

**Rupprecht Podszun (Hrsg.):** Digital Markets Act – Gesetz über digitale Märkte. Nomos, Manz, Helbing Lichtenhahn 2023. 686 S.; ISBN 978-3-8487-7881-2

Die Zeiten cyber-euphorischer Selbstregulierungsphantasien sind längst vorbei, und die Forderung nach einem regulatorischen Ausnahmebereich für das Internet stand ohnehin auch schon vor zwanzig Jahren auf tönernen Füßen. Inzwischen ist das Gegenteil der Fall: Insbesondere die EU erlässt in hoher Frequenz Regelwerke, die wirtschaftlichen und nicht-wirtschaftlichen Tätigkeiten im Internet einen rechtlichen Rahmen vorgeben. Frühe Etappen waren die Fernabsatz-Richtlinie von 1997, die noch eher an Videotext, elektronische Post und Teleshopping im Fernsehen dachte, und die E-Commerce-Richtlinie von 2000, die den Online-Handel insgesamt in den Blick nahm und beispielsweise die Verantwortlichkeit von Plattformanbietern regelte. Ein Meilenstein von immenser praktischer Bedeutung war die Datenschutz-Grundverordnung von 2016, die nicht nur für jedermann gilt, dessen Tätigkeit Folgen in der EU hat, sondern über den *Brussels Effect* (Anu Bradford) auch die Gesetzgebung und die Praxis in vielen anderen Ländern beeinflusst. Es folgten 2019 die DSM-Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt und die P2B-Verordnung, welche die Plattformen zur Transparenz gegenüber gewerblichen Nutzern anhält. 2022 wurden der Data Governance Act über die gemeinsame Datennutzung im Binnenmarkt und der Digital Services Act (DSA) verabschiedet, der u.a. das Haftungsregime der E-Commerce-Richtlinie ersetzen wird. In Vorbereitung sind der Data Act, der Artificial Intelligence Act, eine Richtlinie zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit und viele Projekte mehr.

In den digitalregulierungsrechtlichen Kontext fügt sich auch der Gegenstand des hier besprochenen Werks ein: Der Digital Market Act (DMA) von 2022 gilt in seinen wichtigsten Teilen seit Mai 2023. Ein Autorenteam um den im digitalen Wettbewerbsrecht bestens ausgewiesenen Herausgeber Rupprecht Podszun hat in einem Kraftakt eine frühe Gesamtkommentierung dieses bemerkenswerten Regulierungsprojekts vorgelegt. Die Verfasserinnen und Verfasser stammen aus Akademie, Wirtschaftsministerium, Anwaltschaft und Europäischem Parlament (in Person des zuständigen Berichterstatters) und sorgen für eine erste Deutung des Regelwerks aus unterschiedlichen Perspektiven. Der Herausgeber bringt die Genese, die Ziele und die Regelungsgrundsätze auf den Punkt. Zu Recht stellt er fest, dass es sich bei der Regulierung der großen Plattformunternehmen mit Torwächterstellung auf nicht-kartellrechtlichem Weg um einen revolutionären Vorgang handelt. Zugleich ordnet er den DMA in die wettbewerbsrechtliche Entwicklung der letzten zwei bis drei Jahrzehnte ein: Die Entscheidung für rigide Regeln unter Ausschluss von Markttabugrenzung und Effizienzrechtfertigung sei als Abkehr vom *more economic approach* zu deuten (Einleitung, Rn. 1).

Mit der Charakterisierung als „regulatorischer Befreiungsschlag“ (Einleitung, Rn. 14) ist der Ton gesetzt für eine frische Interpretation des neuen Regelwerks. Die Kommentatorinnen und Kommentatoren werten nicht nur die Gesetzgebungsarbeiten und die Erwägungsgründe der neuen Verordnung aus, sondern fördern zahlreiche andere Einsichten zutage, die sehr viele praktische Zukunftsfragen antizipieren. Auch die komplexen technischen Zusammenhänge werden jeweils anschaulich erläutert. Für die Zwecke dieser Besprechung seien einige besonders interessante Aspekte herausgegriffen, nämlich das Verhältnis des DMA zum Kartellrecht, drei ausgewählte Ge- bzw. Verbote sowie die Frage der privatrechtlichen Durchsetzung.

Die Frage des Verhältnisses des DMA zum (nationalen) Kartellrecht ist gerade für Staaten wie Deutschland von großem Interesse, die selber Spezialregeln für bedeutende

Plattformunternehmen verabschiedet haben (§ 19a GWB). Es stellt sich insbesondere die Frage, wieviel Raum der DMA der Anwendung solcher Vorschriften belässt. Kern der Verhältnisfrage ist Art. 1 Abs. 5 und 6 DMA. Der Kommentar arbeitet präzise die Fallgruppen heraus, in denen nationale Torwächterregeln weiter relevant bleiben (Art. 1 DMA Rn. 29). Wie die zwischenzeitliche Entwicklung bestätigt hat, haben die nationalen Regeln insbesondere Bedeutung für Torwächteraktivitäten, die von der Europäischen Kommission nicht als zentrale Plattformdienste eingestuft worden sind. Torwächterunternehmen müssen also die Interaktion von EU-Plattformregulierung und nationalem Wettbewerbsrecht beachten. Aus der Tatsache, dass der DMA nicht greift, folgt nicht notwendigerweise die Legalität des betreffenden Verhaltens. Nationales Recht erhält hier also eine Reservefunktion, die dafür sorgt, dass Plattformunternehmen ganz allgemein und über die Vorgaben des DMA hinaus sich wettbewerbskonform verhalten müssen.

Das „Herzstück des DMA“ (so zu Recht die Formulierung in Art. 5 Abs. 1 DMA Rn. 1) sind die Listen von Ge- und Verboten in den Art. 5, 6 und 7 DMA. Im Vergleich zu den ersten Entwürfen wurden die Kataloge noch einmal deutlich erweitert und enthalten zahlreiche Torwächterpflichten, die durch ein Umgehungsverbot (Art. 13 DMA) gestärkt und nur durch wenige Ausnahmen unter hohen Voraussetzungen durchbrochen werden (Art. 9 und 10 DMA: Gefährdung der Rentabilität, öffentliche Gesundheit oder Sicherheit). Herausgegriffen seien hier drei Beispiele, die besonders intensiv diskutiert wurden, nämlich das Verbot der Zusammenführung von Daten, das Verbot des *self-preferencing* und die Rechte auf Datenzugang.

Das Verbot der Datenzusammenführung findet sich in Art. 5 Abs. 2 DMA. Die Kommentierung zeichnet nach, wie stark die Vorschrift vom deutschen *Facebook*-Fall geprägt wurde, in dem auf kartellrechtlicher Grundlage einer Marktbeherrscherin untersagt wurde, die Daten aus verschiedenen Diensten zusammenzulegen. Art. 5 Abs. 2 DMA formuliert detaillierte Tatbestände, mit denen Torwächtern die Nutzung dienstfremder Daten oder die Zusammenführung von Daten untersagt wird. Die Kommentierung arbeitet heraus, dass dieses Verbot auch Wirkung für Kombinationsdaten hat, die in der Zeit vor dem Inkrafttreten des DMA gesammelt und zusammengeführt wurden. Eine Ausnahme vom Verbot besteht für den Fall, dass der Endnutzer eine DSGVO-konforme Einwilligung erteilt hat. Die Kommentierung zeigt die Graubereiche auf, die im Spektrum unzulässiger *dark patterns* und zulässiger *choice architecture* bestehen und weist auf die strategische Bedeutung der Einwilligungsausnahme hin. Kommt es zu massenhafter Einwilligung, besteht eine Gefahr für das vom DMA angestrebte Ziel der Bestreitbarkeit von Märkten. Die Kommentierung weist auch eindrucksvoll darauf hin, dass nach Umsetzung des DMA eine Vielzahl von spezifischen Zustimmungsklicks erforderlich sein wird (Art. 5 Abs. 2 DMA Rn. 21, 24). Hier stellt sich die Frage, ob Probleme der Vermachtung und des Datenschutzes wirklich damit gelöst werden können, den Nutzern immer mehr mental automatisierte Mausclicks zuzumuten, ganz besonders wenn sie auch noch regelmäßig den App Cache und die Browserdaten löschen.

Art. 6 Abs. 5 DMA verbietet die Selbstbevorzugung. Die Kommentierung weist zu Recht auf die Inspiration dieser Vorschrift durch den *Google Shopping*-Fall hin. Bei rein textlichem Vergleich ergibt sich ein scheinbarer Widerspruch zwischen Entscheidung und DMA-Normtext: Während im *Google Shopping*-Fall dem führenden Suchmaschinenanbieter die privilegierte Positionierung und Präsentation des eigenen Dienstes untersagt wurde, ist in Art. 6 Abs. 5 DMA nur vom «Ranking» (und der damit verbundenen Indexierung und dem damit verbundenen Auffinden) die Rede. Der Normtext könnte also zu der übereilten Schlussfolgerung veranlassen, dass nur die Diskriminierung beim Ranking, nicht aber

Vorteile durch eine privilegierte Präsentation von Art. 6 Abs. 5 DMA erfasst seien. Der große Wert der Kommentierung zeigt sich an Stellen des Zweifels wie diesen: Überzeugend wird für den Begriff des «Ranking» eine weite Auslegung vorgeschlagen, die in Übereinstimmung mit Erwägungsgrund 52 nicht nur die Reihenfolge von Suchergebnissen, sondern auch andere Selbstbevorzugungen wie z.B. durch die Art der Darstellung oder Kommunikation umfasst (Art. 6 Abs. 5 DMA Rn. 96 ff.). Weitere relevante Verletzungsmöglichkeiten werden aufgefächert, wobei auch auf die Bedeutung der zur P2B-Verordnung ergangenen Leitlinien zur Transparenz des Rankings im Rahmen von Art. 6 Abs. 5 DMA eingegangen wird.

Mehrere Vorschriften des DMA sind für Fragen des Datenzugangs relevant. Herausgegriffen sei hier Art. 6 Abs. 10 DMA, der den gewerblichen Nutzern eines zentralen Plattformdienstes einen Anspruch gegen den Torwächter auf kostenlosen und permanenten Echtzeitzugang zu den von ihnen oder ihren Endnutzern generierten Daten einräumt (wie zum Beispiel zu Nutzerbewertungen). Hierdurch soll gewährleistet werden, dass ein gewerblicher Nutzer eines zentralen Plattformdienstes über die von ihm direkt oder indirekt generierten Daten verfügen und beispielsweise auf eigene oder andere Plattformen übertragen kann, wodurch das DMA-Ziel der Bestreitbarkeit von Märkten gefördert wird. Auch die Kommentierung zu dieser Vorschrift geht auf zahlreiche Einzelfragen ein, deren Lösung für die zukünftige Anwendung des DMA von unschätzbarem Wert ist. Für die Praxis wird insbesondere die Einschaltung von externen Dienstleistern relevant sein. Die Kommentierung schlüsselt auf, wer die «vom gewerblichen Nutzer zugelassenen Dritten» sein können und nimmt eine denkbar weite Fassung des Kreises von Drittanbietern vor. Vor dem Hintergrund des Bestreitbarkeitsziels überzeugt, dass auch Wettbewerber des benannten zentralen Plattformdienstes auf diesem Weg Datenzugriff erhalten sollten, wobei Ausnahmen eng zu begrenzen sind (Art. 6 Abs. 10 DMA Rn. 210, 226 f.). Der Ausblick weist darauf hin, dass die Zielerreichung wesentlich von der technischen Ausgestaltung des Datenzugangs abhängen wird. Zahlreiche Details werden bei der praktischen Anwendung also zu klären sein. In der Überschrift von Art. 6 DMA, nach der die genannten Pflichten «möglicherweise noch [...] näher ausgeführt werden» müssen, hätte man ohnehin besser «wahrscheinlich» statt «möglicherweise» geschrieben. Nach Lektüre der detaillierten Kommentierung neigt man sogar dazu, das Wort «höchstwahrscheinlich» einzusetzen.

Während der Ausarbeitung des DMA stand ganz die öffentlich-rechtliche Durchsetzung der neuen Torwächterregeln im Vordergrund. Für die Anwendung des DMA ist die Europäische Kommission ausschließlich zuständig; die nationalen Kartellbehörden haben lediglich eine unterstützende Funktion. Die Kommentierung geht sorgfältig auf alle Aspekte des *public enforcement* und die verschiedenen Verfahrensschritte ein. Besondere Bedeutung haben die Erläuterungen zum *private enforcement* des DMA. Mahnungen aus der Wissenschaft führten zu einer wenigstens fragmentarischen Weitung des DMA in Richtung der privatrechtlichen Durchsetzung. Die Kommentierung von Art. 39 DMA, der eigentlich nur die Zusammenarbeit zwischen nationalen Gerichten und Europäischer Kommission regelt, greift den Ball auf und legt eine umfassende Darstellung aller möglichen Aspekte von Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadensersatzansprüchen vor, die weit «über den Tellerrand des Art. 39» hinausgeht (Art. 39 DMA Rn. 1). Insbesondere wird der Schutzgesetzcharakter der Torwächter-Verpflichtungen bejaht. Auch die Umsetzungsvorschriften der 11. GWB-Novelle finden – in der Fassung des Referentenentwurfs – Berücksichtigung. Zu Recht spart die Darstellung nicht an kritischen Anmerkungen, z.B. zur zweckwidrigen Sabotage des Abtretungsmodells durch einige deutsche Instanzgerichte. Angesichts der privatrechtlichen Lakonie des DMA stiften diese Ausführungen einen besonders großen Mehrwert.

Die Kommentierung greift viele Aspekte auf, die Neuland betreten und als Beleg dafür dienen können, dass der DMA nicht nur eine «unterstützende», sondern eine «disruptive» Innovation auf dem Gebiet der Digitalregulierung darstellt (Einleitung, Rn. 1). Leider disrumpiert das neue Regelwerk auch die europäische Rechtsquellenlehre, jedenfalls in der deutschen Fassung. Der 2004 unterzeichnete EU-Verfassungsvertrag hatte vorgesehen, die Verordnungen des EU-Rechts in «Europäische Gesetze» umzubenennen. Mit dem Scheitern des Verfassungsprojekts wurde u.a. auch diese Annäherung an eine «Staatlichkeit» der EU aufgegeben und im Vertrag von Lissabon nicht wieder aufgegriffen. Dennoch wurde der deutschen Fassung des DMA der abgekürzte Titel «Gesetz über digitale Märkte» beigegeben und der Grundentscheid von Lissabon gegen staatsnahe Symbolik damit ignoriert. In der englischen und französischen Fassung stellt sich das Problem nicht, jedenfalls nicht im selben Ausmaß: Der Begriff «Act» nimmt nicht den gescheiterten Begriff «European law» auf, und der französische Kurztitel «règlement sur les marchés numériques» bleibt vorbildlich beim regulären französischen Term für «Verordnung». Die neuere Unsitte, die EU-Digital-Verordnungen «Gesetze» zu nennen (so heisst der DSA offiziell auch «Gesetz über digitale Dienste»); entsprechende Bezeichnungen sind beim Data Act und Artificial Intelligence Act geplant, während der Data Governance Act «Daten-Governance-Rechtsakt» heißt, wobei sich die Frage stellt, warum man dann nicht den konkreteren Titel «Daten-Governance-Verordnung» gewählt hat), wäre durchaus eine nähere Betrachtung und Tiefenanalyse wert gewesen.

Der DMA erhebt in Erwägungsgrund 31 den cartesianischen Anspruch, dass die neuen Torwächterregeln «klar und eindeutig» seien. Das Studium des hier besprochenen Werks stimmt allerdings nachdenklich und führt eher zu der im Recht üblichen Einsicht, dass grosse interpretatorische Kunst gefragt ist, um eine gelungene Normanwendung zu erreichen. Dem im Netz für seine Wertschätzung von Descartes bekannten Herausgeber und den Autorinnen und Autoren des Bandes gelingt es, dem Klarheitsideal einen grossen Schritt näher zu kommen. So wird der Kommentar sicherlich das im Vorwort gesteckte Ziel erreichen, eine «Plattform der Ideen» für das neue Regelwerk zu werden.

Prof. Dr. Andreas Heinemann, Universität Zürich