

# DigiComp – The Facebook Project

## *DigiComp 6: NCT, DSA, DMA*

### I. Einleitung

Die derzeitigen Regulierungen des Online-Handels gehen auf die über 20 Jahre alte E-Commerce Richtlinie (**RL 2000/31/EG**) zurück. Vor dem Hintergrund der sich immer schneller wandelnden Märkte sah die Europäische Kommission den dringenden Bedarf, die Gesetze für die „Online-Welt“ anzupassen. Daher hat sie im Februar 2020 angekündigt, ein Paket mit Gesetzen über digitale Dienste zu verabschieden.

Inhalt dieses Paketes sollten zunächst das *New Competition Tool (NCT)*, der *Digital Services Act (DSA)* und der *Digital Markets Act (DMA)* sein. Der DSA und der DMA sollen als Verordnungen, die neben den nationalen Vorschriften und Art. 101, 102 AEUV Anwendung finden sollen, verabschiedet werden. Auf der Grundlage einer zwischen Juni und September 2020 von der Europäischen Kommission durchgeführten Konsultation hat die Europäische Kommission am 15.12.2020 erste Entwürfe zum DSA und zum DMA veröffentlicht. Diese Entwürfe werden derzeit vom Parlament und dem Rat der EU-Staaten diskutiert. Es wird davon ausgegangen, dass die Verordnungen 2022/2023 in Kraft treten werden.

Phänomene, die insbesondere auf digitalen Märkten auftreten, führen dazu, dass das aktuelle Kartellrecht nicht rechtzeitig und nicht flexibel genug Wettbewerbshindernisse beseitigen kann. Netzwerkeffekte haben zur Folge, dass Märkte mit mehreren Wettbewerbern schnell hin zu einer oligopolistischen Marktstruktur „kippen“ (sog. *tipping*).

Die Europäische Kommission befindet sich im Rahmen dieses Gesetzgebungsverfahrens in einem Zwiespalt: auf der einen Seite stehen besonders große Unternehmen (sog. *Gatekeeper*), die gegen europäische Grundwerte wie beispielsweise den fairen Umgang mit dem Mittelstand, verstoßen und somit einer Regulierung bedürfen; auf der anderen Seite steht die Erkenntnis, dass die digitalen Märkte zukunftsweisend und für die internationale Konkurrenzfähigkeit Europas von großer Bedeutung sind.

### II. NCT

Das New Competition Tool (NCT) wurde von der Kommission als Wettbewerbsregulierungswerkzeug geplant, das – wie der Name schon sagt – neue Möglichkeiten zum wettbewerbsregulierenden Eingriff schaffen sollte.

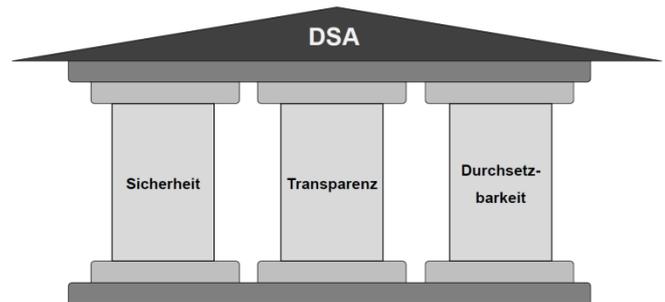
Im Fokus des NCT stand die Problematik, dass die Kartellrechtsnormen Artt. 101 und 102 AEUV immer erst dann eingreifen, wenn bereits ein Kartellrechtsverstoß (bzw. Verdacht) vorliegt. Also erst dann, wenn das Kind sprichwörtlich schon „in den Brunnen gefallen ist“. Geplantes Ziel des NCT sollte eine frühere Identifikation und Beseitigung markmissbräuchlicher Strukturen durch erweiterte Interventionsbefugnisse der Kommission ohne die Schwelle des Artt. 101 und 102 AEUV sein. Dabei sollten nicht nur sich anbahnende Risiken, sondern gleichzeitig auch Mängel frühzeitig beseitigt werden, um Kartellrechtsverstöße erst gar nicht entstehen zu lassen.

Wäre das NCT wie geplant durchgesetzt worden, hätte dies offenkundig nicht unerhebliche Änderungen des Kartellrechts mit sich gebracht. Zu einer derartigen Gesetzesergänzung ist es allerdings nicht gekommen, so dass man heute nur noch Überreste des geplanten NCT in Art. 15 des im weiteren Verlauf des Aufsatzes vorgestellten DMA-E findet.

### III. DSA

Der Digital Services Act (DSA) ist eine Verordnung der Europäischen Kommission, deren Ziel es ist, den Schutz der Nutzer von digitalen Diensten zu stärken und die Pflichten digitaler Diensteanbieter zu erweitern, was aus kartellrechtlicher Sicht eher uninteressant, dafür aber aus Sicht der erheblichen Anzahl an Personen, die digitale Dienste nutzen und damit betroffen sind, umso interessanter sein sollte.

Dabei stützt sich der DSA auf die Grundpfeiler Sicherheit, Transparenz und einheitliche Umsetzung.



1. Beim Aspekt der Sicherheit sollen vor allem bestimmte Inhalte angegangen und schnellstmöglich von Plattformen gelöscht werden. Dazu gehören sowohl terroristische und urheberrechtlich geschützte Inhalte als auch Hasskommentare.

2. Transparenz bezieht sich im aktuellen Entwurf vor allem auf personalisierte Werbung und sogenanntes Microtargeting, bei dem einer bestimmten Personengruppe bestimmte Inhalte gezeigt werden. Zukünftig sollen digitale Diensteanbieter verpflichtet werden, Werbung und werbendes Unternehmen zu kennzeichnen und darzustellen, warum der Algorithmus dem Nutzer gerade diese Werbung oder diesen Beitrag zeigt.

3. Da digitale Dienste keine Staatsgrenzen kennen, wird zuletzt auch eine (zumindest in der EU) einheitliche Handhabung digitaler Diensteanbieter für dringend erforderlich gehalten.

Neben den Sorgfaltspflichten und Haftungsfragen thematisiert der aktuelle Entwurf auch die Umsetzung des DSA in den Mitgliedsstaaten. Dazu soll gem. Art. 38 DSA-E jeder Mitgliedsstaat einen „Digital Service Koordinator“ bestimmen, der den DSA zentral in der zuständigen Behörde des Mitgliedsstaates koordiniert. Problematisch könnte hier schon sein, dass es in Deutschland keine zentrale Verbraucherschutzbehörde für den Online-Handel gibt, da Vorschriften wie die DSGVO bisher dezentral durchgesetzt wurden, so dass der DSA Deutschland und auch einige andere Mitgliedsstaaten vor neue Herausforderungen stellen dürfte. Eine Eingriffsmöglichkeit der EU-Kommission bleibt bestehen und bei Verstößen kann eine Strafe in Höhe von bis zu 6 % des globalen Vorjahresumsatzes des Unternehmens verhängt werden.

#### IV. DMA

##### 1. Allgemeines

Der Entwurf des DMA besteht aus sechs Kapiteln mit insgesamt 39 Artikeln, er findet seine Rechtsgrundlage in Artikel 114 AEUV der Harmonisierung des Binnenmarktes. Ziel ist es das Marktverhalten sogenannter Gatekeeper zu regulieren, um das mittlerweile entstandene Ungleichgewicht auf digitalen Märkten, welches durch das Kartellrecht aufgrund des fehlenden Verstoßes nicht geregelt werden kann, wieder zu begründen. Mit einer vorgesehenen Ex-ante-Regulierung und einem Marktuntersuchungsverfahren möchte die Kommission für gleiche Wettbewerbsbedingungen bei allen Marktteilnehmern sorgen und gleichzeitig die Abläufe von Verfahren schneller und effizienter abschließen. Dabei ist der DMA ausschließlich an Gatekeeper adressiert (*Art. 1 I*), wobei Kommunikationsdienste und Kommunikationsnetze nach Artikel 1 III vom Anwendungsbereich ausgenommen sind.

##### 2. Gatekeeper

Vorerst steht nun die Frage im Raum, ab wann ein Unternehmen als Gatekeeper einzustufen ist. Hierzu liefert Artikel 2 I mit der Definition eines Gatekeepers die Antwort. Demnach ist jener Anbieter eines Kernplattformdienstes aus Artikel 2 II Gatekeeper, welcher ebenfalls die Kriterien aus Artikel 3 I erfüllt. Diese werden wiederum anhand von Schwellenwerten (*Art. 3 II*) vermutet. Zu beachten gilt, dass die Schwellenwerte an den Markt angepasst werden können (*Art. 3 V*). Der Anbieter eines der in Artikel 2 II gelisteten Kernplattformdienstes muss seine Werte selber überprüfen und die Kommission beim Erreichen der Schwellenwerte über dies in Kenntnis setzen, sowie die belegenden Unterlagen einreichen (*Art. 3 III*). Im Anschluss hat die Kommission maximal 60 Tage Zeit den Anbieter als Gatekeeper zu benennen (*Art. 3 IV*). Alle von der Kommission benannten Gatekeeper werden mit samt ihren relevanten Kernplattformdiensten in einer Liste geführt, welche regelmäßig zu überprüfen und aktualisieren ist (*Art. 3 VII, Art. 4 III, II*).

Dem identifizierten Gatekeeper steht die Möglichkeit der Wiederlegung offen (*Art. 3 IV Uabs. 2*), dies zieht jedoch eine Marktuntersuchung i. S. d. Artikel 15 I nach sich, welche unter der Berücksichtigung der in Artikel 3 VI genannten Kriterien entscheidet, ob die Wiederlegung erfolgreich gewesen ist.

Kernplattformdiensteanbieter:

<b>Art. 2 II</b>	<b>Kernplattformdienst-Anbieter („core platform services“)</b>
<b>(a)</b>	Online-Vermittlungsdienste
<b>(b)</b>	Online-Suchmaschinen
<b>(c)</b>	Online-Dienste zur sozialen Vernetzung
<b>(d)</b>	Video-Sharing-Plattformdienste
<b>(e)</b>	Nummernunabhängige Kommunikationsdienste
<b>(f)</b>	Betriebssysteme
<b>(g)</b>	Cloud Computing-Dienste
<b>(h)</b>	Werbevermittler

Kriterien und Schwellenwerten aus Artikel 3:

<b>Art. 3 I</b>	<b>Kriterium</b>	<b>Vermutung nach Art 3 II</b>
lit. a „ <i>significant impact</i> “	<b>Binnenmarktrelevante Größe:</b> Möglichkeit erheblichen Einfluss auf Binnenmarkt auszuüben	Jahresumsatz innerhalb der letzten drei Geschäftsjahre im europäischen Geschäftsraum von mindestens 6,5 Mrd. € <b>oder</b> durchschnittliche Marktkapitalisierung/ entsprechende Marktwert im letzten Geschäftsjahr betrug mindestens 65 Mrd. € <b>und</b> in mindestens drei Mitgliedstaaten wird zentraler Plattformdienst angeboten.
lit. b „ <i>important gateway</i> “	<b>Starke Vermittlungsposition:</b> breite Nutzerbasis mit großer Anzahl von Unternehmen verbinden (B2C)	45 Mio. monatlich aktive Endnutzer mit Sitz/ Standort in der EU <b>und</b> mehr als 10.000 jährlich aktive geschäftliche Nutzer mit Sitz in der EU im letzten Geschäftsjahr.
lit. c „ <i>entrenched and durable position</i> “	<b>Stabile Marktposition:</b> nachhaltig am Markt etablierte Stellung	In jedem der letzten drei Geschäftsjahre muss das Unternehmen die vorgenannten Kriterien erfüllt haben.

### 3. Do's & Don'ts

In Artikel 5 und Artikel 6 des Entwurfes finden sich insgesamt 18 Ge- und Verbotstatbestände, welche der Gatekeeper innerhalb von sechs Monaten nach seiner Benennung umzusetzen hat (*Art. 3 VIII*). Dabei kann er bei den Vorgaben aus Artikel 6 („*susceptible to specification*“) selbst entscheiden, wie er diese umsetzen möchte. Sollten die Maßnahmen für die Kommission jedoch nicht ausreichend erscheinen, kann diese zur Korrektur auffordern, oder selbst unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit Vorgaben treffen wie eine geeignete Umsetzung auszuweisen hat (*Art. 7 II, V, VII*).

Ferner lassen sich auch hier Ausnahmen finden. Artikel 8 I sieht die Möglichkeit einer Aussetzung aufgrund außergewöhnlicher Umstände vor, dies sind solche die außerhalb der Kontrolle des Gatekeepers liegen. In Artikel 9 I findet sich der Antrag zur Befreiung aus zwingenden Gründen des öffentlichen Interesses, d. h. der öffentlichen Moral, öffentlichen Gesundheit und der öffentlichen Ordnung. Anträge können jederzeit für alle oder nur einen Teil der Vorgaben gestellt werden. Sie sind von der Kommission binnen drei Monaten zu entscheiden und jährlich zu überprüfen.

### 4. Marktuntersuchung

Die Marktuntersuchung aus Artikel 14 I stellt neben der Ex-ante-Regulierung das zweite Instrument der Kommission dar. Es gibt drei verschiedene Möglichkeiten eine Marktuntersuchung einzuleiten. Zum einen nach **Artikel 15 zur Benennung eines Gatekeepers**. Sie erfasst auch Anbieter, welche die Stellung voraussichtlich bald erreichen werden (*Art. 15 IV*) und kann nach

der sogenannten „*Rule of Three*“ (Art. 33 I) auch auf Antrag von mindestens drei weiteren Mitgliedstaaten vorgenommen werden.

Es folgt die Marktuntersuchung aufgrund **systematischer Nichteinhaltung nach Artikel 16**. Eine solche wird vermutet, wenn fünf Verstöße innerhalb von fünf Jahren vorliegen (Art. 16 III). Dann kann die Kommission dem Gatekeeper Verhaltensmaßnahmen auferlegen oder strukturelle Abhilfemaßnahmen vornehmen. Wobei eine Abspaltung/ Zerschlagung nur möglich ist, wenn kein gleich wirksames Verhaltensmittel vorliegt, oder ein solches den Gatekeeper stärker belasten würde als die strukturelle Abhilfe selbst (Art. 16 II). In beiden Fällen hat die Kommission 12 Monate bis zum Abschluss der Untersuchung Zeit, ebenfalls gilt Artikel 14 III zu beachten, dass eine Untersuchung nach Abschluss stets wieder aufgenommen werden kann.

Zu guter Letzt bleibt nach **Artikel 17 die Möglichkeit der Marktuntersuchung zur Identifizierung von neuen Dienstleistungen und Praktiken**. Demnach kann die Kommission innerhalb von 24 Monaten einen Bericht mit Vorschlägen zur Veränderung der in Artikel 2 II gelisteten Kernplattformdiensten oder der in Artikel 5 und Artikel 6 gelisteten Vorgaben einreichen.

Bei Verstößen sieht der Entwurf Geldbußen (Art. 26) von bis zu 10 % des gesamten weltweiten Jahresumsatzes vor und bei fehlender Kooperation regelmäßige Strafzahlungen („*periodic penalty payments*“, Art. 27) bis zu 5 % des Tagesumsatzes aus dem Vorjahr.

## VI. Fazit

Insgesamt lässt sich zusammenfassen, dass der Entwurf zahlreiche Vorgaben beinhaltet, welche die Schwachstellen des Kartellrechts zu schließen versuchen, um faire Wettbewerbsbedingungen wiederherzustellen. Dabei sollte jedoch nicht unberücksichtigt bleiben, dass zu viele und vor allem präventive Vorgaben die Gefahr einer Überregulierung bergen und besonders den Innovationswettbewerb behindern könnten. Ebenso ist fraglich, ob pauschal alle Vorgaben auch auf alle Gatekeeper, trotz unterschiedlicher Geschäftsmodelle anzuwenden sein sollten.

In Anbetracht des Wachstums von Onlineplattformen und der damit einhergehend Macht, stellt er jedoch eine zeitgemäße, aber auch vor allem notwendige, Regelung dar. Weil die E-Commerce Richtlinie bereits über 20 Jahre alt ist, und das Internet und seine Nutzer (hier explizit die sogenannten *Gatekeeper*) immer unberechenbarer werden, war es allerhöchste Zeit mit „Verkehrsregeln für das Internet“ zu reagieren.

Bei diesem Verordnungsentwurf steht allerdings nicht nur die Wettbewerbsfähigkeit der Märkte im Vordergrund, sondern auch die Sicherung von Fairness im Wettbewerb – anders als es im Kartellrecht der Fall ist, welches im Übrigen parallel Anwendung findet. Es ist zu statuieren, dass der DMA-Entwurf mit seiner Ex-ante-Regulierung einen „Eingriff“ noch vor dem Vorliegen eines Verstoßes erlaubt und nicht erst eine nachträgliche Kontrolle von Verhaltensweisen möglich macht. Damit ist ein schnelles Vorgehen, ohne langwierige Instanzenzüge, gesichert. Besonders hervorzuheben ist dabei die Anpassungsfähigkeit des Entwurfs aus Artikel 38 II, welche im digitalen Zeitalter mehr als nötig ist, um den aktuellen Entwicklungen gerecht zu werden.

Schlussendlich bleibt abzuwarten, mit welchem Inhalt der Entwurf nun verabschiedet wird und wie er sich in der Anwendung zeigt.