



BERLINER RECHTSZEITSCHRIFT

JURISTISCHE FACHZEITSCHRIFT AN DER FREIEN UNIVERSITÄT BERLIN

AUS DER LEHRE

Prof. Dr. Cosima Möller

Römisches Recht als Gegenstand universitärer Lehre

ZIVILRECHT

Jakob Wirnsberger

Mindestlohn für Bereitschaftszeiten entsandter
Pflegekräfte in der häuslichen 24-Stunden-Betreuung

ÖFFENTLICHES RECHT

Alexander Lübke

Die Gemeinnützigkeit von Sport, Schach und E-Sport

August Kleinlein

Der verfassungsunmittelbare Auskunftsanspruch der
Presse gegenüber Behörden

STRAFRECHT

Nina Granel

Zum Erfordernis eines „neuen § 217 StGB“

Oliver Kliemt

„Murder Degrees“ vs. „Mordmerkmale“ –
Ein kritischer Vergleich der Systematik der
Tötungsdelikte in den USA und Deutschland

4. Jahrgang · Seiten 1–84

www.berlinerrechtszeitschrift.de

ISSN (Print) 2699-948X · ISSN (Online) 2699-2132

AUSGABE 1/2023

Herausgeber: Berliner Rechtszeitschrift e.V.

Schriftleitung: Moritz Funke, Diyar Kılıç, Yola Kretschmann, Laetizia Krigar, Belisa Miller, Valentin Stojiljkovic, Johannes Weigl, Julian Westphal

Redaktion: Rebecca Apel, Mia Barnikel, Antonia Bordt, Vanessa Braun, Moritz Breckwoldt, Yeseo Choi, Cosima Dengler, Elif Dilek, Anastasija Glinina, Leah Götz, Patricia Grüger, Magnus Habighorst, Nural Hizal, Alexander Kloth, Justus Lassmann, Lina Lautenbach, Ruth Lipka, Julian Lochen, Charles Müller, Antonia Novakovic, Lionie Offenbach, Kaan Oğurlu, Emma Marie Otte, Ivette Félix Padilla, David Reichenheim, Paula Schmidt, Paula Schöber, Gabriel Schrieber, Maximilian Schröder, Jilina Schucht, Antonia Schwarz, Sabrina Seikh, Paul Suilmann, Isabella von Waldthausen, David Wellstein, Linus Wendler, Utku Yılmaz

Wissenschaftlicher Beirat: Univ.-Prof. Dr. Christian Armbrüster, Univ.-Prof. Dr. Helmut Philipp Aust, Univ.-Prof. Dr. Gregor Bachmann, LL.M. (Michigan), Prof. Dr. Burkhard Breig, Univ.-Prof. Dr. Christian Calliess, LL.M. Eur, Univ.-Prof. Dr. Ignacio Czeguhn, Univ.-Prof. Dr. Kirstin Drenkhahn, Univ.-Prof. Dr. Katharina de la Durantaye, LL.M. (Yale), Univ.-Prof. Dr. Andreas Engert, LL.M. (Univ. Chicago), Dr. Andreas Fijal, Univ.-Prof. Dr. Johannes W. Flume, Univ.-Prof. Dr. Helmut Grothe, Prof. Dr. Thomas Grützner, Univ.-Prof. Dr. Felix Hartmann, LL.M. (Harvard), Univ.-Prof. Dr. Markus Heintzen, Univ.-Prof. Dr. Heike Krieger, Univ.-Prof. Dr. Bertram Lomfeld, Univ.-Prof. Dr. Cosima Möller, Univ.-Prof. Dr. Carsten Momsen, Univ.-Prof. Dr. Christine Morgenstern, Univ.-Prof. Dr. Olaf Muthorst, Prof. Dr. Bettina Rentsch, LL.M. (Michigan), Univ.-Prof. a. D. Dr. Helmut Schirmer, Univ.-Prof. Dr. Gerhard Seher, Dr. Michael Sommerfeld, Prof. Dr. Björn Steinrötter, Prof. Dr. Johannes Weberling, Prof. Dr. Maik Wolf, Univ.-Prof. Dr. Johanna Wolff, LL.M. eur. (KCL)

EDITORIAL

Der Digital Markets Act, oder:

Warum wir bald Nachrichten von WhatsApp an Signal verschicken können und warum die EU-Kommission damit nicht überfordert sein wird

Am 1. November 2022 ist der Digital Markets Act (DMA) in Kraft getreten. Die EU-Verordnung setzt sich selbst das Ziel, faire und bestreitbare digitale Märkte zu sichern (Art. 1 DMA). Dazu adressiert der DMA wirtschaftlich besonders bedeutsame Akteure in digitalen Märkten, die Plattformdienste anbieten, sogenannte Gatekeeper (Art. 3 DMA, auf Deutsch auch „Torwächter“). Der DMA zielt dadurch konkret auf Google, Apple, Meta (ehem. Facebook), Amazon und Microsoft – es können aber auch andere Unternehmen die entsprechenden Voraussetzungen erfüllen und als Gatekeeper benannt werden. Den Gatekeepern werden durch den DMA eine Reihe weitgehender Pflichten auferlegt (insb. Art. 5, 6 und 7 DMA), die grundsätzlich ab dem 2. Mai 2023 gelten. Ausnahmen von diesen Verpflichtungen sind nur in sehr beschränktem Umfang zulässig (Art. 9, 10 DMA). Dabei liegt die Zuständigkeit für die behördliche Durchsetzung des DMA allein bei der EU-Kommission; eigenständige Kompetenzen nationaler Behörden sind nicht vorgesehen.

Warum kann man also bald Nachrichten von WhatsApp an Signal schicken?

Die Antwort ist relativ simpel: Art. 7 DMA verpflichtet Gatekeeper, also auch Meta als Betreiberin von WhatsApp (vgl. Pressemitteilung des EU-Parlaments vom 24. März 2022 – „Deal on Digital Markets Act: EU rules to ensure fair competition and more choice for users“), zur Interoperabilität. Das umfasst nach Art. 7 Abs. 2 lit. a, b DMA zumindest auch die Verpflichtung, auf Nachfrage Schnittstellen zu schaffen, um Textnachrichten, Bilder, Sprachnachrichten, Videos und sonstige Dateien zwischen zwei Endnutzer:innen oder in Gruppen über unterschiedliche Messengerdienste zu versenden. Wie man heute wie selbstverständlich eine E-Mail von Gmail an GMX schicken kann, sollen zukünftig Kurznachrichten eben auch von WhatsApp an Signal verschickt werden können.

Art. 7 DMA ist Teil eines umfassenden Pflichtenkatalogs aus Art. 5, 6 und 7 DMA, der insgesamt mehr als 20 einzelne Verpflichtungen enthält. Neben dem Gebot zur Interoperabilität verbietet der DMA u.a., Daten ohne qualifizierte Einwilligung der Endnutzer:innen zwischen mehreren Diensten zu teilen (Art. 5 Abs. 2 DMA) oder gewerblichen Nutzer:innen zu untersagen, die gleichen Produkte oder den gleichen Service zu besseren Konditionen über andere Wege zu vermarkten

(Art. 5 Abs. 3 und 4 DMA). Gatekeeper dürfen im Wettbewerb mit ihren gewerblichen Nutzer:innen keine Daten verwenden, über die sie nur aufgrund ihrer gewerblichen Nutzer:innen verfügen (Art. 6 Abs. 2 DMA). Außerdem dürfen sie eigene Dienste auf ihren Plattformen nicht gegenüber den Diensten von Dritten bevorzugen (Art. 6 Abs. 5 DMA, sog. *self-referencing*). Die Liste ließe sich noch lange weiterführen.

Auch ein zunächst nur flüchtiger Blick auf den Pflichtenkatalog des DMA macht jedoch bereits deutlich, dass dieser nicht nur einen einzigen Zweck verfolgt. Grob lassen sich fünf Zielrichtungen unterscheiden, die häufig kombiniert verfolgt oder miteinander in Ausgleich gebracht werden:

- (1) Einige Pflichten sind darauf gerichtet, die Rechte und Auswahlmöglichkeiten von Endnutzer:innen zu stärken.
- (2) Andere zielen darauf ab, die Position von gewerblichen Nutzer:innen gegenüber Gatekeepern zu verbessern.
- (3) Außerdem soll der DMA den möglichen Wettbewerb in digitalen Märkten erhöhen.
- (4) Dabei ist der DMA – zumindest in erster Linie – auf den Wettbewerb kleinerer Akteure mit Gatekeepern gerichtet. Insofern soll der DMA auch gerade die Position kleinerer Akteure im Wettbewerb mit Gatekeepern stärken.
- (5) Gleichzeitig soll die Marktmacht von Gatekeepern insgesamt beschränkt werden.

Setzt man sich mit dem DMA auseinander, fällt auf, dass einschlägige Diskussionsbeiträge oftmals nur auf einen der Zwecke gerichtet sind, ohne dass ein ausreichendes Bewusstsein dafür gezeigt würde, dass es sich deshalb um perspektivisch eingeschränkte Untersuchungen handelt. Dadurch kommen Autor:innen teilweise zu Gesamtbewertungen, die sich bei Einbeziehung sonstiger Zwecke kaum halten ließen. So wird der DMA beispielsweise deswegen als ineffektiv kritisiert, weil er großen Akteuren das Expandieren auf weitere Märkte erschwert und den weiteren Märkten damit einen Wettbewerber nimmt (Art. 5 Abs. 2 und Art. 6 Abs. 5 DMA). Der DMA verhindert in diesem Sinne *economies of scale*. Dies lässt sich indes ohne Weiteres mit der Zielrichtung der Stärkung kleiner Marktteilnehmer im Verhältnis zu Gatekeepern erklären. Für eben solche Gesamtbewertungen und ein akkurates Verständnis des DMA ist es daher essentiell, sich seiner vielfältigen Zwecke bewusst zu sein. Es ist daher auch begrüßenswert, wenn betont wird, dass es sich beim DMA gerade nicht um klassisches Wettbewerbsrecht handelt (so beispielsweise *Burchardi*, NZKart 2022, 610 (615); *Herbers/Savary/Gröf*, GRUR-Prax 2023, 151 (151); *Podzun/Kirk*, NJW 2022, 3249 (3254)).

Wird die EU-Kommission mit der Durchsetzung des DMA überfordert sein?

Der DMA tritt neben das klassische Wettbewerbsrecht und ergänzt dieses. Es werden durch ihn also zusätzliche Vorschriften geschaffen, deren Einhaltung überwacht und durchgesetzt werden muss. Die Zuständigkeit hierfür liegt allein bei der EU-Kommission. Die Ressourcen der Kommission werden allerdings nur geringfügig angepasst. So sollen beispielsweise lediglich 80 neue Vollzeitstellen geschaffen werden. Das nehmen verschiedene Autor:innen zum Anlass, infrage zu stellen, ob der DMA überhaupt effektiv durchgesetzt werden kann (so beispielsweise *Podzun*, JEC-LAP 2022, 254 (264); *Vergnolle*, VerfBlog, 3.9.2021, <https://verfassungsblog.de/power-dsa-dma-10/>, zuletzt abgerufen am 20.4.2023).

Es gibt allerdings gute Gründe dafür, davon auszugehen, dass die Rechtsdurchsetzung gegenüber Gatekeepern durch den DMA eher gestärkt, als dass die Kommission durch die weitere Aufgabe überlastet wird:

Während klassisches unionsrechtliches Wettbewerbsrecht, namentlich Art. 101, 102 AEUV, erst *ex post* im Falle wettbewerbsschädlichen Verhaltens eingreift, erlegt der DMA Gatekeepern bereits *ex ante* Verhaltenspflichten auf. Diese Pflichten knüpfen nicht etwa an Fehlverhalten, sondern allein an die Stellung als Gatekeeper an. Dabei sind sie speziell auf digitale Märkte zugeschnitten und weitaus konkreter als bisheriges – weitgehend mit Generalklauseln operierendes – Wettbewerbsrecht. Eine Konkretisierung durch die EU-Kommission wird daher in den meisten Fällen nicht notwendig sein; die Vorschriften sind in weiten Teilen *self-executing*. Insbesondere regelt der DMA praxisrelevante Fälle auf eindeutige Weise, deren Bewertung im Rahmen von Art. 101, 102 DMA höchst umstritten ist.

Dadurch wird zugleich Rechtssicherheit geschaffen, die es sowohl für Gatekeeper als auch für die EU-Kommission vereinfacht, die Rechtmäßigkeit des Verhaltens von Gatekeepern zu beurteilen. Das lässt einerseits erwarten, dass zukünftig rechtswidrige Verhaltensweisen öfter ausbleiben. In dieser Hinsicht setzen auch Bußgelder von bis zu 10% des Jahresumsatzes (bis zu 20% bei wiederholten Verstößen) einen starken Anreiz (Art. 30 Abs. 1 und 2 DMA), Verstöße zu vermeiden. Andererseits verlangt die Bewertung der Rechtmäßigkeit weniger Aufwand auf Seiten der EU-Kommission und schafft so Kapazität für andere Aspekte der Durchsetzung.

Durch die Verpflichtung zur regelmäßigen Berichterstattung über die zur Einhaltung der rechtlichen Pflichten ergriffenen Maßnahmen (Art. 11 Abs. 1 DMA) wird außerdem die Informationslage der EU-Kommission verbessert. Verstöße können so leichter erkannt und verfolgt werden. Auch das spart bzw. schafft Kapazitäten. Dass eine Zusammenfassung der Berichte zu veröffentlichen ist (Art. 11 Abs. 2 DMA), ermöglicht außerdem eine Kontrolle durch die Öffentlichkeit.

Die Öffentlichkeit könnte ebenfalls über gerichtliche Rechtsdurchsetzung durch Private zukünftig eine erhebliche Rolle spielen; schließlich vermittelt der DMA durch die Verpflichtung von Gatekeepern an vielen Stellen Endnutzer:innen und gewerblichen Nutzer:innen Rechte, die diese wohl auch eigenständig gerichtlich durchsetzen können. Möglichkeiten und Formen privater Durchsetzung sind allerdings noch nicht abschließend geklärt.

Letztlich sieht der DMA verglichen mit klassischem Wettbewerbsrecht nur in sehr eingeschränktem Umfang Ausnahmen von den hierin geschaffenen Verpflichtungen vor (Art. 9, 10 DMA). Das lässt sich auf die im Gegensatz zum herkömmlichen Wettbewerbsrecht gerade vielfältigeren Zwecke des DMA zurückführen: Bestehendes Wettbewerbsrecht ist nach klassischem Verständnis darauf gerichtet, Effizienz zu steigern, und erlaubt daher Ausnahmen, wo ein Verhalten trotz Wettbewerbsfeindlichkeit dennoch zur Effizienz beiträgt. Die Ausnahmen aus Effizienzgründen entfallen beim DMA, der gerade keinen vergleichbaren Fokus auf diesen Aspekt legt. Da die Rechtfertigung von Verhalten unter Art. 101, 102 AEUV oft die essentielle Schwierigkeit der Durchsetzung darstellt, wird die Rechtsdurchsetzung ohne diese Ausnahmen wohl erheblich vereinfacht.

Fazit

Der DMA verfolgt vielfältige Ziele. Wer sich (ggf. kritisch) mit ihm auseinandersetzt, sollte dies stets im Blick haben.

Der DMA vereinfacht in unterschiedlicher Hinsicht die Rechtsdurchsetzung und sorgt dafür, dass ein Teil der Rechtsverstöße gänzlich ausbleiben wird. Trotz nur vergleichsweise geringfügiger Erhöhung des Personalstabs könnte er die EU-Kommission dadurch unter dem Strich sogar entlasten.

von **David Wellstein**