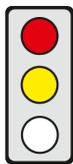


KERNPUNKTE

Hintergrund: Digitale Plattformen bringen Vorteile für die Nutzer und schaffen Geschäftsmöglichkeiten. Einige wenige große Plattformen ("Gatekeeper") genießen jedoch mit ihrer Position zwischen gewerblichen Nutzern und Endnutzern eine starke Marktmacht, die es ihnen ermöglicht, aus deren wirtschaftlicher Abhängigkeit Kapital zu schlagen und die Möglichkeiten für einen Markteintritt von Wettbewerbern zu begrenzen.

Ziel der Verordnung: Das Gesetz über digitale Märkte („Digital Markets Act“, DMA) soll sicherstellen, dass Wettbewerber in digitale Märkte eintreten können und dass die Beziehungen zwischen Gatekeepern und ihren Nutzern fair sind. Zu diesem Zweck enthält der DMA Verhaltenspflichten für Anbieter von Plattformdiensten [[cepAnalyse 14/2021](#)] sowie Durchsetzungs- und Verfahrensregeln [diese [cepAnalyse](#)].

Betroffene: Gatekeeper sowie deren Endnutzer und gewerbliche Nutzer.



Pro: Eine Durchsetzung auf EU-Ebene vermeidet eine divergierende Anwendung des DMA.

Contra: (1) Nationale Behörden sollten bei der Durchsetzung des DMA nicht außen vor gelassen werden.

(2) Das Recht der Kommission, durch delegierte Rechtsakte neue Verhaltenspflichten für Gatekeeper zu schaffen, verstößt gegen das EU-Primärrecht.

(3) Der DMA klärt sein Verhältnis zum nationalen Recht nicht hinreichend.

Die wichtigsten Passagen im Text sind durch einen Seitenstrich gekennzeichnet.

INHALT

Titel

Vorschlag COM(2020) 842 vom 15. Dezember 2020 für eine **Verordnung über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor**

Kurzdarstellung

► Hintergrund und Verpflichtungen

- Das Gesetz über digitale Märkte („Digital Markets Act“; DMA) soll bestreitbare und faire digitale Märkte sicherstellen, indem es bestimmten Anbietern von „zentralen Plattformdiensten“ (ZPD), die als „Gatekeeper“ definiert sind, strenge Verhaltenspflichten auferlegt. ZPD sind insbesondere Online-Vermittlungsdienste, Online-Suchmaschinen und Betriebssysteme [Art. 2 (2), für eine vollständige Liste siehe [cepAnalyse 14/2021](#)].
- Ein "Gatekeeper" ist ein Anbieter von ZPD, der bestimmte Kriterien erfüllt, deren Erfüllung vermutet wird, wenn gewisse quantitative Schwellenwerte, etwa bei Nutzerzahlen und Umsatz, erreicht werden [Art. 3 (1), (2); für Details siehe [cepAnalyse 14/2021](#)].
- Der DMA-Vorschlag enthält
 - Verhaltenspflichten für Gatekeeper [siehe [cepAnalyse 14/2021](#)] sowie
 - Durchsetzungs- und Verfahrensregeln [diese [cepAnalyse](#)].

► Marktuntersuchung und Untersuchungsbefugnisse

- Die Kommission kann eine Marktuntersuchung durchführen, um (Art. 15)
 - weitere ZPD zu identifizieren, die von dem Unternehmen angeboten werden, zu dem der Gatekeeper gehört,
 - zu prüfen, ob ein Anbieter von ZPD, der die quantitativen Schwellenwerte nicht erreicht, als Gatekeeper benannt wird und ihm
 - alle Verhaltenspflichten für Gatekeeper [Art. 15 (1)] auferlegt werden sollen, wenn er bereits eine gefestigte und dauerhafte Position erlangt hat, oder
 - nur bestimmte „angemessene und erforderliche“ Verhaltenspflichten auferlegt werden sollen, um zu verhindern, dass er in naher Zukunft auf „unlautere“ Weise eine gefestigte und dauerhafte Position erlangt.
 Im letzteren Fall können dem Anbieter einige oder alle der folgenden Verhaltenspflichten auferlegt werden:
 - Der Anbieter muss es gewerblichen Nutzern ermöglichen, Endnutzern dieselben Produkte oder Dienstleistungen über Online-Vermittlungsdienste Dritter zu anderen Konditionen anzubieten als über seine Online-Vermittlungsdienste [Art. 5 (b)].
 - Der Anbieter darf die Möglichkeit der Endnutzer nicht technisch einschränken, zwischen Apps und Diensten, die auf sein Betriebssystem zugreifen, zu wechseln und diese zu abonnieren [Art. 6 (1) (e)].

- Der Anbieter muss gewerblichen Nutzern und Erbringern von Nebendienstleistungen, z.B. Identifikations- oder Zahlungsdiensten, den Zugang zu und die Interoperabilität mit seinem Betriebssystem sowie den Hardware- und Softwarefunktionen ermöglichen, die von seinen eigenen Nebendienstleistungen verwendet werden (Art. 6 (1) (f)).
- Der Anbieter muss gewerblichen Nutzern und Endnutzern eine Übertragbarkeit von Daten ermöglichen, die durch ihre Tätigkeit erzeugt werden, insbesondere mit Instrumenten für Endnutzer, die eine permanente Echtzeitübertragbarkeit gewährleisten [Art. 6 (1) (h)].
- Der Anbieter muss gewerblichen Nutzern kostenlos einen effektiven, qualitativ hochwertigen und permanenten Echtzeitzugang zu Daten gewähren, die von ihnen und ihren Endnutzern bei der Nutzung des ZPD generiert bzw. bereitgestellt werden, und ihnen die Nutzung dieser Daten ermöglichen [Art. 6 (1) (i)].
- Nach einer Marktuntersuchung kann die Kommission mit delegierten Rechtsakten die Verhaltenspflichten für Gatekeeper aktualisieren, um Praktiken zu beenden, die die Bestreitbarkeit ZPD oder Fairness beschränken [Art. 10].
- Die Kommission kann
 - von Unternehmen alle erforderlichen Auskünfte, u.a. zum Zwecke der Überwachung, Durchführung und Durchsetzung der DMA-Vorschriften verlangen [Art. 19 (1)],
 - Zugang zu Datenbanken und Algorithmen von Unternehmen verlangen [Art. 19 (1)] und
 - Nachprüfungen vor Ort in den Räumlichkeiten eines Unternehmens durchführen [Art. 21 (1)]. Während der Nachprüfungen vor Ort kann die Kommission von dem Unternehmen Erläuterungen zu seiner Organisation, seinem Geschäftsgebaren, seiner Arbeitsweise, seinem IT-System, seinen Algorithmen und seiner Datenverwaltung verlangen sowie Zugang dazu [Art. 21 (3)].
- **Maßnahmen bei Verstößen**
 - In dringenden Fällen, in denen gewerblichen Nutzern oder Endnutzern von Gatekeepern ein schwerer und nicht wiedergutzumachender Schaden droht, kann die Kommission einstweilige Maßnahmen anordnen, wenn sie prima facie – d.h. nach vorläufiger Beurteilung – einen Verstoß gegen die Verhaltenspflichten feststellt [Art. 22]. Die Kommission kann ein Verfahren durchführen, um zu prüfen, ob ein Gatekeeper den einstweiligen Maßnahmen nachkommt [Art. 18, Art. 25 (1) (d)].
 - Die Kommission kann ein Verfahren durchführen, um zu prüfen, ob ein Gatekeeper die Verhaltenspflichten einhält [Art. 18, Art. 25 (1) (a)]. Während dieses Verfahrens kann ein Gatekeeper Verpflichtungszusagen anbieten, die eine effektive Einhaltung der Verhaltenspflichten gewährleisten [Art. 23 (1)]. Bietet ein Gatekeeper keine ausreichenden Verpflichtungszusagen an oder kommt er ihnen nicht nach, erlässt die Kommission einen Beschluss wegen Nichteinhaltung [Art. 23 (3), Art. 25 (1) (e)].
 - Wenn innerhalb von 5 Jahren mindestens drei Beschlüsse wegen Nichteinhaltung gegen einen Gatekeeper ergangen sind [Art. 16 (1), (3)], kann die Kommission ihm verhaltensbezogene oder strukturelle Abhilfemaßnahmen auferlegen, z.B. Entflechtung, es sei denn, der Gatekeeper bietet wirksame Verpflichtungszusagen an [Art. 23 (1)]. Kommt ein Gatekeeper den verhaltensbezogenen oder strukturellen Abhilfemaßnahmen nicht nach, erlässt die Kommission einen Beschluss wegen Nichteinhaltung [Art. 25 (1) (e)].
 - In den Kommissionsbeschlüssen wegen Nichteinhaltung
 - wird der Gatekeeper aufgefordert, die Nichteinhaltung abzustellen [Art. 25 (3)] und
 - können Geldbußen in Höhe von bis zu 10% des Jahresumsatzes des Gatekeepers verhängt werden [Art. 26 (1)].
 - Die Kommission kann Zwangsgelder in Höhe von bis zu 5 % des durchschnittlichen Tagesumsatzes des Unternehmens verhängen, um es zu zwingen (Art. 27)
 - eine Nachprüfung vor Ort zu dulden,
 - einem Auskunftsverlangen oder Verlangen auf Zugang zu Datenbanken und Algorithmen nachzukommen,
 - seine von der Kommission für verbindlich erklärten Verpflichtungszusagen einzuhalten,
 - der Unterlassungsverfügung eines Beschlusses wegen Nichteinhaltung nachzukommen oder
 - verhaltensbezogene oder strukturelle Abhilfemaßnahmen einzuhalten.
- **Rolle der Mitgliedstaaten**
 - Es wird ein Beratender Ausschuss für digitale Märkte eingerichtet, der sich aus Vertretern der Mitgliedstaaten zusammensetzt. Er kann Stellungnahmen u.a. zu einzelnen Beschlüssen der Kommission abgeben. (Art. 32)
 - Drei oder mehr Mitgliedstaaten können die Kommission auffordern, eine Marktuntersuchung einzuleiten.
 - Der DMA verbietet es den Mitgliedstaaten, Gatekeepern zusätzlich zum DMA Verhaltenspflichten aufzuerlegen, die bestreitbare und faire Märkte gewährleisten sollen [Art. 1 (5)].
 - Der DMA verbietet den Mitgliedstaaten nicht, „nationale Wettbewerbsvorschriften“ anzuwenden, die [Art. 1 (6)]
 - wettbewerbswidrige Vereinbarungen oder den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung verbieten, etwa nationale Vorschriften, die den Art. 101 und 102 AEUV entsprechen, oder
 - andere Formen einseitigen Verhaltens verbieten, soweit diese nationalen Vorschriften
 - nicht auf Gatekeeper anwendbar sind oder
 - Gatekeepern zusätzliche Verhaltenspflichten auferlegen, die einen anderen Zweck als die Gewährleistung bestreitbarer und fairer Märkte haben.

- Nicht verboten sind insbesondere nationale Maßnahmen, die [Erwägungsgrund 9]
- auf einer individuellen Bewertung der Marktstellungen und Verhaltensweisen eines Unternehmens beruhen, einschließlich ihrer voraussichtlichen Auswirkungen und des genauen Gegenstands der verbotenen Verhaltensweisen, und
- dem betreffenden Unternehmen die Möglichkeit geben, Effizienz- und objektive Rechtfertigungsargumente vorzubringen.

Subsidiaritätsbegründung der Kommission

Digitale Akteure, insbesondere diejenigen, auf die der DMA abzielt, sind grenzüberschreitend tätig. Daher treten die zu lösenden Probleme grenzüberschreitend auf und betreffen mehrere Mitgliedstaaten.

Politischer Kontext

Der DMA baut auf auf den Konsultationen der Kommission zum „Neuen Wettbewerbsinstrument“ und dem „Instrument zur Vorabregulierung sehr großer Online-Plattformen, die als Torwächter fungieren“ (siehe [cepInput](#) vom 24. November 2020) Zusammen mit dem [Gesetz über digitale Dienste](#) (siehe [cepStudie](#); [cepAnalysen](#) folgen), das am selben Tag veröffentlicht wurde, ist der DMA Teil des Vorschlags der Kommission zu neuen Regeln für digitale Plattformen.

Stand der Gesetzgebung

15.12.2020 Annahme durch die Kommission

Offen Annahme durch Europäisches Parlament und Rat, Veröffentlichung im Amtsblatt, Inkrafttreten

Politische Einflussmöglichkeiten

| | |
|---|--|
| Generaldirektionen: | GD Kommunikationsnetze, Inhalte und Technologie, |
| Ausschüsse des Europäischen Parlaments: | IMCO (federführend), Berichterstatter: Andreas Schwab (EVP, D) |
| Bundesministerien: | Wirtschaft (federführend) |
| Ausschüsse des Deutschen Bundestages: | Wirtschaft (federführend) |
| Entscheidungsmodus im Rat: | Qualifizierte Mehrheit (Annahme durch 55% der Mitgliedstaaten, die 65% der EU-Bevölkerung ausmachen) |

Formalien

| | |
|-------------------------------------|---|
| Kompetenznorm: | Art. 114 AEUV (Binnenmarkt) |
| Art der Gesetzgebungszuständigkeit: | Geteilte Zuständigkeit (Art. 4 (2) AEUV) |
| Verfahrensart: | Art. 294 AEUV (ordentliches Gesetzgebungsverfahren) |

BEWERTUNG

Ökonomische Folgenabschätzung

Für eine Bewertung zur Definition von Gatekeepern und zu den Verhaltenspflichten siehe [cepAnalyse Nr. 14/2021](#). Verhaltenspflichten für ZPD-Anbieter, die zwar die Gatekeeper-Schwellenwerte nicht erreicht haben, aber dennoch konkurrierende Anbieter auf unlautere Weise aus dem Markt drängen bzw. vom Markteintritt abhalten könnten, können den Wettbewerb schützen. Allerdings sind die Ergebnisse der dafür notwendigen Marktuntersuchungen mit einer hohen Unsicherheit verbunden. Daher sollte die Kommission solchen Anbietern nur dann Verhaltenspflichten auferlegen, wenn die Untersuchung eindeutig ergibt, dass sich ein Anbieter ohne Verhaltenspflichten zum Gatekeeper entwickeln würde.

Dass Anbieter, die noch keine gefestigte und dauerhafte Marktposition innehaben, nur Verhaltenspflichten auferlegt werden können, die notwendig sind, um das Erreichen einer solchen Position durch „unlautere Mittel“ zu verhindern, verhindert eine unnötige bürokratische Belastung der betroffenen ZPD-Anbieter.

Verhaltensbezogene und strukturelle Abhilfemaßnahmen schränken die unternehmerische Freiheit ein. Daher sind sie zu Recht nur als letztes Mittel vorgesehen, um die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen zu korrigieren, zu denen die wiederholte Nichteinhaltung des DMA führen kann.

Juristische Bewertung

Kompetenz

Der DMA wird zu Recht auf die Binnenmarktkompetenz (Art. 114 AEUV) gestützt.

Subsidiarität

Unproblematisch.

Verhältnismäßigkeit gegenüber den Mitgliedsstaaten

Die Verantwortung für die Durchsetzung in die Hände der Kommission zu legen, während den Mitgliedstaaten lediglich eine beratende Funktion zukommt, ist problematisch. Zwar gibt es immer eine grenzüberschreitende Komponente, da der DMA definitionsgemäß nur für Unternehmen Anwendung findet, die in mindestens drei verschiedenen Mitgliedstaaten tätig sind. **Eine Durchsetzung auf EU-Ebene vermeidet daher eine divergierende Anwendung des DMA. Um jedoch eine zügige Durchsetzung zu gewährleisten – was in den schnelllebigen digitalen Märkten besonders wichtig ist – sollten die nationalen Behörden mit ihren Arbeitskräften und ihrem bereits vorhandenen Fachwissen über digitale Märkte nicht völlig bei der Durchsetzung des DMA außen vor gelassen werden.**

Um Konflikte aufgrund unterschiedlicher Auslegungen zu vermeiden, sollte die Kommission für die Festlegung der Umsetzung von Verhaltenspflichten, Marktuntersuchungen, die Auferlegung von verhaltensbezogenen oder strukturellen Abhilfemaßnahmen und Untersuchungen möglicher Verstöße gegen den DMA, die mehr als einen Mitgliedstaat betreffen, zuständig sein. Nationale Behörden sollten die Kompetenz erhalten, die Einhaltung des DMA in ihrem eigenen Land zu überwachen und mögliche Verstöße zu untersuchen, die nur ihr Land betreffen, sowie als Anlaufstelle für Nutzer dienen, die sich über das Verhalten eines Gatekeepers beschweren wollen.

Die Einbeziehung der nationalen Behörden in die Durchsetzung des DMA würde ein System der Koordinierung zwischen den nationalen Behörden und der Kommission erfordern, das dem Europäischen Wettbewerbsnetz ähnlich ist. Insbesondere müssten die nationalen Behörden verpflichtet sein, die Kommission zu benachrichtigen, wenn sie neue Fälle aufnehmen, und die Kommission müsste die Möglichkeit haben, selbst Fälle aufzunehmen, wenn nationale Behörden denselben Sachverhalt untersuchen.

Sonstige Vereinbarkeit mit EU-Recht

Das Recht der Kommission, durch delegierte Rechtsakte neue Verhaltenspflichten für Gatekeeper zu schaffen, verstößt gegen das EU-Primärrecht. Die Kommission darf delegierte Rechtsakte nur zur Ergänzung oder Änderung bestimmter nicht wesentlicher Vorschriften des Gesetzgebungsakts erlassen (Art. 290 AEUV). Die den Gatekeepern auferlegten Verhaltenspflichten sind jedoch der Kern des DMA und können daher nicht als nicht wesentliche Vorschriften betrachtet werden.

Das pauschale Recht der Kommission zur Durchführung von Nachprüfungen vor Ort, ohne Angabe von Bedingungen (Art. 21), ist ein Verstoß gegen die Grundrechtecharta: Art. 52 (1) GRCh verlangt, dass eine Rechtsvorschrift hinsichtlich des Anwendungsbereichs und der Anwendung der fraglichen Maßnahme hinreichend klar und präzise sein muss, um einen Grundrechtseingriff rechtfertigen zu können (EuGH, Verb. Rs. C-293/12 und C-594/12, Digital Rights Ireland, Rn. 54). Zumindest sollte, analog zur Durchsetzung des Wettbewerbsrechts ([VO 1/2003](#)), klargestellt werden, dass die Kommission von dieser Befugnis nur Gebrauch machen darf, um die ihr durch den DMA übertragenen Aufgaben zu erfüllen.

Auswirkungen auf das deutsche Recht

Der DMA klärt sein Verhältnis zum nationalen Recht nicht hinreichend. Es bleibt unklar, wann es sich bei einer nationalen Maßnahme um eine Wettbewerbsvorschrift handelt, die den Mitgliedstaaten das Recht einräumt, den Gatekeepern zusätzliche Verhaltenspflichten aufzuerlegen [Art. 1 (6)], und wann es sich um eine Vorschrift handelt, deren Zweck es ist, bestreitbare und faire Märkte zu gewährleisten, die den Mitgliedstaaten nicht das Recht gibt, den Gatekeepern zusätzliche Verhaltenspflichten aufzuerlegen [Art. 1 (5)]. Da § 19a des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen („GWB“) Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb keine feste Liste von Verhaltenspflichten auferlegt, sondern das Bundeskartellamt individuell prüfen muss, welche Verpflichtungen dem einzelnen Unternehmen aufzuerlegen sind, und § 19a GWB den Unternehmen die Möglichkeit einräumt, sachliche Rechtfertigungsargumente vorzubringen, scheint es sich um eine nationale Wettbewerbsvorschrift im Sinne von Art. 1 (6) DMA zu handeln. Das Bundeskartellamt könnte also, gestützt auf § 19a GWB, sowohl Gatekeepern Verhaltenspflichten auferlegen, die über die Verhaltenspflichten des DMA hinausgehen als auch Unternehmen, die keine Gatekeeper sind, Verhaltenspflichten auferlegen. Allerdings muss der DMA in diesem Punkt klargestellt werden.

Zusammenfassung der Bewertung

Eine Durchsetzung auf EU-Ebene vermeidet eine divergierende Anwendung des DMA. Um jedoch eine zügige Durchsetzung zu gewährleisten – was in den schnelllebigen digitalen Märkten besonders wichtig ist – sollten die nationalen Behörden nicht bei der Durchsetzung des DMA außen vor gelassen werden. Das Recht der Kommission, durch delegierte Rechtsakte neue Verhaltenspflichten für Gatekeeper zu schaffen, verstößt gegen das EU-Primärrecht. Das pauschale Recht der Kommission zur Durchführung von Nachprüfungen vor Ort, ohne Angabe von Bedingungen, ist ein Verstoß gegen die Grundrechtecharta. Der DMA klärt sein Verhältnis zum nationalen Recht nicht hinreichend.