sicherlich eine große Schwierigkeit. Vorteile sind, ich sagte vorhin schon, dass, was wir heute schon im Rahmen der Missbrauchsaufsicht an Verfahren haben, wird durch den DMA erleichtert. Das wird hoffentlich, wohl wahrscheinlich schneller gehen. Höhere Rechtssicherheit, keine 10 Jahre mehr warten. Das ist der Vorteil. Aber viele strukturelle Themen bleiben offen und müssen meines Erachtens auch adressiert werden. Sehr wichtig, habe ich hier auch geschrieben: Erleichterung der privatrechtlichen Durchsetzung, das haben wir jetzt hier gar nicht. Im Kartellrecht haben wir es, im DMA nicht. Ich habe ja Unternehmen auch schon gegen Gatekeeper in der Vergangenheit vertreten. Es ist einfach so. dass das Prozesskostenrisiko, das damit einhergeht, sehr hoch ist. Die Verfahren dauern zu lange. Und selbst die kartellrechtlichen Landgerichte sind häufig nicht spezialisiert genug, um diese schwerwiegenden kartellrechtlichen oder wettbewerbsrechtlichen Fragen zur Genüge zu beantworten. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Herr Mohrs für die SPD-Fraktion.

Abg. Falko Mohrs (SPD): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Ich würde mit meiner letzten Frage an Herrn Mundt noch mal an die erste Frage von Herrn Westphal anknüpfen wollen. Ich komme damit noch einmal auf den Abschnitt C Ihrer Stellungnahme zurück, wo es auch um die Frage der Kompetenzen, Befugnisse und auch das Zusammenspiel Bundeskartellamt mit der Kommission geht, wo Sie dort auch aus ggf. gemeinsamen Ermittlungen oder zumindest zum gemeinsamen Start auch des § 19a DMA Vorteile sehen. Was bräuchten Sie dafür? Wie würden Sie Ihre Behörde aufstellen wollen und können, um genau dort diese Synergien dann erzielen zu können? Besten Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Herr Mundt, bitte, über Webex.

SV Andreas Mundt (Präsident des Bundeskartellamtes): Ja, vielen Dank für die Frage. Erst einmal muss man darauf hinweisen, dass wir im European Competition Network gemeinsam mit der Europäischen Kommission bereits jetzt sehr gute Bedingungen für die Kooperation haben, die wir auch in den letzten 20 Jahren in hervorragender Art und Weise genutzt haben. Wir haben ein System der parallelen Rechtsanwendung. Wir müssen uns über die Verteilung von Fällen einigen. Die Kommission kann Fälle an sich ziehen. Sie ist Primus inter pares, was eine einheitliche Anwendung des europäischen Rechts in Europa sicherstellt. Ich glaube, es gibt keinen Bereich, wo sie eine so extreme Einbettung einer deutschen Behörde in europäisches Recht und in eine europäische Gesamtorganisation und Struktur haben. Das ist etwas, worauf wir jetzt beim DMA hervorragend aufbauen können. Die Kommission hat ihre Befugnisse nach dem DMA; wir haben unsere Befugnisse nach § 19a GWB. Idealerweise werden wir jetzt unter anderem auch zu einer gemeinsamen Prioritätensetzung kommen. Wer wird in Zukunft was machen? Welche Fälle können in Bonn gut behandelt werden? Welche Fälle gehören nach Brüssel? Wo sind die Bereiche, wo wir aufsetzen können? Was es dafür natürlich braucht, ist eine angemessene Ausstattung der Wettbewerbsbehörden generell. Da spreche ich nicht nur für das Bundeskartellamt. Da spreche ich sicherlich auch für die Europäische Kommission und andere Bereiche. Die Verfahren sind sehr komplex. Die Entscheidungen umfassen mehrere hundert Seiten. Das sind sehr intensive Untersuchungen und Ermittlungen, die wir in sehr schwierigen Märkten vornehmen müssen. Wir reden hier nicht über einfache Lieferströme, wie wir sie aus der tradierten Wirtschaft kennen, sondern wir reden über komplexe Zusammenhänge. Wir reden teilweise auch über



eine Sprache im technischen Bereich, die nicht leicht erfassbar ist für jeden. Wenn Sie mal ein Handbuch sehen von so einem Unternehmen auf Englisch, wie bestimmte Nutzer von Plattformen sich zu verhalten haben, was ihre Pflichten sind. Das ist, ich will mal sagen, auch ein Fachchinesisch, das Sie erst einmal durchdringen müssen. Das ist alles nicht einfach. Was es hierfür braucht, ist eine angemessene Ausstattung der Behörden. Das betrifft dann nicht nur Ökonomen und Juristen, die wir dafür brauchen, sondern wir haben schon seit längerer Zeit damit begonnen, hier auch Mathematiker, Informatiker etc. im Bundeskartellamt zu beschäftigen. Ich glaube, das wird ein ganz entscheidender Punkt für die Zukunft sein, auch für unsere Zusammenarbeit untereinander, dass wir hier diejenigen beschäftigen können, die diese Fälle verstehen, die die technische Seite und die ökonomischjuristische Seite so zusammenbringen, dass wir die Verfahren möglichst effizient führen können. Das wäre jedenfalls mein Wunsch für das Bundeskartellamt. Wir haben damit begonnen. Aber das ist sicherlich auch eine Frage der sachlichen und personellen Ausstattung.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Herr Durz für die CDU/CSU-Fraktion.

Abg. Hansjörg Durz (CDU/CSU): Vielen Dank. Ich möchte meine letzte Frage noch einmal an Professor Wambach richten. Sie haben vorhin diese unterschiedliche Herangehensweise bei DMA und GWB erwähnt, Stichwort: Betrachtung Ökosysteme beim GWB. Würden Sie noch einmal erläutern, warum es richtig und so wichtig war, diese Ökosysteme in den Blick zu nehmen? Würden Sie bitte auch noch einmal Ihre Sichtweise auf die "Killer Acquisitions" darstellen?

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Herr Prof. Wambach, bitte.

SV Prof. Achim Wambach, Ph. D (ZEW): Ja, also die Kommission "Wettbewerbsrecht 4.0" hat sich als Basis der Analyse drei Bereiche angeschaut. Das eine sind die Plattformen, die neue Ökonomie der Plattformökonomie. Das zweite sind die Vorteile, die man durch Daten hat, wie man mit Daten umgeht. Und das dritte sind diese digitalen Ökosysteme. Das ist schon auch ökonomisch neu, dass man übergreifend in andere Märkte

hineingeht und sozusagen die Marktmacht aus dem einen in den anderen Markt hebelt. Viele der wettbewerblichen Probleme tauchen an der Stelle auf, bei diesen digitalen Ökosystemen. Mein Eindruck war auch, dass im § 19a bewusst das Konzept des marktübergreifenden Einflusses aufgenommen wurde, dass man diesen Gedanken hat, hier werden Ökosysteme aufgebaut und die müssten wir besser in den Griff bekommen. Der Regulierungsansatz, den der DMA verfolgt, der stellt auf Gatekeeper ab, also auf Plattformen, der nimmt dieses Element der Plattformen in den Vordergrund. Das eine ist vom anderen nicht scharf zu trennen, auch Plattformen gehen in andere Märkte rein. Aber konzeptionell sind das schon verschiedene Ansätze, der Plattformansatz und der Ökosystemansatz.

Auf die Frage der "Killer Acquisitions": Sie spielen ja auch meistens eine Rolle in diesem Ökosystemansatz. Es ist selten, dass Google eine Suchmaschine aufkauft. Die kaufen Unternehmen auf in anderen Märkten und wollen diese Marktmacht in die anderen Märkte hebeln. Ich bin etwas skeptischer, was die Diskussion betrifft, ob wir "Killer Acquisitions" schon an der Fusionsstelle in den Griff bekommen, weil dieses "marktübergreifend" bedeutet, man geht in Märkte rein, die noch sehr wettbewerblich sind. Dann die Prognose anzustellen, dass gerade diese Akquisition dazu führe, dass der andere Markt vermachtet wird – das ist halt extrem schwierig. Da spielen dann tatsächlich strukturelle Aspekte eine Rolle. Eine Ex-post-Zerschlagung ist dann eventuell konzeptionell das sinnvollere Instrument, als über die "Killer Acquisitions", also über die Fusionskontrolle, dann schon im vornhinein diese "Killer Acquisitions" zu stoppen. Der Unterschied zwischen diesem Ökosystemgedanken und dem Plattformgedanken: Meines Erachtens wird es auch die wichtige Aufgabe sein, wenn wir uns überlegen, wie spielt es in dem DMA gegen den § 19a? Positiv kann man sagen, wir sind konzeptionell noch nicht am Ende. Wir sehen ja, was in Großbritannien läuft, wir sehen, was in den USA läuft. Da wird noch viel ausprobiert, jetzt lasst uns mal in Europa ein wenig ausprobieren, um es mal so zu sagen. Der DMA ist stärker in der Regulierung, ist stärker in den Plattformen. Der § 19a ist stärker in den Ökosystemen und ist auch wettbewerblicher, hat mehr die wettbewerblichen Aspekte drin. Auf der



anderen Seite gilt natürlich schon: Wir wollen keine Fragmentierung im Europäischen Binnenmarkt haben. Ich glaube, das wird die Aufgabe sowohl des Kartellamts, aber auch sozusagen des Gesetzgebers sein, der das begleitet, dass wir da dann auch die Trennung scharf hinbekommen, weil ein fragmentierter Binnenmarkt uns allen nicht hilft. Und damit würden wir uns auch keinen Gefallen tun. Aber ich glaube, mit dem konzeptionellen Ansatz Ökosystem und Plattformansatz haben wir hier Spielraum, um auch die Besonderheiten des § 19a zur Geltung zu bringen. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: An der Stelle jetzt wie vereinbart Herr Meiser für die Fraktion DIE LINKE.

Abg. Pascal Meiser (DIE LINKE.): Vielen Dank. Auch meine zweite Frage richtet sich an Herrn Dr. Künstner. Ich will noch mal an Ihre bisherigen Ausführungen anknüpfen, in denen Sie vor allen Dingen auf Defizite bei der Verhinderung und Bekämpfung von Monopol-Strukturen abgehoben haben. Ich würde Ihnen jetzt noch einmal die Gelegenheit bieten, vielleicht möglichst konkret auszuführen, wo der Gesetzgeber ggf. auf europäischer oder auf nationaler Ebene hier welche Instrumente schärften müsste, welche Regeln er einführen müsste. Ich bitte Sie, uns möglichst konkret etwas mit auf den Weg zu geben.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Herr Dr. Künstner.

SV Dr. Kim Manuel Künstner (Kanzlei Schulte Rechtsanwälte): Vielen Dank. Da kann ich im Grunde daran anknüpfen, was Herr Wambach gerade ausgeführt hat. Wir haben zum einen die Anknüpfungsmöglichkeit bereits der Ex-Ante-Fusionskontrolle, wobei man dabei noch unterscheiden muss, welche Fälle überhaupt anmeldepflichtig sind. Da hatten wir in der Vergangenheit ja Probleme. Es gab schon insbesondere in Deutschland Anpassungen mit dem Transaktionsschwellenwert. Aber da gibt es auch weiter noch Potenzial, wie man sieht, dieser - fast schon - Trick der EU-Kommission zu sagen, wenn es bei uns nicht anmeldepflichtig ist, dann verweist es doch an uns, auch wenn es bei euch nicht anmeldepflichtig ist. Das ist, glaube ich, nicht der richtige Weg. Da sind wir uns, glaube

ich, alle einig. Gleichwohl, ich finde, die Ex-Ante-Fusionskontrolle wäre in bestimmten Fällen sinnvoll. Sie sagen zurecht, es gibt Märkte, da ist noch Wettbewerb vorhanden. Da kann man schwer in die Glaskugel schauen. Aber wenn Facebook als führendes soziales Medium, auch so wie die Märkte sehr eng abgegrenzt werden, WhatsApp erwirbt als führenden Instantmessenger, glaube ich, war da auch schon nicht mehr viel Wettbewerb. Da hätte man mit anderen Schadenstheorien schon viel bewirken können. Man hat hier die Ex-Ante-Kontrolle oder Fusionskontrolle, da braucht man neue Schadenstheorien. Der ehemalige EU-Chefökonom Tommaso Valletti hatte ja eine Art Beweislastumkehr vorgeschlagen beziehungsweise, dass man eben höhere Anforderungen an den Effizienznachweis, an die Effizienzen stellt, wie sie die Gatekeeper immer behaupten – also zumindest mal auf ein vergleichbares Niveau wie beim Kartellverbot -, und eben sagt: "Ihr müsst das irgendwie konkret machen, welche Effizienzen da entstehen sollen; wir sehen es nicht." Denn Sie müssen sehen: Sie müssen sich bei diesen großen Plattformen, den sogenannten GAFAs, immer fragen: Die haben so viel Geld, die haben so viel Innovationskraft, wieso können sie nicht selbst in diesen Markt eintreten, zu dem Unternehmen, dass sie erwerben wollen, in Wettbewerb treten, wenn sie dieser Markt so interessiert? Diese Übernahme, die Fusion ist ja nur ein Shortcut, und die vernichtet in dem Moment Wettbewerb, wenn ein GAFA als potenzieller Wettbewerber, als Marktneuling ausscheidet, einfach weil er sich in den Markt einkauft. Ich glaube, da ist sehr viel Potenzial weiterhin auch in der Fusionskontrolle. Die Briten machen es so, dass sie sagen: "Es ist gar nicht anmeldepflichtig, aber wir schauen uns das im Nachhinein an." Wir haben ja jetzt Facebook und Giphy, das wird vielleicht nachträglich aufgelöst. Auch die Amerikaner entdecken ihre eigentlich sehr alten Instrumente gerade wieder neu - Sherman Act - und sagen sich -ich meine, das sind Fusionen, die jetzt auch schon teilweise Jahrzehnte zurückliegen, Facebook und Instagram -, und sagen, wir schauen uns das mal an, ob das nicht ein Monopolisierungsversuch ist. Auch das ist eine Norm, also in gewisser Weise eine missbrauchsunabhängige Entflechtungsnorm, die auch schon mehrfach Gegenstand in Deutschland



war. Auch diese Diskussion muss im Grunde eigentlich in diesem Kontext wieder aufleben. Man könnte auch Dinge machen, dass man zumindest diese Fusionen im Bereich GAFA sehr genau analysiert und zunächst mal ex post bewertet. Also dass man sagt: "Ihr müsst sie anmelden, sie sind nicht freigabepflichtig, aber ihr müsst sie anmelden, ihr müsst uns erklären, welche Effizienzen ihr da erwartet." Und man schaut sie sich dann nach zwei, nach fünf Jahren an und sagt, es hat wohl nicht so funktioniert oder ihr hattet Recht, um besser zu verstehen, wie die GAFA eigentlich da agieren. Ich meine, das wäre ein weiterer Zeitverlust. Ich meine, es ist relativ offensichtlich, wenn ich so viel Geld für ein Unternehmen ausgebe, das gar nicht so stark kapitalisiert ist, dann ist relativ klar, was ein GAFA damit vorhat. Ich glaube, das sind so die wesentlichen Instrumente, die man da hat. Vielen Dank

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Kommen wir zur letzten Frage der heutigen Runde. Frau Bauer, bitte für die FDP-Fraktion.

Abg. Nicole Bauer (FDP): Vielen Dank. Meine jetzige Frage richtet sich an Herrn Professor Achim Wambach. Es geht um das, was schon in vielerlei Sicht heute angesprochen wurde, das sind die Bedenken der Plattformunternehmen, die ja maßgeblich von den Regelungen betroffen sind ... Effizienzaspekte und sinkende Innovationsanreize sollen durch die vorliegenden Prozesse nicht systematisch beeinflusst werden. Jetzt würde mich interessieren: Sehen Sie dennoch Bereiche, in denen in der Praxis besonders überprüft werden muss, dass die deutsche die europäische Innovationskraft nicht negativ davon beeinflusst wird?

Der **stellvertretende Vorsitzende:** Prof. Wambach, bitte.

SV Prof. Achim Wambach, Ph. D. (ZEW): Ich glaube, am Ende ist das die entscheidende Frage, wie kriegen wir die deutsche, die europäische Innovationskraft so hin, dass wir damit glücklich sein können. Die Digitalunternehmen, das ist so, die sind schon die innovationsstärksten Unternehmen. Das FuE-Budget der Digitalunternehmen übertrifft alle andere, die Ausgaben für FuE sind höher als die beispielsweise von Volkswagen, um einen

Vergleich zu machen. Sie sind extrem innovativ. Kein "Aber". Die Beobachtung ist: Sie sind innovativ in ihren Ökosystemen. Sie sind innovativ in neuen Märkten, in anderen Märkten. in die sie hineingehen. Diese Innovationskraft, die ist auch zum großen Teil gewünscht. Also, die Monopolkommission hatte gerade das Gutachten gemacht im Postbereich, dass Amazon da jetzt auch als Logistikunternehmen reingeht. Die Innovationskraft ist ja auch erwünscht. Man will auch die Innovation. Man muss aber halt dafür Sorge tragen, dass die Märkte nicht dann am Ende doch vermachtet werden und dann da Marktmacht übernommen wird. Ich glaube, da hat der DMA die richtigen Ansätze genommen, dass wir sozusagen auch bei den großen Unternehmen die Innovationskraft beibehalten können, aber dass sie produktiv in die Richtung gelenkt wird, wo sie wirklich Wettbewerb erzeugen, aber wo sie dann nicht die anderen Märkte vermachten. Das sind aber jetzt die großen Unternehmen. Da kommt noch hinzu, dass die natürlich auch weltweit tätig sind. Die haben auch Innovationstätigkeiten in den USA und nicht nur in Europa. Ein bisschen ist die Sorge, dass die europäische Innovation jetzt dahin driftet, wie umgehen wir die ganzen Regulierungssysteme, die wir aufbauen? Aber das sollte man auch nicht zu stark bewerten, die haben sehr große Forschungsteams. Ich glaube, die größere Sorge, die wir haben, ist, wie kriegen wir die Innovationskraft der kleinen Unternehmen hin? Da ist der DMA jetzt asymmetrisch, er greift die großen Unternehmen an, er gibt denen Datenzugang oder besseren Datenzugang. Ich glaube, das ist der Aspekt, den wir hier sehr wenig diskutiert haben, den man noch ausbauen müsste: Wie kommen die an die Daten heran, um innovativ tätig zu sein? Die Kommission "Wettbewerbsrecht 4.0", die ja nicht nur einen reinen Wettbewerbsauftrag hatte, hat auch stark appelliert, dass wir die öffentlichen Daten noch viel besser zugänglich machen. Wenn wir das Gesundheitssystem anschauen: Es ist der Datenzugang, das ist der Hebel, den wir haben, wo wir in Europa noch viel mehr machen müssen. Da ist der DMA ein Baustein, weil der DMA den Wettbewerbern einen besseren Zugriff auf Daten ermöglicht. Da kann auch der § 19a einiges bewirken, dass man über den Datenzugriff in diesen Markt hineinkommt. Ich denke, das ist der

Wirtschaftsausschuss



eine wesentliche Aspekt. Der andere – da geht es jetzt auch über den DMA hinaus – ist nach wie vor die Finanzierungsthematik, wie die kleinen Unternehmen, also nicht wie Start-ups funktionieren, wie läuft es in der zweiten Stufe, wie bekommen sie ihre Finanzierungsthemen in den Griff. Da haben wir noch eine Reihe von Baustellen. Beim DMA sehe ich den Datenzugang als den stärksten Hebel für Innovationen. Da müssen wir darauf achten, dass der auch mit Leben gefüllt wird und dass die Unternehmen darauf auch zugreifen können. Danke schön.

Der **stellvertretende Vorsitzende:** Vielen Dank. Dann sind wir nun am Ende der Anhörung angelangt. Ich bedanke mich ganz herzlich bei den Sachverständigen, dass Sie hier vor diesem Ausschuss erschienen sind, sowohl persönlich als auch über Webex, und auch für die interessanten und hilfreichen Ausführungen. Ich bedanke mich auch bei den Zuschauern live vor Ort oder auch im Internet. Dann schließe ich die Sitzung. Wir sehen uns hoffentlich alle um 11.15 Uhr zur nichtöffentlichen Sitzung des Ausschusses wieder. Das kommt uns ein bisschen entgegen, dass wir ein paar Minuten eher fertig sind, wegen der technischen Umbaumaßnahmen. Wir sehen uns gleich wieder. Vielen Dank.

Schluss der Sitzung: 10.56 Uhr

Stellungnahmen der Sachverständigen

Dr. Kim Manuel Künstner, Kanzlei Schulte Rechtsanwälte, Frankfurt am Main: ADrs. 20(9)57 (Seite 32-43)

Prof. Dr. Wolfgang Kerber, Philipps-Universität Marburg: ADrs. 20(9)58 (Seite 44-48)

Andreas Mundt, Präsident des Bundeskartellamtes, Bonn: ADrs. 20(9)59 (Seite 49-55)

Prof. Dr. Rupprecht Podszun, Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf: ADrs. 20(9)60 (Seite 56-84)

Prof. Dr. Monika Schnitzer, Ludwig-Maximilians-Universität München: ADrs. 20(9)61 (Seite 85-92)



Deutscher Bundestag

Ausschussdrucksache 20(9)57

25.04.2022

Dr. Kim Manuel Künstner, Kanzlei Schulte Rechtsanwälte, Frankfurt am Main

Stellungnahme

Öffentliche Anhörung

zum Thema

"Digital Markets Act"

am 27. April 2022

SCHULTERECHTSANWÄLTE.

STELLUNGNAHME

Öffentliche Anhörung zum Digital Markets Act

Deutscher Bundestag - Wirtschaftsausschuss

Verfasser: Dr. Kim Manuel Künstner

Kontakt: Telefon: +49 (69) 900 26-6

Fax: +49 (69) 900 26-999

Neue Mainzer Straße 28 60311 Frankfurt am Main

Datum: 24. April 2022

SCHULTERECHTSANWÄLTE.

Inhaltsverzeichnis

Weser	ntliche Ergebnisse	1
1.	Einordnung des DMA	2
1.1	Bestreitbarkeit der Märkte	2
1.2	Fairness	3
2.	Unzulänglichkeiten der gegenwärtigen Wettbewerbsvorschriften	4
2.1	Schwächen des Verbots des Missbrauchs von Marktmacht	4
2.2	Schwächen der Fusionskontrolle	5
2.3	Schwächen des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen	6
3.	Effiziente Durchsetzung bleibt fraglich	6
3.1	Schwächen der behördlichen Durchsetzung	6
3.2	Schwächen der privatrechtlichen Durchsetzung	7
3.2.1	Ross-und-Reiter-Problematik	8
3.2.2	Ungleiches Kostenrisiko	8
3.2.3	Schwer zu prognostizierende Gerichtsurteile in Deutschland	8
3.3	Wesentliche Kompetenzfragen nicht abschließend geklärt	8
4.	Schlussbemerkung	9

Wesentliche Ergebnisse

- Die Existenz des DMA belegt weniger die wettbewerblichen Eigenarten der digitalen Plattformökonomie als die generellen Unzulänglichkeiten des bestehenden Drei-Säulen-Modells des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts Verbot des (Kartellverbot, Missbrauchs Marktmacht und der Fusionskontrolle) auf zunehmend konzentrierten und vermachteten Märkten. Der DMA wird diese Unzulänglichkeiten selbst im teilweise ausräumen, schlimmstenfalls Fall nur Verbesserungen herbeiführen.
- Der DMA ist schwerpunktmäßig eine verschärfte Durchsetzung des Verbots des Missbrauchs von Marktmacht. Zwar belegen erfolgreiche Missbrauchsverfahren wegen unsachgemäßer Selbstbevorzugung (Google-Shopping-Verfahren der EU-Kommission) und missbräuchlicher Nutzungsbedingungen gegenüber Verbrauchern (Facebook-Verfahren des Bundeskartellamtes), dass Art. 102 AEUV und § 19 GWB auch Antworten auf vermeintlich neue Fragen der Digital- und Plattformökonomie kennen. Die langen Verfahrensdauern und die rechtlichen Unsicherheiten auf Seiten der Wettbewerbsbehörden sollen jedoch durch den "ex-ante Mechanismus" des DMA abgeschwächt werden.
- Der Wirkungsgrad des DMA hängt von dessen effizienter behördlichen ("Public Enforcement") und privatrechtlichen Durchsetzung ("Private Enforcement") ab. Trotz weiterer Verbesserungen im Trilog-Verfahren bestehen hier weiter Bedenken.
- Hinsichtlich der privatrechtlichen Durchsetzung bestehen aufgrund der Ross-und-Reiter-Problematik und der häufig sehr ungleichen Kostenrisiken erhebliche Zugangshemmnisse. In Deutschland wird die Vorhersehbarkeit der gerichtlichen Entscheidungen zudem durch mangelnde sachliche Spezialisierung und regionale Zuständigkeiten der Eingangsinstanzen erschwert.
- Die Fusionskontrolle zeigt sich auf digitalen Märkten als nahezu wirkungslos. Der zu erwartende Beitrag des DMA zu strukturellen Maßnahmen bzw. Veränderungen ist als allenfalls gering anzusehen. Eine effiziente Strukturkontrolle mit entsprechenden Entflechtungsmöglichkeiten bleibt damit die größte Leerstelle des DMA und ist damit weiterhin eine künftige Aufgabe zur Verbesserung der Wettbewerbsvorschriften.

1

2

3

4

1. Einordnung des DMA

Der Digital Markets Act ("**DMA**")¹ fügt als EU-Schwesternorm zu § 19a GWB dem EU-Wettbewerbsrecht eine vierte Säule hinzu. Der DMA ist eine Vorstufenregulierung, die sich zwischen der situativen Kontrolle des Wettbewerbsrechts und der ständigen Kontrolle des Regulierungsrechts bewegt.

Die Schutzobjekte des DMA umfassen mit der Bestreitbarkeit der Märkte und der Fairness auf den Plattformen ein strukturelles und ein verhaltensbezogenes Element.

1.1 Bestreitbarkeit der Märkte

Die Bestreitbarkeit der Märkte ist seit jeher Gegenstand Wettbewerbsvorschriften und spielt insbesondere für die Frage der Beurteilung von Marktmacht anhand starrer Marktanteilsbetrachtungen eine wichtige Rolle, da die typischerweise hohe indizielle Wirkung hoher Marktanteile für die Annahme von Marktmacht an Bedeutung verliert, wenn diese Marktpositionen als dynamisch angreifbar gelten, d.h. als "bestreitbar". Im Kontext der Gatekeeper nach Lesart des DMA ist hinsichtlich der Bestreitbarkeit der Märkte zwischen dem bereits dominierten Markt durch den zentralen Service des Gatekeepers (z.B. Internetsuchmaschine von Google) und benachbarte Märkte und Dienstleistungen (z.B. Shopping-Suche durch Google aber auch Drittanbieter wie Idealo) zu unterscheiden.

Vom DMA erfasste Gatekeeper haben gemeinsam, dass sie sich hinsichtlich einzelner Dienste im Wettbewerb durchgesetzt und diese zu einem zentralen Netzwerkdienst von hoher wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Relevanz ausgebaut haben. Aufgrund starker Netzwerkeffekte entstehen "Winner-Takes-It-All"-Märkte. Diese Marktstellung kann kaum durch vergleichbare Dienste angegriffen werden, vielmehr entstehen Monopole auf Zeit, deren Lebenszyklus meist erst aufgrund einer erheblichen Änderung des technologischen Umfelds eintritt. Im Wettbewerb erworbene "Monopole auf Zeit" sind der Wettbewerbsordnung nicht fremd. Patente und andere geistige Eigentumsrechte vermitteln in sehr spezifischen Bereichen ebenfalls dominante Marktpositionen, beispielsweise bei Arzneimitteln. Daraus folgt zunächst, dass es keine Veranlassung gibt, den Gatekeeper in Bezug auf seinen dominanten Service durch staatliche Regulierung anzugreifen.

Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector; KOM(2020)842 endg.; Ratsdok-Nr. 14172/20.

6

7

8

Gleichzeitig gelten für den Gatekeeper und dessen "Monopol auf Zeit" dieselben Wettbewerbsvorschriften wie für andere dominante Unternehmen auch, d.h. er darf keine missbräuchlich überhöhten Entgelte erheben² oder andere ungerechtfertigte Geschäftsbedingungen aufstellen, beispielsweise eine extensive Datenerhebung.³

Die wettbewerbskonforme Erschaffung eines Gatekeepers rechtfertigt zudem keinen unsachgemäßen Übergriff des Gatekeepers auf andere Märkte und Dienstleistungen. Die zentralen Plattform-Services der Gatekeeper ermöglichen es ihnen häufig, eigene Marktregeln auch auf benachbarten (z.B. Internetsuche und Shopping-Suche) oder vor- bzw. nachgelagerten Märkten (z.B. Payment und Fulfillment) zu schaffen. Diese von dominanten Anbietern geschaffenen Regeln unterliegen aber weder einer demokratischen noch einer wettbewerblichen Kontrolle, da sowohl Geschäftskunden als auch Verbraucher in Bezug auf die zentralen Dienstleistung der Gatekeeper keine kurzfristigen Ausweichmöglichkeiten haben. Solche Hebelungen von wettbewerbskonform erworbenen Machtpositionen sind zu unterbinden. Von innovativen und finanzstarken Gatekeepern kann und muss erwartet werden, dass sie sich dem Wettbewerb außerhalb der von ihnen dominierten Märkte stellen und durch bessere Produkte überzeugen. nicht durch Unternehmensübernahmen oder gezielte Beeinträchtigungen konkurrierender Unternehmen.

1.2 Fairness

Fairness als Rechtsprinzip ist ein neuerer, aber an Bedeutung gewinnender Topos in der Wettbewerbsordnung und findet sich beispielsweise auch in der UTP-Richtlinie⁴ oder auch dem Anzapfverbot nach §§ 20 Abs. 2, 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB. Fairness zielt stärker auf Kontrolle konkreter Verhandlungsergebnisse, denn auf Verhaltens- oder Strukturkontrolle. "Fairnesskontrolle" anerkennt, dass die bisherigen Instrumente der Wettbewerbsvorschriften an ihre Grenzen gestoßen sind und neue Instrumente gefunden werden müssen, die dem faktisch bereits vorhandenen Machtgefälle in vielen Sektoren Einhalt gebieten.

Greift die "Vorwerfbarkeit" im klassischen Wettbewerbsrecht an der Strukturveränderung (z.B. Bestreitbarkeit der Märkte, Machtkonzentration) oder dem konkreten Verhalten eines Unternehmens an (Behinderung oder Diskriminierung anderer Wirtschaftsteilnehmer), erstreckt sich die Fairness auf das konkrete privatautonom erzielte Ergebnis zwischen Unternehmen.

BKartA, Beschluss vom 6. Februar 2019, B 6-22/16; abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf? blob=publicationFile&v=6

OLG Frankfurt, Urteil vom 21. Dezember 2010, 11 U 37/09 (Kart).

⁴ Richtlinie (EU) 2019/633 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über unlautere Handelspraktiken in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette; ABI. 2019 L 111/59.

10

11

12

2. Unzulänglichkeiten der gegenwärtigen Wettbewerbsvorschriften

Der DMA wird selbst im Falle einer erfolgreichen Durchsetzung wesentliche Unzulänglichkeiten des bestehenden Wettbewerbsrechts nicht beseitigen können. Die Stärken des DMA liegen darin, einige der derzeit auf Seiten der Wettbewerbsbehörden bestehenden Rechtsunsicherheiten bei der Anwendung des generalklauselartigen Verbots des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung auf die Gatekeeper abzuschwächen, bei weitem jedoch nicht alle (hierzu 2.1). Die derzeitigen Schwächen der Fusionskontrolle insbesondere im Digitalsektor werden vom DMA nahezu überhaupt nicht beseitigt (hierzu 2.2). Das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen ("Kartellverbot") bedarf insoweit keiner Unterstützung, wirft aber ein Schlaglicht auf die Kartellgeneigtheit der Gatekeeper (hierzu 2.3).

2.1 Schwächen des Verbots des Missbrauchs von Marktmacht

Das Verbot des Missbrauchs von Marktmacht (Art. 102 AEUV bzw. § 19 GWB) scheint auf den ersten Blick geeignet, missbräuchliches Verhalten der Gatekeeper adäquat zu erfassen und durch einstweilige Maßnahmen bzw. Bußgeldentscheidungen abzustellen. Verfahren wie Google-Shopping der EU-Kommission⁵ und Facebook des Bundeskartellamtes⁶ belegen, dass viele der kritisierten Verhaltensweisen der Gatekeeper auch über Art. 102 AEUV bzw. § 19 GWB eingefangen werden können. Die behördlichen Verfahren in diesem Bereich kranken aber an überlangen Verfahrensdauern und der teilweisen Nichtbeachtung durch die Gatekeeper.

Vorbehalte gegenüber einer effizienten wettbewerblichen Kontrolle der Gatekeeper durch das Verbot des Missbrauchs von Marktmacht bestehen insbesondere im Hinblick auf Rechtsunsicherheiten hinsichtlich der notwendigen Feststellung von Marktmacht anhand der Abgrenzung relevanter Märkte und Marktanteilsbetrachtungen, der Erfassung konkreter Verhaltensweisen wie der Selbstbevorzugung eigener Angebote der Gatekeeper unter die Generalklauseln der Missbrauchsverbote nach Art. 102 AEUV bzw. § 19 GWB und effiziente Nutzung einstweiliger Maßnahmen durch die Behörden. Insbesondere in diesen drei Bereichen befürchten die Wettbewerbsbehörden fehlende Rechtssicherheit und damit Niederlagen vor den Wettbewerbsgerichten.

Der DMA beseitigt mit seinem primär umsatzbasierten Ansatz für den persönlichen Anwendungsbereich und insbesondere mit seinen konkreten ex-ante Teile Verboten weite dieser Rechtsunsicherheiten zugunsten Wettbewerbsbehörden, was ebenfalls die Bereitschaft zu einstweiligen Maßnahmen gegenüber den Gatekeepern führen dürfte. Bei effizienter Durchsetzung darf mit kürzeren Verfahren gefahren gerechnet werden,

Ī

KOM., Case AT.39740 – Google Search (Shopping); abrufbar unter: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf

BKartA, (Fn. 3).

gegebenenfalls auch mit behördlichen Eingriffen, die die Manifestation von Schäden am Wettbewerb als solchen verhindern können. Eine teilweise Kompensation der gegenwärtigen Schwächen des Verbots des Missbrauchs von Marktmacht durch den DMA ist damit durchaus im Bereich des Möglichen.

Auch der DMA bleibt jedoch in seinem Kern ein verhaltensbezogenes Instrument, welches bei strukturellen Schäden zum Nachteil des Wettbewerbs im Umfeld der Gatekeeper kaum effizient eingreifen kann, sofern sich die Verhaltensweisen des Gatekeeper nicht bereits einen Verstoß darstellen.

2.2 Schwächen der Fusionskontrolle

Die Fusionskontrolle zeigt sich auf digitalen Märkten als nahezu wirkungslos.⁷ Ihre statischen Instrumente und Schadentheorien entstammen einer Zeit der industrialisierten Güterwirtschaft. Einmal vollzogene Zusammenschlüsse können in der EU bzw. in Deutschland nicht mehr rückabgewickelt werden.

Gatekeeper können ihre bestehenden Marktpositionen insbesondere durch Akquisitionen auf weitere Marktbereiche ausweiten. Die Fusionskontrolle hebelt die strenge Kontrolle des Kooperationsverbots nach Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB aus und läuft auf digitalen Märkten aufgrund der engen Marktabgrenzung faktisch ins Leere.

Sobald ein Zusammenschluss nicht zu hohen gemeinsamen Marktanteilen direkter Wettbewerber auf demselben Markt führt. fehlt es an belastbaren Schadentheorien. Die Wettbewerbsbehörden fürchten um ihre Erfolgschancen vor den Gerichten und müssen Prüfungen ganz unterlassen (z.B. Bundeskartellamt in Facebook/Kustomer⁸) oder sie lassen sich auf Kompromissentscheidungen mit den Zusammenschlussbeteiligten ein, welche die echten Wettbewerbsbedingungen nicht hinreichend reflektieren.⁹

Der DMA verbessert diesen Zustand nicht. Wie schon beim Verbraucherschutz durch das Bundeskartellamt dürfen die Wettbewerbsbehörden künftig den Gatekeepern bei der Akquisitionen interessiert zuschauen, aber weder ex-ante noch ex-post eingreifen. Soweit die finale Fassung des DMA als Sanktionsmaßnahme das temporäre Verbot von Akquisitionen durch Gatekeeper vorsieht, geht dies am Ziel der Prävention struktureller Wettbewerbsbeeinträchtigungen vorbei, die auch ohne vorwerfbares Verhalten eintreten.

https://rsw.beck.de/aktuell/daily/magazin/detail/verzwergte-fusionskontrolle

15

14

13

16

17

Dazu *Künstner*, NJW-Aktuell 10/2022, S. 12 f.; abrufbar unter:

BKartA, Pressemitteilung vom 11. Februar 2022; abrufbar unter:
https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2022/11_02_2022_Meta_Kustome-r.html

Siehe auch den früheren EU-Chefökonom *Valletti*, Interview vom 20. April, 2021, erschienen in "The Counterbalance"; abrufbar unter: https://thecounterbalance.substack.com/p/the-european-system-of-monopoly?s=r

2.3 Schwächen des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen

Die Effizienz des Kartellverbots (Art. 101 AEUV, § 1 GWB) ist zwar von Gatekeepern nicht direkt betroffen. Die Monopolisierung benachbarter Märkte erleichtert jedoch kartellrechtswidrige Abstimmungen zwischen den Gatekeepern etwa über die (unterlassene) Abwerbung von Arbeitnehmern¹⁰ oder den Nichtangriffspakt im Online-Werbemarkt zwischen Google und Facebook¹¹. Insbesondere der letztere Vorgang, der unter dem Namen "Jedi Blue" geführt wird, belegt die generelle Gefahr für den Wettbewerb, die von der strukturellen Marktmachtkonzentration der Gatekeeper ausgeht, da Google zunächst über den Kauf von Double Click den Online-Werbemarkt dominieren konnte und schließlich mit Facebook darüber einkam, diese Marktposition nicht zu bestreiten, um im Gegenzug eine bevorzugte Behandlung bei der Auktion von Online-Werbung zu erhalten.

3. Effiziente Durchsetzung bleibt fraglich

Während des Gesetzgebungsprozesses drehten sich viele der Bedenken gegenüber dem DMA um das Thema der effizienten Durchsetzung.¹² Dabei ist zu berücksichtigen, dass die vermeintliche Stärke des DMA gegenüber den bestehenden Wettbewerbsvorschriften weniger in der Schaffung materiell weitergehender Verbotsnormen liegt, sondern in der Schaffung von Rechtssicherheit auf Seiten der Behörden.

Trotz der entsprechenden Diskussionen und Nachbesserungen im Rahmen des Trilog-Verfahrens bleiben Schwächen bei der behördlichen (hierzu 3.1 und privatrechtlichen Durchsetzung (hierzu 3.2). Hinzu kommen potentiell verfahrensverzögernde Kompetenzfragen (hierzu 3.3).

3.1 Schwächen der behördlichen Durchsetzung

Es zeichnet sich bereits jetzt ab, dass die Kommission zu wenig Personal für die die aufwändigen Verfahren zur Verfügung haben wird und diese auch erst in einigen Monaten überhaupt ihre Arbeit aufnehmen können.¹³

Siehe beispielsweise https://techcrunch.com/2015/09/03/apple-google-other-silicon-valley-tech-giants-ordered-to-pay-415m-in-no-poaching-suit/

21

19

20

Siehe beispielsweise https://www.forbes.com/sites/enriquedans/2021/01/19/jedi-blue-a-scandal-that-highlights-yet-again-the-need-to-regulate-bigtech/?sh=78d57985270d

Podszun: Private enforcement and the Digital Markets Act: The Commission will not be able to do this alone, VerfBlog, 2021/9/01, https://verfassungsblog.de/power-dsa-dma-05/, DOI: 10.17176/20210901-112941-0; im Detail auch Künstner, Gefahren der rechtlichen und tatsächlichen Umgehung der Ziele und Regelungsinhalte des Digital Markts Act, Gutachten für Lobby Control e.V.; abrufbar unter: https://www.lobbycontrol.de/wp-content/uploads/LobbyControl-Gutachten-Digital-Markets-Act.pdf

Siehe beispielsweise: https://mlexmarketinsight.com/news/comment/comment-enforcement-bottlenecks-will-be-first-test-for-eu-s-new-gatekeeper-law

23

24

25

26

Des Weiteren wird alleine die EU Kommission in der Lage sein, Entscheidungen nach dem DMA zu treffen. Die nationalen Wettbewerbsbehörden dürfen zwar Untersuchungen einleiten, aber die Entscheidungshoheit bleibt stets bei der EU-Kommission, so dass sich die Frage stellt, ob die nationalen Wettbewerbsbehörden den hohen Aufwand betreiben werden.

Schließlich erhalten interessierte Dritte wie Geschäftspartner der Gatekeeper, Verbraucher und Verbände keine offiziellen Rollen im Rahmen der Verfahren der EU-Kommission. Sie können damit Entscheidungen der EU-Kommission nicht gerichtlich angreifen. Dies eröffnet der EU-Kommission in schwierig gelagerten Fällen die Möglichkeit zu politischen Konzessionsentscheidungen, welche die wettbewerblichen Folgen für Geschäftskunden der Gatekeeper und Verbraucher nicht hinreichend adressieren.

Die gerade auch vom früheren Chefökonom der EU-Kommission im Kontext der Fusionskontrolle benannten Unzulänglichkeiten bei der Durchsetzung¹⁴ drohen sich bei der Durchsetzung des DMA zu wiederholen.

3.2 Schwächen der privatrechtlichen Durchsetzung

Gerade im Umfeld der Gatekeeper ist die privatrechtliche Durchsetzung der Plattformregulierung von zentraler Bedeutung. Sowohl Konsumenten als auch Geschäftskunden kommen tagtäglich mit den Dienstleistungen der Gatekeeper in Berührung. Sie können häufig aufgrund eigener Sachkunde und eigenen Interessen abschätzen, wo die Grenzen "fairen Verhaltens" der Gatekeeper Insbesondere Geschäftskunden werden sich mit politischen Konzessionsentscheidungen nicht zufriedengeben, wenn die Geschäftsmodelle unter dem Verhalten der Gatekeeper leiden und sachlich nicht gerechtfertigt sind.

Gleichzeitig darf nicht verkannt werden, dass bereits heute bei der privatrechtlichen Durchsetzung der kartellrechtlichen Missbrauchstatbestände vor den Gerichten nicht unerhebliche faktische Zugangshindernisse für private Kläger bestehen, namentlich die Ross-und-Reiter-Problematik, ein ungleiches Kostenrisiko und häufig nur schwer zu prognostizierende Gerichtsentscheidungen in Deutschland. Abhilfe könnten sektorspezifische Erleichterungen der privatrechtlichen Durchsetzung parallel zur Kartellschadensersatzrichtlinie¹⁵ bieten.

_

Valletti, (Fn. 9).

Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABI. 2014 L 349/1.

28

29

30

3.2.1 Ross-und-Reiter-Problematik

Die Ross-und-Reiter-Problematik beschreibt den Umstand, dass ein abhängiger Geschäftspartner selbst bei guten Erfolgsaussichten von der Ergreifung rechtlicher Angriffsmittel absieht, weil er selbst im Erfolgsfalle rechtlich erlaubte bzw. nicht zu beweisende Sanktionierungen durch den Geschäftspartner befürchtet, von dem er abhängig ist. Die Ross-und-Reiter-Problematik greift auch im Falle der Durchsetzung des DMA durch Beteiligung von Geschäftskunden der Gatekeeper. Anders als bei der behördlichen Durchsetzung des DMA, ist bei Klageverfahren im eigenen Namen eine Offenlegung der klagenden Partei unumgänglich. Bereits dieser Umstand ist geeignet, Geschäftspartner der Gatekeeper von rechtlichen Angriffen abzuhalten.

3.2.2 Ungleiches Kostenrisiko

Je nach finanzieller Lage des Geschäftspartners des Gatekeepers kann das Prozesskostenrisiko eine abschreckende Wirkung ausüben. Aufgrund der immensen finanziellen Reserven der Gatekeeper spielt dieses jedoch keinerlei Rolle für die Gatekeeper. Das ungleiche Kostenrisiko wird verstärkt durch schwer zu prognostizierende Gerichtsurteile in Deutschland.

3.2.3 Schwer zu prognostizierende Gerichtsurteile in Deutschland

Gerade in Wettbewerbssachen und der Plattformregulierung sind Gerichtsurteile in Deutschland für die Parteien schwer zu prognostizieren. Ein vergleichender Blick auf Entscheidungen in Kartellsachen oder bei der Anwendung der P2B-Verordnung¹⁶ zeigt, dass regional sehr unterschiedliche Urteile mit sehr unterschiedlichen Maßstäben getroffen werden. Durch die fehlende bundesweite Konzentration der Fälle in Eingangs- und Berufungsinstanz fehlt es an der (Möglichkeit der) gerichtlichen Spezialisierung für bestimmte Materien wie der Plattformregulierung. Da es sich zudem regelmäßig um die Anwendung von EU-Recht handelt, können sich die Verfahren einschließlich eines möglichen Vorabentscheidungsverfahrens vor dem EuGH und eines Instanzenzugs bis zum BGH über sehr viele Jahre erstrecken.

3.3 Wesentliche Kompetenzfragen nicht abschließend geklärt

Wesentliche Abgrenzungsfragen zwischen dem DMA und entsprechenden nationalen Regeln wie dem § 19a GWB einerseits und dem DMA und entsprechenden Verfahren nach allgemeinen Wettbewerbsvorschriften andererseits bleiben auch nach den zwischenzeitlichen Ergänzungen im Trilog-Verfahren ungeklärt. Diese Unsicherheiten dürften die Gatekeeper wechselseitig als Verteidigungslinien gegen entsprechende Verfahren einsetzen. Weitere

_

Verordnung (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten; ABI. 2019 L 186/57.

32

33

34

Verzögerungen der Verfahren hierdurch sind zu befürchten. Ob die Verfahren nach dem DMA im Ergebnis daher deutlich schneller abgeschlossen werden können, bleibt zu hoffen, aber auch abzuwarten.

4. Schlussbemerkung

Der DMA bietet den Anfangs- nicht den Endpunkt einer Serie neuer wettbewerbsrechtlicher Vorschriften zur Beseitigung der Mängel der bisherigen Wettbewerbsregeln. Trotz Fusionskontrolle und dem Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung weisen viele Sektoren auch außerhalb der Digitalökonomie erhebliche Konzentrationen und Abhängigkeiten entlang der Lieferketten auf, die den Wettbewerb weitestgehend eingedämmt haben und die alleine vom Wettbewerb ausgehenden positiven Marktwirkungen längst hinter sich gelassen haben. Ohne Wettbewerb sind privatwirtschaftliche Märkte lediglich meritokratische Feigenblätter zur Verteidigung unkontrollierter Machtpositionen gegenüber staatlicher Regulierung, d.h. demokratischer Kontrolle.

Hauptaufgabe künftiger Wettbewerbsregeln wird es daher insbesondere sein, den Wettbewerb dort zu erhalten, wo er durch reine Hebelung von Marktmacht beseitigt werden soll und ihn dort wieder herzustellen, wo er durch strukturelle Maßnahmen wie Unternehmensübernahmen und Beteiligungen zum Erliegen gekommen ist. Es ist unter wettbewerblichen Gesichtspunkten jedenfalls nicht begreifbar, wieso den größten und wertvollsten Unternehmen des Globus erlaubt wird, führende Unternehmen aus anderen Bereichen zu übernehmen, um durch die konglomerate Wirkung die eigene Machtstellung zu arrondieren, statt die eigene Innovationskraft und finanziellen Mittel einzusetzen, um mit diesen Unternehmen in Konkurrenz zu treten und den Wettbewerb wirken zu lassen.

Der DMA geht hier selbst bei Annahme einer effizienten Durchsetzung nur den ersten Schritt, indem er Maßnahmen zur frühzeitigeren Prävention der Hebelung von Marktmacht etabliert, jedoch keine effizienten strukturellen Maßnahmen vorsieht, wie etwa missbrauchsunabhängige Übernahmekontrollen bzw. -verbote und Entflechtungsmöglichkeiten. Es steht daher zu befürchten, dass zunächst die praktischen Auswirkungen der theoretischen Unzulänglichkeiten des DMA ausgetestet und analysiert werden müssen, bevor der notwendige zweite Schritt erfolgt.

Gesetzt den Fall einer effizienten Durchsetzung ist der DMA damit zu begrüßen, aber zugleich Anreiz die Wettbewerbsvorschriften auf weitere Schwachstellen zu prüfen und zu verbessern.

* * *



Deutscher Bundestag

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 Verbaucherpolitik, 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 vermachteten 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 größere 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, ud 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



Deutscher Bundestag

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 "wichtiges 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 wird 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 Verbotstatbestände 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 Verbotsverfügung 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.

* * *



Deutscher Bundestag

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: Is.podszun [at] hhu.de

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

Twitter: @ruppe p

www.d-kart.de Blog:

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.
- Das Bundeskartellamt sollte die Europäische Kommission bei der Durchsetzung des DMA kraftvoll unterstützen. Dazu ist die Schaffung einer gesetzlicher 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.
- 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

VOF	RBEN	MERKUNG	5
Α.	Κl	JRZFRISTIGE PERSPEKTIVE: UMSETZUNG DES DMA	6
1.		DER WEG BIS ZUR WIRKSAMKEIT	6
П		KÜNFTIGE ROLLE DES BUNDESKARTELLAMTS	6
	1.	Durchsetzung des DMA	7
	2.	Verhinderung von Tipping	8
	3.	Parallele Anwendung von DMA und § 19a GWB	9
П	l.	ROLLE DER PRIVATEN RECHTSDURCHSETZUNG UND DER GERICHTE	11
	1.	Vorteile der privaten Rechtsdurchsetzung	11
	2.	Regelungsbedarf	11
	3.	Streitigkeiten beim Gerichtshof der Europäischen Union	12
В.	М	ITTELFRISTIGE PERSPEKTIVE: OFFENE REGELUNGSPROJEKTE	13
I.		FUSIONSKONTROLLE	13
	1.	Schwache Fusionskontrolle auf europäischer Ebene	13
	2.	Fusionskontrolle im DMA	13
	3.	Verschärfung der nationalen Fusionskontrolle	14
П		AUFGABE DER MARKTABGRENZUNG IM KARTELLRECHT	15
П	l.	ZUGANG ZUM KUNDEN	16
	1.	Abhängigkeiten im Internet of Things	16
	2.	Interoperabilität	17
	3.	Datenzugang	18
Į\	٧.	REGELUNGEN FÜR KÜNSTLICHE INTELLIGENZ, METAVERSE, BLOCKCHAIN – COMPETITION BY DESIGN	19
	1.	"Code is law"	19
	2.	Hoheitlicher Eingriff versus Innovationskraft	20
	3.	Konkrete Vorschläge	20
٧	' .	VERFAHRENSDAUER ALS PROBLEM DER RECHTSDURCHSETZUNG	21
C.	LA	ANGFRISTIGE PERSPEKTIVE: WIRTSCHAFTSRECHT IM DIGITALEN ZEITALTER	24
I.		REGELUNGSFLUT (NICHT NUR) IM DIGITALBEREICH	24
П		PRINZIPIEN DES WIRTSCHAFTSRECHTS	25
		WEITEDENTWICKLING VON REGELINGSTECHNIKEN	27

Vorbemerkung

Mit dem Digital Markets Act (DMA) ist auf europäischer Ebene in relativ kurzer Zeit ein weiter 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 mitgliedsstaatlichen 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 ordoliberale 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."

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-Paragraphen § 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. 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, sodass 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 Rechtstreitigkeiten 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 Aufgreifschwellen, 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 Dienstanbietern 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.dkart.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. Wingerter, 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 Märkt 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 Datenoperateur des Smart Homes, wann eine Wartung erforderlich ist ("predictive

maintenance"). Der Impuls zur Wartung wird vom Datenoperateur 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 Vermachtungen 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

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.

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

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 Chefökonomen 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

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).

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

- 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 erst-klassiges 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 beinah 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. Die Bürokratiekosten sind nach Angaben des Statistischen Bundesamts in den vergangenen Jahren kaum gesunken, de 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" zurückzuversetzen. 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. 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 eingenistet 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 Kohleund-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,

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.

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

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. Dass 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 ersonnen, der es der Europäischen Kommission erlauben soll, durch delegierte Rechtsakte den Pflichtenkatalog zu ergänzen (vgl. Art. 10 DMA). Die Hürden wurden im Zuge des Gesetzgebungsverfahren 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 overoder 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 Rechtsetzung.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.

 $^{^{\}rm 51}$ Dazu mit Blick auf die VO 1/2003 $\it Podszun$, JECLAP 2020, 437 ff.



Deutscher Bundestag

Ausschussdrucksache 20(9)61

25.04.2022

Prof. Dr. Monika Schnitzer, Lehrstuhl für Komparative Wirtschaftsforschung, Ludwig-Maximilians-Universität München

Stellungnahme

Öffentliche Anhörung

zum Thema

"Digital Markets Act"

am 27. April 2022



LUDWIG-MAXIMILIANS-UNIVERSITÄT MÜNCHEN

VOLKSWIRTSCHAFTLICHE FAKULTÄT SEMINAR F. KOMPARATIVE WIRTSCHAFTSFORSCHUNG PROF. DR. MONIKA SCHNITZER



Stellungnahme anlässlich der öffentlichen Anhörung des Wirtschaftsausschusses des Deutschen Bundestages zum Digital Markets Act am 27. April 2022

Angesichts der Dominanz der größten digitalen Plattformen und der Geschwindigkeit, mit der diese ihre Marktmacht in einzelnen Märkten auch auf andere Märkte übertragen können, besteht in vielen Ländern ein breiter Konsens darüber, dass die bisherigen wettbewerbsrechtlichen Instrumente, die auf die Ex post-Sanktionierung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen ausgereichtet sind, nicht mehr ausreichen und stattdessen Ex ante-Regeln erforderlich sind. Um die Etablierung solcher Ex ante-Regeln geht es im vorliegenden Digital Markets Act (DMA), der inzwischen im Trilogverfahren abschließend verhandelt wurde.

In mehreren Ländern der Welt wird ebenfalls über eine neue Big-Tech-Regulierung diskutiert. So erörtert der US-Kongress eine Reihe von Gesetzen, die ähnliche Ziele wie das DMA verfolgen, und das Vereinigte Königreich entwickelt eine neue wettbewerbsfördernde Regelung für digitale Märkte. Die Europäische Union wird aber als erstes ein entsprechendes Gesetzesvorhaben zum Abschluss bringen. Es ist davon auszugehen, dass der DMA weit über die EU hinaus das Verhalten der großen Plattformunternehmen beeinflussen wird. Für die Unternehmen könnte es günstiger erscheinen, die DMA-Verpflichtungen über die EU hinaus auszudehnen, weil es günstiger und effizienter ist, einheitlich zu verfahren. Gleichzeitig ist von entscheidender Bedeutung, dass die Umsetzung erfolgreich ist, auch und gerade weil andere Länder die Erfahrungen mit dem DMA genau verfolgen werden.

Ziel der Regulierung der Big-Tech-Plattformen durch den DMA ist es, die europäischen digitalen Märkte wettbewerbsfähiger und fairer zu machen, und damit auch Innovation in diesen Märkten zu fördern. Der DMA wird viele Aspekte unseres täglichen Lebens und unserer wirtschaftlichen Aktivitäten beeinflussen. Auch durch seine Auswirkungen auf das Innovationsgeschehen (Crémer at al. 2021) kann er globale Auswirkungen entfalten.

Der DMA findet Anwendung auf Plattformen, die einen oder mehrere so genannte Kernplattformdienste anbieten, d. h. App-Stores, Marktplätze, Suchmaschinen, soziale Netzwerke, Video-Sharing, Kommunikationsanwendungen, Betriebssysteme, Cloud Computing, Webbrowser, virtuelle Assistenten und Werbetechnologie, und die als Gatekeeper gelten, weil sie (i) entweder einen europäischen Jahresumsatz von mindestens 7,5 Mrd. € (8,2 Mrd. \$) oder eine Marktkapitalisierung von mindestens 75 Mrd. € (82 Mrd. \$) haben und darüber hinaus (ii) mindestens 45 Millionen monatlich aktive Endnutzer und 10 Tausend Geschäftskunden haben.

Bis zum Sommer 2023 sollen rund 15 Plattformen - darunter Alphabet, Amazon, Apple, Meta und Microsoft - von der Europäischen Kommission benannt werden. Sechs Monate später, Anfang 2024, werden diese digitalen Gatekeeper insgesamt 20 "Geboten und Verboten" unterliegen. Dadurch sollen

- verschiedene Formen wettbewerbswidrigen Verhaltens verhindert werden, wie z. B. Selbstbevorzugung (wie in der Kartellrechtssache Google Shopping), die Auferlegung von Meistbegünstigungsklauseln oder die Verwendung von Daten gewerblicher Nutzer zur Förderung der von den Gatekeepern verkauften Produkte (wie in der laufenden Untersuchung des Amazon Marketplace);

- und die proaktive Öffnung von Plattformen und Daten für den Wettbewerb gefördert werden, durch Maßnahmen wie die Auferlegung horizontaler und vertikaler Interoperabilität (z. B. die Erlaubnis für Unternehmen wie Epic oder Spotify, alternative Zahlungssysteme in einem App-Store zu verwenden, wodurch das Entstehen konkurrierender App-Stores ermöglicht wird, und die Gewährung des gleichen Zugangs zu den Funktionen eines Betriebssystems) oder die Verpflichtung für Suchmaschinen, Suchdaten mit Wettbewerbern zu teilen.

Im Folgenden werde ich auf einige Regelungsbereiche vertieft eingehen, die für die Wirksamkeit und den Erfolg des DMA von besonderer Bedeutung sind und die im Trilogverfahren zum Teil kontrovers diskutiert wurden.

Datenportabilität und Interoperabilität

Angesichts der Bedeutung von Netzwerkeffekten auf digitalen Plattformen sind die Regeln zur Datenportabilität und Interoperabilität ganz zentral. Netzwerkeffekte implizieren, dass der Nutzen für einzelne Nutzer:innen einer Plattform höher ist, wenn auch viele andere diese Plattform nutzen. Indirekte Netzwerkeffekte entstehen dadurch, dass Software, Inhalte oder Dienste Nutzer:innen anziehen, die wiederum zur Entwicklung weiterer Inhalte führen. Netzwerkeffekte können dazu führen, dass Märkte kippen, so dass nur noch ein Monopolist übrig bleibt. Deshalb findet der Wettbewerb, wenn überhaupt, **um den Markt** und nicht **auf dem Markt** statt. Ein neuer Anbieter ist gezwungen, den etablierten Monopolisten zu verdrängen und selbst neuer Monopolist zu werden. Das ist jedoch ineffizient, u.a. weil die Nutzer:innen Umstellungskosten zahlen, um von einem Monopolisten zum nächsten zu wechseln. Eine effektivere Form des Wettbewerbs ist daher der Wettbewerb **auf dem Markt**. Wenn mehrere Unternehmen direkt um Verbraucher:innen und/oder gewerbliche Nutzer:innen konkurrieren, ist es wahrscheinlich, dass alle von niedrigeren Preisen, höherer Qualität und verstärkter Innovation profitieren, unabhängig davon, welchen Anbieter sie nutzen.

Datenportabilität und Interoperabilität sind wertvolle Instrumente, um Wettbewerb im Markt und nicht nur um den Markt zu schaffen (Scott Morton et al. 2021). Datenportabilität bedeutet, dass die Verbraucher:innen ihre Daten und Identifizierungsinformationen (z. B. eine Telefonnummer) von einer Plattform auf eine andere übertragen können (bzw. den Zieldienst zur Übertragung ermächtigen). Dies erleichtert den Wechsel der Plattform (was die Portierung ihrer Daten zu einem neuen Anbieter erfordert) und verschärft somit den Wettbewerb auf dem Markt. Eine Kundin, die Amazon.com verlässt, könnte zum Beispiel ihre früheren Kaufdaten zu Walmart.com mitnehmen, um den Service und die Empfehlungen, die sie von Walmart erhält, zu verbessern. Die Portabilität dürfte auch die Innovation fördern, da der Empfänger nützlicher Daten neue Produkte und Dienstleistungen entwickeln kann; dies würde neuen Wettbewerb und sogar neue Märkte schaffen. Die vom Parlament vorgeschlagenen Änderungen hatten das Ziel, die Datenportabilität effektiver zu machen. Beschlossen wurde nun, dass sowohl Endnutzer als auch Dritte im Auftrag der Endnutzer:innen auf Anfrage kostenlose Datenportabilität durchführen dürfen. Das gilt sowohl für die Daten, die Nutzer:innen eingegeben haben (z.B. bei Social Media Profilen), als auch für Daten, die durch die Aktivität auf dem Kern-Plattformdienst generiert wurden. Gatekeeper sollen die notwendigen Möglichkeiten schaffen, z.B. über Programmierschnittstellen (APIs).

Für die Sicherung des Wettbewerbs **auf dem Markt**, ohne gleichzeitig die effizienzsteigernden Netzwerkeffekte zu gefährden, spielt Interoperabilität eine Schlüsselrolle. Sie kann die Marktzutrittsschranken senken, so dass mehr Unternehmen in den Markt eintreten und bestehende Unternehmen expandieren können. Sie kann auch den Wettbewerb auf ergänzenden Märkten (oder die Anfechtbarkeit von Märkten) ermöglichen. Das ist dann besonders hilfreich, wenn es sich bei diesen komplementären Märkten selbst um Plattformmärkte handelt (z. B. sind die Facebook- und YouTube-Apps Ergänzungen zu App-Stores) oder wenn die Gefahr besteht, dass Marktmacht von einer Kernplattform (mit Marktmacht aufgrund von Netzwerkeffekten) auf einen komplementären Geschäftszweig übertragen wird. Ein wirksamer Wettbewerb

auf komplementären Märkten ist auch deshalb wichtig, weil sie umgekehrt den Ausgangspunkt für den Wettbewerb auf dem Kernplattformmarkt bilden können, sei es durch direkten Markteintritt, durch Förderung des Markteintritts eines Dritten oder durch Disintermediation.

Bis zuletzt umstritten war, für wie viele Kerndienste die Interoperabilitätsbestimmungen gelten und ob sie kostenlos sein sollten. Aufgenommen wurde der Vorschlag, dass Nachrichtendienste wie z.B. WhatsApp, Facebook Messenger oder iMessage interoperabel sein müssen. Das ist sehr zu begrüßen. Der Zwischenbericht der britischen Wettbewerbs- und Marktaufsichtsbehörde (Competition and Markets Authority 2021¹) hat zu Recht die fehlende Interoperabilität zwischen Apples iMessage und anderen Messenger-Apps als eine der Ursachen für den begrenzten Wettbewerb genannt, dem Apple bei seinem Betriebssystem und seinen Geräten ausgesetzt ist. Nicht übernommen wurde hingegen der Vorschlag, die Verpflichtung zur Interoperabilität auf soziale Netzwerke insgesamt auszudehnen. Dabei hätte bei sozialen Netzwerkdiensten die Interoperabilität das – dringend benötigte – Potenzial, den Wettbewerb zu steigern (Scott Morton et al. 2021). Die Übertragung auf diesen Bereich soll in den kommenden Jahren untersucht werden, eine Zeitverzögerung, die angesichts der Dynamik dieser Märkte negative Konsequenzen haben könnte.

Entscheidend für die Wirksamkeit der Regeln zur Portabilität und Interoperabilität werden die verwendeten Schnittstellen sein. Es erscheint aber unklug, wie im DMA vorgesehen, den Plattformen zu erlauben, diese allein zu gestalten. Sie haben einen Anreiz, Konkurrenten auszuschließen, statt ihnen den Zugang zu erleichtern. Zwar heißt es im DMA, dass Datenportabilität und Interoperabilität "durch die Verwendung technischer Standards erleichtert werden könnten", doch dies reicht nicht aus. Besser wäre es, der DMA würde die Verwendung solcher Standards vorschreiben. In der beschlossenen Fassung des DMA wird lediglich ein high quality access verlangt, was auslegungsfähig sein dürfte. Auch sollte die Kommission eine Rolle bei der Beaufsichtigung eines Standardsetzungsprozesses spielen, der Branchenvertreter, aber auch Konkurrenten und potenzielle Marktteilnehmer miteinbezieht. Damit die Interoperabilität den gewünschten Effekt erzielt, ist es außerdem wichtig, dass die Zugangs- und Interoperabilitätsbedingungen fair, angemessen und nicht diskriminierend (FRAND) sein müssen.

Anpassbare Standardeinstellungen

Plattformen verwenden häufig Standardeinstellungen, um die Verbraucher:innen auf ihre eigenen Dienste zu lenken. Im digitalen Sektor spielen solche Standardentscheidungen bekanntermaßen eine wichtige Rolle (Fletcher et al. 2021). Sie können enorme Auswirkungen auf das Verbraucherverhalten und damit indirekt auf den Wettbewerb haben. So verwenden beispielsweise mehr als 90 % der Mobiltelefonbenutzer:innen den vorinstallierten und bekannten Standardbrowser, so dass konkurrierende Browser nur schwer Fuß fassen können.

Der ursprüngliche DMA-Entwurf ging auf diese Standardeinstellungen überhaupt nicht ein. Vom Parlament wurde vorgeschlagenen, die großen Plattformen dazu zu verpflichten, den Verbraucher:innen zu erlauben, diese Standardeinstellungen zu ändern. Darüber hinaus sollen Plattformen proaktiv die Verbraucher:innen, die eine App oder einen App-Store herunterladen, fragen, ob sie diese als Standard einstellen möchten. Erfreulicherweise wurde nun eine Einigung darüber erzielt, die in Richtung der vom Parlament gemachten Vorschläge gehen. Damit würden Nutzer:innen beim Öffnen vorinstallierter Dienste einen Choice Screen sehen, um zwischen Browsern, Sprachassistenten und Suchmaschinen auswählen zu können. Google müssten dann z.B. Android-Nutzer:innen ermöglichen, auf andere Suchmaschinen auszuweichen.

¹ Abrufbar: https://www.gov.uk/government/publications/mobile-ecosystems-market-study-interim-report

Selbstbevorzugung

Selbstbevorzugung liegt vor, wenn eine vertikal integrierte Plattform ihre eigenen Dienste bevorzugt. Der DMA-Entwurf enthielt bereits ein Verbot der Selbstbevorzugung bei Ranking-Diensten. Im Trilog-Verfahren wurde diskutiert, ob dieses Verbot auf "andere Anwendungen" ausgedehnt werden sollte.

Eine solche Ausweitung scheint grundsätzlich attraktiv, da jede Art von Selbstbevorzugung in hohem Maße wettbewerbsbeschränkend sein kann. Es könnte sich jedoch als schwierig erweisen, dies in der Praxis durchzusetzen. Im Kontext von organischen Rankings, bei denen keine Zahlungen erfolgen und die Rankings "verbraucherorientiert" sein sollten, dürfte es einfacher sein, eine solche Selbstbevorzugung festzustellen. Schwieriger wird es, wenn gewerbliche Nutzer (direkt oder indirekt) für die Positionierung bzw. Hervorhebung in Rankings bezahlen.

Das Problem ist, dass ein vertikal integrierter Dienst immer in der Lage ist, mehr für eine prominente Positionierung zu zahlen, da er weiß, dass er die Gebühr an anderer Stelle innerhalb des Unternehmens wieder einnimmt. Daher kann ein vertikal integriertes Unternehmen selbst in einem fair erscheinenden Verfahren wie z.B. in einem offenen Auktionsmechanismus immer gewinnen. Vom Parlament wurde vorgeschlagen, dass Gebote so abgegeben werden müssen, als ob der vertikal integrierte Dienst ein unabhängiges, eigenständiges Unternehmen wäre. Dies erscheint jedoch in der Praxis nur sehr schwer umsetzbar. Der vertikal integrierte Dienst kann nicht umhin zu wissen, dass er Teil eines größeren Unternehmens ist, und er hat keinen ökonomischen Anreiz zu verhindern, dass sein Verhalten durch dieses Wissen beeinflusst wird.

Eine Ausweitung des Verbots der Selbstbevorzugung auf "andere Dienste" ist nun nicht beschlossen worden und sie wäre aus den genannten Gründen möglicherweise mit Schwierigkeiten verbunden gewesen, zumindest solange die Kommission keine klare Möglichkeit zur Durchsetzung einer solchen Regel findet. Die gleichen Bedenken gelten auch für "bezahlte" Rankings. Besser wäre es, den größten digitalen Plattformdiensten, die unter den DMA fallen, die Erhebung von Gebühren für Rankings vollständig zu untersagen. Dies würde die Durchsetzung des Verbots der Selbstbevorzugung erheblich erleichtern. Gleichzeitig würde dies den Verbraucherschutz verbessern, da dies zu einer klareren Unterscheidung zwischen informativen Rankings und beeinflussender Werbung führen würde (Fletcher et al. 2021). Dies sollte in künftigen Erweiterungen des DMA angegangen werden.

Fusionen

In den letzten zehn Jahren haben die größten Betreiber digitaler Plattformen ihre Marktposition durch eine große Zahl von Fusionen und Übernahmen gestärkt und gefestigt, ohne dass dies durch eine wirksame Anwendung des Standardinstrumentariums für die Fusionskontrolle verhindert werden konnte. Von Kritikern in den USA wird dies insbesondere darauf zurückgeführt, dass bei Klagen gegen solche Fusionen die Gerichte den sogenannten "Effizienzgewinnen" zu viel Glauben schenken und die Fusionen daher genehmigen.

In der EU gibt es bisher keinen vergleichbaren Vorschlag. Eine Änderung der Fusionskontrollverordnung würde Einstimmigkeit im Ministerrat erfordern, was als politisch unrealistisch gilt. In den Triologverhandlungen zum DMA wurde der Vorschlag eingebracht, dass die Kommission zumindest ein befristetes Verbot von Akquisitionen verhängen können sollte. Am Ende hat man sich darauf verständigt, dass ein temporäres Verbot von Übernahmen verhängt werden kann, wenn die betroffenen Plattformen systematisch die Regeln des DMA verletzten (s.u.). Die Frage wird sein, wie wirksam dieses Instrument künftig problematische Fusionen einschränken wird. In jedem Fall wäre es sinnvoll, bei diesen Verfahren die Beweislast umzukehren.

Sanktionsmaßnahmen

Noch nicht ausreichend weit geht der DMA auch bei den geplanten Sanktionsmaßnahmen im Falle einer Nichteinhaltung der DMA-Regeln. Die Regeln sind, so die Intention, grundsätzlich selbstdurchsetzend. Im Falle einer Nichteinhaltung sind Verhaltensauflagen vorgesehen. Erst im Fall einer "systematischen Nichteinhaltung" der Regeln werden auch strukturelle Maßnahmen in Betracht gezogen. Dies ist unverständlich angesichts der Tatsache, dass die Gestaltung und Durchsetzung von Verhaltensauflagen komplex und ressourcenintensiv sind und strukturelle Auflagen daher ganz grundsätzlich eine wertvolle Alternative darstellen können (Schnitzer et al. 2021).

Von Skeptikern und insbesondere den großen Plattformen selbst wird gerne eingewandt, dass solche strukturellen Maßnahmen zu einem Ende der Skalenerträge und Netzwerkeffekte führen, und Innovationen gefährden würden. Dabei können durch Regeln zur Interoperabilität solche Netzwerkeffekte erhalten werden (Scott Morton et al. 2021).

Das Parlament hat sich allerdings erfreulicherweise mit ihrem Vorschlag durchsetzen können, bei systematischen Verstößen beide Formen von Maßnahmen, Verhaltensauflagen und strukturelle Maßnahmen, gleichberechtig in Betracht zu ziehen, nicht wie im DMA-Entwurf mit Priorität für Verhaltensauflagen. Das gewählte Mittel muss lediglich verhältnismäßig zum Schaden sein, der aus den systematischen Verstößen entstanden ist. Auch wurde die Schwelle, ab der von systematischen Verstößen gesprochen werden kann, herabgesetzt: statt 3 Verstöße in 5 Jahren werden nun 3 Verstöße innerhalb bis zu 8 Jahren die genannten Maßnahmen auslösen können.

Umsetzung

In den kommenden Monaten wird die Umsetzung der DMA-Regeln vorzubereiten sein. Angesichts der Zahl der betroffenen Gatekeeper-Plattformen und der großen Zahl der von ihnen einzuhaltenden Regeln wird die Kommission, die für die Umsetzung der DMA zuständig ist, vor einer gewaltigen Herausforderung stehen. Zum ersten Mal in ihrer 70-jährigen Geschichte wird die Kommission zu einer vollwertigen Regulierungsbehörde. Daher muss sie neue Regulierungskapazitäten entwickeln, die eine umfassende und ständige Überwachung der regulierten Gatekeeper und die Auferlegung komplexer Zugangs- und Interoperabilitätsverpflichtungen ermöglichen. Dies ist notwendig, da die DMA eher mit Systemen wie der Bankenaufsicht vergleichbar ist, wo eine ständige Marktüberwachung erforderlich ist, als mit der Kartellrechtsdurchsetzung, wo die Behörden nur sporadisch eingreifen, um wettbewerbswidriges Verhalten zu unterbinden. Es muss klar sein, dass dies ohne eine adäquate Ausstattung und im Zweifel deutliche Aufstockung der Ressourcen der Kommission kaum zu bewältigen sein wird.

Die Implementierung und Umsetzung der Regeln wird aus einer Reihe von Gründen sehr komplex sein. Erstens gilt der DMA für Unternehmen mit sehr unterschiedlichen Geschäftsmodellen, die auf komplexen, schnelllebigen und nicht immer gut verstandenen Märkten tätig sind. Zweitens zielt der DMA darauf ab, zentrale Aspekte dieser Geschäftsmodelle zu verändern, indem beispielsweise geschlossene Plattformen gezwungen werden, sich für Konkurrenten zu öffnen, oder indem die Bedingungen für die Erhebung und Zusammenführung personenbezogener Daten für gezielte Werbung eingeschränkt werden; daher ist Widerstand von Big Tech gegen einige der Verpflichtungen zu erwarten. Drittens ist der DMA ein neues Unterfangen, bei dem außer einigen Kartellfällen, von denen die meisten noch nicht abgeschlossen sind, nur wenig Erfahrung vorliegt; die digitale Industrie ist sehr diversifiziert und unterscheidet sich von den anderen Branchen, die bisher reguliert wurden.

Die Kommission argumentiert, dass die Regeln so angelegt sind, dass sie selbstdurchsetzend sind. Das erscheint mir und anderen als zu optimistisch gedacht. In der Praxis erfordert die wirksame Durchsetzung des DMA die Einrichtung solider Dialog- und Koordinierungsmechanismen zwischen Behörden, privaten Akteuren sowie Universitäten, Denkfabriken, NRO und unabhängigen Experten.

Die Kommission wird auch das Wissen und die technischen Fähigkeiten entwickeln müssen, um Daten und Algorithmen zu verstehen, die die Grundlage für alle neu regulierten digitalen Dienste bilden. Dies könnte die Einrichtung eines spezialisierten Technologie-Teams erfordern, analog zu den seit langem etablierten Chefvolkswirte-Teams in den Kartellbehörden. Ein solches Team würde eng in die Aufsicht über die regulierten Gatekeeper sowie in die erforderliche Durchsetzung eingebunden werden. Eine wirksame Aufsicht kann auch den Zugang zu umfangreichen Daten verschiedener Art erfordern, einschließlich interner Daten der Unternehmen und externer, unabhängiger Daten.

Einbindung nationaler Wettbewerbsbehörden

Wie im Gesetz vorgesehen, werden die Behörden der EU-Mitgliedstaaten die Möglichkeit haben, die Kommission bei der Durchsetzung des DMA aktiv zu unterstützen. Diese Behörden, darunter sowohl Kartellals auch Regulierungsagenturen, haben wertvolle komparative Vorteile: Sie sind näher an den Märkten insbesondere an den kleinen und lokalen Unternehmen - und verfügen über Fachwissen bei der Intervention auf digitalen Märkten oder bei der Auferlegung von Zugangs- und Interoperabilitätsverpflichtungen auf nicht-digitalen Märkten. Um eine reibungslose Zusammenarbeit zwischen diesen nationalen Behörden und der Kommission sowie eine fallübergreifende Koordinierung zu gewährleisten, könnten nach dem Vorbild der europäischen Bankenaufsicht gemeinsame Aufsichtsteams für bestimmte Plattformen oder Verpflichtungen eingerichtet werden.

Verhältnis zu § 19a GWB

Abschließend sei angemerkt, dass die 10. Novelle des GWB und insbesondere die Einfügung des §19a als wichtige Wegbereitung des DMA gesehen werden kann. Viele der jetzt im DMA enthaltenen Regeln finden sich inhaltlich auch im § 19a. Allerdings arbeitet der DMA mit festen Schwellenwerten zur Definition von Gatekeepern und mit festen Regeln, die von den Gatekeepern einzuhalten, bzw. festen Verboten für Verhaltensweisen, die nicht erlaubt sind. Das Bundeskartellamt muss stattdessen zunächst feststellen, dass einem Unternehmen eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt. Dies ist einerseits mit mehr Aufwand verbunden, erlaubt andererseits, die genauen Umstände näher zu berücksichtigen. Das Bundeskartellamt kann dann, wenn diese marktübergreifende Bedeutung festgestellt ist, für das betroffene Unternehmen festlegen, welche Auflagen es zu erfüllen hat. Auch hier erlaubt die Regelung des § 19a, spezifischer auf die genauen Umstände und insbesondere das zugrundeliegende Geschäftsmodell einzugehen. Ein wichtiger Vorteil dieser fallspezifischen Vorgehensweise ist, dass damit sogenannte "unintended consequences" vermieden werden können.

Wie oben ausgeführt wurde, ist damit zu rechnen, dass die Durchsetzung des DMA nicht ohne gerichtliche Klärung der Anwendbarkeit der Regeln auf einzelne Gatekeeper und deren Kernplattformdienste von statten gehen wird. Insofern werden auf europäischer Ebene die in Deutschland vom Kartellamt vorzunehmenden Klärungen und Abwägungen eher auf gerichtlicher Ebene erfolgen.

Prof. Dr. Monika Schnitzer

(Mitglied des Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung)

Referenzen

Crémer, Jacques; Crawford, Gregory S.; Dinielli, David; Fletcher, Amelia; Heidhues, Paul; Schnitzer, Monika; Scott Morton, Fiona M.; Seim, Katja, Fairness and Contestability in the Digital Markets Act, *Tobin Center: Policy Discussion Paper No. 3*, Juli 2021; abrufbar: https://tobin.yale.edu/sites/default/files/Digital%20Regulation%20Project%20-%20Fairness%20and%20Contestability%20-%20Discussion%20Paper%20No%203.pdf

erscheint in Yale Journal on Regulation

Fletcher, Amelia; Crawford, Gregory S.; Crémer, Jacques; Dinielli, David; Heidhues, Paul; Luca, Michael; Salz, Tobias; Schnitzer, Monika; Scott Morton, Fiona M.; Seim, Katja; Sinkinson, Michael, Consumer Protection for Online Markets and Large Digital Platforms, *Tobin Center: Policy Discussion Paper No. 1*, Mai 2021; abrufbar: https://to-bin.yale.edu/sites/default/files/Digital%20Regulation%20Project%20Papers/Digital%20Regulation%20Project%20-%20Consumer%20Protection%20-%20Discussion%20Paper%20No%201.pdf

erscheint in Yale Journal on Regulation

Scott Morton, Fiona M.; Crémer, Jacques; Crawford, Gregory S.; Dinielli, David; Fletcher, Amelia; Heidhues, Paul; Schnitzer, Monika; Seim, Katja, Equitable Interoperability: the "Super Tool" of Digital Platform Governance, *Tobin Center: Policy Discussion Paper No. 4*, Juli 2021; abrufbar: https://tobin.yale.edu/sites/default/files/Digital%20Regulation%20Project%20-%20Equitable%20Interoperability%20-%20Discussion%20Paper%20No%204.pdf erscheint in Yale Journal on Regulation

Schnitzer, Monika; Crémer, Jacques; Crawford, Gregory S.; Dinielli, David; Fletcher, Amelia; Heidhues, Paul; Scott Morton, Fiona M.; Seim, Katja, International Coherence in Digital Platform Regulation: An Economic Perspective on the US and EU Proposals, *Tobin Center: Policy Discussion Paper No. 5*, August 2021; abrufbar: https://tobin.yale.edu/sites/de-fault/files/Digital%20Regulation%20Project%20Papers/Digital%20Regulation%20Project%20-g20Regulatory%20Coherence%20-g20Discussion%20Paper%20No%205.pdf erscheint in Yale Journal on Regulation