

Der Digital Markets Act (DMA): Neues «Plattformrecht» für mehr Wettbewerb in der digitalen Wirtschaft

Andreas Heinemann*
Giulia Mara Meier**

A. Ausgangslage

«Big Tech» steht unter besonderer Beobachtung, und dies weltweit.¹ Die grossen Online-Plattformen kennzeichnen sich durch die Kontrolle über immer grössere Datenmengen, die permanent analysiert, verknüpft und ausgewertet werden. Charakteristisch für die grossen Tech-Unternehmen sind beträchtliche Skaleneffekte (mit Grenzkosten von nahezu Null für das Hinzufügen von neuen Geschäfts- oder Endnutzern) und starke Netzwerkeffekte. Durch die Vielseitigkeit ihrer Dienste können sie gewerbliche Nutzer mit einer Vielzahl von Endnutzern in Kontakt bringen. Dies schafft eine starke Abhängigkeit sowohl der Geschäftsnutzer als auch der Endnutzer von den Plattformen. Zusätzlich gestärkt wird die Marktmacht von Tech-Unternehmen durch lock-in-Effekte, einen Mangel an Multi-Homing,

Die grossen Online-Plattformen haben überragende Bedeutung für den Zugang zu den Endnutzern erlangt. Die Kontrolle durch das Kartellrecht mit seinen langwierigen Verwaltungs- und Gerichtsverfahren kommt häufig zu spät. Die Europäische Kommission schlägt vor, eine neuartige Plattformregulierung für Gatekeeper zu schaffen, um die Bestreitbarkeit digitaler Märkte zu verteidigen.

* — Professor an der Universität Zürich und Präsident der Wettbewerbskommission. Der Verfasser gibt seine persönliche Auffassung wieder.

** — Dr. iur. des., Wissenschaftliche Assistentin an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich.

¹ — Während in Europa schon länger eine gewisse Skepsis gegenüber grossen Digitalunternehmen herrscht, hielten sich die USA, Geburtsstätte und Heimatort der meisten grossen Tech-Unternehmen, lange zurück. Inzwischen sind aber auch die US-amerikanischen Behörden aktiv geworden, s. NZZ v. 27.1.2021, 5 und beispielsweise die Klage der Federal Trade Commission gegen Facebook vom 9. Dezember 2020 <www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/191-0134/facebook-inc-ftc-v>. Eine Übersicht über die aktuellen Entwicklungen findet sich unter <www.spglobal.com/ratings/en/research/articles/200825-regulators-lean-in-to-u-s-big-tech-firms-11624217>; vgl. auch <www.theplatformlaw.blog/2021/01/06/digital-platforms-and-the-law-ten-predictions-for-2021>. Caffarra Cristina/Scott Morton Fiona bezeichnen diese Vorgänge als «[t]he US' 'big awakening'» <www.voxeu.org/article/european-commission-digital-markets-act-translation>, s. auch NZZ v. 8.3.2021, 23. Auch in China bahnt sich eine stärkere wettbewerbsrechtliche Kontrolle der grossen chinesischen Plattformen an, s. NZZ v. 10.2.2021, 24.

vertikale Integration sowie die bereits erwähnten datengetriebenen Vorteile.²

Ein solches Szenario muss das Kartellrecht auf den Plan rufen, schliesslich folgen aus einer marktbeherrschenden Stellung besondere Verhaltenspflichten. In der Vergangenheit haben sich die Kartellbehörden mit digitalen Konstellationen jedoch schwergetan, was zu langwierigen Verfahren geführt hat, die in eklatantem Gegensatz zur Dynamik der Technologie- und Marktentwicklungen standen. Es ist nicht erstaunlich, dass vor diesem Hintergrund eine intensive Diskussion über mögliche Problemlösungen geführt wird.³ Im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit stehen die GAFAM-Plattformen, also die konglomeraten Gruppen *Google*, *Amazon*, *Facebook*, *Apple* und *Microsoft*.⁴ Die chinesischen BATX-Unternehmen, nämlich *Baidu*, *Alibaba*, *Tencent* und *Xiaomi*, sind hingegen auf den westlichen Märkten noch weniger präsent und spielen beim Vorschlag des DMA keine hervorgehobene Rolle.⁵

Vor dem Hintergrund der Plattformdiskussion und beeinflusst durch Kartellverfahren, die von der Europäischen Kommission oder von Kartellbehörden der EU-Mitgliedstaaten geführt worden sind und werden,⁶ hat die Europäische Kommission am 15. Dezember 2020 neue Regeln für Digitalkonzerne präsentiert, die in zwei separate Verordnungsvorschläge unterteilt sind. Der Entwurf eines Digital Services Act (DSA) stellt EU-weit verbindliche Pflichten für alle digitalen Dienste in Aussicht, die Konsumenten Waren, Dienstleistungen oder Inhalte vermitteln. Zudem sollen illegale Inhalte schnel-

ler gelöscht und der Grundrechtsschutz von Internetnutzern verbessert werden.⁷ Der Fokus des Digital Markets Act (DMA) liegt demgegenüber auf grossen Internetplattformen, die als digitale Gatekeeper im Binnenmarkt agieren. Nach Einschätzung der Europäischen Kommission sind diese Plattformen das wichtigste Zugangstor für gewerbliche Nutzer geworden, um ihre Kunden zu erreichen. Die meisten Gatekeeper hätten eine gefestigte und dauerhafte Position und kontrollierten teils ganze Plattformökosysteme. Die Versuchung, diese Marktstellung durch unlautere Geschäftspraktiken abzusichern, sei gross, und ebenso gross sei der volkswirtschaftliche Schaden, den dies verursache.⁸ Der DMA soll verhindern, dass Gatekeeper ihre Stellung ausnutzen, um den Wettbewerb auszubremsen, indem sie gewerbliche Nutzer daran hindern, wertschaffende und innovative Dienste anzubieten. Die Kommission möchte die Marktzutrittsschranken möglichst niedrig halten und so die «Bestreitbarkeit» (in der englischen Fassung: «contestability») digitaler Plattformmärkte sichern.⁹

Der DMA ist das Ergebnis einer Diskussion, die ursprünglich unter der Überschrift «New Competition Tool» geführt wurde. Offenbar um das neue «Plattformrecht» stärker vom traditionellen Kartellrecht abzugrenzen, verzichtet der DMA-Entwurf auf diesen Begriff.¹⁰ Die Diskussion wird also in Zukunft unter dem Titel «Digital Markets Act» geführt werden.¹¹ Im Folgenden sollen die Regelungsgrundsätze des DMA vorgestellt und einer ersten Einschätzung unterzogen werden. Dabei ist zu beachten, dass es sich bei dem vorliegenden Text lediglich um einen Vorschlag der Europäischen Kommission handelt. Er wird die kartellrechtliche Diskussion des nächsten Jahres zwar prägen, aber noch

² So die Analyse der Europäischen Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte) vom 15. Dezember 2020, COM (2020) 842 final, Erwägungsgrund 2; zu weiteren Kriterien s. Erwägungsgrund 25. Der Kurztitel der englischen Version lautet «Digital Markets Act» (DMA), weshalb der Text im Folgenden als DMA-Entwurf bezeichnet wird; zitiert wird hier die deutsche Fassung des Vorschlags.

³ S. aus der unüberschaubar werdenden Diskussion beispielsweise *Crémer Jacques/de Montjoye Yves-Alexandre/Schweitzer Heike*, Competition Policy for the Digital Era, Luxemburg 2019; *Podszun Rupprecht*, Empfiehlt sich eine stärkere Regulierung von Online-Plattformen und anderen Digitalunternehmen? – Gutachten F zum 73. Deutschen Juristentag Hamburg 2020/Bonn 2022, München 2020; *Wambach Achim/Müller Hans Christian*, Digitaler Wohlstand für alle, Frankfurt a.M. 2018.

⁴ S. z.B. *Bourreau Marc*, Some Economics of Digital Ecosystems, 13.11.2020, OECD-Dokument DAF/COMP/WD(2020)89, 2.

⁵ Allerdings könnten *Alibaba* und *ByteDance* (mit dem Videoportal *TikTok*) unter die neuen Regeln fallen. Bereits jetzt ist *Alibaba* über die Plattform *AliExpress* weltweit tätig und wurde von der Europäischen Kommission aufgefordert, seine Geschäftspraktiken mit dem EU-Verbraucherrecht in Übereinstimmung zu bringen, s. Europäische Kommission, Chinesischer Online-Marktplatz AliExpress verpflichtet sich zu EU-Verbraucherschutz, Pressemitteilung v. 11.2.2021 <https://ec.europa.eu/germany/news/20210211-aliexpress-verbraucherschutz_de>.

⁶ Auf EU-Ebene haben die drei *Google*-Verfahren (*Google Shopping*, *Google Android* und *Google AdSense*) für grösste Aufmerksamkeit gesorgt; auf Ebene der Mitgliedstaaten können das *Facebook*-Verfahren des deutschen Bundeskartellamts und das *Apple*-Verfahren der französischen *Autorité de la concurrence* genannt werden.

⁷ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über einen Binnenmarkt für digitale Dienste (Gesetz über digitale Dienste) und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG vom 15. Dezember 2020, COM (2020) 825 final (der Kurztitel in der englischen Version lautet «Digital Services Act», DSA). Zum DSA s. *Berberich Matthias/Seip Fabian*, Der Entwurf des Digital Services Act, GRUR-Prax 2021, 4 ff.; *Buiten Miriam*, Der Digital Services Act (DSA): Vertrautes Haftungsregime, neue Verpflichtungen (in diesem Heft).

⁸ Genauer zur Funktionsweise digitaler Plattformen und den Missbrauchsanreizen *Schweitzer Heike et al.*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, Baden-Baden 2018, 121 ff.

⁹ Erwägungsgrund 3 DMA-Entwurf; dazu bereits *Heinemann Andreas*, Google als kartellrechtliches Problem?, *sui generis* 2015, 33; zur kartellrechtlichen Tradition des Topos der Bestreitbarkeit s. *Heinemann Andreas*, The Contestability of IP-Protected Markets in: *Drexel Josef* (Hrsg.), *Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law*, Cheltenham 2008, 54 ff.

¹⁰ Das ursprünglich geplante «Neue Wettbewerbswerkzeug» wird durch die Kompetenz der Europäischen Kommission zur Durchführung von Marktuntersuchungen in Art. 14 ff. DMA-Entwurf abgedeckt, der die ex ante-Regeln in Art. 3 ff. DMA-Entwurf gegenüberzustellen sind; s. zu allem sogleich.

¹¹ Die für die deutsche Fassung gewählte Überschrift «Gesetz über digitale Märkte» ist hingegen nicht hilfreich, da die Terminologie des EU-Rechts bekanntlich keine «Gesetze» kennt, der DMA vielmehr als EU-«Verordnung» ausgestaltet ist.

Heinemann/Meier —

Der Digital Markets Act (DMA):
Neues «Plattformrecht» für mehr Wettbewerb in der digitalen Wirtschaft

viele Änderungen erfahren. Mit einer Verabschiedung ist frühestens unter der französischen Ratspräsidentschaft im ersten Halbjahr 2022 zu rechnen.¹²

B. Der Entwurf des Digital Markets Act

I. *Eine neue Art der Regulierung*

Die Kommission stützt den Entwurf des Digital Markets Act auf Art. 114 AEUV, also auf die Binnenmarktcompetenz. Sie sieht in der regulatorischen Fragmentierung, die zurzeit in den digitalen Märkten herrsche, eine Gefahr für den Binnenmarkt. Dies werde dem grenzüberschreitenden Charakter der grossen Plattformdienste nicht gerecht. Bemerkenswert ist, dass die Kommission auf die Heranziehung von Art. 103 AEUV, also der Kompetenzgrundlage für «zweckdienliche Verordnungen und Richtlinien» zur Verwirklichung des Wettbewerbs, verzichtet. Mit der Wahl von Art. 114 AEUV zeigt die Kommission, dass es ihr nicht um einen Ausbau des Kartellrechts, sondern um die Verwirklichung des digitalen Binnenmarkts geht. Konsequenterweise ist auch das Schutzgut des DMA nicht nur der Schutz des Wettbewerbs i.S.v. Art. 101 f. AEUV, sondern etwas, das weiter ist und sich mit «Marktoffenheit» umschreiben lässt.¹³ Zu dieser Frage äussert sich der Entwurf auch selbst: Diese Verordnung «soll sicherstellen, dass Märkte, auf denen Gatekeeper tätig sind, bestreitbar und fair sind und bleiben – ungeachtet der tatsächlichen, wahrscheinlichen oder angenommenen Auswirkungen des unter diese Verordnung fallenden Verhaltens eines Gatekeepers auf einem Markt».¹⁴ Die Kommission betont, dass Gefahren für den digitalen Binnenmarkt auch von Gatekeepern ausgehen, die nicht im kartellrechtlichen Sinn marktbeherrschend sind.¹⁵ Der DMA ist also kein klassisches Kartellrecht, und er will es auch nicht sein.¹⁶ Vielmehr handelt es sich um eine neuartige Art der Regulierung, die kartellrechtliche Kriterien zwar einbezieht, sich aber nicht auf diese beschränkt. Für diese Art

¹² Vgl. DMA-Entwurf, 70.

¹³ Lübbig Thomas/Schley Ole, Doppelte Bescherung: Zu DMA und GWB10, 21.12.2020 <www.d-kart.de/blog/2020/12/21/doppelte-bescherung-zu-dma-und-gwb10>.

¹⁴ Erwägungsgrund 10 DMA-Entwurf.

¹⁵ Erwägungsgrund 5 DMA-Entwurf.

¹⁶ Lübbig/Schley (Fn. 13).

von Rechtsnormen bietet sich der Begriff der «kartellrechtsnahen Regulierung»¹⁷ an.

Das klassische Kartellrecht hatte in der Vergangenheit oft Probleme mit digitalen Konstellationen. Es war zu einzelfallbezogen, zu wenig effektiv und oft auch zu langsam¹⁸, um mit der schnellen Marktentwicklung im digitalen Raum mitzuhalten.¹⁹ Diesen Problemen innerhalb des Kartellrechts beizukommen scheint schwierig, denn «[d]ie Weiterentwicklung des Kartellrechts stösst [...] an Grenzen, soweit die Natur des Kartellrechts als ex post-Verhaltenskontrolle selbst das Problem darstellt, namentlich aufgrund der Verfahrensdauer und -kosten».²⁰ Bei einer langen Verfahrensdauer stellt sich zudem die Gefahr, dass das betroffene Unternehmen bereits Fakten geschaffen hat und den Markt in die gewünschte Richtung beeinflussen konnte.²¹ Stützt sich die Weiterentwicklung auf vergangenes Fallrecht, erfüllt sie ihren Zweck möglicherweise nicht, weil sich die Marktverhältnisse bereits weiterentwickelt haben.²² Kartellrechtsnahe Regulierung kann ein Ausweg aus dieser Problematik sein. Der DMA möchte dazu eine sektorspezifische Regulierung schaffen, wie sie z.B. im Telekommunikationsrecht bereits existiert.²³ Der wichtigste Unterschied zu den klassischen Kartellrechtsregeln besteht in ihrer Ausrichtung. Während das Kartellrecht einen Sachverhalt ex post betrachtet, ist kartellrechtsnahe Regulierung zukunftsgerichtet formuliert und wird im Vorfeld,

nämlich ex ante, angewendet. Zudem enthält sie detailliertere Regeln als die generellen kartellrechtlichen Vorgaben von Art. 102 AEUV.²⁴ Im europäischen Kontext haben detaillierte Regeln den Vorteil, dass das Ergebnis einheitlich bleibt, selbst wenn sie von verschiedenen Behörden angewendet werden sollten.²⁵

Was die Stellung des DMA im System des Wirtschaftsrechts betrifft, sei im Übrigen auf ein mögliches Missverständnis hingewiesen. Die Verordnung trägt bereits im Titel das Ziel, für «faire Märkte» zu streiten. Im Text der Verordnung findet sich dann an zahlreichen Stellen die Formulierung, dass «unlauteres» Verhalten von Gatekeepern verhindert werden soll.²⁶ Aus dem Zusammenhang und dem Regelungsanliegen folgt, dass an den allermeisten Stellen dies nicht im Sinn von «Recht gegen den unlauteren Wettbewerb» zu verstehen ist. So wird der Begriff der Unlauterkeit häufig im Verbund mit Praktiken genannt, welche die Bestreitbarkeit zentraler Plattformdienste beschränken wollen. In Art. 10 Abs. 2 lit. a DMA-Entwurf wird die Unlauterkeit definiert als Ausnutzung einer Ungleichgewichtslage, wodurch der Gatekeeper einen unverhältnismässigen Vorteil von den gewerblichen Nutzern erhält. Dieser Gedanke ist eher «kartellrechtsnah». Der DMA ist also entgegen der häufigen Erwähnung «unlauteren» Verhaltens nicht als europäisches «UWG» für grosse Plattformen zu qualifizieren.²⁷ Im Gegenteil: Die «Bekämpfung unlauterer Wettbewerbs-handlungen» wird in Art. 1 Abs. 5 DMA-Entwurf ausdrücklich als ein anderes legitimes Interesse bezeichnet, an dessen Verfolgung die Mitgliedstaaten nicht durch den DMA gehindert sind. Es sei dringend empfohlen, den Begriffswirrwarr des DMA-Entwurfs in Bezug auf «Lauterkeit» und «Fairness» im Zug der weiteren Arbeiten zu bereinigen.

¹⁷ Bereits 2008 verwendete *Ulrich Immenga* diesen Begriff in Bezug auf einzelne Bestimmungen des (deutschen) Telekommunikationsgesetzes. Dieses hatte zum Zweck, die vormals monopolisierten Märkte der Netzsektoren (Telekommunikation, Post, Bahn und Energie) zu liberalisieren und in Märkte mit wirksamem Wettbewerb zu überführen. Dabei nimmt es zwar auf das Kartellrecht Bezug, bleibt aber auf dem klassischen Weg der Regulierung, der im EU-Kontext ex ante-Genehmigungserfordernisse beinhaltet. Zum Ganzen *Immenga Ulrich*, Gefordertes Kartellrecht – 50 Jahre GWB, ZWeR 2008, 15 f.

¹⁸ Illustrativ ist der Fall Google Search (Shopping). Ende 2010 eröffnete die Kommission ein Verfahren gegen Google, welches sie Mitte 2017 mit einer Entscheidung abschloss. Aktuell ist der Fall als Rechtssache T-612/17 beim EuG anhängig.

¹⁹ In diesem Sinne Erwägungsgrund 5 DMA-Entwurf; vgl. auch *Sunderland Joe et al.*, Digital Markets Act – Impact Assessment Support Study, Brüssel 2020, 42: «Ex post application of Article 102 TFEU is designed to protect competition rather than to promote it. Therefore, it is ill-suited to address situations where the objectives of the intervention include ensuring that markets stay contestable.»

²⁰ *Früh Alfred*, Datenzugangsrechte, sic! 2018, 537.

²¹ *Podszun Rupprecht*, Der Verbraucher als Marktakteur: Kartellrecht und Datenschutz in der «Facebook»-Entscheidung des BGH, GRUR 2020, 1276: «Falls es wirklich zu Verstössen kommt, lassen sich deren Folgen kaum mehr beheben. Die Kartellbehörden schaffen dann zu wenig und das zu spät»; vgl. dazu auch *Sunderland et al.* (Fn. 19), 42.

²² *Marsden Philip/Podszun Rupprecht*, Restoring Balance to Digital Competition – Sensible Rules, Effective Enforcement, Berlin 2020, 54 f.; den Wert des Fallrechts der Vergangenheit betont *Lamadrid Alfonso*, 10 Comments on the Commission's DMA Proposal, Comment 7, 17.12.2020 <www.chillingcompetition.com/2020/12/17/10-comments-on-the-commissions-dma-proposal>.

²³ Zu den Unterschieden zwischen DMA und EU-Telekommunikationsrecht s. *Ibáñez Colomo Pablo*, The Draft Digital Markets Act: a legal and institutional analysis, 21 ff. <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3790276>.

²⁴ Zu Vor- und Nachteilen im Vergleich zwischen eher allgemeinen und spezifizierten Vorgaben in diesem Zusammenhang s. *Käseberg Thorsten*, Antitrust 2.0 – Governance of oversight over digital gatekeepers, 14.12.2020 <www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2020/12/antitrust-20-governance-oversight-over-digital-gatekeepers>.

²⁵ *De Streef Alexandre et al.*, The European Proposal for a Digital Markets Act, A first Assessment, Brüssel 2021, 21. Nach dem vorliegenden Text soll der DMA indes alleine von der Europäischen Kommission angewendet werden.

²⁶ Genannt seien nur Erwägungsgründe 12, 27 und 33 und Art. 10 Abs. 2 DMA-Entwurf.

²⁷ Erhellend z.B. Erwägungsgrund 33 DMA-Entwurf: «Daher sollten die Verpflichtungen für die Praktiken gelten, die angesichts der Merkmale des digitalen Sektors als unlauter angesehen werden und die gemäss den beispielsweise bei der Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts gesammelten Erfahrungen besonders negative unmittelbare Auswirkungen auf gewerbliche Nutzer und Endnutzer haben.» Beim hier gemeinten «EU-Wettbewerbsrecht» handelt es sich um Kartellrecht, nicht um Lauterkeitsrecht, sodass der verlangte Erfahrungstransfer nur im Hinblick auf eine kartellrechtsnah zu qualifizierende Regelungsmaterie Sinn ergibt.

II. Materieller Gehalt

In materieller Hinsicht enthält der DMA einerseits Regeln zum Normadressaten, nämlich zum Begriff des Gatekeepers (1.). Andererseits werden die Pflichten konkretisiert, die Gatekeepern in Zukunft obliegen sollen (2.).

1. Begriff des Gatekeepers

Während der DSA alle Anbieter von Vermittlungsdiensten in die Pflicht nimmt (wobei das Pflichtenprogramm aber durchaus in Abhängigkeit von der Grösse des Anbieters variiert), richtet sich der DMA nur an «Gatekeeper». Der tiefere Grund hierfür besteht in der Einschätzung, dass Gatekeeper und ihre Marktposition nur schwer angreifbar sind. Ein Gatekeeper ist nach der Begriffsbestimmung in Art. 2 Nr. 1 DMA-Entwurf ein Betreiber zentraler Plattformdienste, der nach Art. 3 DMA-Entwurf als solcher benannt worden ist. Art. 3 DMA-Entwurf führt drei Kriterien auf, die zu einer solchen Benennung führen.²⁸

a) Zentrale Plattformdienste

Zunächst muss ein «zentraler Plattformdienst» betrieben werden. Art. 2 Nr. 2 DMA-Entwurf enthält eine abschliessende Liste, die u.a. Online-Vermittlungsdienste, Suchmaschinen, soziale Netzwerke, Video-Sharing-Plattform-Dienste und bestimmte Kommunikationsdienste aufführt. Diese und viele andere Begriffe werden in den folgenden Nummern des Art. 2 DMA-Entwurf definiert, häufig unter Verweis auf Begriffsbestimmungen in bereits existierenden EU-Rechtsakten. Auch wenn der Text also in diesem Zusammenhang auf eine allgemeine Definition der «zentralen Plattformdienste» verzichtet und auf das Enumerationsprinzip setzt, ist klar, dass die den Anlass der Regulierung bildenden Plattformen, insbesondere die GAFAM-Unternehmen, von den aufgeführten Kategorien erfasst sind.²⁹ Wenn man die Frage stellt, welche Online-Aktivitäten nicht unter die Definition des «zentralen Plattformdienstes» fallen, so fallen die Finanzdienstleistungen auf. Einige von ihnen können zwar als «Online-Vermittlungsdienste» zu qualifizieren sein. Dies gilt aber wohl nicht für Nebendienstleistungen

²⁸ Vgl. die tabellarische Aufschlüsselung der Kriterien in *de Streeck et al.* (Fn. 25), 14; ausführlich zu den Kriterien für die Qualifikation als Gatekeeper *Sunderland et al.* (Fn. 19), 53 f., 102 ff.

²⁹ Verständlicherweise nennt der Text keine einzelnen Unternehmen; es findet sich aber immerhin die folgende Charakterisierung des Adressatenkreises: «Daher ist es erforderlich, nur auf diejenigen digitalen Dienste abzustellen, die von den gewerblichen Nutzern und Endnutzern am stärksten in Anspruch genommen werden und bei denen in Anbetracht der derzeitigen Marktbedingungen Bedenken hinsichtlich einer geringen Bestreitbarkeit und unlauterer Praktiken von Gatekeepern eindeutiger angebracht sind und dies mit Blick auf den Binnenmarkt dringend angegangen werden muss» (Erwägungsgrund 12 DMA-Entwurf).

wie z.B. Identifizierungs- oder Zahlungsdienste sowie technische Dienste für die Erbringung von Zahlungsdiensten.³⁰ Die Erbringung solcher Dienstleistungen durch Dritte wird also nur mittelbar geschützt, indem nämlich Gatekeeper daran gehindert werden, durch Kopplungsstrategien, Ausschliesslichkeitsbindungen und Interoperabilitätsverweigerung Drittanbieter zu behindern.³¹

b) Grösse und strategische Bedeutung

Während der Begriff des «zentralen Plattformdienstes» die Art der Tätigkeit beschreibt, stellen die drei Kriterien in Art. 3 Abs. 1 DMA-Entwurf Anforderungen an Grösse und strategische Bedeutung auf. Der Dienst muss erhebliche Auswirkungen auf den Binnenmarkt haben (lit. a), er muss gewerblichen Nutzern als wichtiger Zugangstor zu Endnutzern dienen (lit. b), und schliesslich muss der Betreiber hinsichtlich seiner Tätigkeiten eine gefestigte und dauerhafte Position innehaben, bzw. es muss absehbar sein, dass er eine solche Position in naher Zukunft erlangen wird (lit. c). Vergleicht man diese Kriterien miteinander, sticht lit. b heraus: Die Probleme für den Wettbewerb haben ihren tieferen Grund darin, dass einige Plattformen eine überragende Bedeutung für den Zugang zu den Endnutzern erlangt haben. In der englischen Fassung des DMA wird dies auch daran deutlich, dass der «gatekeeper» sich nach lit. b dadurch charakterisiert, dass seine Plattform als «important gateway» zu den Endnutzern fungiert. Obwohl hierdurch Assoziationen zur «essential facilities»-Doktrin geweckt werden, vermeidet der DMA-Entwurf jeglichen Bezug auf dieses Konzept. Offenbar soll der eigenständige, regulierungsrechtliche Ansatz nicht durch Berufung auf ein kartellrechtliches Konzept verwässert werden.³²

Für jede der Anforderungen stellt Art. 3 Abs. 2 DMA-Entwurf Vermutungen auf. So geht Art. 3 Abs. 2 lit. a DMA-Entwurf davon aus, dass eine Plattform das Erfordernis der erheblichen Auswirkungen auf den Binnenmarkt erfüllt, wenn das Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren einen EWR-Jahresumsatz von mindestens 6,5 Mrd. Euro erzielt hat oder die durchschnittliche Marktkapitalisierung bzw. der Marktwert im letzten Geschäftsjahr mindestens 65 Mrd. Euro betragen hat und es den Plattformdienst in mindestens drei

Mitgliedstaaten anbietet. Die Funktion eines «wichtigen Zugangstors zu Endnutzern» wird vermutet, wenn die Plattform im letzten Geschäftsjahr mehr als 45 Mio. monatlich aktive Endnutzer und mehr als 10 000 jährlich aktive Nutzer in der EU hatte.³³ Eine gefestigte und dauerhafte Position bzw. die Wahrscheinlichkeit, dass eine solche erreicht wird, wird vermutet, wenn die eben erwähnten Schwellenwerte in jedem der letzten drei Geschäftsjahre erreicht wurden.³⁴

c) Benennung und Listung

Erfüllt eine Plattform die Gatekeeper-Voraussetzungen, meldet sie dies innerhalb von drei Monaten der Kommission und übermittelt dieser die relevanten Informationen.³⁵ Die Kommission benennt die Plattform spätestens 60 Tage nach Erhalt der Meldung als Gatekeeper, es sei denn, das Unternehmen kann hinreichend substantiierte Argumente vorlegen, dass die Anforderungen des Art. 3 Abs. 1 DMA-Entwurf in der Realität nicht erfüllt sind.³⁶ Die Vermutungen in Art. 3 Abs. 2 DMA-Entwurf sind also widerlegbar, können also durch Tatsachen umgestossen werden, welche die Annahme der «Erheblichkeit», «Wichtigkeit» oder «Dauerhaftigkeit» entfallen lassen.³⁷ Umgekehrt kann die Kommission einen Plattformbetreiber, der zwar die Anforderungen des Art. 3 Abs. 1 DMA-Entwurf, nicht aber die Vermutungen des Abs. 2 erfüllt, als Gatekeeper bestimmen.³⁸

Qualifiziert die Kommission einen Plattformbetreiber als Gatekeeper, ermittelt sie das Unternehmen, zu welchem dieser gehört, und listet die relevanten zentralen Plattformdienste auf, die von diesem Unternehmen betrieben werden und jeweils für sich genommen als wichtiger Zugangstor zu Endnutzern dienen.³⁹ Ab diesem Zeitpunkt hat der Plattformbetreiber sechs Monate Zeit, um die besonderen Gatekeeper-Pflichten zu erfüllen.⁴⁰

Die Benennung als Gatekeeper und die Aufnahme der zentralen Plattformdienste in die genannte Liste haben also konstitutive Bedeutung. Den besonderen Gatekeeper-Pflichten, auf die im Folgenden einzugehen sein wird, ist also erst dann nachzukommen, wenn Benennung und Listung erfolgt sind. Das besondere Pflichtenprogramm entfällt erst dann, wenn Benennung und Listung aufgehoben werden. Hierfür ist in Art. 4 DMA-Entwurf ein besonderes Überprüfungsverfahren vorgesehen, das auf Antrag oder von Amts wegen stattfindet.

³⁰ S. Erwägungsgrund 14 DMA-Entwurf.

³¹ S. z.B. Art. 5 lit. e mit Erwägungsgrund 40 sowie Art. 6 lit. f mit Erwägungsgrund 52 DMA-Entwurf.

³² So lässt sich auch die Antwort von Kommissionsvizepräsidentin *Margrethe Vestager* auf eine Frage im Europäischen Parlament zum Verhältnis von essential-facilities-Doktrin und der neuen Plattformregulierung interpretieren: Bei ersterer gehe es um eine kartellrechtliche Schadenstheorie, die eine fallspezifische Analyse erforderlich mache (Antwort E-000595/2020 v. 31.3.2020). Der Unterschied besteht also im regulierungsrechtlichen Ansatz des DMA, bei dessen ex ante-Konzept es gerade um Abstraktion von den fallspezifischen Besonderheiten geht.

³³ Art. 3 Abs. 2 lit. b DMA-Entwurf.

³⁴ Art. 3 Abs. 2 lit. c DMA-Entwurf.

³⁵ Art. 3 Abs. 3 DMA-Entwurf.

³⁶ Art. 3 Abs. 4 DMA-Entwurf.

³⁷ Die Beweislast für die Widerlegung der Vermutung möchte der Entwurf den Plattformbetreibern zuweisen, s. Erwägungsgrund 23 DMA-Entwurf.

³⁸ Art. 3 Abs. 6 DMA-Entwurf.

³⁹ Art. 3 Abs. 7 DMA-Entwurf.

⁴⁰ Art. 3 Abs. 8 DMA-Entwurf.

So ist die Kommission beispielsweise dazu verpflichtet, mindestens alle zwei Jahre Benennung und Listung zu überprüfen.

2. Pflichten von Gatekeepern

Der neuartige Ansatz des DMA besteht darin, dass er nicht – wie das Kartellrecht – auf eine einzelfallbezogene ex-post-Kontrolle setzt, sondern die Gatekeeper einer ex ante signalisierten, mehr oder weniger bestimmten Liste von Pflichten unterstellt. In den Art. 5 und 6 DMA-Entwurf sind Verhaltensweisen aufgelistet, welche die Bestreitbarkeit von Märkten beeinträchtigen oder unfaires Marktverhalten darstellen. Die Verhaltensweisen in Art. 5 DMA-Entwurf sind ohne Weiteres verboten; der Katalog in Art. 6 DMA-Entwurf muss hingegen von der Kommission weiter konkretisiert werden.

a) Ausformulierte Verhaltenspflichten

Art. 5 lit. a DMA-Entwurf verbietet es Gatekeepern, personenbezogene Daten aus ihren zentralen Plattformdiensten mit Daten aus anderen Diensten des Gatekeepers oder Daten Dritter zusammenzuführen. Ebenso ist es unzulässig, Endnutzer bei anderen Diensten des Gatekeepers anzumelden, um personenbezogene Daten zu kombinieren, es sei denn, der Endnutzer wurde vor eine konkrete Wahl gestellt und hat seine Einwilligung i.S.d. DSGVO⁴¹ gegeben. Art. 5 lit. b DMA-Entwurf widmet sich den Vermittlungsdiensten der Gatekeeper und untersagt Ausschliesslichkeitsbindungen und Bestpreisvorgaben. Danach müssen gewerbliche Nutzer frei sein, Endkunden dieselben Produkte oder Dienstleistungen über Drittplattformen anzubieten. Dies verschafft Unternehmen einen grösseren Spielraum für ihre Angebote und ermöglicht den Endnutzern Multi-Homing. Art. 5 lit. c DMA-Entwurf verpflichtet die Gatekeeper unter anderem, gewerblichen Nutzern und Endkunden einen Vertragsschluss ausserhalb des zentralen Plattformdienstes zu ermöglichen, auch wenn die Endnutzer hierüber akquiriert wurden. Es ist nach Art. 5 lit. d DMA-Entwurf unzulässig, das Recht der gewerblichen Nutzer, der zuständigen Behörde Probleme im Zusammenhang mit den Praktiken des Gatekeepers mitzuteilen, zu behindern oder einzuschränken. Vertragliche Vertraulichkeitsklauseln, welche solche Beschwerdemöglichkeiten einschränken, sind also untersagt. Vorbehalten bleibt aber die Möglichkeit, aussergerichtliche Streitbelegungsmechanismen einzuschalten.⁴² Art. 5 lit. e DMA-Entwurf befasst

⁴¹ Datenschutz-Grundverordnung, nämlich Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG, ABl L 2016 119/1.

⁴² Erwägungsgrund 39 DMA-Entwurf.

sich mit der Identifizierung von Endnutzern. Gatekeeper dürfen nicht verlangen, dass gewerbliche Nutzer einen Identifizierungsdienst des Gatekeepers nutzen oder mit diesem interoperieren. Art. 5 lit. f DMA-Entwurf enthält ein Kopplungsverbot, indem die Vorschrift es Gatekeepern verbietet, von Geschäfts- oder Endnutzern zu verlangen, dass sie sich als Bedingung für den Zugang zu einem zentralen Plattformdienst auch für einen anderen Dienst des Gatekeepers registrieren. Es folgen in Art. 5 lit. g DMA-Entwurf Transparenzvorschriften. Danach muss ein Gatekeeper Werbetreibenden und Verlagen, denen er Werbedienstleistungen erbringt, auf Anfrage Informationen liefern, welche so weit wie möglich Aufschluss über den Preis der jeweiligen Werbedienstleistung geben.

b) Zu konkretisierende Verhaltenspflichten

Art. 6 DMA-Entwurf beschreibt ebenfalls Verhaltenspflichten für Gatekeeper. Im Unterschied zu den «unmittelbar anwendbaren»⁴³ Pflichten des Art. 5 DMA-Entwurf müssen die Pflichten des Art. 6 DMA-Entwurf von der Kommission «möglicherweise» noch näher ausgeführt werden.⁴⁴ Art. 7 DMA-Entwurf bestimmt einen Rahmen für den «Regulierungsdialog»⁴⁵, der zu diesem Zweck zwischen Gatekeeper und Kommission zu führen ist.

Art. 6 Abs. 1 lit. a DMA-Entwurf ist relevant für Gatekeeper, die eine Plattform zur Verfügung stellen und auf dieser auch selbst als Anbieter auftreten und sich so in den Wettbewerb mit anderen Anbietern, d.h. ihren gewerblichen Nutzern, begeben. Solche Hybridplattformen kennzeichnen sich dadurch, dass sie als Intermediäre für Onlinehändler agieren, die gleichen Produkte oder Dienstleistungen aber auch selbst anbieten.⁴⁶ Der DMA verbietet es Gatekeepern, im Wettbewerb mit gewerblichen Nutzern nicht öffentlich zugäng-

liche Daten i.S.v. Art. 6 Abs. 2 DMA-Entwurf⁴⁷ zu nutzen, die diese oder deren Endnutzer durch ihre Tätigkeiten auf der Plattform erzeugt oder bereitgestellt haben. Art. 6 Abs. 1 lit. b DMA-Entwurf schreibt eine Möglichkeit zur Deinstallation vorinstallierter Software vor, es sei denn, diese ist für das Funktionieren des Betriebssystems oder des Geräts unerlässlich und kann von Dritten nicht eigenständig angeboten werden. Als Gegenstück verpflichtet Art. 6 Abs. 1 lit. c DMA-Entwurf Gatekeeper dazu, die Installation und die tatsächliche Nutzung von Softwareanwendungen oder Softwarestores Dritter zu gestatten. Der Gatekeeper darf aber verhältnismässige Massnahmen ergreifen, um die Integrität seiner Hardware oder seines Betriebssystems zu schützen. Sodann verbietet Art. 6 Abs. 1 lit. d DMA-Entwurf das sog. self-preferencing⁴⁸. Danach ist es unzulässig, Dienste oder Produkte, die der Gatekeeper oder ein Dritter anbietet, der zum selben Unternehmen wie der Gatekeeper gehört, in der Rangfolge gegenüber ähnlichen Diensten oder Produkten Dritter günstiger zu behandeln. Stattdessen sollen Gatekeeper in Bezug auf die Rangfolge faire und nichtdiskriminierende Bedingungen anwenden.

Die weiteren Tatbestände wenden sich gegen Ausschlussbindungen in Bezug auf Software-Anwendungen und Dienste (lit. e), statuieren Interoperabilitätspflichten (lit. f), ordnen kostenlosen Zugang zu Instrumenten der Leistungsmessung und zur Überprüfung des Werbeinventars an (lit. g), schreiben effektive Datenportabilität vor (lit. h), garantieren «effektiven, hochwertigen und permanenten» Echtzeitzugang zu den einschlägigen Plattformdaten (lit. i),⁴⁹ unterwerfen Gatekeeper-Suchmaschinen einer Pflicht zur Herausgabe von Ranking-, Such-, Klick- und Anzeigedaten an Drittanbieter von Suchmaschinen (lit. j) und verpflichten Gatekeeper zur Anwendung fairer und diskriminierungsfreier Bedingungen für den Zugang gewerblicher Nutzer zu ihren Stores für Software-Anwendungen (lit. k).

⁴³ So die Formulierung in DMA-Entwurf, 14.

⁴⁴ So die Überschrift von Art. 6 DMA-Entwurf; kritisch zur Unterscheidung zwischen den beiden Listen *Geradin Damien*, *The Digital Markets Act proposal: Is this a sound document?* <www.theplatformlaw.blog/2021/01/20/the-digital-markets-act-proposal-is-this-a-sound-document>; *de Streef et al.* (Fn. 25), 22 f.

⁴⁵ So der Begriff in Erwägungsgrund 58 DMA-Entwurf.

⁴⁶ Bundeskartellamt, *Wettbewerbsbeschränkungen im Internetvertrieb nach Coty und Asics – wie geht es weiter?*, Schriftenreihe «Wettbewerb und Verbraucherschutz in der digitalen Wirtschaft», Bonn 2018, 6. Während Onlineplattformen anfangs das Ziel hatten, Anbieter und Interessenten bestimmter Produkte oder Dienstleistungen zusammenzuführen (sog. matchmaker-Funktion), verwandelten sich viele Plattformen in Hybridplattformen, vgl. *Hoffer Raoul/Lehr Alexander*, *Onlineplattformen und Big Data auf dem Prüfstand – Gemeinsame Betrachtung der Fälle Amazon, Google und Facebook*, NZKart 2019, 11; grundlegend zu den verschiedenen Plattformarten *Schweitzer et al.* (Fn. 8), 121 ff.; *Marsden/Podszun* (Fn. 22), 12 ff.

⁴⁷ Danach umfassen nicht öffentlich zugängliche Daten alle von den gewerblichen Nutzern generierten aggregierten und nicht-aggregierten Daten, die aus den kommerziellen Aktivitäten der gewerblichen Nutzer oder ihrer Kunden auf dem zentralen Plattformdienst des Gatekeepers abgeleitet oder dabei erhoben werden können.

⁴⁸ Paradigmatische Bedeutung für das self-preferencing hat der Google-Shopping-Fall, nämlich Europäische Kommission, 27.6.2017, AT.39740 – Google Search (Shopping), N 341 ff.; dazu *Ibáñez Colomo Pablo*, *Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles*, *World Competition* 2020, 417 ff.; *Vestdorf Bo*, *Theories of Self-Preferencing and Duty to Deal – Two Sides of the Same Coin*, CLPD 2015, 4; *Petit Nicolas*, *Theories of Self-Preferencing under Article 102 TFEU, A Reply to Bo Vestdorf* <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2592253>; *Heinemann* (Fn. 9), sui generis 2015, 27 f.; *Hoffer/Lehr* (Fn. 46), 15 ff.; *Schweitzer et al.* (Fn. 8), 124 f.

⁴⁹ In Bezug auf personenbezogene Daten ist der Vorbehalt angefügt, dass der Endnutzer in Übereinstimmung mit der DSGVO zugestimmt haben muss.

Der Digital Markets Act (DMA):
Neues «Plattformrecht» für mehr Wettbewerb in der digitalen Wirtschaft

c) Informationspflichten

Neben den Verhaltenspflichten besteht eine Pflicht zur Information über Unternehmenszusammenschlüsse. Gemäss Art. 12 Abs. 1 DMA-Entwurf haben Gatekeeper die Kommission zu informieren, wenn sie einen Zusammenschluss i.S.d. Art. 3 FVKO⁵⁰ planen, an dem andere Unternehmen aus dem Digitalsektor beteiligt sind. Dies gilt unabhängig davon, ob der Zusammenschluss nach den kartellrechtlichen Vorgaben bei der Europäischen Kommission oder einer nationalen Kartellbehörde anmeldepflichtig ist. Die neue Regel kann den Vollzug eines Zusammenschlusses nicht verhindern, hilft der Kommission aber dabei, den Gatekeeper-Status zu überprüfen und die Listen der zentralen Plattformdienste anzupassen.⁵¹ Ausserdem kann die Informationspflicht der Kommission als Frühwarnsystem für sog. Killer Acquisitions dienen. Hat sie rechtzeitig Kenntnis von einem einschlägigen Zusammenschlussvorhaben, kann sie beispielsweise gem. Art. 22 Abs. 5 FKVO einen Verweisungsantrag an die nationalen Kartellbehörden stellen.

d) Flexibilitäten

Der DMA-Entwurf enthält verschiedene Ausnahmen und weitere Flexibilitäten, die das Pflichtenprogramm von Gatekeepern an die spezifischen Umstände anpassen sollen. So kann die Europäische Kommission gem. Art. 8 DMA-Entwurf einzelne Verpflichtungen aus den Art. 5 und 6 DMA-Entwurf aussetzen, wenn der Gatekeeper nachweist, dass durch die Erfüllung der betreffenden Pflicht aufgrund aussergewöhnlicher Umstände die Rentabilität seiner Tätigkeit in der EU gefährdet wäre. Ausserdem kann die Kommission gem. Art. 9 DMA-Entwurf den Gatekeeper von Pflichten nach Art. 5 und 6 DMA-Entwurf befreien, wenn es die öffentliche Sittlichkeit, die öffentliche Gesundheit oder die öffentliche Sicherheit erfordern. Die genannten Vorschriften schränken Pflichten ein. In die andere Richtung wirkt das in Art. 11 DMA-Entwurf angeordnete Umgehungsverbot, das beispielsweise das Unternehmen, dem der Gatekeeper angehört, dazu anhält, die Umsetzung der Plattformpflichten nicht zu untergraben.

3. Internationaler Geltungsbereich

Gem. Art. 1 Abs. 2 DMA-Entwurf gelten die vorgeschlagenen Vorschriften für zentrale Plattformdienste, die Gatekeeper «für in der Union niedergelassene gewerbliche Nutzer oder in der Union niedergelassene oder aufhältige Endnutzer betreiben oder anbieten». Auf Niederlassung oder Standort des Gatekeepers kommt es also

⁵⁰ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl 2004 L 24/1.

⁵¹ Erwägungsgrund 31 DMA-Entwurf.

nicht an, auch nicht auf das auf die Dienstleistung anwendbare Recht. Der DMA ist also auch auf Gatekeeper aus Drittstaaten anwendbar, soweit es um Dienstleistungen an Nutzer geht, die in der EU niedergelassen sind oder sich, im Fall der Endnutzer, dort aufhalten. Angesichts des globalen Aktionsradius der Gatekeeper wäre in der Tat eine wirksame Plattformregulierung ohne extraterritoriale Ausgestaltung des internationalen Geltungsbereichs nicht zu erreichen.

III. Verhältnis zum Kartellrecht

1. Ausgangspunkt

Wie bereits ausgeführt, ist der DMA nicht kartellrechtlich, sondern regulierungsrechtlich zu qualifizieren.⁵² Schon seine Funktionsweise unterscheidet sich deutlich vom Kartellrecht: Während das Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen *ipso iure* wirkt, also keine vorgängige Feststellung der Marktbeherrschung und eine Aufzählung der beherrschten Märkte voraussetzt, entstehen die besonderen Gatekeeper-Pflichten erst mit der Benennung als Gatekeeper und mit der Auflistung der zugangsrelevanten zentralen Plattformdienste.⁵³ Auch in inhaltlicher Hinsicht bestehen wichtige Unterschiede: Auch wenn die Verhaltenskataloge in Art. 5 und 6 DMA-Entwurf stark von einschlägigen Kartellrechtsfällen inspiriert sind,⁵⁴ grenzt sich das «Plattformrecht» deutlich vom Kartellrecht ab: Erwägungsgrund 9 DMA-Entwurf sieht einen wichtigen Unterschied zwischen beiden Rechtsmaterien darin, dass das Kartellrecht eine Prüfung des Einzelfalls einschliesslich der voraussichtlichen Auswirkungen der betreffenden Verhaltensweisen voraussetzt und die Unternehmen «Effizienz und objektive Rechtfertigungsgründe als Argumente für derartige Verhaltensweisen anführen können».⁵⁵ Der ex-ante-Ansatz des DMA besteht hingegen gerade darin, auf solche Einzelfallprüfungen zu verzichten und im Interesse der Bestreitbarkeit der Märkte auf relativ starre Regeln zu setzen.

2. Grundsatz der parallelen Anwendbarkeit

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie das Verhältnis zwischen DMA und Kartellrecht zu definieren ist. Gemäss Art. 1 Abs. 6 DMA-Entwurf berührt der DMA

weder die Art. 101 und 102 AEUV noch die europäische Zusammenschlusskontrolle und auch nicht die entsprechenden Kartellrechtsnormen auf Ebene der Mitgliedstaaten. Die vorstehend skizzierten Unterschiede führen also dazu, dass die neuen Regeln das Kartellrecht ergänzen, nicht aber verdrängen wollen.⁵⁶ Im Grundsatz besteht also parallele Anwendbarkeit von DMA und Kartellrecht, was man als «plattformbezogene Zwei-Schranken-Theorie» bezeichnen könnte. Erwägungsgrund 9 DMA-Entwurf fügt jedoch die Einschränkung hinzu, dass die kartellrechtlichen Vorschriften «nicht die Verpflichtungen, die den Gatekeepern nach dieser Verordnung auferlegt werden, und deren einheitliche und wirksame Anwendung im Binnenmarkt berühren». Während sich diese Aussage gleichermaßen auf europäisches und nationales Kartellrecht bezieht, ordnet Art. 1 Abs. 5 DMA-Entwurf speziell für die Mitgliedstaaten an, Gatekeepern keine weiteren Verpflichtungen aufzuerlegen, «um bestreitbare und faire Märkte zu gewährleisten», wobei Vorschriften, mit denen andere öffentliche Interessen (z.B. Konsumentenschutz oder Verhinderung unlauteren Wettbewerbs) verfolgt werden, unberührt bleiben.

Diese Vorgaben erscheinen unklar. Offenbar gilt der Grundsatz der parallelen Anwendbarkeit von DMA und Kartellrecht nur eingeschränkt. Wird Kartellrecht auf Plattformen angewendet, ist auf die einheitliche Geltung der DMA-Vorgaben im Binnenmarkt Rücksicht zu nehmen. In Bezug auf das europäische Kartellrecht ist diesbezüglich anzumerken, dass dem Primärrecht, also auch den Art. 101 und 102 AEUV, Vorrang vor dem Sekundärrecht, wie z.B. dem DMA, zukommt, sodass die Mahnung des DMA von vornherein nur für mitgliedstaatliches Kartellrecht gelten kann. Hier wäre dann jeweils im Einzelfall zu klären, inwieweit die Anwendung des nationalen Kartellrechts auf zentrale Plattformdienste andere Ziele als der DMA verfolgt und also zulässig ist oder aber wegen Zielidentität zurückzutreten hat. Auch wenn hier weiterer Klärungsbedarf besteht, wird doch deutlich, dass die Mitgliedstaaten durch den DMA stärker eingeschränkt werden als durch das europäische Kartellrecht: Dort ist es den Mitgliedstaaten gem. Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003⁵⁷ unbenommen, für einseitiges Unternehmensverhalten strengere Regeln zu verabschieden. Wenn es um Gatekeeper geht, besteht nach dem Geltungsanspruch des DMA diese Freiheit nicht mehr im selben Umfang.

⁵² S.o. B.I.

⁵³ Genauer: spätestens sechs Monate nach der Auflistung, Art. 3 Abs. 8 DMA-Entwurf.

⁵⁴ Die Übersicht von *Caffarra/Scott Morton* (Fn. 1) belegt, wie stark das kartellrechtliche Fallrecht Pate für die Verpflichtungen der Art. 5 und 6 DMA gestanden hat; ebenso *Sunderland et al.* (Fn. 19), 9 f., 28 f., 41; so auch die Einschätzung von *de Streel et al.* (Fn. 25), 21.

⁵⁵ S. auch das Zitat vor Fn. 14 sowie Erwägungsgrund 23 DMA-Entwurf, wonach auch bei Bestimmung der Gatekeeper-Eigenschaft «Rechtfertigungen auf Basis wirtschaftlicher Gründe, durch die nachgewiesen werden soll, dass ein bestimmtes Verhalten eines Betreibers zentraler Plattformdienste Effizienzgewinne hervorbringt, [...] nicht berücksichtigt werden» sollten.

⁵⁶ Erwägungsgründe 9 und 10 DMA-Entwurf.

⁵⁷ Verordnung (EG) 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl 2003 L 1/1.

Der Digital Markets Act (DMA):
Neues «Plattformrecht» für mehr Wettbewerb in der digitalen Wirtschaft

3. Bedeutung des Binnenmarktgedankens

Hinter der angestrebten Vollharmonisierung steckt die Binnenmarktfundierung des DMA-Projekts. Es möchte «das Risiko uneinheitlicher Regulierungsvorschriften und damit einer Fragmentierung des Binnenmarkts»⁵⁸ aus zwei Gründen verringern. Einerseits zeigt die Erfahrung, dass die grossen Online-Plattformen in den EU-Mitgliedstaaten unterschiedliche Bedingungen und Geschäftspraktiken anwenden können, was dazu führt, dass die gewerblichen Nutzer bei ihrem Wettbewerb untereinander nicht mehr auf gleichem Fuss stehen. Andererseits sieht die Kommission in der Rechtszersplitterung einen Grund für die geringe Zahl europäischer Digitalkonzerne.⁵⁹ Damit alle Vorzüge des digitalen Binnenmarktes genutzt werden können, sei ein EU-weites digitales Ökosystem notwendig.⁶⁰ Das Ziel des DMA besteht darin, die verschiedenen Regelungssysteme der Mitgliedsstaaten bezüglich digitaler Plattformen auf europäischer Ebene zu harmonisieren.

Vor diesem Hintergrund ist eine stärkere Einschränkung von Handlungsspielräumen auf mitgliedstaatlicher Ebene im Bereich der Plattformwirtschaft nachvollziehbar. Möchte ein Digitalunternehmen aus seinem mitgliedstaatlichen Heimmarkt herauswachsen, sollte es sich nicht mit diversen unterschiedlichen Vorschriften und deren länderspezifischen Voraussetzungen auseinandersetzen müssen und damit an Skalierbarkeit seines Geschäftsmodells verlieren.⁶¹ Unterschiedlich ausgestaltete Plattformregeln innerhalb der EU führen nicht nur zu einer Einbusse an Wirksamkeit, sondern auch zu höheren Kosten, was die Fragmentierung des Binnenmarkts perpetuiert.⁶² Der ausgeprägte Geltungsanspruch des DMA im Hinblick auf abweichendes nationales Regulierungsrecht ist also nachvollziehbar. Jedoch besteht Verbesserungsbedarf, was die Bestimmung des Verhältnisses des DMA zum Kartellrecht der Mitgliedsstaaten betrifft.⁶³

IV. Verfahren

Die grosse Harmonisierungsambition des DMA kommt auch in der Ausgestaltung des Verfahrens zum Ausdruck. Anders als im Kartellrecht ist für die Durchsetzung des DMA keine parallele Zuständigkeit von Europäischer Kommission und nationalen Behörden vorgesehen. Die

⁵⁸ Erwägungsgrund 6 DMA-Entwurf.

⁵⁹ European Commission, Single Markets Performance Report, 17.12.2019, SWD(2019) 444 final, 45 ff.

⁶⁰ Ibid., 45; ebenso *Sunderland et al.* (Fn. 19), 44 f.; dazu auch Lübbig Thomas, In 80 Tagen zum Passepartout – Das Neue Wettbewerbsinstrument gewinnt an Kontur, NZKart 2020, 495.

⁶¹ Zum komparativen Nachteil Europas hinsichtlich der Skaleneffekte im Vergleich zu den USA und China s. European Commission (Fn. 59), 47.

⁶² *Sunderland et al.* (Fn. 19), 48.

⁶³ S.u. B.V.2.

Kommission hat das alleinige Recht, Gatekeeper zu ernennen, die Einhaltung ihrer Pflichten durchzusetzen und ggf. Bussgelder oder – als ultima ratio⁶⁴ – strukturelle Abhilfemassnahmen anzuordnen.⁶⁵ Gemäss Art. 14 DMA-Entwurf kann die Kommission eine Marktuntersuchung zur Benennung von Gatekeepern⁶⁶ wegen systematischer Nichteinhaltung der in den Art. 5 und 6 DMA-Entwurf festgehaltenen Verhaltenspflichten⁶⁷ oder zu neuen Dienstleistungen und Praktiken⁶⁸ einleiten.⁶⁹ Zeigt eine Marktuntersuchung, dass ein Gatekeeper systematisch gegen die Verhaltenspflichten der Art. 5 und 6 DMA-Entwurf verstösst und seine Gatekeeper-Stellung damit weiter gefestigt oder ausgebaut hat, kann die Kommission verhaltensbezogene oder strukturelle Abhilfemassnahmen auferlegen. Diese müssen in einem angemessenen Verhältnis zum begangenen Verstoß stehen und zur Einhaltung des DMA erforderlich sein.⁷⁰ Die Kommission kann strukturelle Abhilfemassnahmen nur dann verhängen, wenn es entweder keine gleich wirksame verhaltensbezogene Abhilfemassnahme gibt oder diese für den Gatekeeper belastender wäre als die strukturelle Abhilfemassnahme.⁷¹

Art. 18 ff. DMA-Entwurf regeln das Verfahren zur Durchsetzung der materiellen Vorschriften, wobei die Art. 25 ff. das Vorgehen der Kommission bei Nichteinhaltung der Pflichten spezifizieren. Die Untersuchungsbefugnisse der Kommission ähneln denen im Kartellverfahren und umfassen beispielsweise das Recht, Auskunft zu verlangen, Aussagen aufzunehmen, Durchsuchungen vorzunehmen und einstweilige Massnahmen zu ergreifen. Verletzt ein Gatekeeper vorsätzlich oder fahrlässig die Verhaltenspflichten nach Art. 5 und 6 DMA-Entwurf, kann die Kommission eine Busse verhängen, die maximal 10% des Gesamtumsatzes des letzten Geschäftsjahres beträgt. Das Gleiche gilt bei Verstoß gegen Entscheidungen der Kommission.⁷² Ausserdem

sieht der DMA-Entwurf Geldbussen bis zu einem Höchstbetrag von 1% des im letztjährigen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes vor, wenn ein Unternehmen oder eine Unternehmensvereinigung vorsätzlich oder fahrlässig Auskunftspflichten verletzt oder unvollständige oder irreführende Angaben macht, z.B. hinsichtlich der Beurteilung als Gatekeeper.⁷³ Die Kommission kann ihre Untersuchungsbefugnisse notfalls mit Zwangsgeldern durchsetzen.⁷⁴ Die Verjährungsfrist für Bussen und Zwangsgelder beträgt drei Jahre.⁷⁵ Die Kommission handelt unter Kontrolle der europäischen Gerichte, d.h. des Gerichts und des Gerichtshofs.⁷⁶

V. Würdigung

1. Grundanliegen und Rechtsgrundlage

Beim DMA handelt es sich um einen innovativen Vorschlag, um die negativen Auswirkungen starker Marktkonzentration auf den Märkten der digitalen Ökonomie zu vermindern, im besten Fall sogar zu verhindern. Der Vorteil der vorgeschlagenen Regeln besteht im regulatorischen ex-ante-Ansatz: Eine durch ausdrückliche Benennung konkretisierte Gruppe von Normadressaten wird spezifischen Verhaltensanforderungen unterworfen. Die vielen Streitigkeiten, die sich in den kartellrechtlichen ex-post-Verfahren an der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung entzünden oder die daraus resultieren, dass die besonderen Anforderungen an das Verhalten von Marktbeherrschern immer der konkreten Marktsituation und allen Umständen des Einzelfalls angepasst werden müssen, entfallen.

Es lässt sich vor diesem Hintergrund auch die Frage stellen, ob das Kartellrecht nicht in Sachen Einzelfallorientierung zu weit gegangen ist. Das stärker ökonomisch ausgerichtete Kartellrecht der Gegenwart hat viele Regeln der Vergangenheit als zu «form-based» kritisiert und dem einen «effects-based approach» entgegengestellt. Offenbar ist es hierbei zu Übertreibungen gekommen, sonst wäre der Weg zurück zu stärker formorientierten Regeln, wie er im DMA-Entwurf zum Ausdruck kommt, nicht nötig geworden. Diese Entwicklung sollte eine Mahnung sein, die Orientierung an Regeln im Kartellrecht wieder zu stärken.⁷⁷ Vor diesem Hintergrund wäre es auch denkbar gewesen, die kartellrechtliche

⁶⁴ Art. 16 Abs. 2 DMA-Entwurf; Kommissionsvizepräsidentin Vestager bezeichnet dies wiederholt als «nuclear option», s. z.B. <www.politico.eu/article/margrethe-vestager-thierry-breton-europe-big-tech-regulation-digital-services-markets-act>.

⁶⁵ Die Mitgliedstaaten wirken aber gem. Art. 32 DMA-Entwurf über den «Beratenden Ausschuss für digitale Märkte» konsultativ mit. Ausserdem können gem. Art. 33 DMA-Entwurf mindestens drei Mitgliedstaaten um die Einleitung einer Marktuntersuchung ersuchen, wodurch die Europäische Kommission aber nicht gebunden wird. Schliesslich ordnet Art. 1 Abs. 7 DMA-Entwurf an, dass Kommission und Mitgliedstaaten hinsichtlich der Durchsetzungsmassnahmen eng zusammenarbeiten und sich eng abstimmen.

⁶⁶ Art. 15 DMA-Entwurf.

⁶⁷ Art. 16 DMA-Entwurf.

⁶⁸ Art. 17 DMA-Entwurf.

⁶⁹ Das vor der Veröffentlichung des DMA-Entwurfs diskutierte «New Competition Tool» ist in diesen plattform-spezifischen Marktuntersuchungen aufgegangen.

⁷⁰ Art. 16 Abs. 1 DMA-Entwurf.

⁷¹ Art. 16 Abs. 2 DMA-Entwurf.

⁷² Art. 26 Abs. 1 DMA-Entwurf.

⁷³ Art. 26 Abs. 2 DMA-Entwurf.

⁷⁴ Art. 27 DMA-Entwurf.

⁷⁵ Art. 28 DMA-Entwurf. Die Frist beginnt an dem Tag, an welchem der Verstoß begangen wird. Bei andauernden Verstössen beginnt die Frist am Tag, an dem der Verstoß beendet wird. Die Verjährung wird durch Untersuchungshandlungen der Kommission unterbrochen.

⁷⁶ S. Art. 35 DMA-Entwurf.

⁷⁷ Ein Plädoyer für die richtige Mischung zwischen einer formorientierten und einer auswirkungsbezogenen Betrachtungsweise findet sich bei Heine-mann Andreas, Marktwirtschaft und Wettbewerbsordnung: Der Zweck des Kartellrechts, ZSR I 2016, 431 ff.

Der Digital Markets Act (DMA):
Neues «Plattformrecht» für mehr Wettbewerb in der digitalen Wirtschaft

(Art. 103 AEUV) der binnenmarktrechtlichen Kompetenznorm (Art. 114 AEUV) an die Seite zu stellen. Schliesslich sind die kartellrechtlichen Einflüsse klar zu erkennen: So erinnert etwa der Durchsetzungsmechanismus des DMA stark an die Kartellverfahrensordnung. Dies ist Ausdruck davon, dass es sich beim DMA zwar um eine neue Art der Regulierung handelt, die aber «kartellrechtsnah» bleibt.

2. Abgrenzung DMA/Kartellrecht und die Kompetenzverteilung in der EU

Auf die Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Plattformrecht und Kartellrecht und den Einfluss dieser Frage auf die verbleibenden Zuständigkeiten der EU-Mitgliedstaaten wurde bereits hingewiesen.⁷⁸ Es wird zu klären sein, in welchem Umfang die Mitgliedstaaten ihr Kartellrecht weiterhin auf Gatekeeper anwenden können. Diese Frage ist von besonderer Relevanz für diejenigen Mitgliedstaaten, die bereits wichtige Kartellverfahren gegen GAFAM-Unternehmen geführt haben, momentan führen oder in der Zukunft führen wollen. Zwar scheint hier Art. 1 Abs. 6 DMA-Entwurf die Anwendbarkeit nationalen Kartellrechts vorzubehalten, aber Erwägungsgrund 9 mahnt an, dass die Anwendung nationalen Kartellrechts nicht die «einheitliche und wirksame Anwendung» der DMA-Pflichten berühren darf. Hier sollten die Mitgliedstaaten in der weiteren Diskussion darauf hinwirken, dass grössere Klarheit geschaffen wird, was die Anwendung nationalen Kartellrechts auf Gatekeeper betrifft. Die Tatsache, dass in mehreren Mitgliedstaaten Gesetzgebungsverfahren zum Digitalkartellrecht laufen, ist im Hinblick auf den DMA als Chance zu begreifen: Trotz des Konfliktpotenzials bieten parallel laufende Gesetzgebungsprozesse auch die Möglichkeit zur gegenseitigen Befruchtung.⁷⁹

Deutschland ist allerdings schon einen Schritt weiter, da die 10. GWB-Novelle (offizielle Kurzbezeichnung: «GWB-Digitalisierungsgesetz») im Januar 2021 verabschiedet worden ist.⁸⁰ § 19a GWB führt besondere Vorschriften für die neue Kategorie der «Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb» ein.⁸¹ Sowohl bei der Frage des Normadressaten als auch bei der Auflistung der durch den neuen Status ausgelösten Verhaltenspflichten sind Ähnlichkeiten zwischen DMA-Projekt einerseits und nationalem Kartellrecht nicht zu übersehen, zumal die Adressaten-

⁷⁸ S.o. B.III.

⁷⁹ Kühling Jürgen, Unter verschärfter Beobachtung, NZKart 2020, 630.

⁸⁰ Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer Bestimmungen v. 18.1.2021, BGBl. 2021 I 2; s. hierzu die ersten Beiträge in WuW 2021, Heft 3.

⁸¹ S. zu dieser Vorschrift Lettl Tobias, Der neue § 19a GWB, WRP 2021, 413.

eigenschaft separat durch Verfügung des Bundeskartellamts festgestellt werden muss, was der «Benennung» als Gatekeeper nach dem DMA-Entwurf ähnelt. Ein Unterschied besteht darin, dass für die Feststellung der überragenden marktübergreifenden Bedeutung u.a. das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung auf einem oder mehreren Märkten zu berücksichtigen ist. Dies macht deutlich, dass die neue Vorschrift deutlich kartellrechtlicher und weniger regulierungsrechtlich als der DMA-Entwurf ausgerichtet ist. Die weiteren Arbeiten am DMA-Entwurf sollten zu einer eindeutigen Feststellung in der Frage führen, wieviel Raum für die Anwendung dieser Vorschrift und paralleler Normen bleibt, die möglicherweise in anderen Mitgliedstaaten eingeführt werden.⁸² Die Vorreiterrolle Deutschlands beim digitalen Kartellrecht führt jedenfalls dazu, dass die betroffenen Online-Plattformen vor Verabschiedung des DMA die Möglichkeit haben, anhand von § 19a GWB Erfahrungen mit spezifischen Digitalisierungsregeln zu sammeln.⁸³

3. Normadressaten

Der DMA soll nur für Gatekeeper gelten. Die wohl wichtigste Voraussetzung für eine Gatekeeper-Eigenschaft ist, dass die Plattform den Zugang von Geschäftskunden zu ihren Endkunden kontrollieren kann («bottleneck power»). Haben Geschäftskunden die (praktische, nicht bloss theoretische) Möglichkeit, ihre Kunden über andere Kanäle zu erreichen und umgekehrt, ist eine Plattform kein Gatekeeper. Aller Voraussicht nach bewegt sich die Zahl der Unternehmen, welche die Gatekeeper-Voraussetzungen des Art. 3 DMA erfüllen, im niedrigen zweistelligen Bereich.⁸⁴

An einer solch engen Bestimmung des Kreises der Normadressaten ist Kritik geübt worden. Die Verlagerung des Schwerpunkts von der Sicherstellung der Effizienz hin zur Förderung von Marktstrukturzielen bewege sich aus historischer Sicht in die falsche Richtung. Dass der DMA explizit nur grosse Onlineplattformen erfasse, sei Ausdruck der Idee «big is bad». Dies führe zu einer Benachteiligung US-amerikanischer Grossplattformen im Vergleich zu europäischen Digitalunternehmen, was gegen WTO-Recht verstosse.⁸⁵ Diese Ein-

wände sind nicht überzeugend. Der DMA wendet sich nicht gegen Grösse als solche, was bereits an den drei Kriterien für die Gatekeeper-Eigenschaft deutlich wird. Neben dem Grössenkriterium der erheblichen Auswirkungen auf den Binnenmarkt ist erforderlich, dass die Plattform den gewerblichen Nutzern als wichtiger Zugangstor zu den Endnutzern dient und eine gefestigte und dauerhafte Position innehat oder wahrscheinlich bald erlangen wird.⁸⁶ Wie bereits erwähnt,⁸⁷ ist das Kriterium des «Zugangstors» entscheidend: Einem KMU oder Startup-Unternehmen fehlt typischerweise die «bottleneck power», von der die Gefahr für die Bestreitbarkeit von Märkten ausgeht. Konsequenterweise schafft Art. 3 Abs. 4 DMA-Entwurf die Möglichkeit, dass sich ein Unternehmen der Qualifikation als Gatekeeper entziehen kann, wenn es hinreichend substantiierte Argumente dafür vorbringt, dass die genannten Kriterien nicht erfüllt sind. Demselben Zweck dient die regelmässige Überprüfung des Gatekeeper-Status nach Art. 4 DMA-Entwurf.

Entscheidend ist, dass die Gefahren für den Wettbewerb, die von den Gatekeepern ausgehen, nur dadurch ausgeräumt werden können, dass die strategisch wichtige Stellung des Torwächters adressiert wird. Genau aus diesem Grund sind konsequentere Regeln für einen relativ kleinen Adressatenkreis verlässlicheren Regeln für eine grosse Anzahl von Digitalunternehmen vorzuziehen.⁸⁸ Dies wird durch einen Vergleich mit der P2B-Verordnung⁸⁹ erhärtet, die mit ihrem Schwerpunkt auf Transparenzerfordernissen nur bescheidene Ambitionen hat, auch wenn angesichts der kurzen Zeit seit Inkrafttreten keine abschliessende Bewertung möglich ist.⁹⁰ Was schliesslich das Protektionismusargument betrifft, so beruht die Verankerung strengerer Regeln für Gatekeeper auf sachlichen Gründen, was den Vorwurf einer willkürlichen Diskriminierung von US-Unternehmen entkräftet. Zudem hat sich die Situation in jüngerer Zeit geändert, da nun auch die US-Wettbewerbsbehörden eine aktive Rolle gegenüber den grossen Online-Plattformen einnehmen.⁹¹

4. Neues Werkzeug: Marktuntersuchungen

Eine wichtige Neuerung betrifft die Marktuntersuchungen und die Meldung geplanter Unternehmenszusammenschlüsse durch Digitalunternehmen ungeachtet der kartellrechtlichen Aufgreifkriterien. Die Marktuntersu-

⁸² Zu Plänen in den Niederlanden und in Frankreich s. *Sunderland et al.* (Fn. 19), 388 ff., 407 ff.

⁸³ *Bongartz Philipp*, Happy New GWB!, 14.1.2021 <www.d-kart.de/blog/2021/01/14/happy-new-gwb>.

⁸⁴ *Geradin Damien*, The Digital Markets Act: How should ex ante rules look like, 23.10.2020 <www.theplatformlaw.blog/2020/10/23/the-digital-markets-act-how-should-ex-ante-rules-look-like>. S. auch Erwägungsgrund 12 DMA-Entwurf: «Oft gibt es nur einen oder sehr wenige grosse Betreiber solcher digitalen Dienste.»

⁸⁵ *Broadbent Meredith*, European Initiatives to Hobble U.S. Tech Companies, November 2020 <www.csis.org/analysis/digital-services-act-digital-markets-act-and-new-competition-tool>.

⁸⁶ Art. 3 Abs. 1 DMA-Entwurf.

⁸⁷ S.o. B.II.1.b.

⁸⁸ *Geradin* (Fn. 84).

⁸⁹ 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, ABl 2019 L 186/57.

⁹⁰ *Sunderland et al.* (Fn. 19), 29 ff.

⁹¹ S.o. Fn. 1.

Heinemann/Meier —

Der Digital Markets Act (DMA):
Neues «Plattformrecht» für mehr Wettbewerb in der digitalen Wirtschaft

chungen i.S.d. Art. 14 ff. DMA-Entwurf sollen das neue Instrument der Kommission werden, um mit den Entwicklungen auf den digitalen Plattformmärkten Schritt zu halten. Sie bieten die Möglichkeit, Gefahren für den Wettbewerb aufzudecken, die ansonsten möglicherweise unentdeckt geblieben wären oder erst später hätten aufgedeckt werden können. Für die betroffenen Unternehmen eröffnen sich nicht nur Interventionsrisiken, sondern auch Chancen: Sie erhalten in einem frühen Stadium die Möglichkeit, gehört zu werden und auf die Einschätzung der Europäischen Kommission Einfluss zu nehmen.⁹²

5. *Verhinderung des Kippens von Märkten*

Eine Nagelprobe für den DMA wird die Frage sein, ob die neuen Regeln das Kippen von Märkten verhindern können. Zwar akzeptiert der Text die Existenz von Gatekeepern, also von Situationen, in denen eine Plattform bereits ein wichtiges Zugangstor zu Endnutzern geworden ist. Die Ambition des DMA geht aber darüber hinaus, indem er darauf abzielt, das Kippen von Märkten von vornherein zu verhindern. Im Regelwerk kommt dies z.B. dadurch zum Ausdruck, dass die Gatekeeper-Eigenschaft nicht erst dann beginnt, wenn eine gefestigte und dauerhafte Position erlangt wurde. Es reicht bereits aus, dass es absehbar ist, dass eine solche Position in naher Zukunft erlangt werden wird (Art. 3 Abs. 1 lit. c DMA-Entwurf). Damit wird im Sinne einer «incipiency doctrine» die Hoffnung verbunden, dass die Vorverlagerung des besonderen Pflichtenprogramms dafür sorgen wird, dass es erst gar nicht zu einem irreversiblen Kippen des Marktes kommen wird.⁹³

Der Ansatz ist in der Tat beachtlich, was auch durch einen Vergleich mit dem Kartellrecht deutlich wird: Eine konzeptionelle Schwäche des Verbots des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen besteht im Erfordernis der zeitlichen Kongruenz zwischen den beiden zentralen Tatbestandsmerkmalen: Ein Verhalten ist nur dann als missbräuchlich verboten, wenn zum relevanten Zeitpunkt eine marktbeherrschende Stellung bereits bestand. Werden vor der Entstehung von Marktbeherrschung Strategien angewandt, die auf die Erlangung von Marktbeherrschung abzielen, kann auf diese das Missbrauchs-

⁹² Marsden/Podszun (Fn. 22), 77 ff.

⁹³ So Erwägungsgründe 26–28 DMA-Entwurf.

verbot also nicht angewendet werden.⁹⁴ Genau hier setzt der DMA an: Indem er den Begriff des Gatekeepers in der Zeit vorverlagert, soll bereits in frühem Stadium ein Kippschutzmechanismus greifen. Es bleibt abzuwarten, ob der Plan aufgeht. Schliesslich sind mächtige Kräfte am Werk (Skalen- und Verbundvorteile, Netzwerkeffekte und Datenherrschaft), die auch ohne Verletzung der Gatekeeper-Pflichten zu einem Kippen der Märkte führen können. Die Bewertung des DMA wird auch davon abhängen, wie gut es gelingen wird, das Ziel der Prävention tatsächlich zu erreichen.

C. Ausblick aus schweizerischer Perspektive

Die rasant steigende Zahl von Kartellverfahren gegen die grossen Online-Plattformen in der Welt belegt, dass der Wettbewerb in der digitalen Ökonomie bedroht ist und dass die Gefahr von konglomeraten Plattformunternehmen ausgeht, die immer mehr Geschäftsfelder abdecken und häufig eine Alleinstellung erringen. Gleichzeitig ist die Einschätzung weit verbreitet, dass klassisches Kartellrecht häufig zu spät kommt. Vor diesem Hintergrund schlägt die Europäische Kommission einen neuen Weg ein, indem sie mit dem Digital Markets Act (DMA) Regeln für Gatekeeper vorschlägt, die zwar aus dem kartellrechtlichen Erfahrungsschatz schöpfen, aber eine neuartige ex-ante-Regulierung bringen, die man der Kategorie der «kartellrechtsnahen Regulierung» zuweisen kann. Der DMA hat das Potenzial, die Märkte zu öffnen und den digitalen Binnenmarkt zu stärken.

Aus schweizerischer Perspektive stellt sich die Frage nach dem Handlungsbedarf. Braucht es neue Regeln für digitale Gatekeeper auch in der Schweiz? Die Frage sollte mit einem «Nein, aber» beantwortet werden. Bewusst konzentriert der DMA die Zuständigkeit für die Anwendung des neuen Regelwerks bei der Europäischen Kommission, also einer Institution, die für die gesamte Europäische Union mit ihren 450 Millionen Einwohnern und für grosse Teile eines ganzen Kontinents zuständig ist. Da es um Plattformen geht, die von transkontinentaler und fast weltweiter Bedeutung sind, erscheint dies

als die geeignete Regelungsebene. Für die Durchsetzung des DMA soll eine Einheit mit 80 Vollzeitkräften aufgebaut werden,⁹⁵ die also schon allein grösser ist als das gesamte WEKO-Sekretariat mit seiner Zuständigkeit für das Wettbewerbsrecht insgesamt.

Eine ex-ante-Regulierung digitaler Plattformen in der Schweiz liegt also fern. Aber auch im «klassischen» Kartellrecht hat sich eine Arbeitsteilung bewährt: Schon aus Kapazitätsgründen dupliziert die WEKO nicht die Verfahren der Europäischen Kommission, jedenfalls dann nicht, wenn die betreffenden Unternehmen sich bereit erklären, die in der EU gefundenen Lösungen auch auf die Schweiz anzuwenden, was dann zu Spill-over-Wirkungen der europäischen Wettbewerbspolitik führt. Die WEKO konzentriert sich auf Sachverhalte, die einen besonderen Inlandsbezug oder besondere Auswirkungen im Inland haben. Diese Grundsätze gelten gerade auch im Hinblick auf die Gatekeeper-Plattformen.

Bei der Anwendung des schweizerischen Kartellrechts auf digitale Sachverhalte kommt dem Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen in Art. 7 KG eine besondere Rolle zu. Im Prinzip ist die Vorschrift hinreichend allgemein ausgestaltet, um die Phänomene der digitalen Wirtschaft zu erfassen. Schaut man beispielsweise die Verhaltensanforderungen des DMA an, lassen sich zahlreiche von ihnen den Kategorien «Verweigerung von Geschäftsbeziehungen» (Art. 7 Abs. 2 lit. a KG), «Diskriminierung» (lit. b), «Leistungseinschränkung» (lit. e) und «Kopplung» (lit. f) zuweisen. Es wäre zu prüfen, ob darüber hinaus Handlungsbedarf besteht, also neue Beispiele in die Liste des Art. 7 Abs. 2 KG aufgenommen werden sollten. Man könnte hierbei insbesondere an die Themen «self-preferencing» und Datenzugang denken. Ein Ausbau der Liste wäre aber entbehrlich, wenn der auch bei der Anwendung von Art. 7 KG anzuwendende Grundsatz der europarechtsfreundlichen Auslegung⁹⁶ auch auf die kartellrechtsnahe Regulierung wie z.B. den DMA ausgedehnt würde.

Mit Änderungen des DMA-Kommissionsvorschlags ist zwar noch zu rechnen. Offenbar besteht aber Übereinstimmung darüber, dass eine intensivere und schnellere Kontrolle von Gatekeepern erforderlich ist. Profitieren werden die gewerblichen Nutzer und die Endnutzer gleichermaßen. Wie gross der Effekt ist, wird man dann zu einem späteren Zeitpunkt sehen. Auch wenn starke ökonomische Effekte in Richtung Alleinstellung wirken, hat der DMA das Potenzial, diesen Trend zu verlangsamen und den Wettbewerb auf den plattformnutzenden Märkten zu stärken.

⁹⁴ Relevant war dies z.B. in den *patent ambush*-Fällen wie dem *Rambus*-Fall der Europäischen Kommission: Vor Annahme eines Industriestandards hat der Patentinhaber häufig noch keine marktbeherrschende Stellung, sodass die Verschleierung standard-essenzieller Patente keinen Verstoß gegen das Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen darstellen kann; s. hierzu *Ulrich Hanns/Heinemann Andreas*, in: Immenga Ulrich/Mestmäcker Ernst-Joachim (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht*, Band 1. EU/Teil 2 – Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Teil GRUR B, 5. Aufl., München 2012, S. 1728 Rn. 51a.

⁹⁵ *Lübbig/Schley* (Fn. 13).

⁹⁶ BGE 139 I 72 (89); anders noch BGE 137 II 199 (209 f.).