

# WAHLFREIHEIT VON VERBRAUCHERN UND EFFEKTIVEN WETTBEWERB IN DIGITALEN MÄRKTEN SICHERSTELLEN

Positionspapier des Verbraucherzentrale Bundesverbandes (vzbv) zum Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung über wettbewerbsfähige und faire digitale Märkte (Digital Markets Act)

10. Februar 2021

## Impressum

Verbraucherzentrale  
Bundesverband e.V.

Team  
Digitales und Medien

Rudi-Dutschke-Straße 17  
10969 Berlin

[digitales@vzbv.de](mailto:digitales@vzbv.de)

# INHALT

<b>ZUSAMMENFASSUNG</b>	<b>3</b>
<b>I. EINLEITUNG</b>	<b>6</b>
<b>II. KAPITEL I - GEGENSTAND, ANWENDUNGSBEREICH UND BEGRIFFSBESTIMMUNGEN</b>	<b>7</b>
1. Artikel 1 - Gegenstand und Anwendungsbereich .....	7
2. Artikel 2 - Begriffsbestimmungen .....	7
<b>III. KAPITEL II - GATEKEEPER</b>	<b>9</b>
1. Artikel 3 – Benennung von Gatekeepern .....	9
1.1 Flexiblen Ansatz zur Bestimmung von Gatekeepern beibehalten.....	9
1.2 Anpassung des quantitativen Schwellenwerts .....	9
1.3 Kein Effizienzargument zur Ausnahme oder Aufhebung des Gatekeeper-Status..	10
2. Kapitel III - Unfaire oder die Bestreitbarkeit beschränkende Praktiken von Gatekeepern.....	10
2.1 Allgemeine Empfehlung: Konkrete Verpflichtungen nicht durch flexibleren prinzipienbasierten Ansatz umwandeln.....	11
3. Artikel 5 - Verpflichtungen von Gatekeepern.....	11
3.1 Artikel 5 (a) - Verbot der Zusammenführung personenbezogener Nutzerdaten ....	11
3.2 Artikel 5 (f) - Verbot von Kopplung und Bündelung .....	12
4. Artikel 6 - Möglicherweise noch näher auszuführende Verpflichtungen von Gatekeepern.....	13
4.1 Artikel 6 (b) - Deinstallation vorinstallierter Anwendungen .....	13
4.2 Artikel 6 (c) - Interoperabilität für konkurrierende App-Stores und Software .....	13
4.3 Artikel 6 (e) - Verbot des technischen Lock-In.....	14
4.4 Artikel 6 (f) - Begrenzte Interoperabilitätsanforderungen .....	14
5. Artikel 8 - Aussetzung und Artikel 9 - Befreiung aus zwingenden Gründen des öffentlichen Interesses.....	15
6. Artikel 10 - Aktualisierung der Verpflichtungen der Gatekeeper .....	15
7. Artikel 11 - Umgehungsverbot .....	16
8. Artikel 13 - Prüfungspflicht.....	17
<b>IV. KAPITEL IV - MARKTUNTERSUCHUNGEN</b>	<b>19</b>
1. Artikel 16 - Marktuntersuchung bei systematischer Nichteinhaltung.....	19
<b>V. KAPITEL V - UNTERSUCHUNGS-, DURCHSETZUNGS- UND ÜBERWACHUNGSBEFUGNISSE</b>	<b>20</b>
1. Artikel 28 - Verjährungsfrist für die Verhängung von Sanktionen .....	20
2. Artikel 30 - Anspruch auf rechtliches Gehör und Recht auf Akteneinsicht.....	20
3. Artikel 32 - Beratender Ausschuss für digitale Märkte.....	21

# ZUSAMMENFASSUNG

Am 15. Dezember 2020 hat die Europäische Kommission einen Verordnungsvorschlag zum Digital Markets Act (DMA)<sup>1</sup> vorgelegt, der einen neuen Regelungsrahmen für wettbewerbsfähige und faire Märkte im digitalen Sektor präsentiert. Der Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv) bewertet den Entwurf grundsätzlich positiv. Nachfolgend werden die wichtigsten Forderungen aus Verbrauchersicht zusammenfassend aufgeführt:

## ❖ Entscheidungen zu Gatekeepern: Schäden für Verbraucher stärker berücksichtigen

Im Fokus des DMA steht das unfaire Verhalten von Gatekeepern gegenüber gewerblichen Nutzern und nicht gegenüber Verbraucherinnen und Verbrauchern<sup>2</sup>. In mehrseitigen Plattformmärkten, in denen Gatekeeper aktiv sind, stellen Verbraucher und gewerbliche Nutzer jedoch jeweils eine gleichwichtige Marktseite dar. Daher müssen Verbraucher genauso im Fokus der "Fairness-Regeln" des DMA stehen wie gewerbliche Nutzer. So müssen beispielsweise Verbrauchervertreter in DMA-Verfahren der Europäischen Kommission ein Anhörungs- und Akteneinsichtsrecht erhalten, wie dies im Wettbewerbsrecht bereits der Fall ist (Art. 30 DMA<sup>3</sup>). Entscheidungen über die Aktualisierung der im DMA festgelegten Verpflichtungen für Gatekeeper müssen auch die unfaire Behandlung von Verbrauchern berücksichtigen, nicht nur das Fehlverhalten der Gatekeeper gegenüber gewerblichen Nutzern (Art. 10).

## ❖ Fallbezogene Abhilfemaßnahmen: rechtzeitigeres Einschreiten nötig

Der vzbv bedauert, dass die Europäische Kommission die Idee des "New Competition Tool" ("NCT") in ihrem Verordnungsvorschlag zum DMA nicht mehr weiterverfolgt hat, da die Dynamik digitaler Märkte gegenüber Gatekeepern fallspezifische, verhaltensbezogene und strukturelle Abhilfemaßnahmen zeitnah und flexibel erfordert. Leider sieht der DMA dies nicht im notwendigen Maße vor. Der DMA ermöglicht es der Europäischen Kommission nur dann verhaltensbezogene oder strukturelle Abhilfemaßnahmen gegen einen Gatekeeper zu verhängen, wenn dieser in den letzten fünf Jahren dreimal gegen die Verpflichtung des DMA verstoßen und "seine Gatekeeper-Position [...] weiter gestärkt oder ausgeweitet hat" (Art. 16). In diesem Zeitraum können Gatekeeper, Verbraucher, gewerbliche Nutzer sowie dritte Unternehmen erheblich und nachhaltig schädigen. Der DMA muss der Europäische Kommission ermöglichen, früher und flexibler auf die systematische Nichteinhaltung der DMA-Regeln durch Gatekeeper reagieren zu können.

---

<sup>1</sup> Der Verordnungsentwurf kann hier abgerufen werden: Europäische Kommission: Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte - Digital Markets Act) (2020), URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/de/TXT/?qid=1608116887159&uri=COM%3A2020%3A842%3AFIN> [Zugriff: 10.02.2021].

<sup>2</sup> Die im weiteren Text gewählte männliche Form bezieht sich immer zugleich auf Personen aller Geschlechter. Wir bitten um Verständnis für den weitgehenden Verzicht auf Mehrfachbezeichnungen zugunsten einer besseren Lesbarkeit des Textes.

<sup>3</sup> Nachfolgende Artikel ohne weitere Bezeichnung sind solche des DMA.

### ❖ **Dark Patterns und Manipulation von Verbrauchern: Ein Weg zur Umgehung von DMA-Verpflichtungen**

Der DMA erwähnt an keiner Stelle die gezielte Verwendung sogenannter "Dark Patterns" zur versteckten Beeinflussung von Verbraucherentscheidungen oder manipulativer Benutzeroberflächen (wie Auswahlmenüs). Diese Techniken schaden Verbrauchern und untergraben die Anfechtbarkeit der Dienste von Gatekeepern, da Nutzer zu Entscheidungen gedrängt werden, die nicht ihren wahren Präferenzen entsprechen. Gatekeeper können bekannte verhaltensökonomisch basierte Neigungen (sogenannte "Biases") ausnutzen, um die Entscheidungen von Verbrauchern zu lenken und zu manipulieren, um so eine Reihe von Verpflichtungen nach Art. 5 und 6 DMA zu umgehen. Dies betrifft etwa das Verbot der Zusammenführung personenbezogener Nutzerdaten über verschiedene Dienste hinweg in Art. 5 (a), das Verbot, Nutzer daran zu hindern vorinstallierte Softwareanwendungen zu entfernen (Art. 6 (b)) und das Verbot von technischen Lock-Ins (Art. 6 (e)).

Der DMA sollte das Problem gezielter Verbraucher-Manipulationen deutlicher adressieren. Er sollte explizit vorsehen, dass Gatekeeper ihre Verpflichtungen aus dem DMA nicht durch Ausnutzung von Dark Patterns und manipulativer Benutzeroberflächen umgehen dürfen. Hierfür sollte der DMA Gatekeepern eine "Fairness-by-Design"-Pflicht auferlegen, die für ausgewogene Entscheidungsarchitekturen sorgt und es den Verbrauchern ermöglicht, wirkliche freie Entscheidungen nach ihren Präferenzen zu treffen.

### ❖ **DMA darf nationale Wettbewerbsgesetze nicht außer Kraft setzen**

Es muss sichergestellt werden, dass der DMA nicht das nationale Wettbewerbsrecht - insbesondere das kürzlich novellierte deutsche Wettbewerbsgesetz (GWB) - außer Kraft setzt. Das GWB eröffnet dem Bundeskartellamt die Möglichkeit, großen Gatekeepern in Plattformmärkten Verpflichtungen aufzuerlegen, die über einige der im DMA vorgeschlagenen Verpflichtungen hinausgehen könnten (zum Beispiel Verbote zu Kopplung und Bündelung von Diensten oder Selbstbevorzugung).

### ❖ **Keine Effizienzverteidigung für Aussetzung oder Befreiung von Verpflichtungen**

Der Vorteil der direkt anwendbaren Verpflichtungen in Art. 5 und 6 besteht darin, dass sie Verbraucher unmittelbar vor unlauteren Verhaltensweisen der Gatekeeper schützen. Es ist kritisch zu sehen, wenn potenzielle Gatekeeper argumentieren, dass einige der Verpflichtungen in Art. 5 und 6 einem stärker prinzipienbasierten Ansatz folgen sollten. Problematisch ist, dass ein stärker prinzipienbasierter Ansatz vermutlich mit einer Effizienzverteidigung einhergehen würde, mit der die Aussetzung oder Befreiung von Verpflichtungen begründet werden kann. Es muss davon ausgegangen werden, dass Gatekeeper die Effizienzverteidigung gezielt nutzen werden, um missbräuchliches Verhalten zu rechtfertigen, DMA-Verpflichtungen zu umgehen, Entscheidungsprozesse zu verzögern und die Ressourcen der Aufsichtsbehörden zu binden. Dieses strategische Einsetzen der Effizienzverteidigung ist aus Wettbewerbsverfahren bekannt. Der Gesetzgeber sollte die für den DMA zuständigen Aufsichtsbehörden nicht in diese „Effizienzverteidigungs-Fälle“ tappen lassen.

### ❖ Effektive Rechtsdurchsetzung sicherstellen

In Anbetracht der zu erwarteten Komplexität der Untersuchungen und Verfahren im Rahmen des DMA, ist die Zahl der geplanten Vollzeitstellen in der Europäischen Kommission, die für die Durchsetzung des DMA zuständig wären, zu gering. Dies gefährdet die effektive Rechtsdurchsetzung des DMA. Der europäische Gesetzgeber muss die Zahl der Vollzeitstellen, die für die Durchsetzung des DMA zuständig sind, deutlich erhöhen. Darüber hinaus ist zu erwägen, die Bestimmungen zur behördlichen Zuständigkeit für die Rechtsdurchsetzung des DMA anzupassen. Es wäre lohnenswert, einen stärkeren Beitrag der nationalen Behörden zur Rechtsdurchsetzung zu ermöglichen und dabei eine EU-weit konsistente Rechtsdurchsetzung sicherzustellen.

# I. EINLEITUNG

Der Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv) begrüßt den Vorschlag der Europäischen Kommission für eine "Regulierung für bestreitbare und faire Märkte im Digitalsektor" (Digital Markets Act" (DMA)).<sup>4</sup> Hiermit reagiert die Europäische Kommission auf problematische Entwicklungen in digitalen Märkten, die sich im letzten Jahrzehnt verschärft haben. Hier insbesondere die zunehmende Abhängigkeit von Verbrauchern sowie gewerblichen Anbietern von großen Gatekeeper-Plattformen und die immer unangreifbareren Marktpositionen dieser Gatekeeper. Die Regeln, die große Plattformakteure in ihren digitalen Ökosystemen festschreiben, verstärken oft die treibenden Kräfte digitaler Märkte zu ihren eigenen Gunsten (Netzwerkeffekte, Größen- und Verbundvorteile sowie Informationsasymmetrien). Dies resultiert oft darin, dass Verbrauchern und Unternehmen unfairere Geschäftsbedingungen aufgedrängt werden, die es Wettbewerbern erschweren, die Machtposition der Gatekeeper zu bestreiten.

Der vzbv begrüßt, dass der DMA diese Form des Marktversagens adressiert und die Anfechtbarkeit der Marktposition der Gatekeeper in den Blick nimmt. Ziel des DMA ist es, gegen weit verbreitete unfaire Bedingungen vorzugehen, die Verbraucher und Unternehmen in diesen Märkten oft alternativlos akzeptieren müssen.

Es ist zu begrüßen, dass die im DMA enthaltenen Verpflichtungen für Gatekeeper direkt anwendbar sein sollen, sobald ein Unternehmen von der Europäischen Kommission als Gatekeeper bestimmt wurde. Der DMA stellt hierdurch eine sinnvolle Ergänzung des europäischen Wettbewerbsrechts dar. Es ist damit zu rechnen, dass der DMA digitale Märkte beleben wird, indem er absehbar zentrale Pfeiler einer erfolgreichen Marktwirtschaft stärkt. Dies wird den Wettbewerbsdruck auf die Angebote großer Gatekeeper erhöhen, innovative (alternative) Dienste befördern und die Wahlmöglichkeiten der Verbraucher erhöhen.

Die nachfolgende Kommentierung und Bewertung orientiert sich an der Struktur des Gesetzesvorschlags der Europäischen Kommission. Dabei wird der vzbv nur auf ausgewählte Artikel des DMA eingehen, die aus Verbrauchersicht besonders relevant erscheinen beziehungsweise Nachbesserungsbedarf erkennen lassen. Der vzbv behält sich vor, aufgrund der Komplexität des Verordnungsvorschlages, zu einem späteren Zeitpunkt noch weitere Aspekte zu adressieren.

---

<sup>4</sup> European Commission: Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair Markets in the digital sector (Digital Markets Act) (2020), URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52020PC0842> [Zugriff: 01.02.2021].

## II. KAPITEL I - GEGENSTAND, ANWENDUNGSBEREICH UND BEGRIFFSBESTIMMUNGEN

### 1. ARTIKEL 1 - GEGENSTAND UND ANWENDUNGSBEREICH

Die jüngste Reform des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)<sup>5</sup> ermöglicht es dem Bundeskartellamt, großen Gatekeepern in Plattformmärkten Verpflichtungen aufzuerlegen, die über die im DMA festgelegten Verpflichtungen hinausgehen könnten (etwa hinsichtlich des Verbots der Kopplung und Bündelung von Diensten, der Datenerhebung und Verwendung oder der Selbstbevorzugung eigener Angebote).

Art. 1 Abs. 5 DMA verbietet es den Mitgliedstaaten, „Gatekeepern [weitere] Verpflichtungen im Wege von Rechts- oder Verwaltungsvorschriften [aufzuerlegen], um bestreitebare und faire Märkte zu gewährleisten. Vorschriften, mit denen im Einklang mit dem Unionsrecht andere legitime öffentliche Interessen verfolgt werden, bleiben hiervon unberührt.“ Die Erwägungsgründe (5) und (19) stellen klar, dass die Anwendung der Artikel 101 und 102 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) sowie der entsprechenden nationalen Wettbewerbsvorschriften durch die Mitgliedstaaten weiterhin zulässig sind. Das novellierte deutsche Wettbewerbsrecht erlaubt es dem Bundeskartellamt, Gatekeepern fallspezifisch bestimmte Verhaltensweisen zu untersagen. Dies ist explizit auch unterhalb der Schwelle zur Marktbeherrschung und damit ohne vorherigen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung möglich. Der Ansatz der Marktbeherrschung ist jedoch das Herzstück des Wettbewerbsrechts nach Artikel 101 und 102 AEUV und damit der dementsprechenden nationalen Wettbewerbsvorschriften. Es besteht die Gefahr, dass durch den DMA das kürzlich novellierte GWB teilweise europarechtswidrig würde. Dies betrifft insbesondere § 19a GWB, der es dem Bundeskartellamt ermöglicht, gegen Gatekeeper-Plattformen auch unterhalb der Schwelle zur Marktbeherrschung vorzugehen.

Der EU-Gesetzgeber muss sicherstellen, dass der DMA nicht die nationalen Wettbewerbsgesetze außer Kraft setzen kann oder diese gar rechtswidrig werden. Dies gilt insbesondere für das kürzlich novellierte deutsche Wettbewerbsgesetz (GWB) und hier insbesondere für § 19a GWB. Danach kann das Bundeskartellamt Gatekeepern, auch unterhalb der Schwelle zur Marktbeherrschung, fallspezifische Verhaltensvorschriften auferlegen, die über die Verpflichtungen im DMA hinausgehen könnten.

### 2. ARTIKEL 2 - BEGRIFFSBESTIMMUNGEN

Der vzbv begrüßt, dass die Liste „zentraler Plattformdienste“ (ZPD) in Art. 2 (2) ein breites Spektrum an Diensten umfasst. Es ist richtig, ein so breites Spektrum von Diensten zur Bestimmung von Gatekeepern heranzuziehen, da Gatekeeper in den unterschied-

---

<sup>5</sup> Bundesregierung: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz) (2021), URL: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/wettbewerbsrecht-1783534> [Zugriff: 01.02.2021].



lichsten Märkten aktiv sind beziehungsweise entstehen können. Der vzbv ist der Ansicht, dass die Liste der ZPD um Streaming-Dienste und smarte virtuelle Assistenten (etwa Amazons' Alexa oder Apples' Siri etc.) ergänzt werden sollte.

Der europäische Markt für smarte virtuelle Assistenten wird von wenigen Akteuren dominiert (Google, Apple, Amazon, Microsoft). Gleichzeitig steigt die Zahl der Verbraucher, die smarte virtuelle Assistenten nutzen kontinuierlich<sup>6</sup>, sei es beim Einsatz mobiler Endgeräte oder über sogenannte "Smart Speaker" zu Hause. Digitale Assistenten fungieren dabei häufig als Empfehlungssysteme in verschiedenen Lebensbereichen und Märkten. In dieser Funktion können sie die Konsumententscheidungen von Verbrauchern erheblich beeinflussen.<sup>7</sup> Dabei agieren sie als entscheidender Filter oder Flaschenhals, der den Zugang von Verbrauchern zu Drittanbietern kontrolliert. Zudem nehmen sie zunehmend die Rolle einer Infrastruktur oder Plattform ein, über die andere Anwendungen laufen, etwa als Steuerungseinheit für Anwendungen im Smart Home-Bereich.<sup>8</sup>

Mehrseitige Streaming-Plattformen für Filme oder Musik, wie beispielsweise Sky oder Disney+, spielen für den Verbraucheralltag eine immer größere Rolle. Der Bedeutungszuwachs dieser Dienste wurde durch die COVID-19-Pandemie verstärkt und schlägt sich in wachsenden Nutzerzahlen, Abonnements und Umsätzen der Plattformen nieder.<sup>9</sup>

Es ist nicht nachvollziehbar, warum diese Plattformen nicht ebenfalls in die Liste der ZPD aufgenommen werden sollten.<sup>10</sup> Sie unterscheiden sich etwa bezüglich Multihoming, Wechselkosten oder Lock-in nicht wesentlich von anderen ZPD in der Liste. Auch wenn viele Streaming-Dienste noch nicht die Schwellenwerte des Art. 3 (2) für eine Gatekeeper-Funktion erreichen, könnte sich dies bald ändern. Darüber hinaus könnten Streaming-Dienste zunehmend mit anderen Diensten (etwa mit Shopping-Plattformen oder Werbediensten) verwoben werden und Gatekeeper-Ökosysteme bilden.

Die Liste der zentralen Plattformdienste in Art. 2 (2) sollte um Streaming-Dienste sowie smarte virtuelle Assistenten ergänzt werden.

<sup>6</sup> Bitkom: Digitale Sprachassistenten erreichen den Massenmarkt (2018), URL: <https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/Digitale-Sprachassistenten-erreichen-den-Massenmarkt.html> [Zugriff: 01.02.2021].

<sup>7</sup> Vgl. Deutsche Welle: Voice assistants on the rise in Germany (2018), URL: <https://www.dw.com/en/voice-assistants-on-the-rise-in-germany/a-45269599> [Zugriff: 01.02.2021].

<sup>8</sup> Vgl. beispielsweise: Philips: Philips Hue und Amazon Alexa (2021), URL: <https://www.philips-hue.com/de-de/explore-hue/works-with/voice-control/amazon-alexa> [Zugriff: 09.02.2021].

<sup>9</sup> Statista: Video Streaming (SVoD)- Europe, URL: <https://www.statista.com/outlook/206/102/video-streaming--svod/europe#market-globalRevenue> [Zugriff: 01.02.2021].

<sup>10</sup> Zwar zählen Online-Vermittlungsdienste („intermediation services“, definiert in Art. 2 (2) der Verordnung (EU) 2019/1150) als CPS. Aber es ist fraglich, ob Streaming Dienste hierrunter fallen, denn nach VO EU) 2019/1150 ermöglicht ein Online-Vermittlungsdienst "es gewerblichen Nutzern, Verbrauchern Waren oder Dienstleistungen anzubieten, indem sie die *Einleitung direkter Transaktionen zwischen diesen gewerblichen Nutzern und Verbrauchern vermitteln*, unabhängig davon, wo diese Transaktionen letztlich abgeschlossen werden." [Hervorhebung kursiv durch den vzbv]. Typischerweise ermöglichen Streaming-Dienste wie Sky oder Disney+ eben keine direkten Transaktionen zwischen Inhalteanbietern und Verbrauchern. Verbrauchern können i.d.R. gegen eine monatliche Pauschalgebühr an die Plattform auf einen Inhaltekatalog zugreifen. Vgl. European Parliament & Council: Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services (P2B Regulation) (2019), URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019R1150&from=EN#d1e563-57-1> [Zugriff: 01.02.2021].



## III. KAPITEL II - GATEKEEPER

### 1. ARTIKEL 3 – BENENNUNG VON GATEKEEPERN

#### 1.1 Flexiblen Ansatz zur Bestimmung von Gatekeepern beibehalten

Der vzbv unterstützt den Ansatz der Europäischen Kommission, Gatekeeper auf Grundlage einer Mischung von quantitativen Kriterien und qualitativen Schwellenwerten zu bestimmen.

Art. 3 (6) sollte unbedingt beibehalten werden, da er der Europäischen Kommission erlaubt, Anbieter von ZPD zu Gatekeepern zu erklären, auch wenn diese nicht alle quantitativen Schwellenwerte in Art. 3 (2) erfüllen, aber dennoch im Sinne des Art 3 (1) als Gatekeeper fungieren.<sup>11</sup> Dies gibt der Europäischen Kommission die notwendige Flexibilität, Unternehmen zu Gatekeepern zu erklären, wenn sich deren Geschäftsmodelle unvorhersehbar weiterentwickeln.

#### 1.2 Anpassung des quantitativen Schwellenwerts

Der Schwellenwert der Nutzerzahl in Art. 3 (2) (b) soll die Bedeutung, die einem ZPD bei der Kontrolle des Zugangs gewerblicher Nutzer zu Verbrauchern zukommt, verdeutlichen. Dieser Schwellenwert sollte angepasst werden. Der vorgeschlagene Schwellenwert besagt, dass die Zahl der monatlich aktiven Endnutzer des ZPD in der EU mindestens 45 Millionen betragen muss. Zudem müssen mindestens 10.000 gewerbliche Nutzer auf dem ZPD aktiv sein. Digitale Dienste und Produkte werden zunehmend miteinander verwoben. Insbesondere bereits bestehende Gatekeeper versuchen, digitale Ökosysteme aus miteinander verbundenen Diensten und Geräten zu schaffen, die die Nutzer immer mehr seltener verlassen müssen. Die Geschäftstätigkeit der „klassischen“ US-amerikanischen Gatekeeper war bisher auf Dienstleistungen/Produkte in ihrem Kerngeschäft fokussiert. Der aktuelle Trend, angeführt von chinesischen Tech-Giganten, immer mehr Dienste in ein Ökosystem zu integrieren, wird zunehmend von ihren westlichen Pendanten nachgeahmt, etwa in Bezug auf den Online-Einzelhandel<sup>12</sup>. In einem verwobenen digitalen Ökosystem sind die Nutzerzahlen eines Anbieters über alle seine ZPD ein deutlich geeigneterer Indikator für seine Gestaltungsmacht und Kontrolle über den Zugang zu Verbrauchern.

Der Schwellenwert in Art. 3 (2) (b) sollte angepasst werden: Das Kriterium, dass ein zentraler Plattformdienst eine wichtige Zugangskontrolle für gewerbliche Nutzer darstellt, um Verbraucher zu erreichen (Art. 3 Abs. 1 (b)), sollte erfüllt sein, wenn ein Gatekeeper über alle seine zentralen Plattformdienste hinweg 45 Millionen monatlich aktive Endnutzer in der EU aufweist. Zusätzlich muss der zentrale Plattformdienst von mehr als 10.000 aktiven gewerblichen Nutzern im Geschäftsjahr genutzt werden.

<sup>11</sup> Etwa indem Sie in einem wichtigen Markt den Zugang zu Verbrauchern kontrollieren.

<sup>12</sup> Vgl. The Economist: Why retailers everywhere should look to China (2021), URL: <https://www.economist.com/leaders/2021/01/02/why-retailers-everywhere-should-look-to-china> [Zugriff: 01.02.2021] Im Endkundengeschäft konzentrierte sich Amazon auf den Shopping-Bereich, Apple auf Endgeräte, Microsoft auf Betriebssysteme und Office-Software und Facebook auf soziale Medien. Google war eine Ausnahme mit Android sowie seinen Such-, E-Mail- und anderen Diensten, die Daten für das profitable Werbegeschäft generierten.

### 1.3 Kein Effizienzargument zur Ausnahme oder Aufhebung des Gatekeeper-Status

Nach Art. 3 (4) kann die Europäische Kommission Gatekeeper von ihrem "Gatekeeper-Status" "befreien", wenn dieser hinreichend begründete Argumente dafür vorbringt, dass die Voraussetzungen für den Gatekeeper-Status aus Art. 3 (1) nicht erfüllt sind. Bei ihrer Entscheidung muss die Europäische Kommission die in Art. 3 (6) aufgeführten Aspekte berücksichtigen. Dazu gehören die Größe des Unternehmens (etwa der Umsatz), Nutzerzahlen, Marktzutrittsschranken, Skalen- und Verbundeffekte sowie möglich Lock-ins. Der vzbv begrüßt, dass die Elemente in Art. 3 (6) keine expliziten Effizienzargumente enthalten, wobei Skalen-, Verbund- und Netzwerkeffekte auch indirekt als Argument genutzt werden könnten, um missbräuchliches Verhalten zu rechtfertigen. Etwa wenn ein Gatekeeper behauptet, die Zusammenführung von Daten über verschiedene Dienste hinweg würde den Nutzen der Dienste für Verbraucher stark erhöhen, weil durch diesen Verbundeffekt die Qualität der Dienste verbessert würde. In Wettbewerbsfällen, insbesondere in Fusionsfällen, neuerdings auch in Fällen des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, kann die Effizienzverteidigung Verfahren in die Länge ziehen beziehungsweise genutzt werden, um missbräuchliches Verhalten zu relativieren. Dies kann von Unternehmen strategisch eingesetzt werden, um Entscheidungen zu verzögern.

Ziel des DMA ist es, zügig gegen unfaire Verhaltensweisen von Gatekeepern vorzugehen. Effizienzargumente sollten auch deshalb bei der Beurteilung des Gatekeeper-Status von Unternehmen nicht berücksichtigt werden. Insbesondere sollte das Effizienzargument bei der Entscheidung über die „Befreiung“ vom Gatekeeper-Status nach Art. 3 (4) und (6) nicht berücksichtigt werden, da es von Unternehmen strategisch eingesetzt werden könnte, um Verfahren zu verzögern oder missbräuchliches Verhalten zu relativieren.

## 2. KAPITEL III - UNFAIRE ODER DIE BESTREITBARKEIT BESCHRÄNKENDE PRAKTIKEN VON GATEKEEPERN

Der vzbv begrüßt die direkt anwendbaren Verpflichtungen für Gatekeeper in Art. 5 und Art. 6. Die Pflichten gelten für jeden Gatekeeper sechs Monate nachdem die Europäische Kommission den Status als Gatekeeper bestimmt hat (Art. 3 (7)). Die Verpflichtungen sind direkt anwendbar und schützen Verbraucher also unmittelbar vor unlauteren Verhaltensweisen der Gatekeeper. Zudem erhöhen sie die Angreifbarkeit der Marktposition der Dienste der Gatekeeper.

Der vzbv fordert den europäischen Gesetzgeber nachdrücklich dazu auf, die in Art. 5 und 6 dargelegten Verpflichtungen für Gatekeeper in dieser Form beizubehalten sowie in einigen Aspekten ihre Schutzfunktion für Verbraucher und Wettbewerb zu stärken.

Der vzbv wird im Folgenden nur auf einige dieser Verpflichtungen näher eingehen. Der Fokus liegt auf Verpflichtungen, die aus Sicht des vzbv besonders relevant sind oder bei denen Änderungsbedarf besteht.

## 2.1 Allgemeine Empfehlung: Konkrete Verpflichtungen nicht durch flexibleren prinzipienbasierten Ansatz umwandeln

Die Verpflichtungen in Art. 5 und 6 scheinen aus vergangenen oder aktuellen Kartellrechtsfällen abgeleitet zu sein und spiegeln bekanntes Fehlverhalten großer Technologieunternehmen wider. Der vzbv begrüßt, dass die direkt anwendbaren Verpflichtungen in Art. 5 und Art. 6 Verbraucher unmittelbar vor unlauteren Verhaltensweisen der Gatekeeper schützen.

Es ist kritisch zu sehen, wenn potenzielle Gatekeeper argumentierten, dass einige der Verpflichtungen in Art. 5 und 6 einem stärker prinzipienbasierten Ansatz folgen sollten. Problematisch ist, dass ein stärker prinzipienbasierter Ansatz vermutlich mit einer Effizienzverteidigung einhergehen würde, mit der die Aussetzung oder Befreiung von Verpflichtungen begründet werden kann. Es muss davon ausgegangen werden, dass Gatekeeper die Effizienzverteidigung gezielt nutzen werden, um missbräuchliches Verhalten zu rechtfertigen, DMA-Verpflichtungen zu umgehen, Entscheidungsprozesse zu verzögern und die Ressourcen der Aufsichtsbehörden zu binden. Dieses strategische Einsetzen der Effizienzverteidigung ist aus Wettbewerbsverfahren bekannt. Der Gesetzgeber sollte die für den DMA zuständigen Aufsichtsbehörden nicht in diese „Effizienzverteidigungs-Fälle“ tappen lassen.

Der Gesetzgeber muss sicherstellen, dass die direkt anwendbaren Verpflichtungen in Art. 5 und 6 nicht in einen stärker prinzipienbasierten Ansatz mit der Möglichkeit zur Effizienzverteidigung umgewandelt werden. Gatekeeper könnten die Effizienzverteidigung gezielt nutzen, um missbräuchliches Verhalten zu rechtfertigen, die DMA-Verpflichtungen zu umgehen, Entscheidungsprozesse zu verzögern und die Ressourcen der Aufsichtsbehörden zu binden.

## 3. ARTIKEL 5 - VERPFLICHTUNGEN VON GATEKEEPERN

### 3.1 Artikel 5 (a) - Verbot der Zusammenführung personenbezogener Nutzerdaten

Es ist gängige Praxis von Gatekeepern, Nutzerdaten, die sie über einen ihrer Dienste erhalten haben mit personenbezogenen Daten, die sie über einen anderen ihrer Dienste erhalten haben oder mit personenbezogenen Daten, die sie von Dritten erhalten haben, zusammenzuführen. Der vzbv begrüßt daher explizit das Verbot dieser Praxis, da sie Verbrauchern schadet, dass konglomerate Unternehmen hierdurch umfangreiche Nutzerprofile über Plattformen und Dienste hinweg erstellen können.

Art. 5 (a) untersagt auch die Praxis von Gatekeepern, Nutzer, die bei einem Dienst registriert sind, automatisch bei zusätzlichen Diensten anzumelden, um ihre Nutzerdaten zu kombinieren. Zum Beispiel würde nach Art. 5 (a) ein Nutzer, der sich auf seinem Google Gmail Konto einloggt, nicht mehr automatisch bei YouTube angemeldet werden.

Beide durch Art. 5 (a) verbotene Praktiken können auch Wettbewerbern von Gatekeepern erheblich schaden. Die Zusammenführung von Nutzerdaten durch Gatekeeper über verschiedene Dienste und Märkte hinweg kann zu erheblichen Wettbewerbsverzerrungen durch Verbundeffekte führen. Diese wiederum erschweren es Wettbewerbern, die Marktposition des ZPD der Gatekeeper „anzugreifen“. Zudem kann die automatische Anmeldung von Nutzern bei unterschiedlichen Diensten praktisch wie eine Kopplungs- und Bündelungsstrategie zum Nachteil von Wettbewerbern wirken.

Kritisch aus Verbrauchersicht ist, dass das Verbot, personenbezogene Daten von Nutzern zusammenzuführen oder die Nutzer automatisch bei mehreren Diensten anzumelden, nicht gilt, wenn der Verbraucher diesen Praktiken ausdrücklich zustimmt. Es ist gängige Praxis, nicht nur unter Gatekeepern, manipulative Auswahlmenüs oder Benutzeroberflächen zu nutzen, um solche Nutzereinigigungen zu erhalten. So werden bekannte verhaltensökonomisch basierte Verbraucherneigungen (sogenannte „Biases“) ausgenutzt, um Verbraucher zu einer Einwilligung in die Datenerfassung und -verarbeitung zu drängen<sup>13</sup> oder sie gezielt davon abzuhalten, sich von Diensten abzumelden.<sup>14</sup> Oft würden die Nutzer andere Entscheidungen treffen, die mehr ihren tatsächlichen Präferenzen entsprächen, wenn Auswahlmenüs und Benutzeroberflächen ausgewogener gestaltet wären. Es liegt nahe, dass Gatekeeper diese manipulativen Techniken einsetzen werden, um das Verbot der Zusammenführung von Nutzerdaten nach Art. 5 (a) zu umgehen.

Der Gesetzgeber muss sicherstellen, dass Gatekeeper das Verbot der Zusammenführung von Nutzerdaten oder der automatischen Anmeldung bei mehreren Diensten nicht umgehen, indem sie die Zustimmung der Nutzer auf unfairem, manipulativem Weg einholen. Um dies zu gewährleisten, muss das Umgehungsverbot in Art. 11 ergänzt werden. Es muss Bestimmungen enthalten, die verhindern, dass Gatekeeper die Zustimmung der Endnutzer durch Ausnutzung manipulativer Benutzeroberflächen und sogenannter „Biases“ erlangen (siehe Bewertung des vzbv zu Art. 11 unten).

### 3.2 Artikel 5 (f) - Verbot von Kopplung und Bündelung

Der vzbv begrüßt das Kopplungs- und Bündelungsverbot für verschiedene Dienste durch Gatekeeper. Art. 5 (f) untersagt die gängige<sup>15</sup> Praxis, Geschäftskunden oder Endnutzer, die einen ZPD nutzen möchten (sogenanntes „Kopplungsprodukt“ beziehungsweise „Kopplungsdienst“) dazu zu zwingen, sich für einen weiteren, nicht gewünschten Dienst anzumelden (sogenanntes „gekoppeltes Produkt/Dienst“). Diese Vorschrift gilt nur, wenn auch der gekoppelte Dienst ein ZPD ist oder ein Dienst, der einen wichtigen Zugang zu Verbrauchern i.S.v. Art 3 (2)(b) darstellt. So dürfte Facebook beispielsweise Verbraucher, die lediglich Instagram nutzen möchten (Kopplungsdienst) nicht dazu zwingen, hierfür auch ein Facebook-Konto anzulegen (gekoppelter Dienst).

Allerdings enthält Art. 5 (f) Schlupflöcher, die es Gatekeepern ermöglichen, weiterhin eine Vielzahl an Diensten zu koppeln und zu bündeln. Dies liegt daran, dass sowohl der Koppelungsdienst als auch der gekoppelte Dienst entweder ein ZPD oder ein Dienst sein muss, der für geschäftliche Nutzer einen wichtigen Zugang zum Verbraucher darstellt (also mehr als 45 Millionen Endnutzern und über 10.000 geschäftlichen

<sup>13</sup> Vgl. Forbrukerradet: New analysis shows how Facebook and Google push users into sharing personal data (2018), URL: <https://www.forbrukerradet.no/side/facebook-and-google-manipulate-users-into-sharing-personal-data/> [Zugriff: 01.02.2021].

<sup>14</sup> Vgl. den Bericht der Norwegischen Verbraucherrates über "Dark Patterns": dass.: Deceived by Design - How tech companies use dark patterns to discourage us from exercising our rights to privacy (2018), URL: <https://fil.forbrukerradet.no/wp-content/uploads/2018/06/2018-06-27-deceived-by-design-final.pdf> [Zugriff: 01.02.2021].

<sup>15</sup> Digitale Märkte bieten sich besonders für Kopplungs- und Bündelungsstrategien an, wie bereits die ersten „großen Wettbewerbsfälle“ des digitalen Zeitalters gegen Microsoft gezeigt haben. Vgl. Stefan Holzweber: Tying and bundling in the digital era 14 (2018), in: European Competition Journal, 2-3, S. 342–366 „[...] digital markets are particularly vulnerable to tying and bundling practices. This led to a broadening of the scope of the doctrine of tying and bundling: It may be applied to all cases where consumers are nudged to demand a supplementary product, thereby foreclosing the market for this supplementary product.“

Nutzer aufweist). Zum Beispiel könnte Google nach dem jetzigen Vorschlag von Art. 5 (f) Nutzer, die Fitbit nutzen möchten (kein ZPD<sup>16</sup>), dazu zwingen, einen anderen ZPD von Google zu nutzen, um sich bei Fitbit anzumelden, etwa den E-Mail-Dienst Gmail.

Die Kopplung und Bündelung eines Dienstes und eines ZPD ermöglicht es Gatekeepern, ihre Marktposition von einem ZPD in andere Märkte zu hebeln. Dies schadet Wettbewerbern und mindert die Verbraucherwohlfahrt erheblich, da Verbraucher gezwungen werden, Dienste zu nutzen, die sie gar nicht nutzen möchten. Deshalb sollte das Verbot der Kopplung und Bündelung in Art. 5 (f) weiter gefasst werden als dies derzeit der Fall ist:

Art. 5 (f) sollte die Kopplungs- und Bündelungspraktiken von Gatekeepern verbieten, wenn lediglich einer der beiden Dienste (der Kopplungsdienst oder der gekoppelte Dienst) ein zentraler Plattformdienst (Core Plattform Service) nach Art. 3. ist.

## 4. ARTIKEL 6 - MÖGLICHERWEISE NOCH NÄHER AUSZUFÜHRENDE VERPFLICHTUNGEN VON GATEKEEPERN

### 4.1 Artikel 6 (b) - Deinstallation vorinstallierter Anwendungen

Es ist zu begrüßen, dass Art. 6 (b) Gatekeeper dazu verpflichtet, Endnutzer die Möglichkeit zu geben, vorinstallierte Softwareanwendungen auf ihren ZPD zu löschen. Dies steht unter der Prämisse, dass die Softwareanwendungen nicht „für das Funktionieren des Betriebssystems oder des Geräts unabdingbar sind“ und sie „aus technischen Gründen nicht von Dritten eigenständig angeboten werden können“. Ein Beispiel für eine solche Ausnahme wäre etwa die Standard-Anwendung zur Anpassung grundlegender Systemeinstellungen auf einem Smartphone.

Es besteht das Risiko, dass Gatekeeper versuchen könnten, diese Verpflichtung zu umgehen, indem sie die technische Integration der fraglichen Softwareanwendung mit anderen Systemkomponenten (Beispiel dem Betriebssystem) gezielt vorantreiben. Zudem legt die Erfahrung nahe, dass Gatekeeper mittels Dark Patterns oder manipulativer Entscheidungs-Architekturen versuchen werden, Verbraucher dabei zu behindern, vorinstallierte Softwareanwendungen zu entfernen.

Das Umgehungsverbot in Art. 11, muss Gatekeepern explizit untersagen, Dark Patterns oder manipulative Benutzeroberflächen gezielt zu nutzen, um es Verbraucher zu erschweren oder sie davon abzuhalten, vorinstallierte Softwareanwendungen zu entfernen (vgl. vzbv-Kommentar zu Art. 11 unten).

Das Umgehungsverbot in Art. 11, muss es Gatekeepern explizit untersagen, die Deinstallation vorinstallierter Apps zu verhindern, indem sie diese gezielt mit anderen Systemkomponenten technisch integrieren.

### 4.2 Artikel 6 (c) - Interoperabilität für konkurrierende App-Stores und Software

Art. 6 (c) verpflichtet Gatekeeper, Verbrauchern die Installation und effektive Nutzung konkurrierender App-Stores zu gestatten. Dasselbe gilt für das Installieren von Softwareanwendungen von Dritten. Art. 6 (c) besagt, dass Zugriff auf und die Installation von App-Stores und Software auch außerhalb des ZPD des Gatekeepers möglich sein

<sup>16</sup> Eine grobe Überschlagsrechnung ergibt, dass Fitbit in Europa die Nutzerschwelle in Art 2(b) nicht überschreiten würde und daher nicht per se als CPS gälte. Vgl. Business of Apps: Fitbit Revenue and Usage Statistics (2020), URL: <https://www.businessofapps.com/data/fitbit-statistics/> [Zugriff: 01.02.2021].



muss (etwa das Installieren einer Software über einen App-Store von Dritten). Allerdings würde Art. 6 (c) es Gatekeepern erlauben, „angemessene Maßnahmen“ zu ergreifen, um sicherzustellen, dass diese Apps "die Integrität der vom Gatekeeper bereitgestellten Hardware oder Betriebssysteme nicht gefährden". Es besteht das Risiko, dass Gatekeeper diese Ausnahme nutzen, um die Interoperabilitätsverpflichtung zu umgehen und die Nutzung oder Installation Software-Anwendungen und App-Stores von Dritten zu verhindern.

Das Umgehungsverbot (Art. 11) muss explizit untersagen, dass Gatekeeper die Nutzung oder die Installation von Software-Anwendungen und App-Stores Dritter verhindern, indem sie gezielt eine angebliche Gefährdung der Integrität der Hardware oder des Betriebssystems als Rechtfertigung missbrauchen.

#### 4.3 Artikel 6 (e) - Verbot des technischen Lock-In

Art 6 (e) untersagt es Gatekeepern, Verbraucher auf „auf technischem Wege zu beschränken“ wenn sie alternative Anwendungen und Dienste nutzen möchten, auf die sie über ihr Betriebssystem zugreifen. So könnte Apple beispielsweise nicht verhindern, dass Benutzer den voreingestellten Internetbrowser ändern oder von Apple's Standard-E-Mail- oder Kalender-App zu einer konkurrierenden Anwendung wechseln.

Selbst wenn ein Gatekeeper die technischen Beschränkungen für einen Nutzerwechsel aufhobe, ist dies keine Garantie dafür, dass er nicht andere Mittel einsetzt, um wechselwilligen Verbrauchern einen Wechsel zu erschweren. Zu befürchten ist hier, dass Gatekeeper manipulative Benutzeroberflächen oder Dark Patterns<sup>17</sup> einsetzen, um Verbraucher effektiv daran zu hindern, alternative Anwendungen zu nutzen.

Das Umgehungsverbot (Art. 11) muss Gatekeepern explizit untersagen, manipulative Benutzeroberflächen oder „Dark Patterns“ einzusetzen, um Verbraucher von einem Wechsel zu alternativen Softwareanwendungen und -diensten abzuhalten oder ihnen diesen Wechsel zu erschweren.

#### 4.4 Artikel 6 (f) - Begrenzte Interoperabilitätsanforderungen

Art. 6 (f) verpflichtet Gatekeeper, sogenannte Nebendienstleistungen anderer Anbieter (wie Zahlungsabwickler, Cloud-Hosts, digitale Identitätsdienste) Zugang zu und Interoperabilität mit "denselben Betriebssystemen, Hardware- oder Software-Funktionen ermöglichen, die der Gatekeeper für die Erbringung von [eigenen] Nebendienstleistungen zur Verfügung hat oder verwendet". Stellt etwa der Gatekeeper einen Kalenderdienst zur Verfügung und ist dieser mit seinem Betriebssystem integriert, muss er auch Kalenderdiensten von Dritten diese Interoperabilität gewähren.

Es ist jedoch nicht nachvollziehbar, warum die Verpflichtung zur Interoperabilität auf Nebendienstleistungen beschränkt sein soll und sich nicht auch auf die zentralen Plattformdienste eines Gatekeepers erstreckt. Beispielsweise würde die vorgeschlagene Regelung in ihrer jetzigen Form bedeuten, dass Facebook verpflichtet wäre, einem Anbieter von Oculus-Apps zu gestatten, einen eigenen Dienst zur Zahlungsabwicklung (Nebendienstleistungen) anzubieten. Aber Facebook wäre nicht verpflichtet, ihm zu gestatten, ein alternatives soziales Netzwerk oder eine Alternative zum Messaging-Dienst WhatsApp einzubinden (beides sind ZPD).

---

<sup>17</sup> Forbrukerradet (wie Anm. 14).

Die Interoperabilitätsverpflichtung für Gatekeeper sollte sich nicht auf Nebendienstleistungen von Drittanbietern beschränken, sondern auch für konkurrierende zentrale Plattformdienste (gemäß Art. 2 (2)) von Drittanbietern gelten.

## **5. ARTIKEL 8 - AUSSETZUNG UND ARTIKEL 9 - BEFREIUNG AUS ZWINGENDEN GRÜNDEN DES ÖFFENTLICHEN INTERESSES**

Die in Art. 8 und Art. 9 festgelegten Fristen begünstigen Gatekeeper im Vergleich zu Verbrauchern und Wettbewerbern. Nach Art. 8 kann ein Gatekeeper die Aussetzung der in Art 5 und 6 festgelegten Verpflichtungen beantragen, wenn die Einhaltung die Rentabilität seiner Geschäftstätigkeit gefährden würde. Nach Art. 9 kann er von bestimmten Verpflichtungen in Art 5 und 6, aus zwingenden Gründen des öffentlichen Interesses, befreit werden. In beiden Fällen muss die Europäische Kommission innerhalb von drei Monaten nach Antrag des Gatekeepers eine Entscheidung treffen. Im Gegensatz dazu betragen die Fristen für Entscheidungen der Europäischen Kommission bezüglich der Auferlegung von Verpflichtungen für Gatekeeper deutlich länger, nämlich sechs Monate. Dieses Ungleichgewicht in den Fristsetzungen ist zu Gunsten der Gatekeeper und zum Nachteil von betroffenen Unternehmen und Verbrauchern. So kann auch die „Rentabilität der Geschäftstätigkeit“ Dritter durch die Nichteinhaltung der Verpflichtung eines Gatekeepers bedroht sein. Dennoch müssten sie, im Gegensatz zu dem Gatekeeper, sechs Monate statt drei Monate auf eine Entscheidung der Europäischen Kommission warten (in einigen Fällen könnte eine effektive Entscheidung sogar über fünf Jahre auf sich warten lassen (siehe Bewertung des vzbv zu Art. 16 unten).

Die Fristen (in Art. 8 und Art. 9), innerhalb derer die Europäische Kommission über die Aussetzung von Verpflichtungen für Gatekeeper entscheiden muss, sollten Gatekeeper nicht begünstigen, und deshalb von drei auf sechs Monate verlängert werden.

## **6. ARTIKEL 10 - AKTUALISIERUNG DER VERPFLICHTUNGEN DER GATEKEEPER**

Art. 10 sieht die Möglichkeit einer Aktualisierung der Pflichten in Art. 5 und Art. 6 für Gatekeeper vor. Angesichts sich ändernder Geschäftsmodelle oder neuer technischer Entwicklungen ist dies sinnvoll. Leider vernachlässigt die Begründung für eine Aktualisierung der Pflichten unlauteres Verhalten der Gatekeeper gegenüber Verbrauchern. So könnten die Verpflichtungen aktualisiert werden, wenn das Verhalten der Gatekeeper unlauter gegenüber gewerblichen Nutzern ist<sup>18</sup> oder die Bestreitbarkeit von Märkten durch bestimmte Praktiken der Gatekeeper geschwächt wird.

Schäden und Wohlfahrtsverluste für Verbraucher, die aus unlauterem Verhalten der Gatekeeper resultieren, werden in dem bisherigen Ansatz zur Neubewertung und Aktualisierung der Verpflichtungen für Gatekeeper nicht berücksichtigt. Schäden für Verbraucher entstehen beispielsweise Täuschung und Irreführung, Kopplung und Bündelung sowie Lock-in-Effekte. Es ist nicht nachvollziehbar, warum die Verbraucherseite hier ausgeblendet wird. Bei den ZPD der Gatekeeper handelt es sich in der Regel um mehrseitige Plattformmärkte, in denen Verbraucher eine Seite des Marktes bilden. Bezüglich des Zustandekommens und Funktionierens dieser Märkte kommt ihnen eine ebenso wichtige Rolle zu wie den gewerblichen Nutzern der anderen Plattformseite.

<sup>18</sup> “unfair” bedeutet i.S.d. Art 10 (a) “there is an imbalance of rights and obligations on business users and the gatekeeper is obtaining an advantage from business users that is disproportionate to the service provided by the gatekeeper to business users.”



Wird bei der Evaluation und Anpassung der Verpflichtungen für die Gatekeeper die Verbraucherseite ignoriert oder als zweitrangig betrachtet, untergräbt dies das Funktionieren dieser Märkte und verringert die Gesamtwohlfahrt.

Bei der Aktualisierung der Verpflichtungen für Gatekeeper nach Art. 10 darf die Europäische Kommission nicht nur die unfaire Behandlung von gewerblichen Nutzern durch Gatekeeper und die Risiken für die Bestreitbarkeit der Märkte berücksichtigen. Bei der Entscheidung über die Aktualisierung der Verpflichtungen für Gatekeeper müssen auch Schäden für die Verbraucher berücksichtigt werden, die aus dem Verhalten der Gatekeeper resultieren.

## 7. ARTIKEL 11 - UMGEHUNGSVERBOT

Die Nicht-Umgehungsklausel in Art. 11 ist ein zentraler Baustein des DMA. Sie soll verhindern, dass Gatekeeper die Verpflichtungen aus Art 5. und 6 umgehen. Die Klausel sieht vor, dass Gatekeeper die Verpflichtungen aus Art. 5 und 6 nicht unterlaufen dürfen "durch jegliches Verhalten [...], unabhängig davon, ob dieses Verhalten vertraglicher, kommerzieller, technischer oder sonstiger Natur ist."

Der vzbv begrüßt, dass Art. 11 die Verschlechterung der Bedingungen oder der Qualität des Dienstes durch Gatekeeper verbietet, wenn dritte Unternehmen oder Verbraucher von ihren Rechten oder Wahlmöglichkeiten gemäß Art. 5 und 6 Gebrauch machen. So dürfte zum Beispiel Google Maps seine Funktionalität für Nutzer nicht verschlechtern, wenn diese nach Art. 5 (a) nicht damit einverstanden sind, dass die über sie in Google Maps gesammelten Daten mit den Daten aus anderen Google-Diensten zusammengeführt werden.

Leider nimmt der gesamte DMA-Vorschlag nirgends Bezug auf den Einsatz von Dark Patterns zur schleichenden Beeinflussung des Verbraucherverhaltens, manipulative Benutzeroberflächen und das Ausnutzen von verhaltensökonomisch basierter Neigungen („Biases“) der Verbraucher.<sup>19</sup> Dark Patterns umfassen die unfaire Untergrabung oder Beeinträchtigung der Autonomie, Entscheidungsfindung oder Wahlmöglichkeiten von Verbrauchern durch die Struktur, Funktion oder Art der Gestaltung einer Benutzeroberfläche oder eines Teils davon. Aktuelle Forschungsergebnisse zeigen, dass der europäische Rechtsrahmen in Bezug auf Dark Patterns lückenhaft ist und Verbraucher nicht ausreichend vor Manipulationen durch unterschiedlichste Formen von Dark Patterns schützt.<sup>20</sup>

Artikel, die durch Ausnutzung von Dark Patterns Muster umgangen werden können, umfassen:

- Art. 5 (a) - Verbot der Zusammenführung personenbezogener Nutzerdaten
- Art. 5 (f) Verbot von Bündelung
- Art. 6 (b) Deinstallation vorinstallierter Anwendungen
- Art. 6 (c) Installation konkurrierender App-Stores und Software
- Art. 6 (d) Verbot der Selbstbevorzugung in Rankings

---

<sup>19</sup> Vgl. den Bericht des Norwegischen Verbraucherrates zu Dark Patterns Forbrukerradet (wie Anm. 14).

<sup>20</sup> Martini, Mario u. a.: Dark Patterns 01 (2021), in: ZfDR - Zeitschrift für Digitalisierung und Recht, H. 1, URL: [https://rsw.beck.de/docs/librariesprovider132/default-document-library/zfdr\\_heft\\_2021-01.pdf](https://rsw.beck.de/docs/librariesprovider132/default-document-library/zfdr_heft_2021-01.pdf) [Zugriff: 04.05.2021].

- Art. 6 (e) Verbot technischer Lock-In
- Art. 6 (h) Datenportabilität

Taktiken, die Dark Patterns ausnutzen, sind gut dokumentiert und werden etwa eingesetzt, um Nutzer zur Einwilligung in die Datenerfassung und -verarbeitung zu drängen,<sup>21</sup> sie bewusst davon abzuhalten, sich von Diensten abzumelden,<sup>22</sup> oder sie zum Kauf zusätzlicher Dienste zu bewegen<sup>23</sup>. Solche Taktiken verzerren die Wahlmöglichkeiten der Verbraucher und drängen sie dazu, Entscheidungen zu treffen, die nicht ihren wahren Präferenzen entsprechen. Infolgedessen verringern diese Praktiken den Wohlstand der Verbraucher. Außerdem verzerren sie den Wettbewerb, da die Nutzer andere Entscheidungen getroffen hätten, wenn die Entscheidungsarchitektur ausgewogener gewesen wäre.

Obwohl Art. 11 Gatekeepern verbietet, die Verpflichtungen des DMA in Art. 5 und Art. 6. durch "vertragliche, kommerzielle, technische oder andere" Mittel zu umgehen, und „die Ausübung dieser Rechte bzw. Möglichkeiten übermäßig [zu] erschwer[en]“, besteht die Gefahr, dass die Ausnutzung von Dark Patterns und der Entscheidungsarchitektur den Gatekeepern als Schlupfloch dient. So wäre etwa „Nagging“ ein Dark Pattern, bei dem Verbraucher immer wieder aufgefordert werden, eine bestimmte Handlung zu begehen, nicht notwendigerweise von Art. 11 (3.) erfasst. Leider haben sich derart manipulative Taktiken in den Geschäftspraktiken vieler Unternehmen eingebürgert. Das Umgehungsverbot sollte den Gatekeepern eine "Fairness-by-Design"-Verpflichtung auferlegen, die sicherstellt, dass sie es Verbrauchern so einfach wie möglich machen, über eine ausgewogene Benutzeroberfläche wirkliche Entscheidungen zu treffen.

Der DMA sollte explizit festlegen, dass Gatekeeper die Verpflichtungen aus Art. 5 und 6 nicht durch Ausnutzung von Dark Patterns und manipulativer Benutzeroberflächen umgehen dürfen. Die Benutzeroberfläche für Verbraucherentscheidungen mit Relevanz für die Pflichten aus Art. 5 und 6 muss ausgewogen gestaltet sein und nicht einseitig im kommerziellen Interesse von Gatekeepern und zum Nachteil von Verbrauchern. Die Autonomie, Entscheidungsfindung oder Wahlmöglichkeiten der Verbraucher dürfen nicht durch die Struktur, Funktion oder Art der Gestaltung der Benutzeroberfläche unfair untergraben oder beeinträchtigt werden und auch nicht im kommerziellen Interesse von Gatekeepern zum Nachteil von Verbrauchern.

## 8. ARTIKEL 13 - PRÜFUNGSPFLICHT

Art. 13 verpflichtet Gatekeeper jährlich, einen Auditbericht über die in ihren ZPD verwendeten Techniken zur Profilbildung von Verbrauchern vorzulegen. Dieser Bericht muss von unabhängigen Auditoren erstellt werden. Erwägungsgrund 61 beschreibt, welche Informationen Gatekeeper den Auditoren dafür zur Verfügung stellen müssen.

---

<sup>21</sup> Peter Hense: The end of dark patterns in "cookie walls": German court bans deceptive designs (2021), URL: <https://www.jdsupra.com/legalnews/the-end-of-dark-patterns-in-cookie-5786302/> [Zugriff: 01.02.2021].

<sup>22</sup> So zeigt beispielsweise der jüngste Bericht des Norwegischen Verbraucherrates, wie Amazon Nutzer, die sich von Amazon Prime abmelden wollen, offenbar gezielt dabei behindert werden: "In the process of unsubscribing from Amazon Prime, the company manipulates consumers to continue using the service in what seems like a deliberate attempt to confuse and frustrate customers." Vgl. Forbrukerradet: Amazon manipulates customers to stay subscribed, URL: <https://www.forbrukerradet.no/news-in-english/amazon-manipulates-customers-to-stay-subscribed/> [Zugriff: 01.02.2021].

<sup>23</sup> Beispielsweise: "A [...] federal lawsuit asserts that Electronic Arts unlawfully increases its sports games' difficulty in order to induce gamers into paying the video game publisher additional money." Vgl. Sportico: Federal Law Suit: This Video Game is too Damn Hard (2020), URL: <https://www.sportico.com/law/analysis/2020/ea-sports-its-in-the-game-1234617287/> [Zugriff: 01.02.2021].

Diese Vorgaben sind jedoch so weit gefasst, dass die Informationen zu allgemein ausfallen könnten. Es besteht das Risiko, dass diese Informationen kaum aussagekräftiger sind als die Angaben zur Profilbildung, die ohnehin öffentlich zugänglich sind, beispielsweise durch die allgemeinen Geschäftsbedingungen oder die Datenschutzerklärung des Gatekeepers. Eine tiefgehende, erkenntnisfördernde Prüfung zu der Profilbildung und ihrem Einsatz gegenüber Verbrauchern, liegt jedoch im Interesse der Verbraucher, der Öffentlichkeit und der Wettbewerber.

Der DMA sollte die Transparenzpflichten für Gatekeeper gegenüber unabhängigen Auditoren deutlich ausweiten (Art. 13). Es muss sichergestellt werden, dass Gatekeeper den unabhängigen Auditoren umfassende Transparenz über ihre Profilbildungstechniken gewähren. Die Informationen sollten etwa die Art der verwendeten Daten, ihre Herkunft, angewandte Verfahren/Modelle zur Profilbildung, Zweck und Einsatz der Profilbildung (wie personalisierte Preise, Angebote und Rankings), die Weitergabe von Daten und Profilinformatoren (auch durch Dritte) umfassen. Der DMA sollte festlegen, dass die wichtigsten Ergebnisse des unabhängigen Auditberichts veröffentlicht werden, damit die Verbraucher bewusster entscheiden können, welche Dienste sie nutzen wollen.

## IV. KAPITEL IV - MARKTUNTERSCHUNGEN

### 1. ARTIKEL 16 - MARKTUNTERSUCHUNG BEI SYSTEMATISCHER NICHTEINHALTUNG

Der DMA sieht vor, dass die Europäische Kommission einem Gatekeeper erst dann verhaltensbasierte oder strukturelle Abhilfemaßnahmen auferlegen kann, wenn er innerhalb eines Zeitraums von mehr als fünf Jahren mindestens dreimal gegen die Verpflichtungen der DMA verstoßen hat und seine Gatekeeper-Position „weiter gestärkt oder ausgeweitet hat“ (Art 16 (1) und (3), Erwägungsgrund 64). Dass systematisches Fehlverhalten seitens eines Gatekeepers derart nachgiebig behandelt wird, ist ein wesentliches Defizit des DMA und untergräbt seine Wirksamkeit. Die Erfahrung aus wettbewerbsrechtlichen Missbrauchsfällen hat gezeigt, dass Gatekeeper und deren Anleger selbst Geldstrafen in Milliardenhöhe quasi „einpreisen“. Zeitnahe strukturelle Abhilfemaßnahmen wären ein deutlich effektiverer Anreiz für regelkonformes Verhalten.

Einer der Ziele des DMA ist es, die Europäische Kommission zu ermächtigen, schnell zu handeln - ohne langwierige Verfahren, wie sie in der wettbewerbsrechtlichen Praxis oft vorkommen. In manchen Wettbewerbsfällen konnten Unternehmen ihr Fehlverhalten über Jahre beibehalten, so dass sich Regelverstöße, trotz Geldstrafen, damit „lohnerten“. Nach dem jetzigen Vorschlag könnte ein Gatekeeper fünf Jahre lang gegen die DMA-Verpflichtungen verstoßen und dabei Wettbewerber und Verbraucher schädigen, bevor er spezielle verhaltensbezogene oder strukturelle Abhilfemaßnahmen befürchten müsste. Könnte die Europäische Kommission leichter und schneller verhaltensbezogene oder strukturelle Abhilfemaßnahmen verfügen, wäre dies ein deutlich stärkerer Anreiz für regelkonformes Verhalten.

Zudem können systematische Verstöße gegen die im DMA dargelegten Pflichten, Verbrauchern schaden, ohne dass damit die Gatekeeper-Position gestärkt oder ausgebaut wird. Die kumulative Bedingung der Ausweitung und Stärkung der Gatekeeper-Position als Voraussetzung für die Verhängung verhaltensbezogener und struktureller Abhilfemaßnahmen erscheint daher nicht gerechtfertigt. Missachtet ein Gatekeeper systematisch die im DMA festgelegten Pflichten, sollte dies ausreichen, um verhaltensbezogene oder strukturelle Abhilfemaßnahmen zu verhängen.

Die Europäische Kommission sollte befugt sein, einem Gatekeeper verhaltensbezogene oder strukturelle Abhilfemaßnahmen aufzuerlegen, wenn er gegen die Verpflichtungen aus Art. 5 und Art. 6 verstoßen hat, unabhängig davon, ob er seine Gatekeeper-Position durch den Verstoß erweitert hat.

## V. KAPITEL V - UNTERSUCHUNGS-, DURCHSETZUNGS- UND ÜBERWACHUNGS-BEFUGNISSE

Der vzbv begrüßt, dass der DMA der Europäischen Kommission ähnliche Ermittlungs- und Überwachungsbefugnisse einräumt, wie sie das europäische Wettbewerbsrecht vorsieht. Die Möglichkeit der Europäischen Kommission Geldbußen von bis zu 10 Prozent des weltweiten Umsatzes des betroffenen Unternehmens sowie einstweilige Maßnahmen zu verhängen, scheinen angemessen.

Aus Sicht des vzbv müssten jedoch verhaltensbezogene und strukturelle Abhilfemaßnahmen schneller möglich sein als vorgesehen (siehe Bewertung des vzbv zu Art. 16 oben).

### 1. ARTIKEL 28 - VERJÄHRUNGSFRIST FÜR DIE VERHÄNGUNG VON SANKTIONEN

Der vzbv bedauert auch, dass die Verjährungsfristen für die Verhängung von Sanktionen lediglich drei Jahre betragen (Art. 28)<sup>24</sup>. Dies ist deutlich kürzer als die Verjährungsfrist von fünf Jahren im Wettbewerbsrecht. Da die Sachverhalte in DMA-Verfahren ähnlich komplex und schwer überschaubar sein dürften, wie in wettbewerbsrechtlichen Fällen, scheint die kürzere Verjährungsfrist für die Verhängung von Bußgeldern nicht gerechtfertigt.

Die Verjährungsfrist für die Verhängung von Bußgeldern nach Art. 28 sollte von drei auf fünf Jahre verlängert werden.

### 2. ARTIKEL 30 - ANSPRUCH AUF RECHTLICHES GEHÖR UND RECHT AUF AKTENEINSICHT

Nach Art. 30 hat der Gatekeeper das Recht auf Anhörung und Akteneinsicht: „Die Kommission stützt ihre Beschlüsse nur auf Beschwerdepunkte, zu denen sich der Gatekeeper, das Unternehmen bzw. die Unternehmensvereinigungen äußern konnte.“ Angesichts der Macht der Gatekeeper und ihres Einflusses auf das tägliche Leben der Verbraucher ist es dringend geboten, dass nicht nur Gatekeeper, sondern auch betroffene Dritten in die Entscheidungsfindung einbezogen werden. Dies beinhaltet auch Verbraucherverbände, die Verbraucherinteressen vertreten. Die Praxis der Einbeziehung von Verbrauchervertretern in Wettbewerbsverfahren hat sich bewährt und kann als Blaupause für den DMA dienen: Sowohl der vzbv als auch der Dachverband der europäischen Verbraucherorganisationen (BEUC) haben in einer Reihe von wegweisenden Wettbewerbsverfahren des Bundeskartellamtes beziehungsweise der Europäischen Kommission die Perspektive der Verbraucher eingebracht.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> Wobei die effektive Verjährungsfrist bei Berücksichtigung von Aussetzungen der Frist insgesamt sechs Jahre betragen kann.

<sup>25</sup> Beispielsweise war der vzbv in das Verfahren des Bundeskartellamtes gegen Facebook involviert. Vgl. Verbraucherzentrale Bundesverband: Mit dem Kartellrecht gegen die Datensammelwut von Facebook (2019), URL: <https://www.vzbv.de/pressemitteilung/mit-dem-kartellrecht-gegen-die-datensammelwut-von-facebook> [Zugriff: 01.02.2021] sowie: Bundeskartellamt: Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources (2019), URL: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07\\_02\\_2019\\_Facebook.html;jses](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html;jses)

Nicht nur Gatekeeper, sondern auch Dritte, die vom Verhalten von Gatekeepern betroffen sind, sollten nach Art. 30 bei Entscheidungen der Europäischen Kommission Anhörungs- und Akteneinsichtsrechte erhalten. Hierzu zählen auch Verbraucherverbände, die Verbraucherinteressen vertreten und einbringen können. Dies muss alle relevanten Entscheidungen umfassen, die Verbraucher betreffen, etwa Marktuntersuchungen zur Benennung eines Gatekeepers, Entscheidungen zur Aussetzung und Befreiung von Verpflichtungen, einstweilige Maßnahmen, Geldbußen etc.

### 3. ARTIKEL 32 - BERATENDER AUSSCHUSS FÜR DIGITALE MÄRKTE

Nach dem aktuellen Vorschlag läge die Zuständigkeit für die Durchsetzung und Überwachung der DMA-Regeln allein bei der Europäischen Kommission. Die Rolle der Mitgliedstaaten würde sich auf eine beratende Funktion im Rahmen eines Beratenden Ausschusses für digitale Märkte beschränken (Art. 32). Dieser zentralisierte Ansatz stellt einerseits eine einheitliche Durchsetzung des DMA sicher und vermeidet die Risiken einer gegebenenfalls zu laxen Durchsetzung durch die Mitgliedsstaaten. Andererseits nimmt dieser Ansatz nationalen Behörden, die willens und in der Lage sind, die DMA-Regeln effektiv durchzusetzen, die Möglichkeit sich aktiv einzubringen.

Besorgniserregend ist, dass der DMA-Vorschlag vorsieht, zur Durchsetzung des DMA lediglich 80 Vollzeitstellen in der Europäischen Kommission zu schaffen.<sup>26</sup> In Anbetracht der zu erwartenden Komplexität der Marktuntersuchungen und zu behandelnden Fälle muss damit gerechnet werden, dass diese niedrige Zahl an geplanten Vollzeitstellen nicht ausreicht, um eine effektive Durchsetzung des DMA sicherzustellen.

Der europäische Gesetzgeber muss die Anzahl der Vollzeitstellen, die für die Durchsetzung des DMA in der Europäischen Kommission vorgesehen sind, deutlich aufstocken. Ergänzend sollte geprüft werden, wie die behördlichen Zuständigkeiten für die Rechtsdurchsetzung des DMA angepasst werden könnten, um nationalen Behörden einen aktiveren Beitrag zur Durchsetzung der DMA-Regeln zu ermöglichen und dabei eine EU-weit konsistente Rechtsdurchsetzung sicherzustellen.

---

sionid=4966A1987A0DDCF7801D38F20E1F0F5D.2\_cid362?nn=3591568 [Zugriff: 01.02.2021]. BEUC war eine "interested third party" im Wettbewerbsverfahren der Europäischen Kommission zum grenzüberschreitenden Pay-TV (AT.40023). Vgl. BEUC: Court of Justice judgement pulls plug on audiovisual geo-blocking (2020), URL: <https://www.beuc.eu/publications/court-justice-judgement-pulls-plug-audiovisual-geo-blocking/html> [Zugriff: 01.02.2021].

<sup>26</sup> Diese sollen sukzessive bis 2025 geschaffen werden. Vgl. DMA, Legislative Financial Statement, Section 3.2.3.2. Estimated requirements of human resources, S. 71 ff.