MVFP Medienverband der freien Presse

BDZV Bundesverband Digitalpublisher und Zeitungsverleger

# BDZV Bundesverband Digitalpublisher und Zeitungsverleger e.V.

# MVFP Medienverband der freien Presse e.V.

## Stellungnahme

## zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz vom 16.9.2022 für ein Gesetz zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen (Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz) – 11. GWB-Novelle –

(Stand der Stellungnahme: 7. Oktober 2022)

Der **Bundesverband Digitalpublisher und Zeitungsverleger e.V. (BDZV)** vertritt als Spitzenorganisation die Interessen der Zeitungsverlage und digitalen Publisher in Deutschland und auf EU-Ebene. Über seine zehn Landesverbände gehören dem BDZV 286 Tageszeitungen mit einer Gesamtauflage von 14,3 Millionen verkauften Exemplaren sowie 13 Wochenzeitungen mit knapp einer Million verkauften Exemplaren an. Die Zeitungsverlage bieten darüber hinaus mehr als 600 digitale journalistische Angebote und Marken im Internet an.

Der **Medienverband der freien Pressen e. V. (MVFP)** vertritt die Interessen der deutschen Zeitschriftenmedien auf nationaler und europäischer Ebene. Ca. 7.000 Zeitschriftentitel der Publikums-, Fach- und konfessionellen Presse informieren mit vielfältigen digitalen und gedruckten Ausgaben ihre beruflich oder privat interessierte Leserschaft über praktisch alle denkbaren Themen. Mehr als 95 % der mehr als 300 Mitglieder des MVFP sind kleine oder mittlere Unternehmen. Sie repräsentieren gemeinsam ca. 90% des deutschen Zeitschriften-marktes.

### A. Allgemeine Anmerkungen und wesentliche Forderungen

Insgesamt begrüßen wir das mit dem Referentenentwurf verfolgte Gesetzesvorhaben. Wegen der Kürze der Frist, die eine genaue Analyse und Bewertung der teilweise grundlegenden Änderungsvorschläge nicht ermöglicht, können wir nur auf einzelne Neuregelungen eingehen. Als Priorität sehen BDZV und MVFP (i) die behördliche und insbesondere die zivilgerichtliche Durchsetzung des Gesetzes über digitale Märkte („DMA“) sowie (ii) die Begrenzung der durch den GWB-RefE neu eingefügten Marktgestaltungsbefugnis des Bundeskartellamts (§ 32f GWB idF des Art. 1 Nr. 3 des Referentenentwurfs, im Folgenden § 32f GWB-RefE) auf Märkte mit bundesweit gesamtwirtschaftlich hoher Bedeutung.

**1. Begrenzung der Maßnahmen nach einer Sektoruntersuchung auf Märkte mit bundesweit gesamtwirtschaftlich hoher Bedeutung**. § 32 f GWB-RefE betrifft die Gesamtwirtschaft und nicht allein spezifische Sektoren oder Industriezweige. Dessen ungeachtet muss die Anwendung in erster Linie im Bereich der durch die digitalen Torwächter dominierten Märkte liegen. Andernfalls droht, dass beim Bundeskartellamt falsche Durchsetzungsprioritäten gesetzt werden. Dies gilt auch deshalb, weil das Gesetzesvorhaben aus einer Situation erwuchs, die zuletzt in einer Energie- und Versorgungskrise mündete. Dieser Kontext wird im laufenden Gesetzgebungsverfahren hervorgehoben, während die aus unserer Sicht mindestens ebenso relevanten Probleme keine ausdrückliche Erwähnung finden. Zudem nimmt die Begründung des Referentenentwurfs Bezug auf „regional vermachtete Märkte“ (S. 14) oder „Konzentrationen in kleineren regionalen Märkten“ (S. 25). Solche Märkte von den neuen, weitreichenden Kompetenzen des Amts zu umfassen, halten wir für ausufernd und unverhältnismäßig. Die gesamte Regelung des § 32f GWB-RefE – insbesondere auch dessen Abs. 2 (dazu unten B. I.) – sollte ausschließlich auf Märkte mit bundesweit gesamtwirtschaftlich hoher Bedeutung Anwendung finden. Insoweit bedarf es einer Begrenzung der adressierten Märkte und Strukturen, was auch die Anhörung am 4. Oktober 2022 als minimales Ergebnis bestätigte. Es müssen bisher nicht vorgesehene bzw. durch den Entwurf sogar wieder aufgehobene Schwellen und Schwellenwerten eingezogen werden. Wenn eine solche Fokussierung und Rekalibrierung auf die verfestigten Strukturen der durch die digitalen Torwächter kontrollierten Märkte nachgeholt wird, ist die erste Voraussetzung erfüllt, unter wir die neue verstoßunabhängige Marktgestaltungskompetenz des Bundeskartellamts ausdrücklich begrüßen.

**2. Ohne eine Erfassung der digitalen Torwächter ist § 32f GWB-RefE obsolet.** Sollte das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz Zweifel daran hegen, dass Märkte wie der Online-Werbemarkt oder andere von Torwächtern geprägte digitale Märkte einer strengeren rein nationalen Regulierung auf Basis des § 32f GWB-RefE zugänglich sind, wäre die Vorschrift überflüssig und sinnlos. Die Regelung sollte gerade die durch den DMA und die 10. GWB-Novelle noch verbleibenden Lücken beim Vorgehen gegen vermachtete Strukturen auf den Digitalmärkten schließen. Wir gehen davon aus, dass der Gesetzgeber die Kompatibilität des § 32f GWB-RefE mit den EU-rechtlichen Vorgaben eingehend geprüft hat. Sollte dies noch nicht geschehen sein, bitten wir dringend um eine solche Prüfung, damit einer solchen, allein sinnvollen Ausrichtung der Vorschrift nichts entgegensteht. Die Anwendbarkeit auf die von Torwächtern geprägten digitalen Märkte ist die zweite Voraussetzung, die gegeben sein muss, um § 32f GWB-RefE begrüßen zu können.

**3. Keine Ausdehnung der Befugnisse des § 32f GWB-RefE auf verbraucherrechtliche Sektoruntersuchungen**. Jede Ausdehnung der neuen Befugnisse auf verbraucherrechtliche Sektoruntersuchungen nach § 32e Abs. 5 GWB, d. h. § 32e Abs. 6 GWB-RefE, ist abzulehnen. Das Bundeskartellamt ist wegen zu geringer Ressourcen schon bei der allein von ihm zu leistenden Sicherung und Wiederherstellung fairen Wettbewerbs in den digitalen Märkten bis aufs Äußerste gefordert. Eine Ausdehnung von Kompetenzen auf anderen Rechtsgebieten ist schon aus diesem Grund abzulehnen. Das fragliche Instrumentarium ist zudem schon seiner Art nach nicht geeignet, verbraucherrechtliche Rechtsvorschriften angemessen durchzusetzen. § 32f GWB-RefE kann demnach ohne Einschränkung und mit Nachdruck begrüßt werden, wenn diese neue und verstoßunabhängige Gestaltungsmacht des Kartellamts auf Märkte mit bundesweit gesamtwirtschaftlich hoher Bedeutung begrenzt wird, wenn sie auf die digitalen Torwächtermärkte

Anwendung findet und wenn sie nicht auf Sektoruntersuchungen iSv § 32e Abs. 6 GWB-RefE ausgedehnt wird.

**4. Wir begrüßen mit Nachdruck die Regelungen zur privatrechtlichen Durchsetzung (Private Enforcement) des Digital Markets Act (DMA).** Dieser Teil des GWB-RefE ist umso wichtiger als die behördliche Durchsetzung mit dem Vollzugsmonopol der EU-Kommission bestenfalls als ungesichert, schlimmstenfalls als gefährdet gelten darf. Das gilt schon wegen des sich abzeichnenden Ressourcendefizits, das eine angemessene Durchsetzung aller Verpflichtungen gegenüber allen Torwächtern kaum als realistisch erscheinen lässt.

**5. Fehlende Ressourcen auf allen Ebenen.** Wir bedauern, dass nicht mehr Ressourcen für die ambitionierten Pläne vorgesehen wurden. Soll das Bundeskartellamt (i) die Europäischen Kommission wirksam bei der Durchsetzung des DMA unterstützen und (ii) zugleich auch noch effektiv innerhalb der neu vorgesehenen Fristen Sektoruntersuchungen durchführen und (iii) anschließend Eingriffe in die untersuchten Sektoren durchführen, dann benötigt das Amt weitere Ressourcen. Die bislang ergebnislosen Verfahren auf Basis der 10. GWB-Novelle zeigen, dass noch deutlich mehr Ressourcen für die Digitalmärkte benötigt werden. Ansonsten werden auch hier falsche Anreize für das Bundeskartellamt gesetzt, z. B. schnelle, aber ineffiziente Verpflichtungszusagen anzunehmen.

**6. Ergänzung des § 30 Abs. 2b GWB.** § 30 Abs. 2b GWB sollte auf Zusammenschlüsse ausschließlich verlagswirtschaftlich tätiger Töchter von Zeitungs- oder Zeitschriftenverlagen ausgedehnt werden, indem derartige Vorhaben von der Zusammenschlusskontrolle freigestellt werden. Jedenfalls aber sollte in der 11. GWB-Novelle klargestellt werden, dass § 30 Abs. 2b GWB auch bundesweite Kooperationen erfasst.

## B. Zu einzelnen Vorschlägen des Referentenentwurfs

### I. Ausweitung der Eingriffsmöglichkeiten nach Sektoruntersuchungen (§ 32f GWB-RefE)

BDZV und MFVP begrüßen die Ausweitung der Eingriffsinstrumente (§ 32f Abs. 3 bis 5 GWB-RefE) des Bundeskartellamts nach abgeschlossenen Sektoruntersuchungen gem. § 32e GWB, wenn

(i) diese neuen Befugnisse des Kartellamts auf Märkte mit bundesweit gesamtwirtschaftlich hoher Bedeutung begrenzt werden,

(ii) diese Befugnisse auf die digitalen Torwächtermärkte Anwendung finden und

(iii) diese Befugnisse nicht auf Sektoruntersuchungen iSv § 32e Abs. 6 GWB-RefE ausgedehnt werden.

In der praktischen Anwendung sollte ein so begrenzter § 32f GWB auf bestimmte Märkte fokussiert werden, bei denen es sich regelmäßig um solche des § 18 Abs. 3a GWB und die (geschlossenen) Ökosysteme der digitalen Torwächter i.S.v. § 19a Abs. 1 GWB handeln dürfte.

**Zu untersuchende Sektoren (§ 32e GWB-RefE).** MVFP und BDZV begrüßen die Streichung der Hervorhebung des Indikators der „starren Preise“ gegenüber anderen Kriterien in § 32e

GWB-RefE, die das Bundeskartellamt zur Durchführung von Untersuchungen eines bestimmten Wirtschaftszweigs bzw. Sektors ermächtigt. Im Bereich der Märkte des § 18 Abs. 3a GWB spielen die Preise oftmals nur eine nachgelagerte Rolle, da sie, wenn überhaupt, nur bei einer übergreifenden Betrachtung und dann auch nur näherungsweise bestimmt werden können. Die Streichung ermöglicht demnach eine bessere Fokussierung auf zu untersuchende Digitalmärkte und (mobile) Ökosysteme von Torwächtern und die bei diesen Märkten bestehenden Indikatoren für Wettbewerbsprobleme, wie z. B. Regelsetzungs- und Intermediationsmacht sowie allgemeine Intransparenz von Geschäftsbeziehungen und -bedingungen (vgl. insoweit korrelierend unten die Ausführungen zu § 32f Abs. 5 GWB-RefE).

Für Folgemaßnahmen geradezu prädestiniert ist beispielsweise und insbesondere der Sektor für nicht-suchgebundene Online-Werbung. Dieser Bereich wird bereits im Rahmen einer laufenden Sektoruntersuchung analysiert (B6-25/18). Nach dem kürzlich veröffentlichten Diskussionsbericht des Amtes wirft der derzeitige Untersuchungsstand die Frage auf, ob wegen Googles herausragender Position auf allen Vermittlungsebenen in Verbindung mit der technisch bedingten Undurchschaubarkeit des Systems und daraus resultierenden Verhaltensspielräumen strukturelle Eingriffe erforderlich sind (Rn. 454 des Diskussionsberichts).

Identische strukturelle Wettbewerbsprobleme resultieren konstruktionsbedingt aus den geschlossenen mobilen Ökosystemen der Torwächter Apple und Google. Bei ihnen sind Interessenskonflikte zwangsläufig und allein durch Verhaltensauflagen nicht hinreichend einzudämmen. Folgerichtig identifizierte auch das „New Competition Tool“, welches die Europäische Kommission vor Ausarbeitung des DMA angedacht hatte, eine kleine Zahl großer Digitalplattformen und Torwächter als Ziel des Vorhabens, weil sie bestimmte regulierungsbedürftige Charakteristiken aufweisen (z.B. extreme Skalen- und Netzwerkeffekte, Datenabhängigkeit und eine Tendenz zum Kippen von Märkten).

**Keine über § 39a GWB hinausgehende Erweiterung der Fusionskontrolle erforderlich (§ 32f Abs. 2 GWB-RefE).** Eine Änderung des bestehenden § 39a GWB über rein redaktionelle Änderungen hinaus lehnen wir indessen ab. § 32f Abs. 2 GWB-RefE ist insoweit aus Sicht von MVFP und BDZV überschießend. Wir sehen kein Erfordernis, die bisher in § 39a Abs. 1 Nr. 3 GWB enthaltene Beschränkung der Anmeldepflicht für Fusionen unterhalb der Kriterien des § 35 GWB entfallen zu lassen und die Vorschrift grundlos auszuweiten. Anders gewendet sollten auch bei einer (redaktionellen) Integration des § 39a GWB in § 32f GWB-RefE (i) die Beschränkung der Vorschrift auf Unternehmen, denen bundesweit eine hohe wirtschaftliche Bedeutung zukommt, sowie (ii) die Bagatellschwelle des § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 GWB erhalten bleiben. Wie oben dargestellt, sehen BDZV und MVFP schon im Ausgangspunkt keine Notwendigkeit, „auch drohende Wettbewerbsprobleme etwa auf regionalen vermachteten Märkten adressieren zu können“ (Referentenentwurf, S. 14), sondern halten dies für unangemessen.

**Anknüpfungspunkte für Folgemaßnahmen (§ 32f Abs. 3 bis 5 GWB-RefE).** Die vorgesehene Anordnung struktureller und verhaltensbezogener Maßnahmen im Rahmen einer Generalklausel mit Regelbeispielen (§ 32f Abs. 3 GWB-RefE) stellt unter der Voraussetzung der Sicherstellung der eingangs genannten Einschränkungen eine sinnvolle Ergänzung kartellbehördlicher Durchsetzungsmechanismen dar. Das Tatbestandsmerkmal der „erhebliche[n] Störung des Wettbewerbs“ bleibt trotz der angedachten Konkretisierung durch § 32f Abs. 5 GWB-RefE offen und weit. Der Begriff einer „Störung“ taucht bislang im

GWB nicht auf. Zudem handelt es sich bei § 32f Abs. 5 GWB-RefE lediglich um eine Soll-Vorschrift (anders als bei § 18 Abs. 3, 3a und 3b sowie § 19a Abs. 1 GWB). Dies erweitert die Norm und ermöglicht die Erfassung bislang unbekannter Sachverhalte. Für den Bereich der vermachteten Digitalmärkte wäre indessen eine Erweiterung um dort typische Phänomene wie z.B. Intermediations- und Regelsetzungsmacht, Innovationshindernisse sowie die allgemein vorhandene, einseitige Intransparenz und Informationsasymmetrie wünschenswert. Zudem sollte auch vordergründlich ökonomisch irrationales Verhalten der Torwächter-Plattformen Untersuchungen zur Identifizierung erheblicher Wettbewerbsstörungen rechtfertigen. Solches unter Wettbewerbsbedingungen „abnormales" Verhalten wurde z.B. im Zusammenhang mit der Google-Suche identifiziert, da die Begünstigung einer bestimmten Quelle etwa in Suchergebnisseiten einer allgemeinen Suchmaschine den eigenen wirtschaftliche Interessen auf diesem Markt zuwiderläuft (vgl. EuG, Urteil vom 10.11.2021, T-612/17 – Google und Alphabet / Kommission (Google Shopping), Rn. 176-179, 616). Gleichfalls „abnormales" Verhalten ist regelmäßig in Bezug auf die Bedingungen für die Teilnahme oder den Ausschluss von Torwächter-Plattformen (z.B. von Googles und Apples App-Stores oder vom sozialen Netzwerk Facebook) zu beobachten (vgl. z.B. OLG Hamburg, 15 W 32/22, WuW 2022, 571; Court d'appel de Paris, Az.20/03811, Google/Gibmedia).

Geschäftskunden ohne Begründung oder Anhörung von einer Torwächter-Plattform auszuschließen oder ihnen ohne vorherige Konsultation überzogene Verhaltensmaßgaben aufzuerlegen sind – unabhängig von der Frage, ob es sich im Einzelfall um einen Marktmachtmissbrauch i.S.d. §§ 19, 19a GWB handelt – ein deutlicher Indikator für vermachtete Strukturen und für die Abwesenheit jeglicher Verhaltenskontrolle durch Wettbewerber oder Abnehmer der Leistung. Wiederkehrende Probleme mit denselben Torwächter-Plattformen – zuletzt auch im Zusammenhang mit Apple ATT und Google Privacy Sandbox – zeigen, dass das herkömmliche Kartellrecht – inklusive dessen Durchsetzung vor den Zivilgerichten – hier augenscheinlich an seine Grenzen gelangt. Es ist nicht ersichtlich, dass sich das nach Einführung des DMA grundsätzlich ändern wird.

**Maßnahmen nach § 32f Abs. 3 und 4 GWB-RefE.** Wir begrüßen grundsätzlich den beispielhaften Maßnahmenkatalog des § 32f Abs. 3 GWB-RefE. Als ultima ratio dürfte im Falle der Torwächterplattformen auch eine eigentumsrechtliche Entflechtung angebracht sein (§ 32 f Abs. 4 GWB-RefE). Die bisher auferlegten Maßnahmen – zu denen auch organisatorische Entflechtungen gehörten – haben augenscheinlich kein positives Wettbewerbsergebnis hervorgerufen (wobei letzteres auch auf die fehlende Vollstreckung getroffener Entscheidungen zurückzuführen ist). Insgesamt wäre es zu begrüßen, wenn sich die Regelbeispiele noch näher an den Bedürfnissen der strukturell vermachteten Digitalwirtschaft orientieren könnten.

Im Zusammenhang mit der organisatorischen (§ 32f Abs. 3 Satz 3 Nr. 7 GWB-RefE) bzw. eigentumsrechtlichen (§ 32 f Abs. 4 GWB-RefE) Entflechtung sei erneut das Beispiel von Googles marktübergreifender Stellung im gesamten Werbeökosystem hervorgehoben. Dieses Ökosystem weist alle Charakteristiken auf, die für eine missbrauchsunabhängige jedenfalls organisatorische Trennung von Unternehmens- oder Geschäftsbereichen sprechen (insbesondere Intransparenz, die allein zugunsten von Google wirkt, Intermediationsmacht und Quersubventionierungspotenzial). Besonders ausgeprägt sind die zahlreichen inhärenten Interessenskonflikte, weil Google bei nicht-suchgebundener, programmatischer Anzeigenwerbung z.B. (i) zugleich auf verschiedenen Seiten einer Auktion für die beteiligten Akteure handelt und (ii) zudem die Rolle als Auktionator und Schiedsrichter wahrnimmt. Auch bei

Apples mobilem, iOS-basierten Ökosystem ist es nicht nur die Marktkonzentration, die für strukturelle Maßnahmen spricht, sondern vor allem auch Apples Rolle als Regelsetzer und als Anbieter von eigenen Mediendiensten. Wenn eine organisatorische Entflechtung (z.B. durch Auslagerung von Geschäftsteilen in unabhängige Konzerngesellschaften und die damit verbundene getrennte Kontoführung und Offenlegung konzerninterner Verrechnungsströme) indessen die inhärenten Interessenskonflikte nicht adressieren kann, so ist als letztes Mittel auch die verstoßunabhängige eigentumsrechtliche Entflechtung notwendig und angemessen.

Allein die mit der Möglichkeit einer solchen Entflechtung einhergehende Vorfeldwirkung, inklusive der Abwendungsmöglichkeit durch Verpflichtungsangebote, könnte hier schon für positive Wettbewerbseffekte sorgen. Torwächter-Plattformen könnten so auch ohne diesen Eingriff gewillt sein, verschiedenen strukturellen Wettbewerbsproblemen vorzubeugen (z.B. der durch sie erzeugten Intransparenz sowie der Gewährung von nicht-leistungsgerechten Sondervorteilen für eigene Dienste, die innerhalb des eigenen Ökosystems im Wettbewerb mit anderen stehen, z.B. durch Vorinstallationen und Defaults oder Formen der Selbstbegünstigung unterhalb der Missbrauchsschwelle). Der Abschreckungseffekt und die damit verbundene Vorfeldwirkung sind indessen entscheidend für die Einführung der missbrauchsunabhängigen Vorschrift des § 32f Abs. 4 GWB-RefE für Torwächter-Plattformen.

**Verfahrensfragen.** BDZV und MVFP begrüßen, dass die Verfahren nach § 32e GWB-RefE und § 32f Abs. 3 bis 5 GWB-RefE beschleunigt ablaufen sollen. Die vorgesehenen Fristen (18 Monate Untersuchung plus 18 Monate Entscheidung über Maßnahmen) sind indessen noch immer sehr lang. Drei Jahre (ohne Gerichtsverfahren gerechnet) sind deutlich länger als z.B. der britischen Wettbewerbsbehörde bei vergleichbaren Maßnahmen zur Verfügung steht. Die Verbände sind sich der Komplexität der geplanten Maßnahmen bewusst. Doch gerade die laufende Sektoruntersuchung zur nicht-suchgebundenen Online-Werbung zeigt, dass bei dynamischen, sich ständig entwickelnden Online-Märkten ein noch schnelleres Eingreifen erforderlich sein kann. Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass das Kartellamt auch schon während einer laufenden Sektoruntersuchung anschließend zu treffende Maßnahmen prüfen kann und dies auch sollte.

Wir begrüßen es ausdrücklich, dass die neuen Eingriffsbefugnisse laut der Begründung des Referentenentwurfs auch für bereits laufende Sektoruntersuchungen gelten sollen (S. 26 RefE), solange der Abschlussbericht nach Inkrafttreten der 11. GWB-Novelle erscheint. Wir regen insoweit jedoch an, eine entsprechende ausdrückliche Regelung hierzu auch in den Gesetzestext aufzunehmen, um die Angreifbarkeit der Übergangsregelung zu verringern. § 187 Abs. 1 GWB-RefE beschränkt sich insoweit bislang auf Absatz 2 des § 32f GBW-RefE. Die Vorschrift sollte zur Steigerung der Rechtssicherheit auf Maßnahmen nach Abs. 3 und 4 des § 32f GWB-RefE erstreckt werden.

## II. Durchsetzung des Gesetzes über digitale Märkte (DMA)

MVFP und BDZV begrüßen die Regelungen zur behördlichen und zivilgerichtlichen Durchsetzung des DMA. Insbesondere ist positiv zu bewerten, dass die private, zivilgerichtliche Durchsetzung des DMA ausdrücklich kodifiziert wird und insoweit auf die bewährten Instrumente des Kartellzivilrechts zurückgegriffen wird. Dies ermöglicht bei Verstößen gegen Vorschriften der Art. 5 bis 7 DMA durch designierte zentrale Plattformdienstanbieter eine Durchsetzung auf Ebene der Unterlassung und Beseitigung (§ 33

GWB-RefE) sowie von Schadensersatzansprüchen (§ 33a GWB-RefE). Solche zivilrechtlichen Ansprüche sind essenziell, um Geschäftsmodelle effektiv zu schützen, bevor es zu spät ist, und um den DMA als solchen wirksam durchzusetzen.

**Behördliches Durchsetzungsmonopol der Europäischen Kommission nach wie vor abzulehnen.** BDZV und MVFP begrüßen es, dass der Gesetzgeber durch zusätzliche Ermittlungsbefugnisse des Bundeskartellamts dazu beitragen möchte, dass der DMA wirksam durchgesetzt wird. In Anbetracht der bei der Kommission vorgesehenen personellen Ressourcen (80 Mitarbeiter laut Verordnungsentwurf, 150 laut Wunsch des Europäischen Parlaments) ist diese dringend auf jede Unterstützung angewiesen. Auch vor diesem Hintergrund halten wir das behördliche Durchsetzungsmonopol der Kommission weiterhin für verfehlt und appellieren an den Gesetzgeber, sich bei der Evaluierung des DMA erneut für eine subsidiäre Vollzugszuständigkeit nationaler Behörden auszusprechen.

Wir begrüßen es zudem, dass das Bundeskartellamt die Kommission über das Ergebnis ihrer Untersuchungen unterrichten wird (§ 32g GWB-RefE). BDZV und MVFP appellieren insoweit, dass ein solcher Bericht mit einer Aufforderung zum zeitigen Erlass konkreter Abhilfemaßnahmen einhergehen und deren Erlass nach Möglichkeit unterstützend vorbereiten sollte. Wenn die Kommission daraufhin nicht innerhalb angemessener Zeit ein DMA-Verfahren einleitet, sollte das Bundeskartellamt prüfen, ob es selbst ein Verfahren auf Basis des Kartellrechts einleiten kann (insbesondere auf Basis des § 19a GWB). Das Durchsetzungsmonopol der Kommission für den DMA darf insoweit nicht zum nationalen Durchsetzungshindernis für das GWB werden. Die Kooperation zwischen den nationalen Behörden und der Kommission sollte insoweit als beidseitig verpflichtend angesehen werden.

Die absehbaren oder doch keinesfalls fernliegenden behördlichen Durchsetzungsdefizite erhöhen den Bedarf nach wirksamer privater Durchsetzung. Vor dem Hintergrund der fehlenden Ressourcen ist es entscheidend, auf Ebene der Mitgliedsstaaten alles Erforderliche zu tun, um die private Durchsetzung des DMA („Private Enforce-ment“) vor den Zivilgerichten zu stärken. Dem Private Enforcement kommt eine herausragende Rolle für die wirksame Durchsetzung des DMA und damit für den effet utile des Unionsrechts zu. MVFP und BDZV begrüßen es, dass das BMWK nun konkrete Regelungen zur privaten Durchsetzung des DMA vor Zivilgerichten vorlegt. Diese Kodifizierung trägt zur Rechtssicherheit bei. Es entfällt dadurch der Bedarf, auf allgemeines Zivilrecht (z.B. §§ 823 Abs. 2, 1004, 134 BGB), Lauterkeitsrecht (UWG) oder eine analoge Anwendung der kartellrechtlichen Durchsetzungsvorschriften auszuweichen. Die Regelungen dienen damit der Rechtssicherheit und -klarheit.

BDZV und MVFP appellieren, die Rolle der privaten Rechtsdurchsetzung im weiteren Gesetzgebungsverfahren noch mehr zu betonen und im GWB weiter zu verankern (vgl. insb. die sehr knappen Darstellungen auf S. 17, 32 des Referentenentwurfs). Angesichts der sich bereits abzeichnenden Durchsetzungsdefizite des DMA sollte die Durchsetzung vor Zivilgerichten weiter vereinfacht werden.

**Vom DMA adressierte Wettbewerbsprobleme und deren Verminderung durch Private Enforcement.** Wir möchten noch einmal hervorheben, welche Kernprobleme der DMA adressiert und warum das Private Enforcement für deren Bewältigung erforderlich ist.

Der DMA betrifft fast ausschließlich ökonomisch und technisch anspruchsvolle, meist neuartige Sachverhalte, die sich primär auf mehrseitigen Märkten oder Netzwerken abspielen,

auf denen insbesondere Netzwerk- und selbstverstärkende Spiraleffekte wirken. Dadurch entsteht ein Spannungsverhältnis zwischen den hohen und zeitaufwändigen Nachweisanforderungen für eine kartellrechtliche Intervention und dem Erfordernis einer rechtzeitigen Intervention. Der DMA intendiert – auch unter Berücksichtigung weiterer Aspekte wie der „Fairness“ des Wettbewerbsgeschehens und der „Bestreitbarkeit“ der Digitalmärkte –, eine solche Intervention einfacher und wirksamer zu machen, indem einigen wenigen digitalen Gatekeepern klar formulierte per se Verbote auferlegt werden. Solch klar formulierte Verbote sollen die Durchsetzung – auch und gerade durch Zivilgerichte – vereinfachen (im Vergleich zum Kartellrecht). Ein ähnliches Ziel verfolgte bereits die 10. GWB-Novelle, allerdings mit nur mäßigem Erfolg.

Trotz der grundsätzlich unmittelbar anwendbaren („self-executing“) Verbotsnormen zeichnet sich bereits ab, dass es der (streitigen) Durchsetzung der einzelnen Verbote bedürfen wird (wie auch schon bei den ebenfalls unmittelbar anwendbaren kartellrechtlichen Vorschriften). Die Vergangenheit hat gezeigt, dass der Wettbewerb auf Digitalmärkten nicht allein durch die behördliche Durchsetzung des Kartellrechts erreicht werden kann (vgl. z.B. lange Verfahrensdauern in den Verfahren Google Shopping, Google Android oder Facebook). Das Private Enforcement spielt bei den Adressaten des DMA als „bewegliche Ziele“ der Regulierung eine herausragende Rolle, weil behördliche Intervention zu spät kommt, d.h. wenn ein Markt bereits gekippt oder dessen Struktur unwiederbringlich geschädigt ist. Allein das Private Enforcement bietet hier im Rahmen des zivilrechtlichen einstweiligen Rechtsschutzes aufgrund des geminderten Beweismaßes schnelle kursorische Entscheidungen, die die fundierten bzw. zum Teil gründlicheren, auf breiteren Markterhebungen beruhenden Behördenentscheidungen ergänzen. Behörden müssen zwangsläufig ihre Kapazitäten priorisieren; dabei kann es naturgemäß zu unwiederbringlichen Schäden für den Wettbewerb kommen, wenn zuungunsten bestimmter Industriezweige priorisiert wird. Die Kommission verfügt mit Art. 24 DMA gerade nicht über die Möglichkeit, schnell einstweilige Maßnahmen aufzuerlegen. Bei den hier adressierten Wettbewerbsproblemen müssen Entscheidungen, sollen sie nicht zu spät kommen, nicht binnen eines Jahres gefällt werden, sondern binnen weniger Wochen.

Lange Verfahrensdauern und geringe Kapazitäten schaffen Anreize für Behörden, Minimallösungen anzusteuern und auf nicht zufriedenstellende Vergleichsvorschläge einzugehen (vgl. verschiedene Amazon-Fälle) oder die Umsetzung/Vollstreckung auferlegter Abhilfemaßnahmen nicht wirksam einzufordern (vgl. erneut Google Shopping und Google Android). Selbst wenn Präzedenzfälle geschaffen werden, werden nahezu identische oder vergleichbare Sachverhalte auf anderen Märkten nicht verfolgt (weder durch die Kommission noch durch das Bundeskartellamt, vgl. erneut Google Shopping und die nationalen Beschwerden, die auf dieser Entscheidung aufbauten). Das Private Enforcement ist mithin in den meisten Fällen der einzige verbleibende Weg, da nur die wenigsten Beschwerden von den Kartellbehörden aufgegriffen werden.

Nur die wirksame komplementäre private Durchsetzung des DMA kann für die notwendige schnelle Harmonisierung und damit die Rechtssicherheit bei der Anwendung des DMA sorgen. So werden gerade in der Anfangszeit die Zivilgerichte eine kritische Rolle dabei spielen, dem DMA überhaupt zur Effektivität zu verhelfen und die erforderlichen Präjudizien und Konkretisierungen herbeizuführen, insbesondere durch Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV. Das dient auch dem Ziel einer unionsweit einheitlichen Anwendung des DMA.

Zudem ist neben der Durchsetzung von Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen (§ 33 GWB-RefE) auch die Kompensation der entstandenen Schäden (§ 33a GWB-RefE) ein Kernelement des Private Enforcement und für den effet utile des DMA unabdingbar.

Von Interesse sind dabei die Gründe, aus denen das Private Enforcement des Kartellrechts bisher nicht in der Lage war, die Macht der Torwächter-Plattformen hinreichend einzuhegen. Der Stellenwert der privaten Durchsetzung des EU-Kartellrechts vor den Zivilgerichten der Mitgliedsstaaten wird seit jeher für die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts (effet utile) anerkannt und betont (vgl. die ständige Rechtsprechung des EuGH seit Courage und Crehan (Rs. C-453/99). Das Private Enforcement des EU-Kartellrechts ist damit nach den klaren Vorgaben des EuGH ein Kernelement des EU-Wettbewerbsrechts. Es gab zwar in der Vergangenheit beachtliche Erfolge beim kartellrechtlichen Private Enforcement (z.B. NetDoktor gegen Google, LG München I, 37 O 15721/20, NZKart 2021, 193, oder Immowelt gegen ImmoScout, LG Berlin, 16 O 73/21 Kart, NZKart 2021, 468; KG Berlin, U 4/21 Kart, NZKart 2022, 215). Nichtsdestotrotz bestehen für das Private Enforcement im Kartellrecht erhebliche Hürden. So ist die Verfahrensdauer außerhalb von einstweiligen Verfügungsverfahren sehr lang. Meist bestehen erhebliche Informationsasymmetrien. Auch die Durchsetzungskosten können mitunter prohibitiv sein, insbesondere weil meist umfangreiche und teure wettbewerbsökonomische Gutachten notwendig sind. Die per se Verbote und Beweiserleichterungen des DMA sollen diese Durchsetzungshürden zurecht für das Public Enforcement ebenso wie für das Private Enforcement reduzieren (vgl. z.B. Art. 8 Abs. 1 DMA). Im Rahmen des weiteren Gesetzgebungsverfahrens sollte der Gesetzgeber insbesondere prüfen, ob weitere bereits identifizierte Schwachstellen beim Private Enforcement des Kartellrechts jedenfalls für die zivilgerichtliche Durchsetzung des DMA behoben werden können. Dies betrifft insbesondere die Darlegung und den Nachweis des erlittenen Schadens und eine Vereinfachung der Durchsetzung von Auskunftsansprüchen (§ 33g GWB), die ein erhebliches Kostenrisiko für die klagenden Unternehmen begründen.

**Unmittelbare Anwendbarkeit der Art. 6 f. DMA richtig erkannt.** BDZV und MVFP teilen die Auffassung, dass die Verbote der Art. 6 und 7 DMA unmittelbar anwendbar sind und auch im Rahmen des Private Enforcement durchgesetzt werden können. Die gegenteilige Auffassung erscheint schon angesichts des Wortlauts der Art. 5 und Art. 6 sowie der Art. 8 Abs. 1, 29 Abs. 2, 30 Abs. 2 DMA abwegig. Auch die Möglichkeit, wegen Verstößen gegen Art. 6 und 7 DMA unmittelbar Bußgelder zu verhängen, widerlegt die Vorstellung, der EU-Gesetzgeber habe den Fehler des § 19a GWB wiederholt. Es bedarf keiner Konkretisierungsmaßnahmen nach Art. 8 Abs. 2 und 3 DMA, bevor die darin enthaltenen Verbote vor den Zivilgerichten durchgesetzt werden können. Der Gesetzesvorschlag stellt dies zurecht klar.

**Beweislastumkehr nach Art. 8 Abs. 1 DMA**. Wir schlagen vor, die Anwendbarkeit der Beweislastumkehr nach Art. 8 Abs. 1 S. 1 DMA zulasten des Torwächters auch im Rahmen der Durchsetzung vor den Zivilgerichten klarzustellen. Nach dieser Vorschrift hat der „Torwächter […] die Einhaltung der Verpflichtungen aus den Artikeln 5, 6 und 7 [DMA] sicherzustellen und weist diese nach“. Neben der klaren und absoluten Formulierung spricht auch das Ziel der wirksamen Durchsetzung des DMA für eine Klarstellung der Erstreckung der Beweislastumkehr in das Zivilrecht. Denn bei Anwendung der allgemeinen Beweislastregeln könnten die durch das Verhalten des Gatekeepers betroffenen Marktakteure einen Verstoß gegen Art. 5 bis 7 DMA nicht oder allenfalls unter Aufwendung erheblicher – und damit oftmals zugleich prohibitiver – Mittel nachweisen (s. oben zu bestehenden Durchsetzungshürden im Rahmen des Kartellrechts). Damit liefe die im Sinne der wirksamen Durchsetzung des DMA

ausdrücklich erwünschte (Art. 39, 42, 52 DMA, Erwägungsgründe 92, 104) – und wie der Referentenentwurf zurecht hervorhebt, vorausgesetzte – private Durchsetzung des DMA Gefahr, weitgehend leerzulaufen. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass trotz eindeutiger Rechtslage die Anwendbarkeit des Art. 8 Abs. 1 S. 1 DMA im Rahmen des Private Enforcement durch vereinzelte Literaturstimmen bestritten wurde. Zur Vermeidung von unnötigen Unklarheiten und dadurch erhöhten Verfahrensdauern sollte die Anwendbarkeit des Art. 8 Abs. 1 DMA daher durch eine Ergänzung des Gesetzestextes oder der Gesetzesbegründung klargestellt werden, wie auch von Teilen der Literatur gefordert wird (vgl. z.B. Zober, NZKart 2021, 611, 615).

**Unklare Rechtslage in Bezug auf § 33c GWB (Schadensabwälzung).** Unklar bleibt, ob und in welchen Teilen § 33c GWB für das Private Enforcement des DMA anwendbar ist. Im Ausgangspunkt wird der DMA anders als in anderen Vorschriften im Referentenentwurf hier nicht ausdrücklich adressiert. Über den Verweis auf § 33 Abs. 1 GWB-RefE scheint zunächst § 33c Abs. 1 auch für das Private Enforcement des DMA anwendbar. § 33c Abs. 2 GWB hingegen nicht, da dort in Nr. 1 ein Verstoß gegen §§ 1, 19 GWB bzw. Art. 101 f. AEUV vorausgesetzt wird. Das allerdings würde zu Inkohärenzen führen, weil § 33c GWB systematisch-teleologisch als „Gesamtnorm“ konzipiert ist. Eine isolierte Anwendung nur des Abs. 1 (und 5) könnte dazu führen, dass der Schaden weder beim unmittelbaren noch beim mittelbaren Abnehmer nachweisbar ist bzw. vermutet wird. Wir appellieren, die Anwendbarkeit der Norm jedenfalls klarzustellen und die intendierte Wirkung noch einmal zu prüfen.

**Schadensnachweis.** Wie oben bereits dargelegt, bleibt bei der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen auf Basis von rechtskräftigen Entscheidungen der Kommission das Kernproblem der Nachweis eines (kausalen) Schadens. BDZV und MVFP appellieren insoweit, dass der Gesetzgeber nachprüft, ob die Schadensvermutung des § 33a Abs. 2 GWB für Kartelle ebenfalls anwendbar erklärt wird, um die Effektivität der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen zu stärken. Andernfalls könnte die Möglichkeit von Schadensersatzklagen in der Praxis leerlaufen und entfiele damit die abschreckende Wirkung ebenso wie die Wiedergutmachungsfunktion. Die Pflichten in Art. 5 bis 7 DMA sollen schwerwiegende Beeinträchtigungen des Wettbewerbs verhindern. Dass aus solchen Beeinträchtigungen ein Schaden resultiert, erscheint offensichtlich.

## III. Notwendigkeit einer Ergänzung des § 30 Abs. 2b GWB

Die Erleichterung verlagswirtschaftlicher Kooperationen durch die Einführung eines neuen § 30 Abs. 2b GWB in der 9. GWB-Novelle ist ein besonders wichtiges wettbewerbsrechtliches Element, um eine Marginalisierung der Verlage im Wettbewerb mit den großen Internetplattformen zu verhindern. Gerade in Krisenzeiten wird deutlich, wie wichtig eine freie und unabhängige, regelmäßig erscheinende Presse ist, die im außenpluralen, publizistischen und wirtschaftlichen Wettbewerb die Öffentlichkeit informiert und die Vielfalt der Meinungen in der Gesellschaft erörtert. Eine freie Presse ist Wesenselement jeder freien Gesellschaft und Demokratie. Ihre Funktion und Aufgabe können die Verlage aber nur erfüllen, wenn sie sich im wirtschaftlichen Wettbewerb finanzieren können. In der aktuellen wirtschaftlichen Situation und unter dem weiter steigenden Druck der übermächtigen Internetplattformen muss es deshalb den Verlagen möglich sein, ihre verlagswirtschaftlichen Tätigkeiten zu bündeln, um eine wirtschaftliche Grundlage für ihre Publikationen erhalten zu können. Dies gilt für regionale Kooperationen, aber ebenso auch für nationale Bündelungen. Denn die relevanten

Wettbewerber – in erster Linie die großen Internetplattformen – sind ebenfalls nicht auf regionale Gebiete beschränkt, sondern entfalten ihre ökonomische Übermacht gerade in nationalen Märkten.

Dennoch hat sich das Bundeskartellamt für eine restriktive Auslegung des Wettbewerbsrechts entschieden, nach der die Erleichterung für das Verlagsgeschäft bundesweit erhältlicher Pressepublikationen in der Praxis keine Anwendung finden kann. Dafür gibt es unseres Erachtens keinen Grund. Um das gesetzgeberische Ziel der Ermöglichung der verlagswirtschaftlichen Zusammenarbeit und der Stärkung der freien Presse dennoch erreichen zu können, halten wir es für dringend erforderlich, Zusammenschlüsse ausschließlich verlagswirtschaftlich – und nicht redaktionell – tätiger Töchter von Zeitungs- oder Zeitschriftenverlagen auch von der Fusionskontrolle freizustellen. Jedenfalls aber sollte in der 11. GWB-Novelle klargestellt werden, dass § 30 Abs. 2b GWB auch bundesweite Kooperationen erfasst.

## C. Überlegungen zur 12. GWB-Novelle

BDZV und MVFP sehen die Ankündigungen, das Bundeskartellamt zur Verbraucherschutzbehörde zu machen, kritisch. Aus Sicht der Verlegerverbände würde dies den Fokus auf die Stärkung des Wettbewerbs, der Verbraucher langfristig am besten schützt, verwässern. Insbesondere jegliche Erstreckung der neuen Eingriffsbefugnisse des § 32f GWB-RefE auf verbraucherrechtliche Sektoruntersuchungen nach § 32e Abs. 5 GWB (§ 32e Abs. 6 GWB-RefE) ist strikt abzulehnen. Der Verbraucherschutz lenkt den Fokus auf Aspekte, die für sich genommen nicht die oberste Priorität des Bundeskartellamts sein sollten. Das Kartellrecht ist primär mittelbarer Verbraucherschutz; der Schutz entsteht durch mehr Wettbewerb. Je mehr der direkte Verbraucherschutz einfließt, wie schon im Facebook-Verfahren, desto eher droht der Wettbewerbsgedanke und Fokus ins Hintertreffen zu geraten.

Stattdessen appellieren BDZV und MVFP noch einmal nachdrücklich, die Effektivität der Durchsetzung des § 19a GWB zu prüfen. Nach wie vor sind wir der Überzeugung, dass § 19a Abs. 2 GWB in unmittelbar anwendbare („self-executing“) Verbote überführt werden sollte. Die derzeit anhängigen, die Verleger betreffenden Verfahren (insbesondere zum Google News Showcase und zu Apple ATT) zeigen deutlich, dass der „Aktivierungsmechanismus“ zeit- und ressourcenaufwändig ist und die Vorschrift daher droht, leerzulaufen (obwohl Regelungen wie § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 GWB gerade zeitkritische Konstellationen adressieren sollten). Ohne wirksame Sanktionen kommt der Norm keinerlei Vorfeldwirkung zu.

MVFP
Prof. Dr. Christoph Fiedler
Geschäftsführer Europa- und Medienpolitik
Tel.: 0049 30 72 62 98 120
christoph.fiedler@mvfp.de

BDZV
Helmut Verdenhalven
Mitglied der Geschäftsleitung
Tel.: 0049 30 72 62 98 203
verdenhalven@bdzv.de