

Bundesministerium für
Digitalisierung und Wirtschaftsstandort
zH Mag.iur. Judith Stenitzer
Stubenring 1
1010 Wien

per E-Mail: wettbewerbspolitik@bmdw.gv.at

Wien, am 13. Januar 2021

ZI.13/1 21/7

2020-0.799.395

Vorschlag der Europäischen Kommission eines "Digital Markets Acts" („DMA“)

**Referentinnen: MMag. Dr. Astrid Ablasser-Neuhuber, Rechtsanwältin in Wien
Britta Kynast, Leiterin ÖRAK-Vertretung Brüssel**

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag (ÖRAK) bedankt sich für die Gelegenheit, zum Vorschlag der Europäischen Kommission eines Digital Markets Acts („DMA“) Stellung nehmen zu können und erstattet nachstehende

S t e l l u n g n a h m e :

Einleitung und Vorbemerkung

Der DMA zielt auf die spezifischen Herausforderungen ab, die durch das Entstehen großer mehrseitiger Online-Plattformdienste entstanden sind. Diese Initiative ist grundsätzlich zu begrüßen, auch um die Möglichkeit zu schaffen europaweit einheitlich auf diese Herausforderungen reagieren zu können. In gewisser Weise stellt der DMA dabei rechtstechnisch besondere Anforderungen, da er zwar auf Basis des bestehenden Wettbewerbsrechts konzipiert ist, dieses aber nicht reformiert oder anpasst, sondern neben der bestehenden Gesetzeslage in erster Linie als „ex ante“ Regulierung zur Anwendung kommen soll.

Aufgrund der spezifischen Ausgangslage ist ein Bemühung um einen durchdachten Ansatz - **insbesondere auch aufgrund einer möglichen Vorbildwirkung für andere Bereiche** - bei der Einführung der Verordnung notwendig und sind die Interessen von Konsumenten und den betroffenen Unternehmen entlang der



gesamten Handelskette (dh die betroffenen Plattformen und deren entsprechende Marktgegenseite) vor dem Hintergrund der rasanten Entwicklung im digitalen Bereich zu berücksichtigen.

Als Anwälte, die verschiedene betroffene Parteien im Sinne des vorherigen Absatzes vertreten, darf der ÖRAK seine Überlegungen vor allem im Interesse eines klar vorhersehbaren Rechtsrahmens einbringen, innerhalb dessen der DMA sein angestrebtes Ziel erreichen kann, „einen wettbewerbsfähigen und fairen digitalen Sektor sicherzustellen“.

In diesem Zusammenhang ist auch hervorzuheben, dass neue, sich noch entwickelnde Unternehmen potenziell besonders sensibel auf Rechtsunsicherheiten reagieren, da sie oft über eine weniger robuste finanzielle Ausstattung verfügen. Solche Unternehmen könnten sich entscheiden, jegliche Tätigkeiten, die aufgrund des DMA mit rechtlichen Unsicherheiten verbundenen sind, zu vermeiden. Damit würde die Stellung etablierter Marktteilnehmer nur weiter verfestigt – ein Ergebnis, welches der Zielsetzung des DMA diametral entgegenstünde.

Vor diesem Hintergrund konzentriert sich der ÖRAK in den Kommentaren vor allem auf Fragen der Rechtssicherheit, die sowohl für potenzielle Beschwerdeführer (zb Kunden oder Lieferanten) als auch für die betroffenen Tech-Unternehmen relevant sind, sowie schon aus generellen Überlegungen heraus auch den Schutz des Rechts auf Verteidigung.

I. Identifizierung von „Core Platform Services“ und „Gatekeepern“

1. Der Entwurf des DMA erstreckt sich nur auf die Bereitstellung von „Core Platform Services“, die von sogenannten „Gatekeeper“-Plattformen angeboten werden (Art. 2 und 3). Derzeit sieht der Entwurf vor, dass die Kommission eine erste Liste solcher Kernplattformdienste aufstellt und dass Gatekeeper entweder anhand von im DMA festgelegten „quantitativen Schwellenwerten“ oder alternativ auf der Grundlage einer „qualitativen Einzelfallprüfung“ als Ergebnis einer Marktuntersuchung identifiziert werden (Art. 2 und 3).
2. Obwohl der DMA derzeit eine „widerlegbare“ Vermutung für die Identifizierung von Gatekeepern auf der Grundlage bestimmter quantitativer Metriken festlegt, sollten die Art und Weise, wie betroffene Parteien mitwirken können, und die Grundlage, auf der die Kommission ihre Entscheidung treffen wird, detaillierter festgelegt werden. Das Gleiche gilt für den Prozess, mit dem die Kommission im Rahmen des DMA eine qualitative Bewertung vornehmen könnte, um derartige Feststellungen kontinuierlich zu treffen.
3. Der ÖRAK regt an, dass der DMA nicht nur die Verfahren, sondern auch die Kriterien, die von der Kommission bei ihren Bewertungen zu berücksichtigen sind, genauer definiert, sodass eine ausreichende Trennung zwischen Gesetzgebung und Vollzug gewährleistet ist. Zum Beispiel wären für jeden der im DMA genannten Faktoren - z.B. Skalen- und Umfangseffekte, Nutzerbindung, Marktzutrittsschranken (Art. 3 und 15) - detailliertere Vorgaben erforderlich, um die

Voraussetzungen zu benennen, bei denen eine qualitative Bewertung zur Feststellung des Gatekeeper-Status führen kann und bei denen nicht.

4. Ein weiteres vor allem auch für die potentielle Marktgegenseite relevantes Beispiel ist die Feststellung, ob ein Unternehmen voraussichtlich in naher Zukunft ein Gatekeeper werden wird (aber noch nicht ist) (Erwägungsgrund 15), eine Feststellung, die besonders klar und vorhersehbar sein muss, vor allem, wenn man die unsichere und dynamische Natur digitaler Märkte berücksichtigt. Diese Vorhersehbarkeit ist sowohl auf Seiten der betroffenen Core Plattformen als auch derjenigen Unternehmen notwendig, die mit diesen in Geschäftsbeziehung stehen.
5. Schließlich sollten, ebenso wichtig wie die inhaltliche Analyse, auch das Verfahren und die Prüfungsmaßstäbe für die Beurteilung der Frage, was ein Core Platform Service ist oder wer ein Gatekeeper ist, mit einer gewissen Genauigkeit in der Verordnung festgelegt werden.
6. Diese genaue Determinierung ist schon allein aus Gründen des Legalitätsprinzips bzw des Bestimmtheitsgebotes, dass der EuGH aus dem Gebot der Rechtssicherheit ableitet, notwendig. Wie eingangs erwähnt, muss zudem bedacht werden, dass die im Entwurf gewählte Form einer dynamischen Anpassung der Spielregeln (indem die Kommission Kriterien erst selbst festlegt) noch dazu durch diejenige Institution, die diese auch vollziehen kann, uU auf weitere Gesetzesvorhaben ausgeweitet wird.
7. Die sich daraus resultierende Transparenz würde zudem mehr Klarheit für die Geschäfts- und Rechtswelt schaffen und die Parteien besser in die Lage versetzen, sich über die genaue Ausgestaltung der kritischen Parameter des Gesetzes zu informieren. Da es sich um ein Thema handelt, das das Potenzial hat, Unternehmen erheblichen Marktbeschränkungen auszusetzen, ist es besonders wichtig, dass ein fairer und offener Entscheidungsprozess darüber erfolgt, was ein Core Platform Service ist und wer ein Gatekeeper ist. Mehr Transparenz und klarere Vorgaben darüber, was bei der Analyse zu berücksichtigen ist, wären auch für die Kommission von Vorteil, da so vermieden werden kann, dass eine ergebnisoffene und uferlose Analyse das Verfahren in Anspruch nimmt.
8. Aus denselben Gründen, und obwohl der Entwurf des DMA eine Überprüfung dieser Definitionen einmal in 2 Jahren vorsieht (Art. 8), und weil es auch für das Funktionieren des Binnenmarktes von Vorteil ist, regt der ÖRAK an, dass der Prozess der Identifizierung und Definition des Umfangs der Dienstleistungen und Plattformen, die dem DMA unterliegen, so transparent und zugänglich wie möglich für Anregungen aller Betroffenen wäre. Auf diese Weise kann die Kommission auch vom Fachwissen des Marktes profitieren und sicherstellen, dass die Durchsetzung des Gesetzes nicht versehentlich die Ziele des Binnenmarktes eher behindert als fördert. Auch kann so uU besser vermieden werden, dass auch das vorteilhafte Marktverhalten verhindert wird

II. Verbotene Verhaltensweisen

9. Der Entwurf des DMA legt bestimmte Verhaltensweisen fest, die für Gatekeeper, die zentrale Plattformdienste erbringen, als verboten oder erforderlich gelten sollen (Art. 5-13). Die zentrale Annahme ist, dass das Verhalten, sobald es vom DMA erfasst ist, keiner weiteren Einzelfallprüfung bedarf (vorbehaltlich der engen Ausnahmen, die weiter unten diskutiert werden).
10. Der ÖRAK ist der Auffassung, dass es den im Gesetz definierten Verhaltensweisen in ihrer derzeitigen Form zumindest teilweise an der notwendigen Bestimmtheit und Klarheit mangelt, um Unternehmen eine handlungsfähige Anleitung zu ihren rechtlichen Risiken zu geben. Dies gilt noch mehr, wenn man auf die Marktgegenseite blickt, die etwa beim Aushandeln bestimmter Geschäftsbedingungen Klarheit darüber haben muss, welche Bedingungen zulässig sind und bei welchen es auf eine Einhaltung des DMA bestehen kann.
11. Insgesamt sollten daher detaillierte und marktspezifische (und in einigen Fällen geschäfts-modellspezifische) Standards aufgestellt werden und dort, wo sinnvoll, auch auf bestehende EuGH-Rechtsprechung (die ja bei zahlreichen der angesprochenen Verbote im Hinblick auf die Frage welches Verhalten als missbräuchlich angesehen wird und welches nicht, bereits existiert, wenn auch vor dem Hintergrund des Vorliegens von Marktbeherrschung) hingewiesen werden.
12. Nach dem Entwurf des DMA können bestimmte verbotene oder geforderte Verhaltensweisen in einem „regulatorischen Dialog“ zwischen der betroffenen Partei und der Kommission „näher spezifiziert werden“. Ein Gatekeeper kann beantragen, dass die Kommission eine bestimmte Verpflichtung nach dem DMA ganz oder teilweise aussetzt, wenn die Einhaltung seine wirtschaftliche Lebensfähigkeit gefährden würde (Art. 8), oder im Falle von Unternehmen, die als absehbar aufstrebende Gatekeeper gelten, kann sie nur einen Teil der Verpflichtungen gemäß dem DMA auferlegen (Art. 15). Schließlich kann ein Gatekeeper aus Gründen des öffentlichen Interesses von der Einhaltung befreit werden.
13. Obwohl der Entwurf des DMA damit eine gewisse Flexibilität bei der Durchsetzung von Verpflichtungen in bestimmten Fällen vorsieht, erscheinen die Umstände, unter denen dies zulässig ist, recht eng. Dies kann auch potenziell negative Auswirkungen auf die digitalen Märkte haben, die von dem DMA reguliert werden. Angesichts der Komplexität und Dynamik der betroffenen Märkte kann nicht ausgeschlossen werden, dass es unvorhersehbare Umstände geben wird, unter denen die strikte Durchsetzung der Verhaltensverbote und -anforderungen den unbeabsichtigten Effekt haben könnten, dem Wettbewerb zu schaden oder unfaire Marktbedingungen zu schaffen - im Gegensatz zu den Zielen des Gesetzes. Im Bestreben, den Unternehmen einen angemessenen Handlungsspielraum einzuräumen, um ihr Verhalten als förderlich für die Ziele des Gesetzes zu rechtfertigen, wird daher angeregt, die Umstände, unter denen Ausnahmen beantragt werden können, zu erweitern oder zumindest im selben Rhythmus in dem eine Überprüfung der Eingriffskriterien (siehe oben) vorgesehen ist, auch eine Überprüfung der Ausnahmetatbestände vorzunehmen.

14. Darüber hinaus bleibt der DMA-Entwurf recht vage, welche Art von Argumenten eine Aussetzung der gesamten oder eines Teils der Verpflichtungen rechtfertigen würde. Der ÖRAK würde daher empfehlen, dass der DMA die Faktoren und Erwägungen klarer darlegt, die dazu führen, dass eine Änderung des Verhaltens, das durch das Gesetz verboten oder vorgeschrieben ist, zulässig ist. Es wird vorgeschlagen, dass der DMA deutlicher darlegt, nach welchem Kriterium er die Notwendigkeit von Ausnahmen von den Verhaltensregeln beurteilen wird. Insbesondere sollte klargestellt werden, wie bei der Beurteilung des individuellen Verhaltens im Rahmen des DMA eine Abwägung der verschiedenen Interessen, wie z.B. Innovation, nationale Champions, Verbraucherwohl, einzelne Wettbewerber, etc. zu erfolgen hat. Wiederum würde eine solche Klarheit allen betroffenen Wirtschaftsteilnehmern zugutekommen.
15. Auch möchte der ÖRAK Sie noch auf einen weiteren Aspekt des DMA aufmerksam machen, der uU zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen kann. Der DMA wurde mit der Absicht entworfen, „die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts zu ergänzen“ und „unbeschadet der Artikel 101 und 102 AEUV“ oder „der entsprechenden nationalen Wettbewerbsvorschriften“ (Erwägungsgrund 9). Aus dem im DMA festgelegten Verhaltensstandards - die zum großen Teil von früheren oder laufenden Untersuchungen nach EU- oder nationalem Wettbewerbsrecht abgeleitet oder stark beeinflusst zu sein scheinen - wird jedoch deutlich, dass es ein großes Potenzial für Überschneidungen zwischen der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts und der Umsetzung des DMA gibt. Dies könnte zu Unklarheiten führen und den Unternehmen übermäßige Belastungen und doppelte rechtliche Risiken aufbürden. Es gefährdet auch ihr Recht auf Verteidigung, wenn die Durchsetzung des DMA die verfahrensrechtlichen (Beweislast), materiellrechtlichen (Marktdefinition und Nachweis von Markteffekten) und anderen Vorgaben und Schutzmechanismen umgeht, die im Rahmen einer Wettbewerbsdurchsetzungsklage gelten würden.
16. Der ÖRAK ist daher der Meinung, dass im DMA eine klarere Abgrenzung zu den Wettbewerbsgesetzen vorgenommen werden sollte. Das Leitprinzip sollte sein, dass der DMA die Lücken füllt, die die Kartellrechtsdurchsetzung hinterlässt, und nicht auf die Kartellrechtsdurchsetzung aufgesetzt wird. Das Risiko einer parallelen Durchsetzung von Kartellrecht und DMA wird im Laufe der Zeit nur noch größer werden, da ersteres zunehmend in die Zuständigkeit des letzteren eingreift. Daher wird der Bedarf an Klarheit hinsichtlich der Abgrenzung und Unterscheidbarkeit des DMA nur noch mehr an Bedeutung gewinnen. Dies ist auch vor dem Hintergrund wichtig, dass das EU-Kartellrecht dezentral angewendet wird.

III. Zusammenschlussanmeldungen

17. Der Entwurf des DMA verlangt von den Gatekeepern, dass sie ihre beabsichtigten Zusammenschlussvorhaben, die Core Platform Services oder andere digitale Transaktionen betreffen, anmelden (Art. 12).
18. Rechtstechnisch fällt auf, dass der DMA nicht regelt, welche Informationen bereitgestellt werden müssen und wann die Verpflichtung in Bezug auf eine potenziell bevorstehende Transaktion entsteht.

IV. Berufsgeheimnis und Verschwiegenheitspflicht

19. Der DMA befasst sich auch mit der Frage der Verschwiegenheitspflicht. Dies in in Erwägungsgrund 75, Artikel 31 (Professional Secrecy), Artikel 32 Absatz 3 (Digital Markets Advisory Committee) sowie mit der Rolle von Rechtsanwälten bei der Erfüllung von Auskunftspflichten und der Übermittlung von Informationen (vgl. Art. 19 Abs. 5).
20. Es ist zu begrüßen, dass der Gesetzesvorschlag auf die Verschwiegenheitspflicht bzw. das „legal professional privilege“ grundsätzlich Bezug nimmt.
21. Der Umfang ist aber nicht ausreichend klar definiert und es könnten auch Justizgrundrechte entzogen werden, wenn anstelle auf nationale anwendbare Regelungen nur auf das Legal Privilege nach der spezifischen EU-Wettbewerbsrechtsprechung des EuGH verwiesen wird (wobei angemerkt sei, dass sich nicht einmal ein solcher klarer Verweis auf die EuGH Rechtsprechung im DMA findet).

Der parallel veröffentlichte Vorschlag zum Digital Services Act¹ verweist demgegenüber ausdrücklich auf die anwendbaren nationalen Vorschriften, einschließlich des anwaltlichen Verschwiegenheitsgebots, obwohl dieser ebenfalls teilweise wettbewerbsrechtliche Komponenten beinhaltet (siehe dort Erwägungsgrund 79: „In the course of the exercise of those powers, the competent authorities should comply with the applicable national rules regarding procedures and matters such as the need for a prior judicial authorisation to enter certain premises and legal professional privilege. (...)“).

Im weiteren Gesetzgebungsprozess sollte daher berücksichtigt werden, dass die im EU-Wettbewerbsrecht geltenden spezifischen Regelungen der Kommission zum anwaltlichen Verschwiegenheitsgebot und die nationalen Regelungen anwendbar sind, soweit diese ein höheres Schutzniveau vorsehen auch da die EU keine Kompetenz hat, diese nationalen Rechte auszuhebeln und hier ein gefährlicher Präzedenzfall geschaffen werden könnte.

Zudem sollten angesichts der im DMA enthalten weitreichenden Ermittlungsbefugnisse und dem Sanktionensystem, dass erhebliche Strafen vorsieht, eine klare Aussage aufgenommen werden, wonach die Verfahrens- und allgemeinen Rechtsgarantien jedenfalls nicht hinter den bisherigen Garantien für die kartellrechtliche Durchsetzung zurückbleiben dürfen.

22. Was die Erwähnung von Rechtsanwälten*innen in Art 19 anlangt, ist zu begrüßen, dass die Fragebeantwortung im Rahmen von RFIs wie bislang zB schon in der Kartellrechtspraxis üblich auch von beauftragten Rechtsanwälten*innen an die Kommission übermittelt werden können. Dies dient der Effizienz und Sicherheit des Verfahrens.
23. Auch was den restlichen Vollzug der Verordnung betrifft, geht der ÖRAK davon aus, dass sich keine Abweichungen zur anwaltlichen Vertretung sowie den

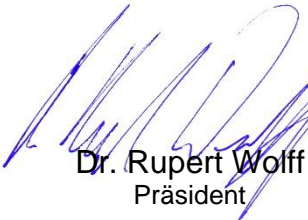
¹ COM(2020) 825, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=72148 .

diesbezüglichen Verfahrensgarantien, wie sie etwa im Zusammenhang mit dem Vollzug der Kartellrechtsregeln gelten, ergeben.

Der ÖRAK behält sich weitere Stellungnahmen, insbesondere zu Fragen des Schutzes des Verschwiegenheitsgebots vor.

Wien, am 13. Januar 2021

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG


Dr. Rupert Wolff
Präsident

