

Google, Facebook & Co: Die Macht von Daten und Algorithmen im Fokus des Kartellrechts*

Torsten Körber

A. Ausgangspunkt

Wer an die „Macht der Algorithmen“ – so der Titel der Ringvorlesung – denkt, der kommt nahezu zwangsläufig auf die großen Internetkonzerne Google (bzw. Alphabet), Amazon, Facebook (bzw. Meta), Apple und Microsoft – kurz: „GAFAM“. Machtkonzentrationen sind in der Wirtschaft nichts Neues. Schon in den 1880er Jahren wurde in den USA die Sorge laut, dass Konzentrationen auf dem Gebiet der Eisenbahn und der Öl-Industrie, z.B. in Gestalt des „Standard Oil Trusts“ zu wirtschaftlich und politisch unkontrollierbaren Monopolen führen könnten. Damals wurde als Antwort darauf im Jahre 1890 in den USA mit dem Sherman Act das erste moderne Kartellgesetz der Welt eingeführt, das bis heute besteht und Kartelle ebenso verbietet wie eine Monopolisierung mit wettbewerbswidrigen Mitteln. Regelungen gegen Kartelle und Machtmissbräuche finden sich heute in praktisch jeder Kartellrechtsordnung und sie haben in den vergangenen 130 Jahren gute Dienste für den Wettbewerb geleistet. Die Mineralölmärkte sind auch ganz aktuell wieder im Fokus der deutschen Kartellrechtsdebatte, nachdem das BMWK im Juni 2022 angesichts der hohen Benzin- und Dieselpreise neue Regelungen zu einer missbrauchsunabhängigen Entflechtung und zu einer Beweislastumkehr bei der Abschöpfung von kartellrechtswidrig erlangten Vorteilen ins Spiel gebracht hat.

Machtkonzentrationen sind auch in der digitalen Ökonomie nichts Neues. Schon als das Internet – das gerade einmal 30 Jahre alt ist – noch in den Kinderschuhen steckte, machte man sich Sorgen um die Marktmacht von Microsoft. In den späten 1990er Jahren wurde befürchtet, dass Microsoft seine Macht auf dem Markt für Betriebssysteme ausnutzen könnte, um auch andere Märkte – etwa für Webbrowser, Media Player und Medienstreaming – und

* Der Beitrag basiert auf einer am 15.6.2022 in Köln gehaltenen Vorlesung. Die Vortragsgestalt wurde weitgehend beibehalten. Die Angabe zum DMA wurde an die am 12.10.2022 veröffentlichte deutsche Finalfassung angepasst.

letztlich das ganze Internet zu dominieren. Und als am 10. Januar 2000 der Medienkonzern TimeWarner und der Internet-Zugangspvoder AOL ihre Fusionspläne bekannt gaben, befürchteten manche, dass der neue Konzern das ganze Internet und damit auch wesentliche Meinungsmärkte unter seine Kontrolle bringen könnte. Beide Sorgen haben sich – wie wir heute wissen – als unbegründet erwiesen. Microsoft ist zwar (nach Apple) immer noch das zweitwertvollste Digitalunternehmen.¹ Aber das Internet dominieren heute andere und im Bereich der Mediaplayer und des Medienstreamings ist Microsoft bedeutungslos. Den Ton geben andere wie YouTube, Netflix oder Spotify an. Auch der Zusammenschluss TimeWarner/AOL erwies sich als Flop. Er bescherte TimeWarner schon 2002 rund 45 Mrd. US\$ Verlust.² 2009 wurde AOL ausgegliedert und 2015 für 4,4 Mrd. US\$ verkauft.³ AOL ist nicht – wie befürchtet – der Internetmonopolist geworden, sondern in die Bedeutungslosigkeit versunken.

Heute ist die Sorge, dass einzelne Unternehmen die digitale Wirtschaft, das Internet und die Medien dominieren könnten, auf Google, Amazon, Facebook und Apple, teils auch auf Microsoft, kurz: GAFA bzw. GAFAM gerichtet. Dass Google – gegründet 1997 – seine Führungsrolle auf den Suchmaschinenmärkten als Hebel nutzen könnte, um andere Märkte für Karten (Maps), Videoinhalte (YouTube) oder Preisvergleiche (Shopping) zu erobern, ist seit mehr als zehn Jahren Gegenstand heftiger Diskussionen. Hinzu kommt, dass Google (bzw. Alphabet) mit Android das erfolgreichste mobile Betriebssystem kontrolliert.⁴ Amazon hat sich seit seiner Gründung als Internetbuchhändler 1994 zum weltweit größten Internetmarktplatz entwickelt und betreibt nebenbei mit dem Amazon Marketplace, für den es die Regeln setzt, auch eines der größten Vertriebsportale für Drittanbieter. Facebook (bzw. Meta) – mit dem Geburtsjahr 2004 der Benjamin in diesem exklusiven Club – ist das weltweit größte soziale Netzwerk. Hier bestehen in besonderem Maße neben der Angst vor einer wirtschaftlichen Machtkonzentration auch Bedenken mit Blick auf die potentielle „Medienmacht“. Dies

1 <https://de.fxssi.com/groessten-technologieunternehmen>.

2 <https://www.manager-magazin.de/unternehmen/karriere/a-232896.html>.

3 Gekauft hatte TimeWarner AOL für 182 Mrd. US\$, s. <https://www.mediavillage.com/article/historys-moment-in-media-aol-time-warner-merger/>.

4 Vgl. <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/184335/umfrage/marktanteil-der-mobilen-betriebssysteme-weltweit-seit-2009/>.

gilt umso mehr, seit Facebook mit WhatsApp⁵ und Instagram⁶ zwei weitere wesentliche Kommunikationskanäle übernommen hat.

Wie schon in den Microsoft-Fällen treten bei diesen Diensten starke Netzwerk- und Skaleneffekte auf, also „Selbstverstärkungseffekte“ und andere Faktoren, die nicht nur, aber besonders für digitale Plattformen relevant sind. Dies im Detail zu erörtern, würde den Rahmen dieser Vorlesung sprengen. Das deutsche Recht hat aber die wichtigsten, insbesondere (aber nicht nur) für digitale Märkte relevanten Faktoren in § 18 Abs. 3a GWB aufgezählt. Hier sollen nur zwei exemplarisch herausgegriffen werden: Einerseits Netzwerkeffekte und Größenvorteile (§ 18 Abs. 3a Nr. 1 und 3 GWB) und andererseits der Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten (§ 18 Abs. 3 Nr. 3 und Abs. 3a Nr. 4 GWB).

Ein Betriebssystem, ein soziales Netzwerk oder ein Messenger-Dienst funktionieren einerseits umso besser, je mehr Teilnehmer der Dienst hat, mit denen man sich austauschen kann. Andererseits werden sie mit steigender Nutzerzahl auch für Werbekunden immer attraktiver. Man spricht insoweit von „Netzwerkeffekten“. Wer schon einmal erwogen hat, von WhatsApp zu einem anderen Dienst zu wechseln, weiß, wovon die Rede ist. Das macht es neuen Unternehmen schwer, auf einem Markt Fuß zu fassen. Sie müssen nicht nur erhebliche Investitionen für Hardware, Server und Programme, aber auch für die Gewinnung von Kunden tätigen, sondern zudem sowohl auf dem Nutzermarkt (z.B. für ein neues soziales Netzwerk) als auch auf dem Werbemarkt eine hinreichende Zahl von Kunden gewinnen und diese letztlich überzeugen, von dem bereits etablierten Dienst, den bereits „jeder“ nutzt, zu wechseln. Unmöglich ist das aber nicht. Google war nicht immer die führende Suchmaschine und Facebook nicht immer das führende soziale Netzwerk. Beide haben vormals dominante Wettbewerber „entthront“. Und nach der Übernahme von Skype hatte Microsoft 2011 kurzzeitig einen Marktanteil von über 90 % bei den Messenger-Diensten.⁷ Genützt hat es nichts. Heute dominieren andere Dienste wie WhatsApp oder Zoom, die – allen Netzwerkeffekten zum Trotz – Erfolg hatten, weil sie schlicht besser waren.

In den letzten Jahren hat sich der Blick zunehmend auf eine mutmaßliche „Datenmacht“ der GAFAM-Unternehmen gerichtet. Daten spielen für *jede* Industrie eine wichtige Rolle, für die Internetdienste von Google und Facebook gilt dies aber in besonderem Maße, weil diese Unternehmen den

5 KOMM., 19.11.2014, M.8228 – Facebook/WhatsApp.

6 Vgl. <https://about.fb.com/news/2012/04/facebook-to-acquire-instagram/>.

7 KOMM., 7.10.2011, M.6281 – Microsoft/Skype.

Nutzern ihre Dienste kostenfrei anbieten und sich über ein mehrseitiges Geschäftsmodell über Werbung finanzieren. Die Nutzerdaten werden genutzt, um die Produkte zu optimieren und zielgenauere und damit erfolgreichere Werbung zu schalten. Mit anderen Worten: Die Nutzerdaten sind ein wichtiger Rohstoff, den die Algorithmen dieser Unternehmen – also letztlich die KI, die Produkte und Werbung steuert – benötigen, um gut zu funktionieren. Aber anders als andere Rohstoffe oder Geld sind Daten „nicht rival“: Geld, das man ausgibt, ist weg. Öl, das man verbrennt oder verarbeitet, ist weg. D.h. Geld oder Öl kann nur der eine oder die andere nutzen. Es besteht Rivalität um diese Verbrauchsgüter. Bei Daten ist das oft anders. Die meisten Daten kann man mehrfach an verschiedene Unternehmen übermitteln, die sie alle parallel oder nacheinander nutzen können. Um mitzuhalten braucht man auch nicht unbedingt genauso viele Daten – oder gar die gleichen Daten – wie Google und Facebook. Aber man braucht jedenfalls „genug“ Daten, um seine KI zu trainieren. Man spricht insoweit von einer „mindestoptimalen Datenmenge“.⁸ Ob es wirklich „Datennetzwerkeffekte“ gibt, erscheint zweifelhaft.⁹

Mit Blick auf diese Faktoren und die schiere Größe der GAFAMs besteht heute gleichwohl die Sorge, dass diese Unternehmen bereits uneinholbare Wettbewerbsvorteile erlangt hätten und dass kleinere – insbesondere deutsche und europäische – Unternehmen ins Hintertreffen geraten, z.B. weil sie aus Datenmangel nicht mithalten können oder weil die GAFAMs sich selbst bevorzugen. Diese Sorge steht hinter dem neuen § 19a GWB und auch hinter dem Digital Markets Act (DMA) der EU (zu Deutsch: Gesetz über digitale Märkte). Außerdem steht die Sorge im Raum, dass innovative Start-ups durch Fusionen „geschluckt“ und dadurch Fortschritt und Produktvielfalt beschnitten werden. Am Ende, so die verbreitete Befürchtung, werden dann wir alle als Marktteilnehmer monetär oder in Bezug auf unsere Daten ausgebeutet.

8 Zu diesen Aspekten vgl. T. Körber, „Ist Wissen Marktmacht?“ Überlegungen zum Verhältnis von Datenschutz, „Datenmacht“ und Kartellrecht – Teil I, NZKart 2016, 303 und ders., „Ist Wissen Marktmacht?“ Überlegungen zum Verhältnis von Datenschutz, „Datenmacht“ und Kartellrecht – Teil II, NZKart 2016, 348 m.w.N.

9 Dazu und zu den vorstehenden Aspekten monographisch K. Hillmer, Daten als Rohstoffe und Entwicklungstreiber für selbstlernende Systeme, Baden-Baden 2021.

B. Kartellrecht

Aber wie dem auch sei: Wenn die Gefahr besteht, dass Unternehmen „zu groß“ sind und nicht mehr hinreichend durch Markt und Wettbewerb kontrolliert werden, schlägt – wie schon 1890 – zunächst einmal die Stunde des Kartellrechts. Da nicht alle Hörer der Ringvorlesung Kartellrechtsexperten sind, soll hier zunächst vorab kurz skizziert werden, was das Kartellrecht kann und will und auch, was es nicht kann und nicht will.

Das Kartellrecht dient dem Schutz der Freiheit des Wettbewerbs auf ökonomischen Märkten. Wirksamer Wettbewerb als freies Spiel der Marktkräfte sorgt dafür, dass das Angebot durch die Nachfrage gesteuert wird und dass knappe Ressourcen dort eingesetzt werden, wo sie volkswirtschaftlich ihre sinnvollste Verwendung finden. Die Geschichte lehrt, dass die *über* den Markt aktivierte „Schwarmintelligenz“ der (privaten wie unternehmerischen) Marktteilnehmer zu dieser Koordinierung weit besser in der Lage ist als staatliche Planung auf der Basis von meistens nur angemäßigem Wissen. Der Markt ist ein „basisdemokratischer“ Steuerungsmechanismus. Der Wettbewerb ist zugleich ein Instrument der Freiheitssicherung gegenüber großen Unternehmen wie gegenüber dem (noch größeren) Staat.

Wenn der Wettbewerb funktioniert, führt er zu niedrigen Preisen, Produktvielfalt und Innovation – kurz: zur Steigerung der Konsumentenwohlfahrt. Wirksamer Wettbewerb setzt die Unternehmen beständig unter Druck, ihre Preise zu senken und ihre Produkte und Verfahrensweisen zu verbessern, weil sie sonst Marktanteile verlieren und ggf. sogar vom Markt verschwinden. Wie in der Natur gilt der Grundsatz des „survival of the fittest“. Dass Unternehmen, die innovativ und effizient sind, wachsen – und andere, die es nicht sind, „pleitegehen“ – ist Ausdruck des *Funktionierens* von Märkten und nicht etwa von Marktversagen.

Um die Funktionsfähigkeit und Wirksamkeit des Wettbewerbs zu sichern, verbietet das Kartellrecht *erstens* – wie schon der Name vermuten lässt – Kartelle, also Verhaltensabstimmungen zwischen Unternehmen, die Wettbewerbsbeschränkungen bezwecken oder bewirken, z.B. Preisabsprachen.¹⁰

Zweitens versucht das Kartellrecht, Machtkonzentrationen durch wettbewerbswidrige Unternehmenszusammenschlüsse zu verhindern. Dies ist Gegenstand der Fusionskontrolle.¹¹ Wenn also beispielsweise ein GAFAM-Unternehmen sich durch ein innovatives Start-up-Unternehmen bedroht

10 Z.B. § 1 GWB, Art. 101 AEUV.

11 Z.B. §§ 35 ff. GWB, EU-FKVO 139/2004.

fühlt und dieses „schluckt“, um sich einen Wettbewerber „vom Hals zu schaffen“, kann das ggf. verboten werden. Der Teufel steckt dabei freilich im Detail, denn eine solche Fusion kann auch innovationsfördernd wirken und seitens des Start-ups durchaus erwünscht sein.¹² Wer träumt nicht davon, dass ein wenige Jahre altes Start-up für Hunderte von Millionen oder sogar Milliarden aufgekauft wird, wie seinerzeit WhatsApp? Diese Aussicht kann ein starker Anreiz sowohl für Innovationen als auch für Investitionen in solche Innovationen sein und daher den Fortschritt antreiben. Fusionen werden daher in der Praxis zu Recht nur äußerst selten verboten.¹³

Drittens, und damit sind wir beim eigentlichen Thema, sollen die Machtmissbrauchsverbote des Kartellrechts verhindern, dass marktbeherrschende Unternehmen, die nicht mehr hinreichend durch den Wettbewerb kontrolliert werden, ihre Macht missbrauchen, um ihre Wettbewerber zu behindern oder ihre Marktpartner auszubeuten. Aber auch hierbei muss sorgfältig unterschieden werden, denn Erfolg im Wettbewerb führt – wie wir gesehen haben – dazu, dass einige Unternehmen größer werden und andere Marktanteile verlieren. Das Kartellrecht verbietet daher aus gutem Grund nicht, dass Marktmacht im Wettbewerb errungen wird. Das nämlich würde bedeuten, Erfolg zu bestrafen. Es kann geschehen, dass ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung erlangt, ganz einfach, weil es innovativer, effizienter und schlicht „besser“ ist als seine Wettbewerber. Marktmacht an sich und sogar Monopole sind daher zu Recht erlaubt. Ein solches Unternehmen zu zerschlagen, auch wenn es seine Macht nicht missbraucht, wie in Bezug auf die GAFAMs und jetzt seitens des BMWK auch in Bezug auf Mineralölunternehmen immer wieder mal gefordert wird, ist daher ein kartellrechtsfremder Irrweg. Solche Entflechtungen wurden z.B. in den USA und im Vereinigten Königreich versucht und haben praktisch nie zu dauerhaften Erfolgen geführt. Das Kartellrecht kann und sollte nicht gegen den Markt anarbeiten, sondern nur dem freien Wettbewerb auf Märkten „Leitplanken“ setzen. Zielführender ist es daher, marktmächtigen Unternehmen kartellrechtlich „auf die Finger“ zu schauen und – eben weil sie nicht mehr hinreichend durch den Wettbewerb kontrolliert werden – Machtmissbräuche durch solche Unternehmen zu

12 Kritisch zum Vorwurf wettbewerbsbehindernder Akquisitionen T. Gerpott, Empirische Befunde zu Unternehmenskäufen durch Big Tech-Konzerne – Forschungssichtung und Implikationen für die Wettbewerbsrechtsanwendung und -setzung, NZKart 2022, 561.

13 Die Kommission hat von den bis September 2022 bei ihr angemeldeten 8654 Zusammenschlüssen nur 32 vollständig untersucht, vgl. <https://tlp.de/d5vsd>.

identifizieren, zu unterbinden und zu bebußen. Erst wenn das nicht hilft, ist bei wiederholten Missbräuchen als ultima ratio gegenüber „kartellrechtlichen Intensivtätern“ schon nach geltendem Recht eine Entflechtung möglich.¹⁴

C. „Analoges Kartellrecht“ und digitale Märkte

Das Kartellrecht baut auf Generalklauseln. Dies gilt für das Kartellverbot (§ 1 GWB, Art. 101 AEUV) ebenso wie für das Missbrauchsverbot (§§ 19, 20 GWB, Art. 102 AEUV). Und das ist auch gut so, denn spezielle – am technischen Status quo ausgerichtete Normen würden von der Praxis schnell überholt sein. Das gilt sogar in besonderem Maße für digitale Märkte, weil sie außerordentlich dynamisch sind. Ein spezielles „Digital-Kartellrecht“ würde daher sogar besonders schnell veralten und überholt sein. Generalklauseln können dagegen von Kartellbehörden und -gerichten flexibel an die Entwicklungen der Praxis angepasst werden.¹⁵

Die kartellrechtlichen Missbrauchsverbote haben allerdings einen „Pferdefuß“: Ihre Durchsetzung durch Behörden oder Gerichte setzt einen bereits erfolgten Machtmissbrauch voraus. Sie können also – in anderen Worten – nur *ex post* angewendet werden. Manche meinen daher, das bestehende Kartellrecht leiste „too little, too late“ und könne nicht mit der Digitalwirtschaft mithalten.¹⁶ Wenn das Kartellrecht endlich eingreife, sei – z.B. im Verhältnis zu den GAFAMs – das Kind „Wettbewerb“ möglicherweise schon in den Brunnen gefallen. Paradebeispiel der Vertreter dieser These ist das *Google Shopping*-Verfahren: Hier vergingen zwischen der Beschwerde des Wettbewerbers *Foundem* am 3. November 2009 und der Entscheidung der EU-Kommission am 27. Juni 2017 nahezu acht Jahre,¹⁷ und final entschieden ist der Fall immer noch nicht. Vor dem Gericht der Europäischen Union hat die EU-Kommission am 10. November 2021 gewonnen, aber das letzte Wort hat der EuGH. Das Bundeskartellamt hat allerdings kürzlich ein Verfahren gegen *Amazon* in rund 9 Monaten abgeschlossen.¹⁸ Es geht also auch deutlich schneller. Warum dauerte es im ersten Verfahren so lange und ging im zweiten so schnell, obwohl beide auf der Basis des „alten“ Kartellrechts und beide

14 Vgl. § 32 Abs. 2 GWB, Art. 7 Abs. 1 VO 1/2003.

15 Vgl. dazu schon T. Körber, Analoges Kartellrecht für digitale Märkte?, WuW 2015, 120.

16 Vgl. etwa R. Podszun/P. Bongartz/S. Langenstein, The Digital Markets Act: Moving from Competition Law to Regulation for Large Gatekeepers, EuCML 2021, 60.

17 KOMM., 27.6.2017, AT.39740 – Google Shopping.

18 S. <https://t1p.de/2lujh>.

gegen Digitalunternehmen geführt wurden? Ein Grund mag sein, dass EU-Kommission und Bundeskartellamt im Jahr 2022 viel mehr Kompetenz im Bereich der digitalen Ökonomie haben als dies 2009 der Fall war. Wichtiger dürfte aber sein, dass im *Google Shopping*-Verfahren eine einvernehmliche Einigung zwischen Google und der EU-Kommission (zu der beiden bereit waren) durch politische Intervention verhindert und eine im Streit ergangene Entscheidung erzwungen wurde, während Amazon und das Bundeskartellamt ohne politische Intervention eine einvernehmliche Lösung suchen und finden konnten, die dann natürlich auch kein langwieriges Gerichtsverfahren nach sich zog. Dies zeigt, wie wichtig politische Unabhängigkeit für den zügigen Wettbewerbsschutz ist.

Gleichwohl ist richtig, dass die Anwendung der Missbrauchsvorschriften sehr aufwendig ist. Sie erfordert umfassende ökonomische und juristische Analysen. Und auch der Nachweis von Missbräuchen ist oft schwierig. Das gilt auch und vielleicht sogar besonders für digitale Märkte, die oft noch komplexer sind. Während sich auf einem „normalen“ Markt Anbieter und Nachfragende gegenüberstehen (z.B. Autohändler und Käufer), sind auf digitalen Märkten oft mehrere Marktseiten über Plattformen vernetzt. Bei Googles mobilem Betriebssystem Android sind es z.B. fünf Marktseiten, die sich gegenseitig beeinflussen. Mehrere 2019 und 2020 erstellte wissenschaftliche Gutachten für BMWi und EU-Kommission kamen trotzdem (zu Recht) zu dem Schluss, dass eine maßvolle Anpassung, digitale Ertüchtigung und Beschleunigung des bestehenden Kartellrechts ausreichen würde.¹⁹ Aber das Bundeskartellamt und die EU-Kommission strebten nach einer Erweiterung ihrer Kompetenzen und die Politik strebte nach einer stärkeren Intervention gegen die US-amerikanischen Unternehmen, um die Wettbewerbschancen deutscher und europäischer Unternehmen zu verbessern. Daher wurden in Deutschland und der EU Gesetze entwickelt, durch die man große Digitalunternehmen oder auch „Torwächter“ (Gatekeeper) vorab – *ex ante* – regulieren möchte. In Deutschland wurde eine solche Regel in § 19a GWB mit der 10. GWB-Novelle bereits am 19. Januar 2021 Gesetz. Auf Ebene der EU wurde am 12. Oktober 2022 der finale Text des Gesetzes über digitale Märkte, besser bekannt als Digital Markets Act – kurz DMA – im Amtsblatt veröffentlicht,

19 H. Schweitzer/J. Haucap/ W. Kerber/R. Welker, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, abrufbar unter: <https://tlp.de/x4pp>; BMWi, Wettbewerbskommission 4.0, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, Bericht der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, abrufbar unter: <https://tlp.de/2owqj>; J. Crémer/Y.-A. de Montjoye/H. Schweitzer, Competition Policy for the Digital Era, abrufbar unter: <https://tlp.de/bnfa>.

der ab 2. Mai 2023 gilt. Auf diese beiden Regelwerke wirft der letzte Teil dieses Beitrags einen – angesichts der Komplexität der Bestimmungen notwendig summarischen und auch kritischen – vergleichenden Blick.

D. Exkurs: Es muss nicht immer Kartellrecht sein!

Zuvor ist es aber wichtig zu unterstreichen, dass das Kartellrecht kein „Allheilmittel“ ist, um die Probleme digitaler (oder anderer) Märkte zu lösen. Oft ist es dafür nicht oder jedenfalls schlechter geeignet als andere Gesetze. Das zeigt der laufende *Facebook*-Fall des Bundeskartellamtes, bei dem es primär um mutmaßlich unangemessene AGB und Datenschutzverletzungen geht.²⁰ Hier stellt sich die Frage, ob nicht in erster Linie das AGB-Recht und das Datenschutzrecht anzuwenden sind. Das gilt umso mehr, als die Bürgerinnen und Bürger gegenüber *jedem* Unternehmen vor dem Missbrauch von AGB und Datenschutzverstößen geschützt werden und nicht nur gegenüber Torwächtern. Dass hier und auch in anderen Fällen dennoch häufig zum Kartellrecht gegriffen wird, liegt einerseits daran, dass hier schlagkräftige Behörden existieren, während die Durchsetzung anderer Normen (z.B. des AGB-Rechts) nur über Klagen erfolgt. Andererseits können im Kartellrecht sehr hohe Bußgelder verhängt werden, in den drei *Google*-Verfahren der EU-Kommission waren es zusammen sage und schreibe 8,25 Mrd. Euro.²¹

Die fortlaufende Anpassung des Kartellrechts ist daher nur ein Puzzleteil in einem wahren Gewirr neuer Regelungen im Bereich der Digitalisierung. Die EU hat beispielsweise eine Vielzahl von Regelungen erlassen oder „in der Pipeline“, die allesamt mehr oder weniger digitale Märkte betreffen. Um nur die wichtigsten zu nennen: 2018 wurde die Datenschutz-Grundverordnung zum Schutz personenbezogener Daten erlassen, die z.B. in ihrem Art. 20 ein Recht auf Datenportabilität enthält. Ebenfalls 2018 erließ die EU die Verordnung 2018/1807 über den grenzüberschreitenden Fluss nicht-personenbezogener Daten. 2018 wurde auch die TK-Kodex-Richtlinie 2018/1972 erlassen, die z.B. Regelungen zu Messenger-Programmen und zur Interoperabilität enthält und gerade im neuen TKG 2021 umgesetzt wurde. 2022 folgte der Data Governance Act (VO 2022/868), der das grenzüberschreitende Teilen von

20 S. BKartA, Fallbericht v. 15.2.2019 – B6–22/16; dazu kritisch T. Körber, Die Facebook-Entscheidung des Bundeskartellamtes – Machtmissbrauch durch Verletzung des Datenschutzrechts?, NZKart 2019, 187 m.w.N.

21 S. Kommissionsentscheidungen Google Shopping (AT.39740), Google Search/Ad Sense (AT.40411) und Google Android (AT.40099).

Daten erleichtern und Intermediäre regulieren soll, ebenso der Digital Services Act (Gesetz über digitale Dienste, VO 2022/2065, DSA), der – gestaffelt nach der Größe der Plattformen – inhaltsbezogene Regeln für die Online-Plattformen aufstellt, die z.B. gegen sog. „hate speech“ oder Nutzerirreführung durch sog. „dark patterns“ gerichtet sind, und ab 17. Februar 2024 gelten wird. Vor allem aber wurde 2022 auch der bereits erwähnte Digital Markets Act (DMA) finalisiert, der die wirtschaftliche Macht von Internet-Gatekeepern begrenzen und auf diese Weise – ähnlich zum Kartellrecht – die Bestreitbarkeit von Märkten und die Fairness in Märkten sicherstellen will, auch wenn er in seinen Erwägungsgründen 10 und 11 betont, kein Kartellrecht zu sein. In der Gesetzgebungs-Pipeline sind u.a. die ePrivacy-Verordnung über das Datensammeln im Internet, die an die Stelle der bisherigen „Cookie-Richtlinie“ 2002/58 treten soll. Sie sollte eigentlich schon 2018 mit der DSGVO verabschiedet werden, hat sich aber immer wieder verzögert. Gleiches gilt für den Data Act, der in allgemeiner Weise Regeln zum Datenzugang und zur Datennutzung in der EU setzen soll, um Interoperabilität sicherzustellen und Datenhandel zu ermöglichen, und für den Artificial Intelligence Act, der den Einsatz von Künstlicher Intelligenz regeln und zum Schutz der Bürgerinnen und Bürger begrenzen will, namentlich in Bezug auf Produktsicherheit, Diskriminierung und Datensicherheit.

Diese Regelungen sind nicht immer miteinander oder gar mit den parallel laufenden nationalen Regelungen abgestimmt. Für große Unternehmen ist das sicher lästig und teuer, aber handhabbar. Und für die Anwältinnen und Anwälte ist das sogar gut, weil sich ein El Dorado künftiger Beratungsbedarfe und Rechtsstreitigkeiten auftut.²² Aber kleine und mittlere Unternehmen und insbesondere Start-ups können dadurch möglicherweise vom Marktzutritt abgeschreckt oder aus dem Markt oder in Fusionen gedrängt werden. Kurzgefasst: Zu viel Regulierung kann, obwohl sie Wettbewerb ermöglichen will, am Ende dazu führen, dass es zu einer stärkeren Unternehmenskonzentration und damit zu weniger Wettbewerb kommt.

22 Vgl. zur Ressourcenbindung durch Verfahren auf Grundlage des DMA I. Brinker/K. Haag, Regulierung (mehrseitiger) Online-Plattformen: Neue Ansätze im Kartellrecht, Juristentag diskutiert über eine verstärkte Regulierung von Digitalunternehmen, AnwBl-Onl. 2022, 485 (489).

E. Torwächter-Regulierung nach § 19a GWB und DMA

Die neuen Regelungen in § 19a GWB und im DMA wollen den beschriebenen Problemen der mutmaßlichen Langsamkeit und Komplexität der *ex post*-Anwendung des Kartellrechts abhelfen, indem sie einerseits bestimmten „großen Digitalunternehmen“ Vorgaben machen, die nicht erst greifen, wenn ihnen ein Missbrauch nachgewiesen wurde, sondern diese Unternehmen vorab – *ex ante* – „an die Kette legen“, und andererseits den Kartellbehörden das Leben durch Beweiserleichterungen leichter und auch dadurch die Rechtsdurchsetzung schneller machen. Zugleich wollen sie ein „level playing field“ schaffen, um auf diese Weise die Wettbewerbschancen kleinerer – vor allem auch deutscher und europäischer – Wettbewerber zu verbessern. Auf diese Weise sollen Wettbewerb auf Märkten und Fairness in Märkten gefördert werden.²³ Dagegen ist im Grundsatz nichts zu sagen. Der Teufel steckt aber im Detail.

I. Torwächter-Bestimmung nach § 19a Abs. 1 GWB und Art. 3 DMA

Zunächst muss bestimmt werden, wer überhaupt Adressat der neuen *ex ante*-Regelungen sein soll. Beide Gesetze machen dafür bestimmte Vorgaben und beide erfordern eine Behördenentscheidung. Beide sehen vor, dass Unternehmen via Verwaltungsakt zu Normadressaten erklärt werden. Das ist richtig, denn die Unternehmen brauchen Rechtssicherheit. Die Kriterien dafür sind im deutschen Recht und im DMA der EU allerdings recht unterschiedlich.

Schon die jeweils verwendeten Begriffe weichen ab. § 19a Abs. 1 spricht von „Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb“, kurz ÜMB-Unternehmen oder mit dem BKartA „ÜmüB“. Man könnte insoweit auch von „digitalen Torwächtern“ sprechen (wie es der DMA tut), denn gemeint sind ausweislich der Gesetzesbegründung „große Digitalkonzerne“²⁴ oder – um das Kind beim Namen zu nennen – die US-amerikanischen GAFAM-Unternehmen. Es geht in der Sache also um die Regulierung der großen digitalen Internetplattformen. Um die Frage nach dem „Wer“ zu beantworten, zählt § 19a GWB eine Reihe von qualitativen Faktoren

²³ Vgl. RegBegr zur 10. GWB-Novelle, BT-Drucks. 19/23492, S. 56 und 73; Erwägungsgründe 1 ff. zum DMA.

²⁴ RegBegr, BT-Drucks. 19/23492, S. 73.

als Indizien auf, die auf eine „überragende marktübergreifende Bedeutung“ hindeuten können, darunter Marktbeherrschung, Finanzkraft, Integration, Datenzugang und Plattformmacht. Das Bundeskartellamt muss diese Faktoren untersuchen. Am Ende trifft es eine Ermessenentscheidung und erlässt einen Verwaltungsakt, mit dem es ein Unternehmen für zunächst fünf Jahre zum ÜMB-Unternehmen erklärt. Wenig überraschend hat das Bundeskartellamt im ersten Jahr nach Inkrafttreten der Norm vier Verfahren – gegen Google, Amazon, Facebook und Apple – eingeleitet. Google wurde bereits im Dezember 2021, Facebook (Meta) im Mai 2022 und Amazon im Juli 2022 als ÜMB-Unternehmen eingestuft. Ein Verfahren gegen Apple läuft noch.²⁵

Auch nach dem DMA legt eine Behörde, hier die EU-Kommission, fest, wer ein Torwächter ist. Diese Entscheidung gilt für drei Jahre. Anders als § 19a GWB ist der DMA dabei auf bestimmte Internetdienste, sog. „zentrale Plattformdienste“ (core platform services) beschränkt, die in seinem Art. 2 aufgelistet werden. In Art. 2 findet sich ein bunter Strauß von Diensten, namentlich Online-Vermittlungsdienste, Online-Suchmaschinen, soziale Netzwerke, Video-Sharing-Plattformen, Messenger-Dienste, Betriebssysteme, Webbrowser, virtuelle Assistenten, Cloud-Computing und Online-Werbung. Etwas salopp könnte man formulieren: „Fast alles, was die GAFAMs so machen“. Wird ein solcher zentraler Plattformdienst erbracht, muss die EU-Kommission – anders als das BKartA – nicht unbedingt eine umfassende Abwägung *qualitativer* Kriterien hinsichtlich einer marktübergreifenden Bedeutung vornehmen. Sie kann sich auf Art. 3 Abs. 2 DMA verlassen, der die Torwächter-Eigenschaft vermutet, wenn ein Unternehmen bestimmte quantitative Schwellenwerte überschreitet, nämlich unionsweite Umsätze von mindestens 7,5 Mrd. Euro über drei Jahre oder eine Marktkapitalisierung von mindestens 75 Mrd. Euro (Art. 3 Abs. 2 lit. a) und mindestens 45 Mio. monatlich aktive Endnutzer und 10.000 jährlich aktive Geschäftskunden in der EU in den letzten drei Jahren (Art. 3 Abs. 2 lit. b und c). Die mutmaßlichen Torwächter können zwar theoretisch nachweisen, dass sie trotz Erfüllung dieser Schwellenwerte keine Torwächter sind, aber die Hürden dafür sind so hoch, dass das in der Praxis kaum gelingen dürfte.

Auf den ersten Blick liefert der DMA durch die Auflistung der betroffenen Dienste und die klaren quantitativen Schwellenwerte mehr Rechtssicherheit als das GWB. Insbesondere kleine Dienstleister können leichter erkennen,

25 Vgl. BKartA, 30.12.2021, Az. B7–61/21 – Google: Feststellung der ÜMB; 2.5.2022, Az. B6–27/21 – Meta: Feststellung der ÜMB; 5.7.2022, Az. B2–55/21 – Amazon: Feststellung der ÜMB.

dass sie nicht unter den DMA fallen. Doch sind die Maßstäbe allzu grob geraten. *Erstens* verwechselt der DMA Unternehmensgröße und „Gatekeeping“. Wenn ein Unternehmen hinreichend groß ist, wird es zum Torwächter erklärt, ohne auch nur das Tor zu nennen, das es angeblich bewacht. *Zweitens* sind die Schwellenwerte für alle Dienste gleich, obwohl 45 Mio. monatliche Nutzer für eine Suchmaschine so gut wie nichts, für andere Dienste dagegen möglicherweise sehr viel sind. Und *drittens* basieren diese Schwellenwerte nicht auf irgendwelchen ökonomisch fundierten Fakten. Sie sind das Resultat eines rein politisch ausgehandelten Deals und wurden im Vergleich zum DMA-Entwurf von Dezember 2020 nochmal hochgesetzt, wohl um möglichst wenige europäische Unternehmen zu erfassen.

II. Torwächter-Regulierung nach § 19a Abs. 2 GWB und Art. 5, 6 und 7 DMA

Was geschieht, wenn ein Unternehmen durch einen ersten Verwaltungsakt zum Torwächter erklärt wurde? Auch hier zeigen beide Regelungen Gemeinsamkeiten und Unterschiede. Während sich die Verbotskataloge ähneln, ist das Durchsetzungsverfahren unterschiedlich gestaltet.

Anders als das Kartellrecht, das mit flexiblen Generalklauseln arbeitet, enthalten § 19a Abs. 2 GWB und der DMA umfassende und teils sehr detaillierte Kataloge von Ge- und Verboten. Bei § 19a Abs. 2 GWB sind es sieben, die teils durch Varianten und Regelbeispiele weiter ausdifferenziert werden: Selbstbevorzugung (Nr. 1) und die Behinderung von Wettbewerbern auf Zugangs- und Beschaffungsmärkten (Nr. 2), das „Aufrollen“ von Märkten, d.h. der Eroberung eines Marktes durch ein schnelles internes Wachstum aufgrund überragender Ressourcen (Nr. 3), die Behinderung von Wettbewerbern durch Datennutzung (Nr. 4), die Verweigerung oder Erschwerung von Interoperabilität und Datenportabilität (Nr. 5), die unzureichende Information anderer Unternehmen über eigene Leistungen (Nr. 6) und das „Anzapfen“ von Marktpartnern, d.h. das Fordern unangemessener Vorteile (z.B. Rabatte oder Datennutzungsrechte) (Nr. 7).²⁶ Der DMA wartet in Art. 5, 6 und 7 sogar mit rund 30 sehr komplex und verschachtelt formulierten Ge- und Verboten auf, die aber in eine ähnliche Richtung gehen und hier nicht im Einzelnen

26 Dazu im Einzelnen (aus der Warte des BMWi) T. Käseberg, in: F. Bien/T. Käseberg/G. Klumpe/T. Körber/K. Ost, Die 10. GWB-Novelle, München 2021, Kap. 1 Rn. 193 ff. sowie (aus der Warte der Anwaltspraxis) M. Esser/C. Höft, in: F. Bien/T. Käseberg/G. Klumpe/T. Körber/K. Ost, Die 10. GWB-Novelle, München 2021, Kap. 1 Rn. 231 ff.

dargestellt werden können. Wenn man genauer hinschaut, wird deutlich, dass es sich bei diesen Katalogen um eine Art „best of“²⁷ oder „wünsch dir was“ der Kartellbehörden handelt, denn sie spiegeln die Auffassung von Bundeskartellamt bzw. EU-Kommission in – meistens noch laufenden – Kartellverfahren wieder. So stand beispielsweise für § 19a Abs. 2 Nr. 1 (Selbstbevorzugung) offensichtlich der *Google Shopping*-Fall der EU-Kommission Pate²⁸ und für Nr. 4 (Datennutzung) das *Facebook*-Verfahren des BKartA.²⁹ Ähnliche Ursprünge lassen sich für fast alle Ge- und Verbote aufzeigen, was mit Blick auf den DMA umso bemerkenswerter erscheint, weil dieser von sich behauptet, kein Kartellrecht sondern eine zum Kartellrecht lediglich komplementäre Regelung zu sein.³⁰

Die in den beiden Regelungen aufgelisteten Verhaltensweisen sollen Torwächtern in Zukunft verboten werden, ohne dass man ihnen vorher aufwändig einen Missbrauch ihrer Macht nachweisen muss. Das klingt erst einmal gut, ist aber alles andere als unproblematisch. Um nur ein paar Beispiele zu nennen: Das Verbot der Selbstbevorzugung entspricht *erstens* zwar der Auffassung der EU-Kommission im *Google Shopping*-Verfahren, doch hat der BGH auf anderen Gebieten eine solche Selbstbevorzugung in ständiger Rechtsprechung für wettbewerbskonform erklärt.³¹ Vor allem aber ist keineswegs immer klar, was überhaupt „Selbstbevorzugung“ ist. Ist es eine verbotene Selbstbevorzugung, dass ich meine Daten oder auch meine Server allein nutzen möchte? Ist es ein Ausdruck von Selbstbevorzugung, dass der Suchalgorithmus von Google die Ergebnisse anders reiht als der von Bing – oder ist das schlicht Suchmaschinenwettbewerb? Ähnliches gilt *zweitens* für den „Datenmissbrauch“: Behindere ich meine Wettbewerber, wenn ich legal erworbene Daten nutze und nicht mit ihnen teile? Und was wäre die Folge? Muss ich die Daten dann teilen? Oder darf ich sie selbst nicht mehr nutzen, auch wenn das bedeutet, dass meine Dienste für die Nutzer schlechter werden? Diese Unklarheiten bestehen *drittens* nicht minder mit Blick auf die Forderung nach Interoperabilität (z.B. von Messenger-Diensten wie WhatsApp): Ist es wirklich im Sinne der Nutzer, dass ein Messenger wie WhatsApp „interoperabel“ mit anderen wird, obwohl Multi-Homing möglich ist? Das ist wettbewerblich ambivalent, denn es kann einerseits dazu

27 Podszun/Bongartz/Langenstein, The Digital Markets Act (Fn. 16), 65.

28 KOMM., 27.6.2017, Fall AT.39740 – Google Shopping.

29 BKartA, 6.2.2019, Az. B6–22/16 – Facebook.

30 Vgl. Erwägungsgründe 10 und 11.

31 Z.B. BGH GRUR 2012, 84 (86) Rn. 31 – Telefon- und Branchenverzeichnisse; BGH NJW 2012, 2110 (2111) Rn. 15 – Freundschaftswerbung.

führen, dass die Wettbewerber sich den dafür notwendigen Vorgaben des Marktführers anpassen, statt diesem durch Innovationen Wettbewerb zu machen, und andererseits steigt dadurch die Gefahr für Spam, Hate-Mails und Sicherheitslücken, weil man sich insoweit möglicherweise auf den „kleinsten gemeinsamen Nenner“ einigen muss und – wenn Probleme auftauchen – ggf. nicht schnell reagieren kann. Das bedeutet nicht, dass in Bezug auf diese Aspekte keine Wettbewerbsprobleme bestehen, zeigt aber, dass man die reale Komplexität der digitalen Welt nicht einfach „wegdefinieren“ kann, indem man nur auf den ersten Blick klare Ge- und Verbote formuliert und die Torwächter „ohne Wenn und Aber“ an diese bindet.

Gerade in diesem Punkt – der Frage nach der Durchsetzung der Ge- und Verbote – unterscheiden sich § 19a GWB und der DMA maßgeblich. § 19a Abs. 2 GWB enthält keine unmittelbar kraft Gesetzes wirkenden Verbote. Die Norm ist lediglich eine Ermächtigungsgrundlage, aufgrund derer das Bundeskartellamt gegen ÜMB-Unternehmen Ge- oder Verbote im Wege eines weiteren Verwaltungsakts aussprechen kann. Dies gibt dem Bundeskartellamt die Möglichkeit, die Maßnahmen je nach Fallgestaltung sachgerecht anzupassen und eine Über- oder Unterregulierung zu vermeiden. Anders als beim klassischen Kartellrecht muss das Bundeskartellamt ÜMB-Unternehmen allerdings keinen Verstoß nachweisen. Die Verhaltensweisen gelten als missbräuchlich, wenn und weil ein ÜMB-Unternehmen sie an den Tag legt. Die Beweislast ist also umkehrt. Es gilt eine „gesetzliche Schuldvermutung“ und die ÜMB-Unternehmen müssen ihre Unschuld nachweisen. Verfassungsrechtlich ist schon diese Beweislastumkehr angesichts der oben beschriebenen wettbewerbsrechtlichen Ambivalenz vieler Ge- und Verbote fraglich, weil es sich um staatliche Eingriffsverwaltung handelt und weil der Staat nach allgemeinen Regeln Eingriffe in Grundrechte rechtfertigen muss – und nicht umgekehrt Bürger oder Unternehmen deren Ausübung.³² Aber immerhin steht es den Unternehmen nach § 19a Abs. 2 S. 2 GWB frei, ihr Verhalten objektiv zu rechtfertigen.

Der DMA zeigt, dass man es noch viel schlechter machen kann als der deutsche Gesetzgeber bei § 19a GWB. Im Vergleich zum DMA ist § 19a GWB geradezu ein Musterbeispiel für Besonnenheit und Ausgewogenheit. Wie wir gesehen haben, wird beim DMA schon die Torwächter-Stellung mit einer Art

32 Vgl. auch R. Polley/R. Kaup, Paradigmenwechsel in der deutschen Missbrauchsaufsicht – Der Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle, NZKart 2020, 113 (118); C. Degenhart, Verfassungsfragen einer 10. GWB-Novelle auf der Grundlage des Referentenentwurfs vom 24.01.2020, WuW 2020, 308 (311 f.).

„Holzhammer“-Methode bestimmt, weil von der bloßen Größe auf die Torwächtereigenschaft geschlossen wird, ohne auch nur das bewachte Tor zu definieren. Diese Methode setzt der DMA leider auch bei der Durchsetzung der Ge- und Verbote fort. Diese sollen nämlich – damit es möglichst schnell geht – unmittelbar kraft Gesetzes gelten – also „self-executing“ sein, und gelten für alle Märkte und alle Torwächter nach einem „one size fits all“-Ansatz. Zu Deutsch: Alle Torwächter werden, ohne Rücksicht auf die unterschiedlichen Produkte, Geschäftsmodelle, Märkte und realen Wettbewerbssituationen „über einen Leisten“ geschlagen. Wurde ein Unternehmen zum Torwächter erklärt, so muss es binnen sechs Monaten alle Verpflichtungen nach Art. 5, 6 und 7 DMA erfüllen und dies nachweisen (Art. 3 Abs. 10 DMA). Die Ge- und Verbote nach Art. 6 und 7 DMA *kann* die EU-Kommission zwar noch genauer durch einen Verwaltungsakt ausgestalten, sie muss es aber nicht (Art. 8 DMA). Die Unternehmen haben auch keine Möglichkeit, ihr Verhalten objektiv zu rechtfertigen und z.B. nachzuweisen, dass die Nichterfüllung eines Ge- oder Verbots Wettbewerb, Innovation und die Konsumentenwohl-fahrt gar nicht einschränkt, sondern vielleicht sogar fördert. Ein „Entlastungs- oder Unschuldsbeweis“ ist gesetzlich ausgeschlossen.³³ Die Unternehmen müssen die Regeln befolgen, auch wenn dies nachweislich schlecht für den Wettbewerb und die Konsumentenwohl-fahrt ist. Eine Aussetzung der Pflichten kommt nur ganz ausnahmsweise (Art. 9 DMA) und eine Befreiung davon nur zum Schutz der öffentlichen Gesundheit oder Sicherheit in Betracht (Art. 10 DMA). Kurzum: Schnelligkeit der Rechtsanwendung geht der Qualität der Rechtsanwendung und der Gewährleistung der Verfahrensgrundrechte vor. Das ist der Komplexität der Digitalwirtschaft nicht angemessen und wird in der Realität auch eher langsamer als schneller wirken als der deutsche Ansatz, weil es Rechtsstreitigkeiten provoziert, die sich dann – wie im *Google Shopping*-Verfahren – über viele Jahre hinziehen können.³⁴

33 Kritisch hierzu *D. Zimmer/J.-F. Göhsl*, Vom New Competition Tool zum Digital Markets Act: Die geplante EU-Regulierung für digitale Gatekeeper, ZWeR 2021, 29 (54 ff.); *H. Schweitzer*, The Art to Make Gatekeeper Positions Contestable and the Challenge to Know What Is Fair: A Discussion of the Digital Markets Act Proposal, ZEuP 2021, 503 (537 f.); *Körber*, Lessons from the Hare and the Tortoise: Legally imposed self-regulation, proportionality and the right to defence under the DMA – Part 2, NZKart 2021, 436 (439).

34 Kritisch hierzu etwa *Körber*, Lessons from the Hare and the Tortoise: Legally imposed self-regulation, proportionality and the right to defence under the DMA – Part 1, NZKart 2021, 379 und *ders.*, Lessons from the Hare and the Tortoise – Part 2 (Fn. 33), 436 m.w.N.

F. Fazit

Droht also der Untergang des digitalen Abendlandes, wenn der DMA 2023 Geltung erlangt? Sicher nicht! Die gute Nachricht für Sie, die Sie sich für Digitalisierung und Kartellrecht interessieren, ist, dass durch § 19a GWB, besonders aber durch den DMA Beratungsbedarf und Rechtsstreitigkeiten sicher einen neuen Aufschwung erleben werden. Kartellrechtsexpertinnen und -experten werden auch weiter ein sehr knappes und sehr teuer bezahltes Gut bleiben.

Wird der DMA den Wettbewerb beflügeln und werden digitale Champions in Deutschland und Europa aus dem Boden sprießen? Wohl auch nicht! Nationale oder europäische Champions kann man nicht „herbeiregulieren“ – und es ist sicher auch nicht der Mangel an Regulierung, der dazu geführt hat, dass solche Champions in Europa bisher nicht entstanden sind – eher im Gegenteil!

Eine Torwächter-Regulierung an sich kann durchaus Sinn ergeben, punktuell vielleicht sogar erforderlich sein. Aber sie sollte nicht mit dem Holzhammer erfolgen, sondern mit Augenmaß. Das deutsche Recht wird diesem Anspruch deutlich besser gerecht als der DMA.

Das Ganze erinnert an ein Bonmot, dass die Mentalitätsunterschiede zwischen Preußen und Österreichern beschreibt und das – in einer seiner vielen Varianten – in den Befreiungskriegen gegen Napoleon verortet wird: Als es für die gegen Napoleon verbündeten Preußen und Österreicher auf dem Schlachtfeld schlecht aussieht, lässt der preußische General seinem Kollegen melden: „Die Lage ist ernst, aber nicht hoffnungslos“. Der Österreicher antwortet: „Die Lage ist hoffnungslos, aber nicht ernst“. Die EU-Kommission beschreibt die Lage in preußischer Manier als ernst, aber nicht hoffnungslos und versucht, durch den DMA gegenzusteuern. Näher liegt es, die Lage als „hoffnungslos, aber nicht ernst“ zu sehen: Es erscheint als vergleichsweise hoffnungsloses Unterfangen, die GAFAM-Unternehmen oder jedenfalls ihre Vormachtstellung „wegregulieren“ zu wollen, solange die Endnutzer ihre Produkte bevorzugen. Aber genau aus diesem Grunde ist die Lage auch nicht so ernst, wie mancher befürchtet, denn die mutmaßlichen „Gatekeeper“ haben sich oft auch als „Gateopener“ für neue Unternehmen wie Snapchat, TikTok oder Zoom erwiesen. Diese Newcomer konnten sich allen ökonomischen Glasperlenspielen, praktischen Widrigkeiten und politischen Schwarzmalereien zum Trotz durchsetzen, ganz einfach, weil sie besser sind

als die übermächtigen und scheinbar unangreifbaren „Platzhirsche“ und ihre Produkte. Genau darum geht es beim Wettbewerb. Und so soll es auch sein!