

# Stellungnahme

---

zum EU-Vorschlag für eine „Verordnung über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor“  
(Gesetz über digitale Märkte / Digital Markets Act)  
COM(2020) 842 final

Stand: 16. März 2021

[EU-Transparenzregisternummer: 31200871765-41]



## 1. Hintergrund

---

Der Handelsverband Deutschland (HDE) bedankt sich für die Gelegenheit zur Stellungnahme zum EU-Verordnungsvorschlag für ein Gesetz über Digitale Märkte (Digital Markets Act - DMA). Mit dem vorliegenden Vorschlag möchte die EU-Kommission Lücken in den geltenden EU-Vorschriften schließen, die bei der Durchsetzung der EU-Wettbewerbsvorschriften sichtbar geworden seien, um „Durchsetzungsmaßnahmen zur Erhaltung wettbewerbsfähiger Märkte zu ermöglichen“. Damit sollen strukturelle Wettbewerbsprobleme besser und früher adressiert werden können, denn die Kommission meint, diese Probleme mit dem bestehenden Wettbewerbsrahmen nicht oder nicht wirksam lösen zu können. Der DMA richtet sich nur an sehr große Unternehmen, die als sog. „Gatekeeper“ identifiziert wurden und definiert bestimmte Verhaltensweisen, welche diese proaktiv umsetzen müssen.

Die Funktionsweise des DMA folgt drei zentralen Elementen: 1) Zunächst sollen anhand von (überwiegend) quantitativen Kriterien die betroffenen Gatekeeper identifiziert werden. 2) Diese haben dann einen umfassenden Katalog an Verpflichtungen zu befolgen („Dos and Don'ts“). 3) Ergänzt wird dieser Rahmen durch ein Marktuntersuchungsinstrument (angelehnt an das ursprüngliche New Competition Tool). Die Rolle der Durchsetzungsbehörde übernimmt allein die Europäische Kommission.

## 2. Position

---

Um global wettbewerbsfähig zu bleiben, benötigen Händler einen Rechtsrahmen, der starke europäische Einzel- und Großhandels-Ökosysteme in einem digitalen Umfeld unterstützt und ihnen Rechtssicherheit und Anreize für Investitionen in robuste Omnichannel-Strategien bietet. Die Märkte von heute, und insbesondere digitale Märkte, entwickeln sich schnell, wobei ständig neue Dienstleistungen und Geschäftsmodelle entstehen. Es ist daher von entscheidender Bedeutung, dass jede mögliche politische Intervention, die darauf abzielt, bestimmte Geschäftspraktiken anzugehen, klar fokussiert ist und nicht unbeabsichtigt die Innovation oder die bestehende Dynamik auf dem Markt erstickt.

Wir unterstützen daher das Ziel der Kommission, faire und wettbewerbsfähige Märkte zu gewährleisten. Wettbewerb ist für die Innovation und das Wohlergehen der Verbraucher unerlässlich. Grundsätzlich sind wir daher der Ansicht, dass die bestehenden Regulierungsinstrumente ausreichend wären, um diese Ziele auch weiterhin zu verwirklichen. Wir sehen somit an konkreten Stellen Verbesserungsbedarf in Bezug auf den vorliegenden Vorschlag. Außerdem muss im weiteren Verfahren darauf geachtet werden, den engen Korridor des Möglichen nicht zu verlassen, den die EU-Kommission sich und den anderen Institutionen mit der Wahl der Rechtsgrundlage vorgegeben hat.

Folgende inhaltliche Punkte sind für uns von zentraler Bedeutung und werden im weiteren Verlauf der Stellungnahme detailliert ausgeführt:

- Bei der Kategorisierung von Gatekeepern wurden zahlreiche Ausnahmen integriert, die es der Kommission erlauben auch gegen Unternehmen vorzugehen, die die (quantitativen) Kriterien



nicht bzw. noch nicht erfüllen. Dies schwächt die Rechtssicherheit und erhöht das Missbrauchspotenzial des Instrumentes. Daher sollte sich der Anwendungsbereich des DMA und die daraus resultierenden Befugnisse der Kommission klar auf die nach Artikel 3 Absatz 2 definierten Unternehmen beschränken.

- Bei der Methodik zur Berechnung der aktiven monatlichen Nutzer von Gatekeeper-Plattformen ist zu beachten, dass es sich um tatsächlich *aktive* Nutzer handeln muss, welche die betreffende Plattform dauerhaft, bzw. wiederholt und nicht nur einmalig oder als zwischenzeitliche „Karteileiche“ nutzen.
- Die Trennung der Pflichtenkataloge aus den Artikeln 5 und 6 erscheint künstlich, unverständlich und nicht zielführend. Wir fordern daher eine tatsächliche Abgrenzung der Pflichtenkatalog und ein geregeltes Verfahren, das festlegt, wann genau und unter welchen Bedingungen, für welche Art von Gatekeeper auch die Artikel 6-Pflichten gelten. Grundsätzlich sollte die Anwendbarkeit einzelner, offensichtlich auf bestimmte Branchen zugeschnittener Ver-/Gebote auf alle Gatekeeper stark hinterfragt werden.
- Wir halten es für äußerst bedenklich, dass der Pflichtenkatalog von der Kommission per delegiertem Rechtsakt erweitert werden kann. Auch vor dem Hintergrund der weitreichenden Folgen, die zusätzliche Pflichten für betroffene Unternehmen haben können, fordern wir deshalb für eine Aktualisierung des Pflichtenkatalogs das ordentliche, parlamentarische Verfahren vorzusehen, inklusive einer angemessenen Übergangsfrist für jede einzelne Anpassung.
- Bestimmte Verbotspraktiken sehen wir u.a. besonders kritisch:
  - So würde das Gebot aus Artikel 5 lit. c Online-Marktplätze zu reinen Werbeplattformen degradieren und Betreibern den Anreiz nehmen, in den Aufbau zu investieren. Es liefe zudem den Bestrebungen des Digital Services Act zuwider.
  - Die Nutzung von Selbstbevorzugung ist im Einzelhandel online und offline als effizienzsteigernde und wettbewerbsfördernde Praxis anerkannt. Ein generelles Verbot ist daher unangebracht. Vielmehr ist eine Einzelfallprüfung erforderlich, um die Auswirkungen solcher Praktiken in der konkreten Situation zu bewerten.
  - In Bezug auf Artikel 6 Absatz 1 lit. j ist klarzustellen, dass Suchfunktionen in Online-Stores nicht mit Online-Suchmaschinen gleichzusetzen sind und daher nicht in den Anwendungsbereich dieser Regelung fallen dürfen.
- Der limitierte Rahmen für das Marktuntersuchungsinstrument sollte im weiteren Verfahren beibehalten werden, insbesondere vor dem Hintergrund der fragilen Rechtsgrundlage.
- Beim Verhängen von Abhilfemaßnahmen sollte der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz strikt gewahrt und angemessene Schutzmaßnahmen eingerichtet werden. Dafür sehen wir im vorliegenden Vorschlag gute Ansätze, die im Verlauf des Verfahrens erhalten werden müssen.
- Der Übergangszeitraum von Inkrafttreten der Verordnung bis zur Anwendbarkeit sollte auf mindestens 24 Monate verlängert werden



## a) Allgemeiner Regulierungsansatz

Online-Plattformen sind Treiber der Digitalisierung und der damit verbundenen Vorteile für den Wettbewerb und die Verbraucher. Wir sehen daher den Ansatz der Kommission kritisch, solche Unternehmen grundsätzlich als Regulierungsadressaten zu definieren. Dies zeigt Tendenzen, unterschiedliche Unternehmen über einen Kamm zu scheren und berücksichtigt die Vielfalt an Geschäftsmodellen nur unzureichend. Eine de facto wettbewerbsrechtliche Regulierung (siehe dazu unten) sollte sich auch weiterhin am bewährten Konzept der Marktbeherrschung ausrichten.

Darüber hinaus bezweifeln wir, dass es notwendig ist, einen Katalog verbotener Verhaltensweisen aufzustellen, ohne die Kommission der Pflicht zur Prüfung der tatsächlichen wettbewerblichen, einschließlich möglichen effizienzsteigernden Wirkungen der Verhaltensweisen im konkreten Einzelfall zu unterwerfen. Einen solchen Mechanismus können wir maximal bei den Pflichten aus Artikel 6 erkennen, jedoch nicht bei jenen aus Artikel 5 (siehe dazu ausführlichen unter d)). Eine Regulierung bestimmter Verhaltensweisen sollte nur in dem Maße möglich sein, wie es im konkreten Einzelfall – auch angesichts etwaiger Rechtfertigungsgründe, die zugunsten des regulierten Unternehmens zu berücksichtigen sind – zur Bewältigung etwaiger negativer Auswirkungen auf den Markt erforderlich ist und stets auf einem ordnungsgemäßen Verfahren gründen. Ein auf Wirkungstests basierender Ansatz würde auch den Empfehlungen des Expertenberichts an die Kommission über "Wettbewerbspolitik im digitalen Zeitalter" entsprechen.

Jeder regulatorische Eingriff gegen solche Unternehmen bedarf einer im Einzelfall nachzuweisenden Feststellung eines konkreten (wettbewerbs-)rechtswidrigen Verhaltens. Allgemeine Verbote verhindern eine solche Einzelfallbewertung. Auch angesichts der Heterogenität der verschiedenen Geschäftsmodelle von Online-Plattformen sind solche allgemeinen Verbote abzulehnen, nicht zuletzt, weil jegliche gesicherte Grundlage dafür fehlt, dass bestimmte Verhaltensweisen solcher Unternehmen stets wettbewerbsschädlich und daher unabhängig von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls zu verbieten sind.

Jede staatliche Maßnahme sollte darauf abzielen, unbeabsichtigte Folgen zu vermeiden und sicherzustellen, dass Marktakteure weiterhin Anreize haben, weiter zu forschen, zu entwickeln und organisch zu wachsen. Allein die Tatsache, dass ein Unternehmen erfolgreich und groß ist, ist kein hinreichender Grund, um derart einschneidende Maßnahmen zu treffen.

## b) Rechtsgrundlage

Die Kommission befürchtet abweichende nationale Vorschriften und eine Fragmentierung des Binnenmarktes. Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung des grenzüberschreitenden Charakters der von Gatekeepern erbrachten zentralen Plattformdienste sieht die Kommission eine Notwendigkeit zur Harmonisierung (siehe ErwG 6-9) und zieht entsprechend Artikel 114 AEUV als Rechtsgrundlage heran. Somit soll der DMA primär als Instrument dienen, die Gatekeeper-Vorschriften im gesamten Binnenmarkt einheitlich durchzusetzen – und nicht als Wettbewerbsinstrument, für dessen Verabschiedung Einstimmigkeit im EU-Ministerrat erforderlich wäre und das Europäische Parlament eine weitaus geringere Rolle spielen würde.



De facto wird damit – wie schon bei der P2B-Verordnung 2019/1150/EU - Wettbewerbsrecht unter dem Deckmantel von Binnenmarktrecht geschaffen. Hierfür sprechen die inhaltlichen Parallelen zu nationalen Initiativen aus dem Wettbewerbsrecht - z.B. zur jüngsten GWB-Novelle -, die konkreten Verweise auf diese als Ursprung der Harmonisierungsnotwendigkeit sowie der Hinweis, dass die Verordnung das Ziel hat „die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts [zu] ergänzen“ (ErwG 9) und damit Artikel 101 und 102 AEUV sowie die nationalen Wettbewerbsvorschriften unberührt zu lassen. Vor diesem Hintergrund bestehen Zweifel daran, dass der aktuelle DMA-Entwurf und etwaige weitere Ergänzungen im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens auf einer hinreichenden Rechtsgrundlage fußen und einer gerichtlichen Überprüfung standhalten. Dass diese Zweifel nicht unberechtigt sind, offenbart bereits die Zurückweisung der beiden vorherigen DMA-Entwürfe durch den EU-Ausschuss für Regulierungskontrolle wegen unzureichender Rechtsgrundlage.

Daher muss der Gesetzgeber im weiteren Verlauf des Verfahrens mindestens sicherstellen, dass die endgültige Version des DMA nicht über das erklärte Ziel hinausgeht, eine regulatorische Fragmentierung im Binnenmarkt zu verhindern.

### c) Anwendungsbereich / Kategorisierung als Gatekeeper (Art. 3)

Schon in unserer ursprünglichen Position hatten wir gefordert, dass der Anwendungsbereich eng begrenzt werden und sich ausschließlich auf Bereiche konzentrieren muss, in denen Wettbewerbsprobleme beobachtet wurden, die durch mildere Mittel (z. B. einstweiligen Maßnahmen und Verfahren nach Art. 101 und/oder 102 AEUV) nicht gelöst werden können. Wir begrüßen daher, dass die Anwendung auf eine kleine Anzahl sehr großer globaler Akteure beschränkt ist und dass sich der DMA auf Märkte konzentriert, in denen der Wettbewerb z. B. aufgrund von Lock-in-Effekten begrenzt ist. Darüber hinaus sollte ein neues Instrument nur in Fällen anwendbar sein, in denen eine grenzüberschreitende Dimension und Wirkung vorliegt und nicht auf rein nationale Sachverhalte. Dies wurde insofern berücksichtigt, dass ein zentraler Plattformdienst von einem Gatekeeper in mindestens drei Mitgliedstaaten angeboten werden muss, um in den Anwendungsbereich zu fallen, was wir positiv bewerten. Darüber hinaus begrüßen wir die Tatsache, dass Gatekeeper EU-weit einheitlich definiert werden sollen und zum Zwecke einer Vollharmonisierung eine Verordnung gewählt wurde.

Konkret definiert der Vorschlag Gatekeeper-Plattformen als Unternehmen, die aufgrund ihrer Größe und ihrer Bedeutung für (gewerbliche) Nutzer eine besonders wichtige Rolle im Binnenmarkt spielen, die mindestens einen sog. "zentralen Plattformdienst" (Art. 2 Abs. 2; wie Suchmaschinen, soziale Netzwerke, bestimmte Messenger-Dienste, Betriebssysteme und Online-Vermittlungsdienste) im B2C- oder B2B-Verhältnis anbieten (Art. 1 Abs. 2) und über eine dauerhafte, große Nutzerbasis in mehreren EU-Ländern verfügen.

Hier ist zunächst kritisch anzumerken, dass diese Anknüpfung an „zentrale Plattformdienste“ insbesondere mit Blick auf die „Online-Vermittlungsdienste“ auch Unternehmen erfasst, bei denen ein solcher Dienst in engem und untrennbarem Zusammenhang mit physischen Infrastrukturen steht. Das begründet die Gefahr, dass der DMA – unbeabsichtigt – auch Handelsunternehmen einer stärkeren Regulierung unterwirft, wenn diese ihre eigene Logistikinfrastruktur über ihren Online-Vermittlungs-



dienst vermarkten. Die Definition des „Online-Vermittlungsdienstes“ in Art. 1 Abs. 5 sollte daher dahingehend eingeschränkt werden, dass nur Dienste erfasst werden, deren Kerntätigkeit primär durch die Verarbeitung von Daten geprägt ist und nicht durch das Betreiben physischer Infrastrukturen.

Im Einzelnen gibt es sodann drei wesentliche kumulative Kriterien, durch die ein Unternehmen in den Anwendungsbereich des DMA fällt:

1. Eine Größe, die erhebliche Auswirkungen auf den Binnenmarkt hat (Art. 3 Abs. 2 lit. a): Dies wird vermutet, wenn das Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren einen Jahresumsatz im EWR von mindestens 6,5 Mrd. € erzielt hat oder wenn seine durchschnittliche Marktkapitalisierung oder der Marktwert im letzten Geschäftsjahr mindestens 65 Mrd. € betragen hat und es einen zentralen Plattformdienst in mindestens drei Mitgliedstaaten anbietet.
2. Die Kontrolle eines „zentralen Plattformdienst“ für gewerbliche Nutzer um Endverbraucher zu erreichen (Art. 3 Abs. 2 lit. b): Dies wird angenommen, wenn das Unternehmen einen zentralen Plattformdienst mit mehr als 45 Millionen monatlich aktiven Endnutzern (im Durchschnitt des letzten Jahres), die in der EU niedergelassen oder ansässig sind, und mehr als 10 000 jährlich aktiven gewerblichen Nutzern, die in der EU niedergelassen sind, betreibt.
3. eine (erwartete) gefestigte und dauerhafte Position (Art. 3 Abs. 2 lit. c): Dies wird angenommen, wenn das Unternehmen die beiden Kriterien aus 2.) in jedem der letzten drei Geschäftsjahre erfüllt hat.

Zunächst ist zu Punkt 2 anzumerken, dass die Kommission nach Artikel 3 Absatz 5 aufgerufen ist, per delegiertem Rechtsakt eine Methodik vorzuschlagen, wie die Zahl von 45 Millionen aktiven Nutzern/Monat zu berechnen ist. In diesem Zusammenhang möchten wir betonen, dass es sich bei der Berechnung um tatsächlich *aktive* Nutzer handeln muss, welche die Plattform dauerhaft, d.h. regelmäßig bzw. wiederholt, und nicht nur einmalig oder als zwischenzeitliche „Karteileiche“ nutzen.

Darüber hinaus besagt Artikel 3 Absatz 1 lit. c konkret, dass das Unternehmen „eine gefestigte und dauerhafte Position innehat *oder absehbar ist, dass er eine solche Position in naher Zukunft erlangen wird.*“ Da der letzte Halbsatz sich in der quantitativen Konkretisierung (= die beiden anderen Kriterien müssen in jedem der letzten drei Geschäftsjahre erfüllt worden sein) nicht widerspiegelt, somit völlig unklar ist, wann dies „absehbar“ sein soll und lediglich Rechtsunsicherheit geschaffen wird, plädieren wir für eine Streichung.

Wenn alle quantitativen Schwellenwerte erfüllt sind, wird davon ausgegangen, dass das betreffende Unternehmen ein Gatekeeper ist - es sei denn, es legt „hinreichend substantiierte Argumente“ vor, die das Gegenteil beweisen (Art. 3 Abs. 4), wobei die Beweislast ausdrücklich beim Unternehmen liegt (ErwG 23). Grundsätzlich befürworten wir diese Regelung, da hiermit berücksichtigt wird, dass in Einzelfällen begründete Ausnahmen möglich sein müssen. Gemessen an den enormen Folgen einer Kategorisierung als Gatekeeper, sollte dieser Vorschrift (in der Anwendung) eine hohe Bedeutung beigemessen werden. Wir gehen davon aus, dass die Kommission rechtzeitig vor der Anwendbarkeit der Verordnung klar und nachvollziehbar darlegen wird, was unter „hinreichend substantiierte



Argumente[n]“ zu verstehen ist, so dass diese nach Vorlage durch ein betroffenes Unternehmen an einem objektiven Maßstab gemessen werden können. In Abweichung zu Erwägungsgrund 23 sind wir der Meinung, dass auch ökonomische und effizienzgerichtete Argumente dabei sehr wohl Berücksichtigung finden sollten. Gleichzeitig sollte auch näher definiert werden, unter welchen Bedingungen die Kommission die vorgelegten Argumente ablehnen kann bzw. dass dies ebenfalls „hinreichend substantiiert“ zu erfolgen hat.

Wesentlich kritischer sehen wir allerdings die anschließende Regelung aus Artikel 3 Absatz 6: Auch wenn die definierten Schwellenwerte nicht erfüllt werden, kann die Kommission im Rahmen einer Marktuntersuchung (nach Artikel 15) die spezifische Situation eines bestimmten Unternehmens bewerten und beschließen, es auf der Grundlage einer *qualitativen* Bewertung dennoch als Gatekeeper zu qualifizieren. Dieser Passus räumt der Kommission deutlich zu viel Handlungsspielraum ein und führt die zuvor klar und quantitativ definierten Kriterien ad absurdum, da die Kommission von diesen unabhängig und weitgehend frei über den Gatekeeper-Status entscheiden kann. Letztlich geht der Verordnung damit sämtliche Rechts- und Planungssicherheit für die Unternehmen ab.

Sollte entgegen der Position des HDE an dieser qualitativen Bewertung festgehalten werden, sollte zumindest – neben einer ausdrücklichen Berücksichtigung des Marktanteils eines potenziellen Gatekeepers - auch „Multihoming“ als zusätzliches Kriterium berücksichtigt werden. Märkte mit starkem Multihoming - wie der Online-Handel - bieten in der Regel eine höhere Wettbewerbsintensität. Damit würde auch ein stärker risikobasiertes Element in die Statusbewertung einfließen.

Darüber hinaus soll für Anbieter von zentralen Plattformdiensten, die noch keine „gefestigte und dauerhafte Position“ haben, für die dies aber in naher Zukunft erwartet wird (ErwG 26/Art. 15 Abs. 4), bereits „eine Untergruppe an Verpflichtungen“ (ErwG 26) gelten, „die angemessen und erforderlich sind, um zu verhindern, dass der betreffende Gatekeeper auf unlautere Weise hinsichtlich seiner Tätigkeiten eine [solche] gefestigte und dauerhafte Position erlangt“ (Art. 15 Abs. 4; s.a. ErwG 27). Es bleibt jedoch völlig unklar, ab wann ein solcher potenzieller Gatekeeper als Adressat für diese Sonderregelung in Frage kommt.

Nach einer Gesamtbetrachtung des Rahmens zur Kategorisierung von Gatekeepern aus Artikel 3 lässt sich feststellen, dass die Kommission zwar vordergründig auf zunächst klar erscheinende, quantitative Kriterien abstellt, um Gatekeeper zu identifizieren. Allerdings wurden zahlreiche Ausnahmen integriert, die es der Kommission erlauben, auch gegen Unternehmen vorzugehen, die die Kriterien nicht erfüllen bzw. – aus Sicht der Kommission – noch nicht erfüllen. Dies schwächt die Rechtssicherheit und erhöht das Missbrauchspotenzial des Instrumentes. Daher sollte sich der Anwendungsbereich des DMA und die daraus resultierenden Befugnisse der Kommission klar auf die nach Artikel 3 Absatz 2 definierten Unternehmen beschränken.

#### d) Verpflichtungen für Gatekeeper (Artikel 5 und 6)

Neben der Definition des Gatekeepers besteht der DMA aus zwei Säulen, einem Marktuntersuchungsinstrument (s.u.) und einer Liste ver-/gebotener Praktiken. Sieben solcher Pflichten sollen für Gatekeeper grundsätzlich gelten (Art. 5), während für eine weitere Liste von elf Verpflichtungen eine



Spezifizierung durch die Kommission im Rahmen eines Dialoges erfolgen kann (Art. 6). Letztere scheint eine Art „dunkelgraue Liste“ zu sein, bei der die Kommission in Frage stellen kann, ob die vom Gatekeeper ergriffenen Maßnahmen ausreichend sind, um die Ziele zu erreichen. Wenn diese Maßnahmen nach Auffassung der Kommission unzureichend sind, kann sie die Maßnahmen präzisieren.

Die Tatsache, dass die Kommission die konkret-individuelle Einhaltung der Vorschriften des Artikel 6 anfechten und genauere Verpflichtungen auferlegen kann, ist der Rechtssicherheit nicht zuträglich. Zudem erscheint die hierdurch bewirkte künstliche Trennung der Pflichtenkataloge unverständlich und wird in der Praxis für die Unternehmen kaum Auswirkungen haben. Da die Kommission als Durchsetzungsbehörde ohnehin für die Einhaltung der Verpflichtungen verantwortlich ist (Art. 24), kann sie jederzeit in einen Dialog mit den betreffenden Unternehmen treten, Nachbesserungen fordern oder Spezifizierungen vornehmen – unabhängig ob es sich um eine Pflicht aus Artikel 5 oder 6 handelt.

Wir fordern daher eine klare Abgrenzung der Pflichtenkataloge. Wenn offenbar sogar für die Kommission offensichtlich ist, dass die Auflagen aus Artikel 6 nicht (für jedes potenziell betroffene Unternehmen) konkret und spezifisch genug sind, um sie „einfach“ umzusetzen, warum sollten dann Unternehmen von Tag 1 an für einen Regelverstoß haftbar sein? Es bedarf daher eines geregelten Verfahrens, das festlegt, wann genau und unter welchen Bedingungen, für welche Art von Gatekeeper auch die Artikel 6-Pflichten gelten. Unternehmen müssen im Rahmen eines solchen Verfahrens auch darlegen können, wieso gewisse Verpflichtungen in ihrem Fall entweder nicht einschlägig sind oder gar negative Effekte hätten. Denkbar wäre ein „comply or explain“-Ansatz, bei dem man als Gatekeeper entweder direkt die Vorgaben einhält oder alternativ begründet darlegt, warum dies nicht notwendig und angemessen ist, woraufhin ein Dialog mit der Kommission gestartet wird. Gerade eine solche Rechtfertigung ermöglicht der Entwurf bisher aber nicht. Vielmehr sind Ausnahmen von den Vorgaben der Artikel 5 und 6 auf Grundlage von Artikel 8 nur in eng umgrenzten Extremfällen möglich (siehe unten).

Darüber hinaus scheinen die Pflichtenkataloge aus sehr unterschiedlichen früheren und aktuellen Kartellrechtsfällen zusammengestückelt worden zu sein. Hierdurch wurden Wertungen aus teilweise sehr spezifischen Fällen unreflektiert in allgemeingültige Regeln gegossen, die nun unterschiedslos für jeden Gatekeeper gelten sollen, unabhängig davon, in welcher Branche der Gatekeeper aktiv ist. Dies kann sich kontraproduktiv auswirken und zu nicht intendierten Konsequenzen führen, insbesondere da die Auswirkungen bestimmter Praktiken auf andere betroffene Branchen – jenseits ihres originären Falles – in der Folgenabschätzung zum DMA nicht ausreichend untersucht worden sind. In vielen Fällen ist daher nicht absehbar, wie genau die Bestimmungen außerhalb ihres ursprünglichen Kontextes angewendet werden sollen und in einigen Fällen ist es sogar fraglich, ob eine Anwendung überhaupt gerechtfertigt ist.

Dies kann zu folgendem ungewollten, paradoxen Ergebnis führen: i) einerseits einer zu weit gefassten Einschränkung unkritischen Verhaltens, wenn die Bestimmungen außerhalb ihres ursprünglichen Kontextes angewendet werden, und gleichzeitig ii) andererseits einer unzureichenden Einschränkung bestehenden unlauteren Verhaltens aufgrund mangelnder Spezifität. Ein Ge- oder Verbot, das im Bereich der Hotellerie u.U. Sinn macht, muss im Einzelhandel nicht unbedingt zum gewünschten Ergebnis führen (siehe i. d. Zshg. auch die Ausführungen zu Art. 5 lit c weiter unten). Während sich



bestimmte Unternehmen und deren Praktiken in den Verpflichtungen eindeutig wiederfinden, werden sich andere fragen, was diese teils sehr konkreten Verpflichtungen für die eigene Geschäftstätigkeit bedeuten. Gleichzeitig stellt sich die Frage, wie zukunftstauglich Vorschriften sind, die praktisch ausschließlich mit dem Blick in den Rückspiegel entworfen wurden.

Wir fordern daher eine Klarstellung, dass Bestimmungen aus Artikel 5 und 6 „kerndienstspezifisch“ sein können und somit unter bestimmten Umständen nicht auf andere, zentrale Plattformdienste anwendbar sind. So sollte es einem Gatekeeper möglich sein, einen Nachweis zu erbringen, dass eine bestimmte Maßnahme für sein Geschäftsmodell nicht relevant ist. Der DMA erkennt diese Logik in begrenztem Maße sogar bereits an. Einige der Verpflichtungen gelten bereits jetzt nur für bestimmte Kategorien von zentralen Plattformdiensten, z.B. ist Artikel 6 lit k nur auf „Stores für Software-Anwendungen“ anwendbar. Wir schlagen vor, diesen Ansatz zu erweitern.

Schließlich halten wir es für äußerst bedenklich, dass der Pflichtenkatalog aus Artikel 5 und 6 von der Kommission jederzeit (und weitestgehend im Alleingang) per delegiertem Rechtsakt erweitert werden kann (Art. 10). Gleichzeitig sind der Kommission für dieses Verfahren nur sehr weiche Grenzen gesetzt. Während im erklärenden Teil des Verordnungsvorschlags noch ausdrücklich darauf verwiesen wird, dass nur Verpflichtungen aufgenommen wurden, für die „ausreichende Erkenntnisse“ vorliegen (Seite 7), scheint die Möglichkeit der Erweiterung des Pflichtenkatalogs im Eilverfahren daher unangemessen. Auch vor dem Hintergrund der weitreichenden Folgen, die zusätzliche Pflichten für betroffene Unternehmen haben können, fordern wir deshalb für eine Aktualisierung des Pflichtenkatalogs das ordentliche, parlamentarische Verfahren vorzusehen, inklusive einer angemessenen Übergangsfrist für jede einzelne Anpassung.

#### Konkrete Erwägungen zu einzelnen Pflichten:

- *Gatekeeper sollen davon absehen, Dienstleistungen und Produkte, die vom Gatekeeper selbst oder von einem Dritten angeboten werden, der ein und demselben Unternehmen angehört, beim Ranking gegenüber ähnlichen Dienstleistungen oder Produkten Dritter zu bevorzugen, und sollen das Ranking anhand fairer und diskriminierungsfreier Bedingungen vornehmen (Art. 6 Abs. 1 lit. d).*

Die Nutzung der sog. Selbstbevorzugung ist im Einzelhandel online und offline als effizienzsteigernde und wettbewerbsfördernde Praxis anerkannt. Die Gestaltung von Geschäften und Webshops ist ein wesentlicher Teil der unternehmerischen Freiheit und Selbstbevorzugung wird dabei online und offline genutzt, um die Geschäftstätigkeit in Bezug auf Umsatz, Rentabilität, Logistik usw. zu optimieren. Die Einführung von Eigenmarken, um mit Markenprodukten zu konkurrieren oder sich im Wettbewerb von anderen Händlern zu differenzieren, oder die Öffnung eines (Online-)Stores für Drittanbieter führen zu mehr Wettbewerb, damit zu mehr Innovation, besseren Preisen und einer größeren Auswahl für die Verbraucher.

Zum jetzigen Zeitpunkt gibt es zudem weder Rechtsprechung noch belastbare Erfahrungen zu den wettbewerblichen Folgen der Selbstbevorzugung im Online- und Offlinehandel, die ein pauschales Verbot von Selbstbevorzugung rechtfertigen würde. Der Europäische Gerichtshof



hat klargestellt, dass für ein Verbot bestimmter Praktiken hinreichend verlässliche und belastbare Erfahrungen vorliegen müssen, die bestätigen, dass die Praktik ihrem Wesen nach das ordnungsgemäße Funktionieren des Wettbewerbs beeinträchtigt. Der einzige Bereich, in dem die Kommission über solche fundierten Erfahrungen verfügt, betrifft Suchmaschinen.

Wir sind daher der Meinung, dass Selbstbevorzugung grundsätzlich einer Einzelfallanalyse und einem Wirkungstest unterliegen muss, wie es auch der Expertenbericht an die Kommission über "Wettbewerbspolitik im digitalen Zeitalter" empfiehlt, der Selbstbevorzugung grundsätzlich nicht als missbräuchlich ansieht<sup>1</sup>. Ein pauschales Verbot erscheint – auch vor diesem Hintergrund – unangebracht, denn Selbstbevorzugung kann wichtige wettbewerbsfördernde und effizienzsteigernde Effekte haben, wie auch die EU-Beobachtungsstelle für Online-Plattformen in ihrem Bericht über differenzierte Behandlung anerkennt<sup>2</sup>. Daher ist zwingend eine Einzelfallprüfung erforderlich, um die Auswirkungen dieser Praktik im konkreten Einzelfall zu bewerten. Mit der P2B-Verordnung wurden darüber hinaus bereits Kriterien hinsichtlich der Ranking-Transparenz für geschäftliche Nutzer eingeführt. Es ist noch zu früh, um die Auswirkungen dieser Anforderung zu bewerten, und daher auch zu früh, um zu dem Schluss zu kommen, dass sie nicht den gewünschten Effekt gehabt hat.

- *Gatekeeper sollen es gewerblichen Nutzern gestatten, Angebote an Endnutzer, die über den zentralen Plattformdienst akquiriert wurden, zu bewerben und Verträge mit diesen Endnutzern abzuschließen, unabhängig davon, ob sie zu diesem Zweck die zentralen Plattformdienste des Gatekeepers nutzen (Art. 5 lit. c).*

Bei diesem Gebot, das aus dem Bereich Smartphone-App Stores stammt, ergibt sich in Bezug auf Online-Marktplätze für Waren eine besorgniserregende Trittbrettfahrer-Problematik. Wenn Verkäufer auf Marktplätzen ohne Einschränkung auf Angebote im eigenen Online-Shop oder auf anderen Plattformen verweisen dürfen, verkommen Marktplätze im Endeffekt zu reinen Werbepattformen, was bei den geringen Margen im Online-Handel das gesamte Geschäftsmodell in Frage stellt. Verkäufer (insbesondere z.B. Hersteller von Markenprodukten) würden Kunden systematisch auf ihre eigenen Webshops/Direktabsatzkanäle verweisen und so von den Marktplätzen abziehen. Die Bereitstellung von Kontakten zu einer großen Anzahl an Verbrauchern ist allerdings der Kern der Geschäftstätigkeit einer jeden E-Commerce-Plattform. Wenn dies ab einer gewissen Größe de facto verboten wird, fehlt auch der Anreiz für europäische E-Commerce-Plattformen in den Aufbau zu investieren und Innovationen zu fördern. Gerade im Fall von Händlern aus EU-Drittstaaten würde diese Pflicht zudem zu einem weiteren unerwünschten Effekt führen: Während die Plattform das Konto eines solchen Drittstaatenhändlers nicht schließen kann (da kein Verstoß vorliegt), kann dessen Tätigkeit über seine eigenen Kanäle deutlich schlechter kontrolliert werden. Dies würde insbesondere den Bestrebungen des Digital Services Act – des Schwestervorschlages zum DMA – klar widersprechen.

---

<sup>1</sup> „Self-preferencing is not abusive per se, but should be subject to an effects test.“ <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf> (Seite 66)

<sup>2</sup> “In the online platform economy, differentiation is inherent in rankings, whose exact function is to list content in an order of importance or relevance in view of the platform’s offering to end-users.“ [https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc\\_id=68355](https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=68355) (Seite 5)=



- *Gatekeeper sollen es unterlassen, personenbezogene Daten aus zentralen Plattformdiensten mit personenbezogenen Daten aus anderen Diensten/von Diensten Dritter zusammenzuführen und Endnutzer in anderen Diensten des Gatekeepers anzumelden, um personenbezogene Daten zusammenzuführen, außer wenn dem Endnutzer diesbezüglich gemäß der Verordnung (EU) 2016/679 eine Wahl gegeben wurde und er eingewilligt hat (Art. 5 lit. a).*

In Bezug auf das Thema Datennutzung möchten wir hervorheben, dass wir es positiv bewerten, dass die Nutzung von personenbezogenen Daten in den Grenzen der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) auch weiterhin möglich ist. Die DSGVO sieht vor, dass Unternehmen für jede Datenverarbeitung eine rechtliche Grundlage benötigen – und das schließt die Zusammenführung von Daten aus mehreren Diensten mit ein. Selbst dort, wo eine Datennutzung auf Grundlage berechtigter Interessen ohne die ausdrückliche Einwilligung erfolgt haben Endnutzer auf Grundlage der Datenschutzgrundverordnung umfassende Rechte aufgrund derer sie auf diese Nutzung Einfluss nehmen können (z.B. per Opt-Out). Die DSGVO regelt diesen Sachverhalt daher hinreichend und zutreffend und die in Artikel 5 lit. a vorgeschlagene Regelung ist überflüssig.

- *Gatekeeper sollen Dritten, die Online-Suchmaschinen betreiben, auf deren Antrag hin zu fairen, zumutbaren und diskriminierungsfreien Bedingungen Zugang zu Ranking-, Such-, Klick- und Anzeigedaten in Bezug auf unbezahlte und bezahlte Suchergebnisse gewähren, die von Endnutzern in Online-Suchmaschinen des Gatekeepers generiert werden, vorbehaltlich der Anonymisierung der Such-, Klick- und Anzeigedaten, bei denen es sich um personenbezogene Daten handelt (Art. 6 Abs. 1 lit. j).*

Hier ist klarzustellen, dass Suchfunktionen in Online-Stores nicht mit Online-Suchmaschinen gleichzusetzen sind und daher nicht in den Anwendungsbereich dieser Regelung fallen dürfen. Beim Durchsuchen eines Online-Stores oder -Marktplatzes geht es um das Auffinden konkreter Produkte in genau diesem Store und nicht um eine Suche nach passenden Webseiten im Internet. Zwar folgt dies bereits aus der maßgeblichen Definition der „Online-Suchmaschine“ in der P2B-Verordnung ((EU) 2019/1150). Gleichwohl wäre eine entsprechende ausdrückliche Klarstellung wünschenswert.

Zu begrüßen ist außerdem, dass die Kommission auf begründeten Antrag eines Gatekeepers eine bestimmte Verpflichtung gemäß Artikel 5 oder 6 ganz oder teilweise aussetzen kann (Art. 8). Allerdings erscheinen uns die materiellen Hürden hierfür zu hoch angesetzt zu sein. Eine Aussetzung soll nur in Fällen möglich sein, in denen die Rentabilität der Geschäftstätigkeit des Gatekeepers gefährdet ist und nur dann, wenn außergewöhnliche Umstände vorliegen, auf die der Gatekeeper keinen Einfluss hat. Zudem führt die vorgesehene jährliche Überprüfung der Aussetzungsentscheidung unseres Erachtens zu einem hohen Verwaltungsaufwand. Wenngleich die Möglichkeit der Aussetzung grundsätzlich beibehalten werden sollte, plädieren wir für eine materielle und prozessuale Vereinfachung der Vorschrift. Insbesondere sollte es betroffenen Unternehmen im Sinne des oben angesprochenen „comply or explain“ Ansatzes möglich sein, ein Verhalten, das den Vorgaben der Artikel 5 und 6 nicht



entspricht, in jedem Einzelfall unter Verweis auf pro-kompetitive Effekte oder auf das Ergebnis einer umfassenden Interessenabwägung zu rechtfertigen.

#### e) Marktuntersuchungsinstrument (Art. 14-17)

Die Kommission hatte ursprünglich beabsichtigt, mit diesem Instrument Märkte (aus allen Bereichen) zu untersuchen, die „kurz vor dem Scheitern stehen“ – sprich strukturelle Wettbewerbsprobleme aufzeigen - und bei Bedarf fallweise Abhilfemaßnahmen aufzuerlegen (z.B. Entflechtung/Zerschlagung von Unternehmen). Das Instrument wurde jedoch aufgrund von Bedenken des kommissionsinternen Überprüfungsgremiums "heruntergestuft" und ergänzt jetzt primär den weiteren Rechtsrahmen. Dies ist grundsätzlich zu begrüßen und sollte im weiteren Verfahren auch beibehalten werden, insbesondere vor dem Hintergrund der fragilen Rechtsgrundlage. Grundsätzlich sollte eine Marktuntersuchung nur unter sehr außergewöhnlichen Umständen erfolgen.

#### f) Abhilfemaßnahmen (Art. 16)

Im Falle systematischer Verstöße und wenn keine alternativen, ebenso wirksamen Maßnahmen zur Verfügung stehen, kann die Kommission ergänzend zu den Geldbußen (Art. 26) Abhilfemaßnahmen auferlegen (Art. 16), wie etwa die Verpflichtung eines Gatekeepers, ein Unternehmen oder Teile davon zu verkaufen. Unternehmen gelten als "systematisch verstoßend", wenn innerhalb von fünf Jahren mindestens drei Bußgelder verhängt wurden.

Wir möchten in diesem Zusammenhang erneut darauf hinweisen, dass die EU-Kommission davon absehen sollte, wettbewerbsrechtliche Standards zu umgehen, die durch EU-Recht und den EuGH etabliert wurden. Andernfalls könnte sie zum politischen Spielball verschiedener Interessengruppen werden. Angesichts der weitreichenden, geplanten Befugnisse der Kommission, Sanktionen gegen Unternehmen zu verhängen, könnten die Folgen für die europäische Wirtschaft katastrophal sein.

Ein neues Instrument, das die Verhängung von Abhilfemaßnahmen ermöglicht, ohne dass wettbewerbsrechtliche Verstöße festgestellt werden, wäre ein unverhältnismäßiger und schwerwiegender Eingriff in die freie Marktwirtschaft und eine erhebliche Abweichung von dem heute angewandten, faktengestützten Ansatz des Wettbewerbsrechts, der klaren Standards und einer gerichtlichen Überprüfung unterliegt. Hinzu kommen erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich der geplanten strukturellen und missbrauchsunabhängigen Eingriffsbefugnisse. Außerdem stellt sich die Frage, wie die strukturellen Abhilfemaßnahmen gegenüber Akteuren aus EU-Drittstaaten effektiv durchgesetzt werden können.

Sollte dieser Weg jedoch weiter beschritten werden, muss diese Befugnis unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ausgeübt werden und unter Beachtung angemessener Schutzmaßnahmen, der Verteidigungsrechte der betroffenen Unternehmen und Grundsätze eines ordnungsgemäßen, rechtsstaatlichen Verfahrens. Dies erfordert eine Einzelfallanalyse und eine schriftliche Mitteilung der Beschwerdepunkte an die Betroffenen. Dafür sehen wir in dem vorliegenden Vorschlag gute Ansätze.

### g) Weitere Punkte

- **Anwendbarkeit:** Artikel 39 sieht einen Übergangszeitraum bis zur Anwendbarkeit der Vorschriften von lediglich sechs Monaten vor. Dies ist entschieden zu kurz und reicht nicht aus, um die umfassenden und komplexen Verpflichtungen operationell umzusetzen. Betroffene Unternehmen könnten gezwungen sein, ihr komplettes Geschäftsmodell umzustellen. In der P2B-Verordnung, die sich mit vergleichsweise einfach zu realisierenden Transparenz- und Informationspflichten befasst, wurde eine Übergangszeit von 12 Monaten vorgesehen. Der Zeitraum sollte daher auf mindestens 24 Monate verlängert werden. Eventuell ist auch zu erwägen, Umsetzungsfristen generell zu flexibilisieren und erst beginnen zu lassen, wenn alle für die Anwendung notwendigen Leitlinien und delegierten Rechtsakte in finaler Form vorliegen. In der Vergangenheit sind häufig Fälle aufgetreten, in denen diese Dokumente erst nach dem Anwendungsstichtag vorlagen, was es den betroffenen Unternehmen de facto unmöglich macht, die Vorschriften anzuwenden.
- **Weitere Meldepflichten:** Die Artikel 12 und 13 sehen weitere Meldepflichten zulasten von Gatekeepern vor, die in dieser Form abzulehnen sind. Die Verpflichtung nach Artikel 12, der Kommission sämtliche Fusionen und Übernahmen zu melden, sollte zugunsten der bestehenden Vorgaben der Fusionskontrollverordnung gestrichen werden. Sofern die Kommission hier einen Regelungsbedarf sieht, sollte dieser dort adressiert werden. Ähnliches gilt für die Meldung bestimmter Profiling-Techniken, die Artikel 13 vorschlägt. Entsprechende Sachverhalte sind bereits hinreichend durch die DSGVO reguliert und können auf dieser Grundlage effektiv durchgesetzt werden.
- **Bußgelder:** Bei Verstößen kann die Kommission Geldbußen von bis zu 10 Prozent des gesamten weltweiten Jahresumsatzes des Unternehmens (Art. 26) und Zwangsgelder von bis zu 5 Prozent des gesamten weltweiten Jahresumsatzes des Unternehmens verhängen (Art. 27). Es erscheint unangebracht die Bußgelder aus dem Wettbewerbsrecht eins zu eins zu übernehmen, wo es sich bei dem vorliegenden Vorschlag doch um Binnenmarktrecht handelt und – im Gegensatz zum Wettbewerbsrecht – eine Einzelfallanalyse wie auch eine Effizienzverteidigung im DMA nicht möglich sein soll. Wir plädieren daher dafür, entweder das Niveau der Bußgelder anzupassen oder ein Vergehen stärker an eine Einzelfallanalyse bzw. einen Wirkungstest zu knüpfen und dies auch beim Ausmaß der Strafen zu berücksichtigen. In jedem Fall sollten Geldbußen und strukturelle Abhilfemaßnahmen ultima ratio sein, die nur unter außergewöhnlichen Umständen und mit den notwendigen Sicherheitsvorkehrungen eingesetzt wird.
- **Überprüfung des Gatekeeper-Status:** Digitale Märkte sind von Natur aus schnelllebig, und wir begrüßen das Prinzip einer Überprüfung alle zwei Jahre (Art. 4), um mit den Marktentwicklungen Schritt zu halten. Dies sollte eine Überprüfung der Gatekeeper-Plattformen sowie der Kriterien für deren Definition beinhalten.
- **Verhältnis zu nationalen Behörden:** Die Durchsetzung des DMA sollte auf EU-Ebene erfolgen, da sich der Vorschlag an Gatekeeper richtet, die in mehreren Ländern präsent sind. Wir würden weiterhin empfehlen, im DMA die Beziehung zu nationalen Vorschriften und den nationalen Regulierungsbehörden sowie die möglichen Auswirkungen abweichender nationaler Ansätze zu klären. Der EU-Gesetzgeber muss sicherstellen, dass der DMA nicht die nationalen Wettbewerbsgesetze außer Kraft setzen kann oder diese gar rechtswidrig werden. Dies gilt insbesondere für das kürzlich novellierte deutsche Wettbewerbsgesetz (GWB) und hier insbesondere für § 19a GWB.