

Kapitel V

Weiterer Regelungsbedarf mit Blick auf die Problematik unangreifbarer digitaler Ökosysteme?

Kurz gefasst	230
Summary	231
1 Einführung.....	232
2 Zur Filterfunktion des DMA	233
3 Nationale Ergänzungen zur Unterstützung der effektiven Durchsetzung des DMA.....	234
3.1 Vereinfachung privater Unterlassungs- und Schadenersatzklagen	234
3.2 Rückerstattung und/oder Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils	236
3.3 Empfehlung der Einführung einer Individualhaftung.....	237
4 Verzahnung von DMA und nationaler Wettbewerbsaufsicht in den digitalen Märkten.....	237
4.1 Zum Verhältnis der nationalen Behörden zur Europäischen Kommission unter dem DMA.....	237
4.2 Zum Verhältnis der materiellen Vorgaben des § 19a GWB zum DMA	239
5 Zusammenspiel mit der Missbrauchskontrolle nach Art. 102 AEUV – derzeit kein Bedarf für weitere Entflechtungsinstrumente	242
5.1 Ökonomische Problemstellung	244
5.2 Rechtliche Einordnung.....	247
5.3 Wettbewerbspolitische Folgerungen mit Blick auf strukturelle Maßnahmen.....	251
5.4 Zusammenfassung der Empfehlungen	252

Kurz gefasst

Mit dem Gesetz über digitale Märkte (Digital Markets Act – DMA) unterwirft die EU die Betreiber großer Plattformen und von digitalen Ökosystemen einer neuartigen Regulierung. Insofern hat sie sich an die Spitze einer weltweiten Entwicklung gesetzt. Der DMA erfüllt als Hybrid zwischen herkömmlichem Wettbewerbsrecht und einem Regulierungsinstrument eine **Filterfunktion**, indem er ein weitgehend ohne behördliche Intervention im Einzelfall auskommendes Regelwerk bereitstellt.

Der deutsche Gesetzgeber kann die Durchsetzung des DMA insbesondere mit Regelungen zur vereinfachten **Durchsetzung privater Unterlassungs- und Schadenersatzklagen** unterstützen. Als **flankierende** Maßnahme könnte er **behördliche Anordnungen** ermöglichen, wonach Gatekeeper die Gewinne aus DMA-Verstößen den geschädigten Marktteilnehmern – gegebenenfalls pauschaliert – erstatten müssen. Daneben sollte die Einführung einer **bußgeld- oder strafrechtlichen Haftung des verantwortlichen Managements** geprüft werden.

In verfahrensmäßiger Hinsicht sieht der DMA eine **Zuständigkeitskonzentration bei der Europäischen Kommission** vor. Insofern ist er mit der nationalen Wettbewerbsaufsicht in den digitalen Märkten zu verzahnen. Wenn der deutsche Gesetzgeber das Bundeskartellamt zu Vorermittlungen wegen Verstößen gegen die Verhaltenspflichten des DMA ermächtigt und diese Befugnis genutzt wird, ist der öffentliche Eindruck zu vermeiden, dass die betroffenen Unternehmen bereits eines solchen Verstoßes beschuldigt werden. Die Durchführung förmlicher Ermittlungen nach dem DMA und deren Bekanntgabe ist allein Aufgabe der Europäischen Kommission. Allerdings wird auch die **deutsche Missbrauchskontrolle einen eigenen Anwendungsbereich** neben dem DMA behalten. Die Monopolkommission empfiehlt, die Ermächtigung des Bundeskartellamts in § 19a GWB bei marktübergreifenden Wettbewerbsproblemen und einstweilige Maßnahmen bei unmittelbar drohenden Wettbewerbsgefährdungen auf Einzelmärkten einzusetzen. Zugleich sollte das Bundeskartellamt in den betreffenden Fällen prüfen, ob die Problemstellung über einzelne Fälle hinaus auftreten kann und deshalb Maßnahmen nach Art. 12, 16 und 19 DMA getroffen werden sollten. In diesem Fall sollte die Europäische Kommission nach Art. 38 DMA über das ECN entsprechend informiert werden.

Die neuen Spezialregelungen zu den digitalen Märkten und insbesondere der DMA dürften in ihrer Gesamtheit nichts daran ändern, dass auch die herkömmliche europäische **Missbrauchskontrolle nach Art. 102 AEUV notwendig** bleibt. Diese greift – gegebenenfalls parallel zum deutschen Recht – in Fällen ein, in denen Gatekeeper über eine beherrschende Stellung auf Einzelmärkten verfügen und ein EU-Binnenmarktbezug besteht. Relevant bleibt sie etwa, wenn die betreffenden Gatekeeper sich missbräuchlich verhalten, ohne dass sich das Verhalten auf einen benannten „zentralen Plattformdienst“ bezieht und/oder als Umgehung der Verhaltensvorgaben des DMA anzusehen ist. Hier wären auch auf EU-Ebene einstweilige Maßnahmen wünschenswert. Die herkömmliche Missbrauchskontrolle nach Art. 102 AEUV dürfte aber auch dann relevant bleiben, wenn die Nichteinhaltung von Vorgaben des DMA zugleich einen Verstoß gegen Art. 102 AEUV darstellt und wenn eine schwerwiegende Schädigung der Marktstruktur im EU-Binnenmarkt festzustellen ist oder droht.

In Fällen **fortdauernder Auswirkungen** von Missbräuchen auf die Wettbewerbsverhältnisse bleiben die Wettbewerbsbehörden nach dem Europäischen Gerichtshof nämlich zuständig, zur **Beseitigung oder Neutralisierung** dieser Auswirkungen tätig zu werden. Die Monopolkommission verwendet eine Klage der FTC gegen Facebook wegen der Übernahme von WhatsApp als hypothetisches Beispiel, um die Reichweite der vorhandenen behördlichen Befugnisse aufzuzeigen. Diese sind bisher auf den digitalen Märkten noch nicht voll ausgeschöpft worden. Deshalb sollte zunächst die weitere Anwendungspraxis abgewartet werden. Unter diesen Umständen besteht zurzeit für ein **missbrauchsunabhängiges Entflechtungsinstrument auf EU-Ebene kein Bedarf**.

Summary

With the Digital Markets Act (DMA), the EU is introducing a new type of regulation for operators of large platforms and digital ecosystems. In this respect, the EU has indeed placed itself at the forefront of a global development. Being a hybrid between conventional competition law and a regulatory instrument, the DMA fulfills a **filtering function** by providing a set of rules that largely does not require official intervention in individual cases.

The German legislator can support the enforcement of the DMA in particular with rules to facilitate **private actions for injunctive relief and damages**. As an accompanying regulatory measure, it could foresee **administrative restitution orders** according to which gatekeepers must reimburse the profits gained from DMA violations to the damaged market participants – potentially on a lump-sum basis. In addition, the introduction of a **fine or criminal liability of the responsible management** should be examined.

In procedural terms, the DMA provides for a **concentration of responsibility at the European Commission**. In this respect, it is to be interlinked with national competition supervision in the digital markets. If the German legislature authorizes the Federal Cartel Office (FCO) to conduct preliminary investigations into violations of the DMA's conduct obligations and the FCO uses this power, the public impression that the companies concerned are already accused of such a violation must be avoided. The conduct of formal investigations under the DMA and their disclosure is the sole task of the European Commission. This being said, **German abuse control will also retain its own scope of application** alongside the DMA. The Monopolies Commission recommends that the authorization of the FCO in Section 19a GWB be used in the event of cross-market competition problems and that interim measures be used in the event of imminent threats to competition in individual markets. At the same time, the FCO should examine in the relevant cases whether the problem may arise beyond individual cases and whether measures should therefore be taken under Articles 12, 16 and 19 of the DMA. In this case, the European Commission should be informed accordingly about the ECN in accordance with Art. 38 DMA.

The new special regulations on digital markets and the DMA in particular are unlikely to change the fact that the traditional European **abuse control pursuant to Art. 102 TFEU remains necessary**. This will be the case – potentially in parallel with German abuse law – where Gatekeepers have a dominant position in individual markets and also the EU single market is affected. Art. 102 TFEU remains relevant, for example, if the Gatekeepers in question behave abusively without the behavior relating to a designated “core platform service” and/or being regarded as circumventing the behavioral requirements of the DMA. Here, interim measures would also be desirable at the EU level. However, the traditional abuse control under Art. 102 TFEU is also likely to remain relevant if non-compliance with the requirements of the DMA also constitutes an infringement of Art. 102 TFEU and if serious damage to the market structure in the EU single market can be ascertained or is imminent.

Indeed, in cases of **persistent effects** of abuses on competitive conditions, the competition authorities remain competent, according to the European Court of Justice, to act to **eliminate or neutralize these effects**. The Monopolies Commission uses an FTC action against Facebook over its acquisition of WhatsApp as a hypothetical example to illustrate the scope of existing regulatory powers. These have not yet been fully exploited in the digital markets. Therefore, further application practice should first be awaited. Under these circumstances, an **abuse-independent divestiture instrument is not needed at EU level** for the time being.

1 Einführung

478. Die kontinuierlich wachsende Bedeutung der Digitalwirtschaft und der Aufbau enormer wirtschaftlicher Machtpositionen durch die Betreiber digitaler Ökosysteme haben im Berichtszeitraum seit dem XXIII. Hauptgutachten zu einer Neujustierung der Wirtschaftspolitik geführt. Als Betreiber digitaler Ökosysteme sind in der westlichen Welt insbesondere Unternehmen wie Google, Amazon, Meta, Microsoft oder Apple (GAMMA) anzusehen. Die Anwendung des herkömmlichen Wettbewerbsrechts im Bereich dieser digitalen Ökosysteme hat sich als schwierig erwiesen. Insbesondere dauern die Verfahren zu lang, und die bei festgestellten Verstößen angeordneten Abhilfemaßnahmen reichen nicht weit genug, um im dynamischen Umfeld der Digitalwirtschaft effektiv zu sein.

479. Angesichts dessen besteht zunehmend die Bereitschaft, mit Regulierungsinstrumenten in den digitalen Märkten zu intervenieren. Das gilt weltweit. Die EU hat sich mit dem Gesetz über digitale Märkte (Digital Markets Act – DMA) an die Spitze dieser Entwicklung gesetzt. Der DMA soll nach der zugehörigen Folgenabschätzung dem Umstand begegnen, dass die relevanten Märkte, auf denen die Betreiber besonders großer digitaler Plattformen und Ökosysteme tätig sind, teilweise nicht mehr funktionsfähig sind und es zunehmend zu Marktversagen kommt.¹ Die Monopolkommission nimmt in diesem Hauptgutachten jeweils auf die aktualisierte Trilogfassung des DMA vom 11. Mai 2022 Bezug.² Der DMA wird in seiner endgültigen Fassung voraussichtlich in der zweiten Jahreshälfte 2022 in Kraft treten. Er ist in einen umfassenden Rechtsrahmen eingebettet, der fortlaufend erweitert wird und unter anderem weitere Regelungen zum Schutz von Plattformnutzern (Datenschutz-Grundverordnung, P2B Regulation, Digital Services Act und andere) sowie zur Erleichterung des Zugangs zu und der Teilung von Daten (Vorschläge für Data Act, Data Governance Act) enthält bzw. enthalten soll. Die Monopolkommission hatte zum DMA bereits in ihrem Sondergutachten 82 und einem Policy Brief Stellung genommen.³

480. Die Entwicklungen auf EU-Ebene treten neben Maßnahmen, die schon zuvor auf nationaler Ebene in Deutschland getroffen wurden oder die auf nationaler Ebene derzeit diskutiert werden. Insbesondere wurde das deutsche Wettbewerbsrecht mit dem GWB-Digitalisierungsgesetz für den Umgang mit wirtschaftlicher Macht in der Digitalwirtschaft ertüchtigt und eine eigenständige Wettbewerbsaufsicht über die digitalen Märkte geschaffen. Außerdem hat das Bundeskartellamt gegen Google, Amazon, Meta und Apple eigene Verfahren nach dem neuen § 19a GWB eingeleitet, um gegebenenfalls die überragende marktübergreifende Bedeutung dieser Unternehmen festzustellen und den Unternehmen, soweit erforderlich, Vorgaben zum Ausschluss missbräuchlichen Verhaltens zu machen. Darüber hinaus hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) ein Strategiepapier mit 10 Punkten für nachhaltigen Wettbewerb in seiner Wettbewerbspolitischen Agenda bis 2025 vorgestellt.⁴ Danach soll die private Rechtsdurchsetzung insbesondere im digitalen Bereich gestärkt werden. Außerdem soll langfristig eine missbrauchsunabhängige Entflechtungsmöglichkeit auf europäischer Ebene als Ultima Ratio auf verfestigten Märkten angestrebt werden.

481. Ein in sich stimmiges Regulierungssystem erfordert es, dass die Maßnahmen auf EU-Ebene und auf nationaler Ebene miteinander verbunden und mit wachsenden Erfahrungen schrittweise weiterentwickelt werden. Ausgangspunkt ist dabei, dass der DMA mit Blick auf bestimmte Problemstellungen eine wettbewerbspolitisch sinnvolle Filterfunktion übernehmen kann, sodass in diesen Fällen die Notwendigkeit der Anwendung der bestehenden Wettbewerbsinstrumente entfällt (Abschn. 2). Der deutsche Gesetzgeber kann den DMA insoweit mit nationalen

¹ Dienststellen der EU-Kommission, Commission Staff Working Document, Impact Assessment Report Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act), SWD(2020) 363 final, Part 1/2, 15. Dezember 2020 (nachf.: Folgenabschätzung), Tz. 68 ff., 89 f., 99, 106 mit Fn. 119.

² Siehe Secrétariat général du Conseil, Vermerk (*Note*) vom 11. Mai 2023, 8722/22, Annexe Compet2.2 FR/EN.

³ Monopolkommission, Sondergutachten 82, Empfehlungen für einen effektiven und effizienten Digital Markets Act, Baden-Baden, 2021; siehe zuvor auch schon dies., Policy Brief, Ausgabe 8, DMA stärker auf marktübergreifende Ökosysteme ausrichten!, Juli 2021.

⁴ BMWK, Wettbewerbspolitische Agenda des BMWK bis 2025, 21. Februar 2022.

Regelungen flankieren, um die effektive Durchsetzung dieses neuen Rechtsakts zu unterstützen (Abschn. 3). Die in Deutschland weiterentwickelte Wettbewerbsaufsicht über digitale Märkte lässt sich ebenfalls mit dem DMA verzahnen (Abschn. 4).

482. Im Zusammenspiel der neuen Spezialregelungen für die digitalen Märkte mit der Missbrauchskontrolle nach Art. 102 AEUV ist anzunehmen, dass Art. 102 AEUV auf EU-Ebene praktisch relevant bleiben wird. Insofern sollte die weitere Anwendungspraxis zu Art. 102 AEUV abgewartet werden, bevor weitere Maßnahmen wie insbesondere die Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungsmöglichkeit in Betracht gezogen werden (Abschn. 5).

2 Zur Filterfunktion des DMA

483. Der DMA ist als entwicklungs-offenes Regulierungsinstrument konzipiert worden. Dabei baut der DMA in großem Umfang auf Erfahrungen in der wettbewerbsbehördlichen Praxis auf und sieht für die betreffenden Problemkonstellationen – anstelle der bisherigen einzelfallbezogenen Intervention nach Art. 102 AEUV – einzelfallunabhängige Regelungen vor.

484. Der Betrieb großer Plattformen und von digitalen Ökosystemen erscheint aus gesamtwirtschaftlicher Sicht zunächst vorteilhaft. Denn die mit dem Betrieb großer Plattformen verbundenen Größenvorteile (Skaleneffekte) und die zugleich wirkenden Netzwerkeffekte, wodurch die Plattformen für ihre Nutzer attraktiv werden, stellen wirtschaftlich wünschenswerte Effizienzen dar. Wenn der Markt dauerhaft zugunsten eines Plattformbetreibers kippt, bedeutet dies allerdings, dass der Plattformbetreiber Marktmacht gewinnt. Diese kann er zum eigenen Vorteil und zum Schaden für andere Marktteilnehmer einsetzen. Die zusätzlichen Skalen- und Verbundvorteile, die mit dem Betrieb des Ökosystems verbunden sind, sind ebenfalls wirtschaftliche Effizienzen. Die Ökosystembetreiber sind zugleich allerdings in der Lage, ihre Plattformmacht auf einzelnen Märkten sowie ihren exklusiven Datenzugang und die Möglichkeit zur marktübergreifenden Datennutzung zu kombinieren. Diese Vorteile ermöglichen es den Ökosystembetreibern, den Wettbewerb einzuschränken. Sie können dies zum einen dadurch tun, dass sie die Eintrittsbarrieren auf den Märkten für ihre Kerndienste erhöhen. Sobald die Schranken unüberwindbar geworden sind, können die Ökosystembetreiber den Zugang kommerzieller Nutzer zu ihren Diensten oder Daten in unlauterer Weise beschränken und kommerzielle Nutzer und Verbraucher ausbeuten. Eine zweite Wettbewerbsbeschränkung kann entstehen, wenn die Betreiber von Plattform-Ökosystemen ihre Marktmacht auf andere Märkte ausdehnen, um dort den Wettbewerb auszuschließen.

485. Die Ambivalenz großer Plattformen und von digitalen Ökosystemen hat zur Folge, dass stets ein Kompromiss zwischen den Vorteilen, die mit dem Vorhandensein dieser Strukturen verbunden sind, und den Vorteilen, die mit einem Wettbewerb um neue und bessere Angebote auf Einzelmärkten verbunden sind, gefunden werden muss. Der DMA trifft für dieses Problem eine legislative Lösung, indem er die Adressaten – sog. „Gatekeeper“ – unabhängig von einer Feststellung von Marktmacht oder einer marktübergreifenden Bedeutung nach formalen Kriterien definiert.⁵ Dabei nimmt er zwar auf die Erbringung von Plattformdiensten, aber nicht auf Ökosystemkriterien Bezug. Hinsichtlich der Verhaltens- und Transparenzpflichten, denen die Gatekeeper unterworfen werden, macht der DMA sehr konkrete Vorgaben.⁶ Die betreffenden Pflichten sind spezifisch auf einzelne als regulierungsbedürftig identifizierte „zentrale Plattformdienste“ bezogen.⁷ Der Ökosystemaspekt wird nur mittelbar dadurch adressiert, dass die im DMA festgelegten Verhaltensvorgaben in Bezug auf jeden zentralen Plattformdienst und für die Gesamtheit aller zentralen Plattformdienste parallel erfüllt werden müssen. Die Pflichten müssen zudem unabhängig von Auswirkungen des regulierten Verhaltens in Einzelmärkten erfüllt werden. Für den Fall, dass sich in der zukünftigen Fallpraxis der Wettbewerbsbehörden weitere regulierungsbedürftige Adressaten und Verhaltenswei-

⁵ Art. 3 Abs. 1, 2 und 8 DMA.

⁶ Art. 5-7, 14 f. DMA.

⁷ Art. 2 DMA.

sen identifizieren lassen, stellt der DMA ein Verfahrensinstrumentarium zur Erweiterung der bestehenden Regelungen bereit.⁸

486. Der DMA ist somit als Hybrid zwischen herkömmlichem Wettbewerbsrecht und einem Regulierungsinstrument ausgestaltet, wie es etwa aus den regulierten Netzindustrien bekannt ist. Insbesondere orientiert er sich bei der Identifizierung der regulierten Verhaltensweisen in großem Umfang an der wettbewerbsrechtlichen Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission und der nationalen Behörden. Allerdings wandelt er die bisher in Einzelentscheidungen angeordneten Abhilfemaßnahmen in allgemeinverbindliche gesetzliche Verhaltensvorgaben um.⁹ Darüber hinaus enthält der DMA auch einige neuartige Vorgaben, um Verhaltensweisen zu erfassen, die zum dauerhaften Kippen von Märkten beitragen, und um einen diskriminierungsfreien Zugang zu den Daten und den Diensten der Gatekeeper sowie die dafür zu zahlenden Entgelte zu regeln und die Markttransparenz zu verbessern.¹⁰ Bei diesen Vorgaben ist ein „regulatorischer Dialog“ mit den Gatekeepern vorgesehen, um eine nicht zielgerechte Regulierung zu vermeiden.

487. Damit stellt der DMA für Fälle, bei denen sich in der Vergangenheit ein überwiegender Wettbewerbsschaden gezeigt hat oder bei denen ein solcher Wettbewerbsschaden vermutet werden kann, ein weitgehend ohne behördliche Intervention im Einzelfall auskommendes Regelwerk bereit. Eine einzelfallbezogene behördliche Intervention auf Basis von Art. 102 AEUV ist dann zukünftig nur noch in den Fällen erforderlich, für die der DMA keine Regelungen bereithält und auf die er auch nicht ohne Weiteres erweitert werden kann (siehe näher unten Abschn. 5).

3 Nationale Ergänzungen zur Unterstützung der effektiven Durchsetzung des DMA

488. Der DMA hat Anwendungsvorrang vor dem deutschen Recht. Der deutsche Gesetzgeber behält dennoch die Kompetenz, außerhalb der Regelungen des DMA ergänzende Vorschriften zu erlassen, mit denen er die Durchsetzung des DMA unterstützt (Art. 4 Abs. 1, Art. 5 Abs. 2 S. 2 EUV). Aus dem Loyalitätsgebot des Art. 4 Abs. 3 EUV und dem Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes (Art. 23 Abs. 1 GG) folgt sogar eine Pflicht, auf nationaler Ebene zur wirksamen und diskriminierungsfreien Umsetzung des DMA beizutragen. Die Mitgliedstaaten haben zudem Maßnahmen, die den Zielen des DMA zuwiderlaufen, zu unterlassen.

489. Der deutsche Gesetzgeber kann wegen der insoweit abschließenden Art. 29 f. DMA zwar keine behördlichen Sanktionen gegenüber den als Gatekeeper zu benennenden Unternehmen vorsehen. Das schließt Regelungen zur privaten Schadenersatzhaftung, zur behördlichen Anordnung von Rückerstattungen oder zur Haftung des verantwortlichen Managements jedoch nicht aus. Anders als zusätzliche nationale Verhaltensvorgaben sind Regelungen zur Haftung bei Nichteinhaltung unionsrechtlicher Verhaltensvorgaben unproblematisch. Dem nationalen Gesetzgeber kommt insofern der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 EUV) zugute. Die Ergänzung des DMA um zusätzliche Haftungsregelungen zu den genannten Aspekten erhöht auch nur den Druck auf die als Gatekeeper benannten Unternehmen zur Einhaltung der Vorgaben nach dem DMA, aber schreckt sie nicht von Verhaltensweisen ab, die der DMA selbst nicht erfasst. Die Empfehlung für die Einführung ergänzender Regelungen zum privaten Schadenersatz und einer Individualhaftung wird nachfolgend konkretisiert (Abschn. 3.3, 3.1 und 3.3).

3.1 Vereinfachung privater Unterlassungs- und Schadenersatzklagen

490. Der deutsche Gesetzgeber behält die Kompetenz, Regelungen zur Vereinfachung der Durchsetzung privater Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche im Fall von Verstößen gegen den DMA einzuführen. Dabei ist davon auszugehen, dass insbesondere Unterlassungsklagen oder Klagen auf Datenzugang in der Praxis Bedeutung erlan-

⁸ Art. 12 DMA.

⁹ Art. 5 DMA; dazu auch Folgenabschätzung, S. 53 ff.

¹⁰ Art. 6 f., 14-15 DMA und erneut Folgenabschätzung, S. 53 ff.

gen können. Denn ein Klageinteresse dürfte insbesondere bei gewerblichen Marktteilnehmern bestehen, die dem Risiko vorbeugen wollen, ausgebeutet (vgl. Art. 1 Abs. 1 DMA: Ziel der Fairness), aus dem Markt verdrängt oder am Markteintritt mit innovativen Produkten gehindert zu werden (vgl. Art. 1 Abs. 1 DMA: Ziel der Bestreitbarkeit). Bei Schadenersatzklagen besteht auf der Ebene konkurrierender Plattformbetreiber und gewerblicher Plattformnutzer hingegen das Problem, dass Schäden schwer zu bemessen sein dürften. Dies dürfte insbesondere der Fall sein, wenn es um die Verhinderung von Innovationen geht und der Schaden sich nicht unmittelbar erkennbar in höheren Preisen (wie z. B. bei Kartellverstößen) niederschlägt. Auf Ebene der gewerblichen Plattformnutzer und der Endnutzerinnen und Endnutzer tritt das Problem hinzu, dass Schäden häufig in Gestalt von Streuschäden auftreten dürften.

491. Die betreffenden Ansprüche lassen sich nach geltendem Recht im Fall vorbeugender Klagen möglicherweise schon auf § 1004 BGB (analog) und im Fall von Schadenersatzansprüchen auf § 3a UWG und gegebenenfalls auf § 823 Abs. 2 BGB stützen.¹¹ Ansprüche auf Datenzugang dürften sich zukünftig direkt aus dem DMA ergeben.¹² Hinsichtlich der von Schadenersatzansprüche wäre allerdings in Anbetracht der grundsätzlich öffentlichen, von einem Individualschaden losgelösten Zielsetzung des DMA (Art. 1 Abs. 1 DMA) eine gesetzliche Klarstellung wünschenswert, dass es sich bei den Vorschriften des DMA auch um Schutznormen im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB handelt. Ferner könnte eine eigenständige Anspruchsgrundlage nach dem Vorbild z. B. von § 69 TKG (§ 44 TKG a.F.) und § 38 PostG entwickelt werden. § 69 TKG geht über § 823 Abs. 2 BGB inhaltlich hinaus, da insbesondere auch Verfügungen der zuständigen Behörde erfasst sind und außerdem die Anforderungen an ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB nicht ohne Weiteres vorliegen müssen. Die §§ 1004, 823, 826 sind neben § 69 TKG anwendbar.¹³ Die Rechtslage nach § 38 PostG dürfte mit der gemäß dem Telekommunikationsgesetz weitgehend vergleichbar sein. Bei der Ausgestaltung einer Regelung in Ergänzung des DMA sollte mit Blick auf die Rechtsklarheit und Praktikabilität freilich beachtet werden, dass Einzelregelungen sich – wie im Post- und Telekommunikationsrecht – wegen behördlicher Beurteilungs- und Ermessensspielräume nicht ohne Weiteres für eine zivilrechtliche Durchsetzung eignen (insb. Art. 6 DMA).

492. Davon abgesehen erscheint es geboten, mit Blick auf drohende oder schon eingetretene Verstöße gegen die Verhaltensvorgaben der Art. 5, 6 und 7 DMA weitergehende Voraussetzungen für eine effektive Durchsetzung von zivilrechtlichen Unterlassungsansprüchen zu schaffen. In diesem Zusammenhang könnte sich der deutsche Gesetzgeber an den §§ 33 ff. GWB orientieren. Dafür spricht, dass Verstöße gegen den DMA, denen mit einer Unterlassungsklage begegnet wird, mit Verstößen gegen die Wettbewerbsregeln einhergehen können und der individuelle Schaden der Geschädigten dann gleich ist. Mithin sollten Entscheidungen der Europäischen Kommission wegen Verstößen gegen den DMA gegenüber den Gerichten Bindungswirkung haben (vgl. § 33b GWB). Daneben könnte auch ein gesetzlicher Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln und Erteilung von Auskünften zur Erleichterung von Schadenersatz- und Unterlassungsklagen bei Verstößen gegen den DMA sinnvoll sein (vgl. § 33g GWB).

493. Mit Blick auf Schadenersatzansprüche könnte der Gesetzgeber Erleichterungen für die Schadensfeststellung vorsehen. Hierfür könnte er sich zum einen an der Vermutungsregelung des § 33a Abs. 2 GWB orientieren. Zum anderen besteht ebenso wie in Kartellschadensfällen ein verfahrensökonomisches Interesse daran, eine Schadensschätzung nach § 287 ZPO zuzulassen und eine Verzinsung unmittelbar durch Gesetz vorzusehen (vgl. § 33a Abs. 3 und 4 GWB).

494. Wenn der Gesetzgeber ergänzende Regelungen für private Klagen wegen Verstößen gegen den DMA ins Auge fasst, wären auch Fragen der gerichtlichen Zuständigkeit zu bedenken. Insofern ist mit Blick auf die Abgrenzung

¹¹ Dies jedenfalls mit Blick darauf, dass die Verhaltensvorgaben in Art. 5, 6 und 7 DMA hinreichend bestimmt sein dürften.

¹² Art. 6 Abs. 8-11 DMA.

¹³ Vgl. Ditscheid/Rudloff, in Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl., München, 2013, § 44, Rn. 54. Im Fall des § 69 TKG ist ein öffentlich-rechtliches Vorgehen neben der Privatklage möglich; siehe dazu § 202 TKG als Generalklausel (neben anderen spezielleren Rechtsgrundlagen).

vom bestehenden Kartellrecht zu erwägen, die Zuständigkeit bei Verstößen gegen den DMA wie im Telekommunikationsrecht den für das Deliktsrecht zuständigen Kammern und Senaten und nicht den Kartellkammern bzw. -senaten zuzuweisen.¹⁴ Allerdings ist zusätzlich auch hier zu bedenken, dass die Verstöße gegen den DMA mit Verstößen gegen die Wettbewerbsregeln einhergehen können und der individuelle Schaden der Geschädigten dann gleich ist. Die nach den §§ 87 ff. GWB zuständigen Gerichte sind mit den sich stellenden Fragen in der Praxis vertrauter als die für das Deliktsrecht zuständigen Kammern und Senate.¹⁵ Angesichts dieser Vertrautheit mit den relevanten Fragen in vergleichbaren Wettbewerbsfällen empfiehlt die Monopolkommission, die Zuständigkeit den Kartellkammern bzw. -senaten zuzuweisen.

3.2 Rückerstattung und/oder Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils

495. Des Weiteren könnten die zu benennenden nationalen Behörden ermächtigt werden, eine Erstattung von durch den Verstoß ermöglichten Gewinnen zulasten anderer Marktteilnehmer gegenüber diesen Marktteilnehmern oder eine Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils zugunsten des Staatshaushalts anzuordnen. Unabhängig davon, welches dieser beiden Instrumente gewählt würde, würde es dazu beitragen, dass sich die Unsicherheiten bei der Bemessung von Schäden nicht zugunsten der als Gatekeeper benannten Unternehmen auswirken und diesen so Anreize verbleiben, gegen Vorgaben des DMA zulasten anderer Marktteilnehmer zu verstoßen. Eine Regelung zur behördlichen Anordnung einer Erstattung (*restitution*) bzw. Vorteilsauskehr (*disgorgement*) ist etwa im Entwurf für den American Choice and Online Innovation Act vorgesehen.¹⁶ Entsprechende Regelungen gibt es auch im deutschen Recht bereits im Telekommunikationsgesetz sowie – auch wenn das im marktversagensbezogenen Kontext des DMA nicht maßgeblich sein sollte – für Wettbewerbsverstöße im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.¹⁷

496. Die Anordnung einer Erstattung von Gewinnen, die durch den Verstoß ermöglicht werden, hätte den Charakter einer behördlich angeordneten Ausgleichsleistung für entstandene Schäden. Die Ermächtigung der nationalen Behörden zu solchen Anordnungen wird durch den DMA nicht ausgeschlossen. Zur Verfahrensvereinfachung könnte der Gesetzgeber von vornherein eine pauschalierte Erstattung vorsehen, ebenso wie dies zur vereinfachten Regelung von Schadenersatzansprüchen in der Privatwirtschaft üblich ist. Die pauschalierte Erstattung könnte beispielsweise als Prozentsatz des bilanziell ausgewiesenen Unternehmensgewinns vorgesehen werden. Durch die Pauschalierung würde sichergestellt, dass die Unsicherheiten bei der Bestimmung der Höhe der Ausgleichsleistung zulasten des rechtswidrig handelnden Gatekeepers gehen. Dem Gatekeeper sollte jedoch die Möglichkeit eingeräumt werden nachzuweisen, dass die zu erstattenden Gewinne nicht auf einer Schädigung anderer Marktteilnehmer in der angeordneten Höhe beruhen.

497. Dagegen könnte eine Ermächtigung der nationalen Behörden zur Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils mit den Regelungen in Art. 30 DMA zur Festsetzung von Geldbußen kollidieren. Behördlich angeordnete Geldbußen sollen Verstöße gegen rechtliche Vorgaben ahnden und können deshalb ebenfalls dazu dienen, den betreffenden Unternehmen wirtschaftliche Vorteile, die mit solchen Verstößen verbunden sind, zu entziehen. In beiden Fällen geht es aber nicht um die Herstellung eines Ausgleichs zugunsten geschädigter Marktteilnehmer. Anordnungen zur Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils erfordern auch eine behördliche Bestimmung der Höhe dieses Vorteils. Derartige Bestimmungen sind erfahrungsgemäß aber äußerst schwierig.¹⁸ Diese Aspekte sprechen

¹⁴ Rugullis in Säcker, TKG, 3. Aufl. 2013, Frankfurt/M., § 44 Rn. 32. Die Vorschrift war Grundlage für den heutigen § 69 TKG (vgl. zuvor Tz. 491).

¹⁵ Vgl. Karbaum/Schulz, NZKart 2022, 107 (112).

¹⁶ H.R. 3816 § 2(f)(2)(A) und (B).

¹⁷ § 208 TKG und §§ 32 Abs. 2a, 34 GWB.

¹⁸ Dazu statt aller Emmerich in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2, 6. Aufl., München, 2020, § 34 GWB Rz. 4, 7 („praktische Bedeutung tendiert gegen Null“) und Rz. 17.

gegen die Einführung von Regelungen, um die nationalen Behörden zur Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils zu ermächtigen.

3.3 Empfehlung der Einführung einer Individualhaftung

498. Die Haftung des verantwortlichen Managements für wettbewerbsschädigendes Verhalten ist in Deutschland anerkannt und wird auch in den USA als besonders wirksam angesehen, um eine Compliance herzustellen.¹⁹ Der Grund dafür ist, dass die drohende Individualhaftung einen großen Druck auf die betroffenen Personen aufbaut, sich rechtskonform zu verhalten. Ein Bonussystem für Bemühungen zu einem rechtstreuen Verhalten ist allenfalls im Rahmen der Sanktionszumessung sinnvoll, nämlich dann, wenn abzusehen ist, dass es trotz Sanktionsdrohung zu Verstößen kommen wird und unter diesen Bedingungen Anreize für Compliancemaßnahmen gesetzt werden müssen.²⁰ Eine Haftung des verantwortlichen Managements gibt es in Deutschland auch in Fällen, in denen die betroffenen Märkte aufgrund von Marktversagen reguliert werden und Verstöße gegen die Regulierung geahndet werden. Der deutsche Gesetzgeber kann sich hinsichtlich der Ausgestaltung z. B. an § 228 Abs. 2 TKG und/oder an den §§ 81 ff. GWB (auch i. V. m. §§ 9, 130 OWiG) orientieren, wonach im Fall von Verstößen gegen Verhaltenspflichten die Bundesnetzagentur im Telekommunikationsrecht und das Bundeskartellamt im Wettbewerbsrecht Geldbußen festsetzen dürfen. Ähnliche Bußgeldbestimmungen finden sich auch in anderen nationalen Vorschriften, in denen es um die Bewältigung des Marktversagens in den regulierten Netzindustrien (insb. §§ 28 AEG, 86 EEG, 95 EnWG, 49 PostG) bzw. um Telemedien (§ 11 TMG) geht.

499. Der deutsche Gesetzgeber könnte darüber hinaus auch Strafvorschriften vorsehen, wie sie ebenfalls teilweise im Recht der regulierten Netzindustrien (vgl. §§ 95a und 95b EnWG) und in Bezug auf den Umgang mit gegen unberechtigten Zugang gesicherten Daten existieren (vgl. §§ 202a-202d StGB). Die etwa in der Kartellverfolgung bestehende Problematik, dass durch Strafsanktionen vorhandene Kronzeugenprogramme unterminiert werden, ist bei Verstößen gegen die Verhaltensvorgaben des DMA jedenfalls nicht vorhanden.

4 Verzahnung von DMA und nationaler Wettbewerbsaufsicht in den digitalen Märkten

500. Die Wettbewerbsaufsicht in den digitalen Märkten ist vorrangig behördliche Aufsicht. Auf der EU-Ebene wird die Europäische Kommission für die Durchsetzung des DMA zuständig sein. Auf nationaler Ebene hat der Gesetzgeber des GWB-Digitalisierungsgesetzes das Bundeskartellamt insbesondere mit § 19a GWB ermächtigt, den Betreibern digitaler Ökosysteme behördliche Verhaltensvorgaben zu machen. Eine in sich stimmige Aufsicht erfordert es, dass bei der Anwendung des DMA und von § 19a GWB der Eindruck von Doppelzuständigkeiten vermieden wird (Abschn. 4.1) und dass bei der Anwendung von § 19a GWB das Risiko einer Fragmentierung des EU-Binnenmarktes minimiert wird (Abschn. 4.2).

4.1 Zum Verhältnis der nationalen Behörden zur Europäischen Kommission unter dem DMA

501. Das Verhältnis der nationalen Behörden zur Europäischen Kommission unter dem DMA bemisst sich danach, ob es um die Durchsetzung der Vorgaben des DMA oder um die Anwendung von Vorschriften außerhalb des DMA geht. Bei der Durchsetzung der Vorgaben des DMA ist gegebenenfalls eine Zusammenarbeit der Europäischen Kommission und der Behörden in den Mitgliedstaaten erforderlich. In Bezug auf Vorschriften außerhalb des DMA lässt der DMA die bestehenden Zuständigkeiten nationaler Behörden unangetastet.

¹⁹ Siehe näher Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 155, 167 ff. zu den Erfahrungen in den USA und anderen EU-Mitgliedstaaten; ferner Sondergutachten 72, Strafrechtliche Sanktionen bei Kartellverstößen, Baden-Baden, 2015, Tz. 191 ff., zu den Empfehlungen der Monopolkommission in Bezug auf Kartellverstöße.

²⁰ Vgl. § 81d Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 GWB („nach der Zuwiderhandlung getroffene Vorkehrungen“); Steger/Schwabach, WuW 2021, 138 (144).

502. Die Europäische Kommission wird im Anwendungsbereich des DMA allein zuständig sein, die Einhaltung der Pflichten im Verfahren zur Benennung als Gatekeeper sowie anschließend für die als Gatekeeper benannten Unternehmen zu überwachen.²¹ In Fällen der Nichteinhaltung wird die Europäische Kommission entscheiden müssen, ob sie gegen die Unternehmen auf Basis des DMA oder der Verordnung 1/2003 vorgeht.²² Dabei wird es darauf ankommen, ob das Verfahren eingesetzt werden soll, um die Einhaltung der Verhaltensvorgaben des DMA für die Zukunft zu gewährleisten oder ob auch ein Schaden für den Wettbewerb im Sinne der Art. 101 und Art. 102 AEUV geahndet und abgestellt werden soll. In Fällen, in denen eine systematische Nichteinhaltung zu einer (weiteren) Beeinträchtigung von Fairness und Bestreitbarkeit führt, wird die Europäische Kommission nach dem DMA zudem die Befugnis haben, den als Gatekeeper benannten Unternehmen Zusammenschlüsse im Sinne der Fusionskontrollverordnung für eine beschränkte Zeit zu untersagen.²³ Diese Befugnis besteht unabhängig davon, ob die Untersagung die bestehende Fairness und Bestreitbarkeit aufrechterhalten oder den Zustand vor der systematischen Nichteinhaltung wiederherstellen soll. Eine weiterreichende Wiederherstellungsanordnung ist nur im Rahmen eines Verfahrens zur Durchsetzung von Art. 102 AEUV möglich.

503. Die Wettbewerbsbehörden in den Mitgliedstaaten haben – trotz der allgemeinen Kooperationsverpflichtung in Art. 37 DMA – für die Durchsetzung des DMA keine eigene Zuständigkeit. Dennoch sind sie – neben der Europäischen Kommission – ermächtigt, Informationen über Verhaltensweisen von Gatekeepern entgegenzunehmen, die in den Anwendungsbereich des DMA fallen.²⁴ Die Behörden müssen die Europäische Kommission informieren, wenn sie feststellen, dass es ein Problem der Nichteinhaltung gibt.²⁵ Davon abgesehen räumt Art. 38 Abs. 7 DMA den mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden die Befugnis ein, auf Basis einer Ermächtigungsgrundlage nach nationalem Recht zu möglichen Fällen der Nichteinhaltung der Vorgaben aus Art. 5, 6 oder 7 DMA Vorermittlungen durchzuführen. Die Europäische Kommission ist hierüber vor Einleitung formeller Ermittlungsmaßnahmen schriftlich zu informieren. Wenn die Europäische Kommission nach der Mitteilung der mitgliedstaatlichen Behörden eigene Ermittlungen einleitet, sind die mitgliedstaatlichen Untersuchungen einzustellen. Die Europäische Kommission kann die mitgliedstaatlichen Behörden aber zum Zweck der optimalen Nutzung aller Ressourcen weiterhin ersuchen, sie bei ihren eigenen Ermittlungen zu unterstützen.²⁶ Für den Fall, dass die Europäische Kommission nach einer Mitteilung der mitgliedstaatlichen Behörden keine eigenen Ermittlungen durchführt, enthält der DMA keine Regelung. In diesem Fall kann das Verfahren noch wegen eines Verstoßes gegen eine nationale Vorschrift im Sinne des Art. 1 Abs. 6 DMA fortgesetzt werden. Andernfalls ist es nach nationalem Verfahrensrecht einzustellen, da das Verfahren mangels Zuständigkeit der mitgliedstaatlichen Behörden für die Durchsetzung des DMA zu keinen weiteren Maßnahmen gegenüber den betroffenen Unternehmen führen kann.

504. Die Zuständigkeiten und Befugnisse der Wettbewerbsbehörden außerhalb des DMA bemessen sich zukünftig nach Art. 1 Abs. 6 i. V. m. Art. 38 Abs. 1-6 DMA und dem bestehenden Recht. Nach Art. 1 Abs. 6 DMA bleiben nationale Wettbewerbsvorschriften unberührt, soweit sie auf andere Unternehmen als Gatekeeper anwendbar sind oder Gatekeepern damit zusätzliche Verpflichtungen auferlegt werden. Art. 38 Abs. 1 DMA sieht vor, dass die Europäische Kommission und die mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden über das Netzwerk der Europäischen Wettbewerbsbehörden (European Competition Network – ECN) miteinander kooperieren.²⁷ Das betrifft auch Verfahren, die die mitgliedstaatlichen Behörden nach nationalem Recht gegen die als Gatekeeper benannten Unternehmen einzuleiten beabsichtigen.²⁸ Wenn sie gegenüber Gatekeepern wettbewerbsrechtliche Verhaltensvorga-

²¹ Art. 3 f., 8, 26 und Erwägungsgrund 91 DMA.

²² Art. 18, 24 f., 29 ff. DMA; Art. 4 i. V. m. Art. 7 ff. VO 1/2003.

²³ Art. 18 Abs. 2 DMA.

²⁴ Art. 27 Abs. 1 DMA.

²⁵ Art. 27 Abs. 3 DMA.

²⁶ Art. 38 Abs. 6 DMA.

²⁷ Art. 38 Abs. 1 DMA.

²⁸ Art. 38 Abs. 2 DMA.

ben neben den Vorgaben des DMA machen wollen, haben sie einen Entwurf dieser Maßnahmen 30 Tage vor Erlass an die Europäische Kommission zu übermitteln.²⁹ Diese hat zwar kein Vetorecht, kann so allerdings zumindest auf mögliche Konflikte mit dem DMA hinweisen.

505. Die angesprochenen Vorschriften grenzen die Zuständigkeiten und Befugnisse der Behörden nach dem DMA und nationalem Recht rechtlich eindeutig voneinander ab. Dennoch kann in den Augen der Öffentlichkeit der Eindruck von Doppelzuständigkeiten entstehen. Das ist zum einen möglich, wenn in den Augen der Öffentlichkeit nicht klar ist, dass die nationalen Behörden bei möglichen Fällen der Nichteinhaltung der Vorgaben aus Art. 5, 6 oder 7 DMA keine Befugnis zu formellen Ermittlungen und zur Entscheidung haben. Zum anderen kann es speziell in Deutschland sein, dass die betreffenden Verhaltensweisen im Sinne der Art. 5, 6 oder 7 DMA inhaltlich zugleich von einer der Fallgruppen des § 19a Abs. 2 GWB erfasst werden. In beiden Fällen ist nicht zu erwarten, dass die Öffentlichkeit die Zuständigkeitskonzentration des DMA bei der Europäischen Kommission kennt. Dies kann umso problematischer sein, wenn ein Handlungsdruck für die Europäische Kommission entsteht, der dann, wenn die Europäische Kommission ohne vorherige Mitteilung nach Art. 38 Abs. 7 DMA schon über die relevanten Informationen verfügen würde, nicht bestünde. Denn in diesem Fall wird die Rolle der Europäischen Kommission als *One Stop Shop* für die Durchsetzung des DMA unterminiert.

506. Wenn das Bundeskartellamt durch eine neu zu schaffende nationale Vorschrift ermächtigt werden sollte, zu möglichen Fällen der Nichteinhaltung der Vorgaben aus Art. 5, 6 oder 7 DMA Vorermittlungen durchzuführen, sollte mit Blick auf die damit einhergehende Belastung der betroffenen Unternehmen gesetzlich klargestellt werden, dass zu diesen Vorermittlungen keine Information der Öffentlichkeit erfolgt. Mit Blick auf § 19a GWB sollte das Bundeskartellamt in seiner Öffentlichkeitsarbeit erläutern, weshalb die jeweilige behördliche Intervention nicht auf Basis des DMA, sondern ausschließlich auf Basis von § 19a GWB erfolgt.

507. Im Übrigen können die als Gatekeeper benannten Unternehmen einen Antrag stellen, dass für das Bundeskartellamt kein Anlass zum Tätigwerden besteht, da § 32c Abs. 1 GWB unter anderem auf § 19a GWB verweist.³⁰ Die Bescheidung solcher Anträge dürfte im Überschneidungsbereich von DMA und § 19a GWB einen wichtigen Beitrag zur Rechtsklarheit und Rechtssicherheit leisten können. Entscheidungen des Bundeskartellamtes in den betreffenden Fällen sollten deshalb stets veröffentlicht werden.

4.2 Zum Verhältnis der materiellen Vorgaben des § 19a GWB zum DMA

508. Der DMA steht einer Beibehaltung von § 19a GWB zwar nicht entgegen, dürfte die Vorschrift in ihrem Hauptanwendungsbereich aber weitgehend funktionslos machen. Denn wie im vorigen Abschnitt 4.1 angesprochen wurde, überschneiden sich die Verhaltensvorgaben in Art. 5, 6 und 7 DMA für Gatekeeper inhaltlich mit den Vorgaben, die das Bundeskartellamt nach § 19a Abs. 2 GWB „Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung“ auferlegen kann. In diesem Überschneidungsbereich greift der Anwendungsvorrang europäischen Rechts.³¹ Die unmittelbar anwendbaren gesetzlichen Vorgaben des DMA schließen (bei Einhaltung) also ein Verhalten aus, zu dem das Bundeskartellamt eine behördliche Anordnung nach nationalem Recht treffen kann. Der Anwendungsvorrang der Vorgaben des DMA besteht aber auch bezüglich etwaiger Abhilfemaßnahmen (bei Nichteinhaltung). Der Anwendungsvorrang hat zur Folge, dass mit den Art. 5, 6 und 7 DMA nicht vereinbare Verhaltens-

²⁹ Art. 38 Abs. 3 DMA.

³⁰ Grünwald in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Loseblatt, Frankfurt, § 19a Rz. 141 (zu § 19a Abs. 1 GWB). Die Anwendbarkeit von § 32c GWB ist im Rahmen von § 19a GWB nicht zweifelsfrei, da § 19a GWB zwar auf §§ 32a und 32b, aber nicht auf § 32c GWB verweist.

³¹ EuGH, Urteil vom 5. Februar 1963, 26/62 – Van Gend en Loos, Slg. 1963, 1, 24-27, ECLI:EU:C:1963:1; Urteil vom 15. Juli 1964, 6/64 – Costa Enel, Slg. 1964, 585, 1269, ECLI:EU:C:1964:66; offen dazu Monopolkommission, Policy Brief, Ausgabe 4, 10. GWB-Novelle – Herausforderungen auf digitalen und regionalen Märkten begegnen!, Januar 2020.

vorgaben des nationalen Rechts unanwendbar sind und Entscheidungen zum Vollzug dieser Vorgaben keine Verbindlichkeit haben.³²

509. § 19a Abs. 2 GWB geht über die Art. 5, 6 und 7 DMA allerdings in folgender Hinsicht hinaus:

- Nach § 19a Abs. 2 GWB sind auch Vorgaben für andere Unternehmen als nach Art. 3 DMA benannte Gatekeeper und Vorgaben ohne Bezug auf „zentrale Plattformdienste“ im Sinne von Art. 2 Ziff. 2 DMA möglich. Dasselbe gilt für Vorgaben, die sich zwar auf von Gatekeepern angebotene zentrale Plattformdienste beziehen, wobei aber diese Dienste keine Funktion als „wichtiges Zugangstor“ im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b DMA erfüllen.
- Außerdem sind, soweit erkennbar, § 19a Abs. 2 Nr. 1, 2 und 3 GWB (jeweils abgesehen von den Regelbeispielen) und die Regelbeispiele des § 19a Abs. 2 Nr. 7 GWB sprachlich weiter gefasst als die Vorgaben der Art. 5, 6 und 7 DMA.
- In Fällen der Nichteinhaltung des DMA kann das Bundeskartellamt nach § 19a GWB eine Anordnung zur Beseitigung der Marktwirkungen des DMA-widrigen Verhaltens erlassen, da sich der DMA nicht zu Marktwirkungen äußert.

510. In seinem verbleibenden Anwendungsbereich kann § 19a GWB dauerhaft genutzt werden, um Verhaltensweisen von Unternehmen aufzugreifen, die vom DMA zwar nicht erfasst werden, bei denen aber eine entsprechende Erweiterung des Anwendungsbereichs des DMA nach Art. 12, 16 und 19 DMA geboten sein könnte. Insofern erfüllt § 19a GWB eine den DMA ergänzende Funktion. Der damit einhergehende Nutzen ist auch nicht auf Deutschland beschränkt. Denn die Vorschrift ist auf Plattformbetreiber von überragender marktübergreifender Bedeutung und damit vor allem auf Unternehmen anwendbar, die eine europa- oder gar weltweit einheitliche Geschäftsstrategie verfolgen.

511. Allerdings bringt § 19a GWB damit zugleich das Risiko einer Fragmentierung des EU-Binnenmarkts mit sich. Der deutsche Gesetzgeber hat mit dem Erlass dieser Vorschrift zwar nur seine Kompetenzen zur kartellrechtlichen Gesetzgebung genutzt. Deshalb dürfte dieses Risiko einer Fragmentierung des EU-Binnenmarkts für sich genommen keinen Verstoß gegen den Loyalitätsgrundsatz in Art. 4 Abs. 3 EUV darstellen. Allerdings dürfte derselbe Loyalitätsgrundsatz es erfordern, dass bei der Anwendung von § 19a GWB im Einzelfall zwischen den damit verbundenen Vorteilen für den Wettbewerbsschutz (bzw. für die Verbraucherinnen und Verbraucher) in Deutschland und den Nachteilen einer dadurch möglicherweise bewirkten Fragmentierung des EU-Binnenmarktes abgewogen wird. In Fällen, in denen eine Fragmentierung des EU-Binnenmarktes sicher zu erwarten ist, während etwaige Vorteile für den Wettbewerb und/oder die Verbraucherinnen und Verbraucher in Deutschland unsicher sind, sollte auf Maßnahmen nach § 19a Abs. 2 GWB verzichtet werden.

512. Nachteilige Folgen einer Fragmentierung können darin bestehen, dass damit Ineffizienzen zulasten der Verbraucherinnen und Verbraucher einhergehen. Eine Fragmentierung kann zu höheren Kosten aufseiten der Gatekeeper führen, wenn sie sich z. B. mit unterschiedlichen Rechtsnormen auseinandersetzen und höhere Ressourcen einsetzen müssen. Diese Kosten dürften in erster Linie Fixkosten darstellen, die keinen unmittelbaren Einfluss auf die Effizienz der Geschäftstätigkeiten haben. Ein Nachteil kann freilich auch dann entstehen, falls die Gatekeeper einzelne Dienste oder Produkte nicht im gesamten Binnenmarkt anbieten dürfen und der Absatzmarkt somit verkleinert wird. Denn dadurch könnten Skalenvorteile abgeschwächt werden, womit sich einzelne Investitionen und Innovationen schwerer amortisieren lassen könnten. Dieses Risiko ist bei in der Regel weltweit tätigen Gatekeepern zwar als gering anzusehen, und es ist kaum vorstellbar, dass Innovationen gänzlich unterbleiben, weil einzelne Märkte nicht hinreichend bedient werden können. Nachteile können jedoch zulasten der Verbraucherinnen und Verbraucher in einzelnen Märkten gehen, falls ihnen dadurch präferierte Dienste in diesen Märkten vor-

³² EuGH, Urteil vom 29. April 1999, C-224/97 - Ciola, Slg. 1999, I-2517, ECLI:EU:C:1999:212, Rz. 32 f.; Ruffert in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 1 AEUV Rz. 21 mit Fn. 69.

enthalten werden. Aus ökonomischer Perspektive sind gleichwohl das Risiko und der Schaden aus einer Fragmentierung als gering einzuschätzen.

513. Eine weitere Problematik ergibt sich bei einer – allein auf Deutschland bezogenen – Betrachtung dadurch, dass § 19a GWB mit Blick auf die Anforderungen an eine Wettbewerbsvorschrift im Sinne von Art. 1 Abs. 6 DMA nur mit Abstrichen ausreichend bestimmt sein dürfte. Dabei wirken sich die Unbestimmtheiten der Vorschrift einseitig zum Nachteil der regulierten Unternehmen und einseitig zum Vorteil des Bundeskartellamts aus. Dies bedeutet Rechtsrisiken (= Kosten) für die Unternehmen und kann auch verfassungsrechtlich problematisch sein:

- § 19a GWB enthält nach seinem Wortlaut keine expliziten Voraussetzungen dafür, dass das Bundeskartellamt ein Unternehmen nach Abs. 1 benennt oder dem Unternehmen nach Abs. 2 Verhaltensauflagen macht (Tatbestand). Die Vorschrift regelt lediglich die Benennung als „Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung“ und die möglichen Verhaltensauflagen (Rechtsfolge). Zwar lässt sich argumentieren, dass die Vorschrift so zu verstehen ist, dass sie typischerweise eine Gefahr oder zumindest einen Gefahrenverdacht hinsichtlich bestimmter Verhaltensweisen voraussetzt.³³ Der Grad der Gefahr wird aber nicht bestimmt.³⁴
- Die Verhaltensvorgaben des § 19a Abs. 2 GWB erfordern auch – entgegen den Empfehlungen der Monopolkommissionsmitglieder in den Anhörungen zum GWB-Digitalisierungsgesetz – nicht in allen Fällen einen Wettbewerbsbezug im Sinne des Protokolls Nr. 27 zu den Unionsverträgen. Ein solcher ist namentlich bei Anordnungen nach § 19a Abs. 1, 6 und 7 GWB nicht erforderlich.

Als Unbestimmtheitsfaktor außerhalb von Art. 1 Abs. 6 DMA kommt hinzu, dass § 19a GWB nach nationalem Recht nicht zusammen mit § 19 GWB geprüft werden muss, aber eine Rechtswegverkürzung vorsieht. Das Bundeskartellamt kann somit – auch noch nach Verfahrenseinleitung – nach Ermessen entscheiden, auf welche Vorschriften es das Verfahren stützt und welcher Rechtsschutz den betroffenen Unternehmen dann zur Verfügung steht.

514. Die in der vorigen Textziffer genannten Aspekte sprechen alle für eine enge Auslegung des § 19a GWB. Aus wettbewerbspolitischer Sicht ist – im Einklang mit der bisherigen Position der Monopolkommission – insbesondere zu empfehlen, dass das Bundeskartellamt sein Verfahrensermessen (§ 40 i. V. m. § 10 VwVfG) in der Praxis so ausübt und nur dann Verfahren gegen Unternehmen einleitet, wenn ein eindeutiger Wettbewerbsbezug im Sinne von Art. 1 Abs. 6 DMA gegeben ist.³⁵ Diese Anforderung sollte im Sinne des Protokolls Nr. 27 zu den Unionsverträgen verstanden werden.³⁶ Das Bundeskartellamt sollte auf Basis von § 19a GWB Verfahren mit dem Ziel von Verhaltensanordnungen grundsätzlich nur dann einleiten, wenn zumindest Anhaltspunkte für einen Wettbewerbsverstoß zulasten anderer Marktteilnehmer auf relevanten Einzelmärkten bestehen (Gefahrenverdacht).

515. In Fällen, in denen ein solcher Verdacht eines Missbrauchs auf Einzelmärkten besteht, könnte das Bundeskartellamt dann alternativ aber auch auf ein Hauptsacheverfahren nach § 19a GWB verzichten und einstweilige Maßnahmen nach § 32a i. V. m. § 32 Abs. 1 GWB anordnen. Das Instrument einstweiliger Maßnahmen wird von der französischen Autorité de la concurrence in langjähriger Praxis als wirksam zum Schutz des Wettbewerbs in der

³³ In diesem Sinne Nothdurft in: Bunte, Kartellrecht – Kommentar, Band 1, 14. Aufl., Köln, 2022, § 19a GWB Rz. 132 mit Bezugnahme auf die Gesetzesbegründung; anders gleichwohl Lettl, WRP 2021, 413 (418).

³⁴ Vgl. hierzu BVerfG, Beschluss vom 24. Januar 2012, 1 BvR 1299/05, Rz. 177; zu rein finalen Eingriffsnormen auch MVVerfG, LKV 2000, 149 (UA S. 22 ff.); Mahlmann, LKV 2001, 102 f.

³⁵ Vgl. Monopolkommission, Policy Brief, Ausgabe 4, 10. GWB-Novelle – Herausforderungen auf digitalen und regionalen Märkten begegnen!, Januar 2020, S. 3. Dies könnte nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ohnehin auch rechtlich geboten sein; siehe EuGH, Urteil vom 31. Januar 1978, 94/77 – Zerbone, Slg. 1978, 99, ECLI:EU:C:1978:17, Rz. 22/27; Urteil vom 7. November 1972, 20/72 – Belgien/NV Cobelex, Slg. 1972, 1055, ECLI:EU:C:1972:94, Rz. 12/17.

³⁶ Protokoll Nr. 27 zu den Verträgen, konsol. Fassung, ABl. C 202 vom 7. Juni 2016, S. 1.

Digitalwirtschaft angesehen.³⁷ Der Gesetzgeber des GWB-Digitalisierungsgesetzes hat auch die Voraussetzungen für die Anordnung abgesenkt.

516. Zuletzt ist auch im Anwendungsbereich des § 19a GWB zu beachten, dass stets eine Prüfung von Art. 102 AEUV stattfindet, soweit diese Vorschrift parallel anwendbar ist. Derzeit wird Art. 102 AEUV in Bezug auf die Unternehmen im Sinne des § 19a Abs. 1 GWB in Deutschland – soweit nach den Pressemitteilungen des Bundeskartellamts ersichtlich – nicht mehr geprüft. Diese Nichtprüfung von Art. 102 AEUV trägt aber ebenso wie der Aufbau einer eigenständigen Entscheidungspraxis zu § 19a GWB zur Fragmentierung des EU-Binnenmarktes bei. Dabei ist zweifelhaft, ob eine isolierte Prüfung von § 19a GWB überhaupt unionsrechtlich zulässig ist. Zwar enthält Art. 1 Abs. 6 DMA eine Öffnungsklausel zugunsten nationaler Vorschriften wie § 19a GWB. Daneben ist jedoch Art. 3 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003 zu beachten. Hiernach haben die mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden und Gerichte auch Art. 102 AEUV anzuwenden, wenn sie „das einzelstaatliche Wettbewerbsrecht auf nach Artikel [102 AEUV] verbotene Missbräuche“ anwenden.³⁸ Bei Fragen zur Reichweite von Art. 3 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003 können deutsche Stellen jedoch nicht ihre eigene Auslegung vornehmen, sondern es ist vielmehr das vorrangige Unionsrecht mit dem Europäischen Gerichtshof als letztverbindlichem Interpreten nach Art. 267 Abs. 1, 3 AEUV zu beachten. In Zweifelsfällen haben die zuständigen nationalen Gerichte somit die Auslegung des Europäischen Gerichtshofs einzuholen.³⁹

517. Aus Sicht der Monopolkommission sollten § 19a GWB bei marktübergreifenden Wettbewerbsproblemen und einstweilige Maßnahmen nach § 32a i. V. m. § 32 Abs. 1 GWB bei unmittelbar drohenden Wettbewerbsgefährdungen auf Einzelmärkten eingesetzt werden, um Probleme außerhalb des Anwendungsbereichs des DMA im Einzelfall abzustellen. Zugleich sollte das Bundeskartellamt in den betreffenden Fällen allerdings prüfen, ob die Problemstellung über einzelne Fälle hinaus auftreten kann und deshalb Maßnahmen nach Art. 12, 16 und 19 DMA getroffen werden sollten. In diesem Fall sollte die Europäische Kommission nach Art. 38 DMA über das ECN entsprechend informiert werden.

5 Zusammenspiel mit der Missbrauchskontrolle nach Art. 102 AEUV – derzeit kein Bedarf für weitere Entflechtungsinstrumente

518. Die vom BMWK langfristig ins Auge gefasste Ergänzung des bestehenden Rechtsrahmens um eine missbrauchsunabhängige Entflechtungsmöglichkeit auf europäischer Ebene ist zurückhaltend zu bewerten. Die Einführung missbrauchsunabhängiger Entflechtungsinstrumente bedarf aus wettbewerbspolitischer Sicht insbesondere dann einer näheren Prüfung, wenn missbrauchsabhängige Instrumente nicht zur Verfügung stehen oder wenn ihre Anwendung keinen wirksamen Wettbewerbsschutz gewährleistet. Im letztgenannten Fall sollten allerdings vorrangig die Anwendungshindernisse für die bestehenden Instrumente beseitigt werden, bevor neue Instrumente eingeführt werden.

519. Die neuen Spezialregelungen zu den digitalen Märkten und insbesondere der DMA dürften nichts an der Notwendigkeit einer Missbrauchskontrolle nach Art. 102 AEUV ändern. Art. 102 AEUV bleibt etwa in Fällen anwendbar, in denen sich Gatekeeper in beherrschender Stellung missbräuchlich verhalten, ohne dass sich das Verhalten auf einen als solchen benannten zentralen Plattformdienst bezieht und/oder als Umgehung der Verhaltensvorgaben des DMA (Art. 13 DMA) anzusehen ist. In den genannten Fällen wäre es lediglich wünschenswert, dass

³⁷ Siehe z. B. Autorité de la concurrence, Entscheidung vom 30. Juni 2010, Navx 10-MC-01 – Google AdWords; Entscheidungen vom 12. Juli 2021, 21-D-17, und vom 9. April 2020, 20-MC-01 – Google/SEPM; Pressemitteilung vom 21. Januar 2019 (zu Google Ads).

³⁸ Siehe hierzu schon Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, Wettbewerb 2020, Baden-Baden, 2020, Tz. 414 ff.

³⁹ Vgl. EuGH, Urteil vom 10. Oktober 1973, 34/73 – Fratelli Variola Spa/Amministrazione delle finanze dello Stato, Slg. 1973, 981, ECLI:EU:C:1973:101, Rz. 10 f., wonach die Mitgliedstaaten „keine Maßnahmen ergreifen [dürfen], die geeignet sind, die Zuständigkeit des Gerichtshofes zur Entscheidung über Fragen der Auslegung des [Unions]rechts oder der Gültigkeit der von den Organen der [Union] vorgenommenen Handlungen zu beschneiden“. Abweichend: Unterrichtung durch die Bundesregierung, Dreiundzwanzigstes Hauptgutachten der Monopolkommission, Wettbewerb 2020 – Drucksache 19/21540 –, Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drs. 20/760, Tz. 37.

die Europäische Kommission stärker als bislang einstweilige Maßnahmen nach Art. 8 VO 1/2003 anordnet, da missbräuchliche Verhaltensweisen speziell bei den als Gatekeeper benannten Unternehmen mit dem Risiko einer weiteren Verschlechterung der Bestreitbarkeit von Märkten und der Fairness der Beziehungen zu den Plattformnutzern verbunden sein können.

520. Ein Rückgriff auf Art. 102 AEUV dürfte aber auch dann unerlässlich sein, wenn die Nichteinhaltung von Vorgaben des DMA zugleich einen Verstoß gegen Art. 102 AEUV darstellt und wenn zugleich eine schwerwiegende Schädigung der Marktstruktur im EU-Binnenmarkt festzustellen ist oder droht. Der Grund für die Notwendigkeit einer Missbrauchskontrolle liegt in diesen Fällen darin, dass der DMA lediglich verhaltensbezogene Vorgaben (Art. 5, 6 und 7 DMA) und Transparenzvorgaben (Art. 14 f. DMA) macht. Auf die Folgen des Verhaltens im Einzelfall kommt es nach Wortlaut und Zielsetzung der relevanten Vorschriften nicht an. Entsprechendes gilt mit Blick auf Fälle der Nichteinhaltung. Denn der DMA ermächtigt nur zu Maßnahmen, um die Nichteinhaltung abzustellen und für die Zukunft ein rechtskonformes Verhalten herbeizuführen. So kann die Europäische Kommission nach Art. 29 Abs. 1 lit. a, Abs. 5 DMA einen Beschluss wegen Nichteinhaltung mit einer Abstellaufforderung erlassen, wenn sie feststellt, dass ein Gatekeeper „eine der in den Art. 5, 6 und 7 genannten Verpflichtungen nicht erfüllt“. Darüber hinaus kann sie nach Art. 18 DMA unter den dort genannten Voraussetzungen in Fällen, in denen ein Gatekeeper die in den Art. 5, 6 und 7 festgelegten „Verpflichtungen systematisch nicht einhält“ verhaltensbezogene oder strukturelle Abhilfemaßnahme gegen den Gatekeeper verhängen (einschließlich einer zeitlich begrenzten vorsorglichen Untersagung zukünftiger Zusammenschlüsse).⁴⁰ Dagegen ermächtigt der DMA die Europäische Kommission nicht dazu, Anordnungen zu dem Zweck zu treffen, dass der Gatekeeper die gegebenenfalls schon eingetretenen Folgen seines Verhaltens rückgängig macht und den durch seinen Rechtsverstoß eingetretenen Schaden auf Einzelmärkten beseitigt. Ebenso ermächtigt auch der deutsche § 19a GWB nur zu Verhaltensvorgaben. Lediglich bei Verletzung von behördlich festgesetzten Verhaltensaufgaben gemäß § 19a Abs. 2 Nr. 2-5 GWB können die in einem getrennten Schritt festgesetzten Abhilfemaßnahmen auch die Beseitigung eines eventuell eingetretenen Schadens für den Wettbewerb umfassen (§ 19a Abs. 2 S. 4 i. V. m. § 32 Abs. 2 GWB). Das setzt allerdings voraus, dass zuvor behördliche Verfahren durchgeführt wurden, in denen nach § 19a Abs. 1 GWB die überragende marktübergreifende Bedeutung festgestellt und nach § 19a Abs. 2 GWB die betreffenden Verhaltensweisen untersagt wurden.

521. Art. 102 AEUV reicht mit Blick auf die Beseitigung der Wettbewerbsfolgen von Rechtsverstößen weiter. Denn Art. 102 AEUV enthält Regelungen für alle Fälle, in denen ein beherrschendes Unternehmen durch missbräuchliche Ausnutzung seiner Marktmacht den Wettbewerb schädigt. Die Abhilfemaßnahmen können in diesen Fällen auch die Beseitigung der Auswirkungen des Missbrauchs für den Wettbewerb umfassen. Die Reichweite der nach Art. 102 AEUV (i. V. m. der Verordnung 1/2003) möglichen Maßnahmen soll nachfolgend anhand eines Fallbeispiels dargestellt werden, in dem ein potenziell missbräuchliches Verhalten eines Marktbeherrschers unmittelbar (d. h. unabhängig von den Reaktionen anderer Marktteilnehmer) die Marktstruktur beeinträchtigt und eine Abhilfemaßnahme folglich auch genau diese strukturellen Auswirkungen beseitigen muss. Die Monopolkommission wählt für das Fallbeispiel die Übernahme von WhatsApp durch Facebook. In den USA wird diese Übernahme derzeit in einer Klage der Federal Trade Commission (FTC) auf Basis des dortigen Missbrauchsrechts – § 2 Sherman Act (15 U.S.C § 2)⁴¹ angegriffen.⁴² In der EU ist sie bisher rein fusionskontrollrechtlich untersucht worden, weshalb die nachfolgende Untersuchung auch nur hypothetischen Charakter hat. Eine Untersuchung auf Basis von Art. 102 AEUV ist in den betreffenden Fällen aber nicht per se ausgeschlossen.

522. Im Folgenden wird zunächst die ökonomische Problemstellung dargestellt (Abschn. 5.1). Im Anschluss wird das Fallbeispiel missbrauchsrechtlich nach Art. 102 AEUV gewürdigt (Abschn. 5.2). Zuletzt werden aus dem Fallbei-

⁴⁰ Art. 18 Abs. 1-2 DMA.

⁴¹ Im konkreten Fall in Verbindung mit § 5 FTC Act (15 U.S.C. § 45).

⁴² State of New York v. Facebook, Inc., 1:20-cv-03589, and Federal Trade Commission v. Meta Platforms, Inc. 1:20-cv-03590 (D.D.C. 2020).

spiel wettbewerbspolitische Empfehlungen mit Blick auf die weitere Anwendungspraxis des Art. 102 AEUV und das fragliche Erfordernis eines missbrauchsunabhängigen Entflechtungsinstruments abgeleitet (Abschn. 5.3).

5.1 Ökonomische Problemstellung

523. Ausgehend vom ursprünglichen Kerngeschäft des sozialen Netzwerks hat Facebook – wie andere Unternehmen in den digitalen Märkten – sein Portfolio an Produkten und Dienstleistungen stetig zu einem digitalen Ökosystem erweitert. Unter dem Dach der Meta Platforms Inc. befinden sich heute neben dem sozialen Netzwerk Facebook, unter anderem die Fotoplattform Instagram, die Messenger-Dienste WhatsApp und Messenger, sowie der Hersteller von Virtual-Reality-Technologie Oculus. Im Ökosystem agieren die jeweiligen Plattformen auf mehrseitigen Märkten und sprechen dabei unterschiedliche Kundengruppen an. Hierzu gehören vor allem Endnutzerinnen und Endnutzer, Entwickler von Softwareanwendungen und Werbekunden. Die unterschiedlichen Marktseiten stehen dabei über Netzwerk- und Verbundeffekte miteinander in Beziehung.⁴³

524. Netzwerk- und Verbundeffekte stellen einerseits ökonomische Effizienzen dar, die den Nutzen aus dem Konsum der Dienste erhöhen können.⁴⁴ Andererseits begünstigen sie Konzentrationstendenzen in den digitalen Märkten, da sie zugleich erhebliche Markteintrittsbarrieren für potenzielle Konkurrenten darstellen, die nicht mehr in gleichem Maße von diesen Effizienzen profitieren können. Das kann die Märkte letztlich zum Kippen bringen. Sobald die Schranken unüberwindbar geworden sind, können die Ökosystembetreiber den Zugang kommerzieller Nutzer zu ihren Diensten oder Daten in unlauterer Weise beschränken und kommerzielle Nutzer und Verbraucherinnen und Verbraucher ausbeuten. Eine weitere Wettbewerbsbeschränkung kann entstehen, wenn die Betreiber von Plattform-Ökosystemen ihre Marktmacht auf andere Märkte ausdehnen, um dort den Wettbewerb auszuschließen. Beides ist Gegenstand der Klage der FTC. Facebook wird vorgeworfen, wettbewerbswidrige Bedingungen für den Plattformzugang gegenüber gewerblichen Anbietern durchgesetzt zu haben, um die monopolistische Stellung des sozialen Netzwerks gegenüber potenziellen Konkurrenten abzusichern.⁴⁵

525. Ob die Markteintrittsbarrieren unüberwindbar sind, hängt neben den Netzwerk- und Verbundvorteilen von weiteren, gegenläufigen Faktoren ab. Hierzu zählen insbesondere die Möglichkeit zur parallelen Nutzung mehrerer Dienste (*multihoming*) und Produktdifferenzierung und Innovationen der Wettbewerber.⁴⁶ Inwiefern diese im Endeffekt geeignet sind, die Konzentrationstendenzen abzuschwächen oder gar aufzuheben, ist nur im jeweiligen Einzelfall zu entscheiden. Die FTC sah in der Phase der Migration von Desktop-basierten Diensten zu mobilen Diensten genau jenes Potenzial.⁴⁷ Zu diesen mobilen Diensten zählte auch WhatsApp, das eine neue und einfachere Interaktion der Nutzer ermöglichte, indem beispielsweise Fotos einfacher geteilt werden können und Gruppenchats ermöglicht wurden. Diese Innovationen und Produktdifferenzierung stellten aus Sicht der FTC eine ernsthafte Bedrohung des – für Desktop-Computer entwickelten – sozialen Netzwerks Facebook blue dar.⁴⁸

526. Diese Bedrohung zeigte sich an schnell steigenden Nutzerzahlen. Nach Angabe der FTC stieg die Nutzerzahl von WhatsApp im Februar 2014 um mehr als eine Million pro Jahr⁴⁹, sodass WhatsApp seinerseits von starken direkten Netzwerkeffekten profitierte. In der Klageschrift bleibt offen, ob dieses zulasten von Facebook ging und deren Netzwerkeffekte abschwächte oder ob Nutzerinnen und Nutzer beide Plattformen parallel nutzten (*multihoming*). Die FTC geht hier eher von Substitutionseffekten aus. Laut FTC bestand die Gefahr, dass WhatsApp Fa-

⁴³ Monopolkommission, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Sondergutachten 68, Baden-Baden, 2015, Rn. 35.

⁴⁴ Ebenda, Rn. 45 ff.

⁴⁵ FTC, a. a. O., Fn. 130 ff.

⁴⁶ Evans, D. S./Schmalensee, R., The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms, *Competition Policy International* 3 (1), 2007, S. 151–179.

⁴⁷ FTC, a. a. O., Tz. 54.

⁴⁸ FTC, a. a. O., Tz. 57.

⁴⁹ FTC, a. a. O., Tz. 113

cebook im Markt für soziale Netzwerke für private Nutzer Konkurrenz mache, indem es Bestandteile von sozialen Netzwerken einführe (bspw. Gruppenfunktionen) oder selbst ein soziales Netzwerk gründe.⁵⁰ Die Schadenstheorie der FTC auf der Marktseite der Nutzerinnen und Nutzer basiert somit darauf, dass Facebook durch die Übernahme von WhatsApp den Innovationswettbewerb um bessere Dienste und Funktionen zulasten der Verbraucherinnen und Verbraucher ausgeschaltet habe.⁵¹ Dieses ginge ferner zulasten der Werbetreibenden, denen größere Auswahlmöglichkeiten und günstigere Werbepreise vorenthalten würden.⁵² Aufgrund dessen kommt die FTC zu dem Schluss, dass die Übernahme von WhatsApp durch Facebook wettbewerbswidrig war.

527. Die Europäische Kommission hat die Übernahme 2014 ohne Nebenbestimmungen freigegeben.⁵³ Die FTC hatte in ihrer damaligen eigenen Prüfung ebenfalls keine wettbewerbsrechtlich begründeten Einwände erhoben.⁵⁴ Die Europäische Kommission stellte in ihrer Untersuchung fest, dass WhatsApp zwar bereits als soziales Netzwerk angesehen werden könne, beide Unternehmen jedoch „wenn überhaupt, lediglich entfernte Wettbewerber sind.“⁵⁵ Zudem würden die jeweiligen Anwendungen eher parallel genutzt, sodass die Europäische Kommission in ihrer Entscheidung eher von einem Multihoming ausging. Auch nach der Übernahme gebe es genügend alternative Anbieter von Kommunikations-Apps, zu denen die Nutzerinnen und Nutzer wechseln könnten, sodass hierdurch Wettbewerbsdruck auf das fusionierte Unternehmen ausgeübt werde.⁵⁶ Die Europäische Kommission ging somit seinerzeit noch von funktionsfähigem Wettbewerb im Markt für Messenger-Dienste aus.

528. Der Digital Markets Act hingegen erfasst Messenger-Dienste nun als zentrale Plattformdienste. Die Europäische Kommission geht somit heute nicht mehr von funktionsfähigem Wettbewerb aus. Neben den Verhaltenspflichten des Art. 5 und 6 DMA sollen für nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste (Messenger-Dienste) der Gatekeeper – also vor allem für WhatsApp – Interoperabilitätspflichten des Art. 7 DMA gelten. Anbieter von Messenger-Diensten sollen auf Anfrage und kostenlos eine Interoperabilität zu den Basisfunktionen (Ende-zu-Ende-Textkommunikation, Austausch von Bildern und Videos) und später auch zu erweiterten Funktionen (unter anderem Gruppenkommunikation, Videotelefonie) der Gatekeeper erhalten. Dieses begründet die Europäische Kommission mit starken Netzwerkeffekten, die nicht mehr durch Multihoming der Nutzerinnen und Nutzer abgeschwächt würden, sodass hohe Wechselkosten für die Nutzerinnen und Nutzer existierten.⁵⁷ Diese Einschätzung steht im Gegensatz zur Freigabeentscheidung des Zusammenschlusses Facebook/ WhatsApp, bei der die Europäische Kommission noch auf ein hinreichendes Multihoming und geringe Wechselkosten abstellte. Es ist durchaus denkbar, dass die Europäische Kommission diese Einschätzung heute nicht mehr so vornehmen würde. Nicht zuletzt deshalb stellt sich die Frage, ob nicht gerade ihre Freigabeentscheidung (parallel zur Nichtintervention der FTC) zum heute diagnostizierten Marktversagen beigetragen haben könnte.

529. Ob ein solches Marktversagen im Markt für Messenger-Dienste vorliegt, ist zu hinterfragen. Die Monopolkommission schlussfolgerte im Sektorgutachten Telekommunikation 2021, dass ein solches im Markt für Messenger-Dienste derzeit nicht erkennbar ist, dass Nutzerinnen und Nutzer mehrere Dienste bewusst parallel verwenden und den Dienst je nach Präferenz wechseln.⁵⁸ Ebenso hat die Bundesnetzagentur Anfang 2022 festgestellt, dass 75 Prozent der Nutzerinnen und Nutzer in Deutschland mehrere Dienste parallel benutzen und sich Multihoming

⁵⁰ FTC, a. a. O., Tz. 107.

⁵¹ FTC, a. a. O., Tz. 78.

⁵² FTC, a. a. O., Tz. 228.

⁵³ Europäische Kommission, Beschluss vom 3. Oktober 2014, M.7217 – Facebook/ WhatsApp.

⁵⁴ Vgl. FTC, Pressemitteilung vom 10. April 2014.

⁵⁵ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_14_1088.

⁵⁶ Europäische Kommission, Beschluss vom 3. Oktober 2014, M.7217 – Facebook/ WhatsApp, Tz. 108.

⁵⁷ Erwägungsgrund 64 DMA.

⁵⁸ Monopolkommission, 12. Sektorgutachten Telekommunikation: Wettbewerb im Umbruch, Baden-Baden, 2021, Tz. 203 ff.

immer stärker zum Standardfall entwickelt.⁵⁹ Auch die Tatsache, dass die Dienste WhatsApp und Instagram weiterhin als eigenständige Marken vermarktet werden, deutet darauf hin, dass Nutzerinnen und Nutzer mehrere Dienste mit unterschiedlichen Funktionen parallel verwenden.

530. Die Europäische Kommission kam damals auch hinsichtlich der Werbemärkte zu anderen Einschätzungen als die FTC heute. Auch nach dem Zusammenschluss gebe es noch genügend andere Anbieter gezielter Werbemaßnahmen und hinreichend werberelevante Daten, die nicht ausschließlich von Facebook kontrolliert würden.⁶⁰ Zudem könne Facebook zwar theoretisch die Daten von WhatsApp mit den eigenen Daten zusammenführen und so die Position im Online-Werbemarkt stärken. Dies sei jedoch unwahrscheinlich, da WhatsApp dafür die Nutzerbedingungen ändern müsse und Nutzerinnen und Nutzer daraufhin zu anderen Anbietern wie beispielsweise Telegram und Threema wechseln könnten. Dieses sei wahrscheinlich, da keine ausgeprägten Wechselkosten vorlägen. Dadurch könnten die Netzwerkeffekte geschwächt werden, was sich dann negativ auf die Werbeerlöse auswirken werde, da den Werbetreibenden weniger Absatzmöglichkeiten verblieben.⁶¹ Die Europäische Kommission schlussfolgerte daher, dass der Zusammenschluss wahrscheinlich zu keiner erheblichen Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs auf den Werbemärkten führen werde.⁶²

531. Auch hier ging die Europäische Kommission im Jahr 2014 somit noch von funktionierenden Märkten aus. Nach ihrer Einschätzung scheinen die Netzwerkeffekte aufseiten der Nutzerinnen und Nutzer jedoch nun so stark, dass auch die Werbemärkte keinem funktionsfähigen Wettbewerb mehr unterliegen. Auch Werbendienste werden als zentrale Plattformdienste vom DMA erfasst. Auf eine bedingt durch die Fusion wettbewerblich bedenkliche Konzentration werberelevanter Daten hat die Monopolkommission bereits 2015 hingewiesen.⁶³ Auch das Bundeskartellamt verdeutlicht, dass Facebook über werberelevante Daten verfügt, die durch andere Anbieter von Online-Werbung nicht bereitgestellt werden können.⁶⁴ Somit muss auch hier hinterfragt werden, ob die Freigabeentscheidung einen Teil des vermuteten Marktversagens erklären kann.

532. Für eine wettbewerbliche Analyse von Plattformmärkten müssen somit alle Marktseiten und deren Beziehungen zueinander untersucht werden. Im konkreten Fall Facebook/WhatsApp bedeutet das, dass die Nutzer- und die WerbeSeite gemeinsam betrachtet werden müssen. Auf beiden Marktseiten deutet sich nach ersten Einschätzungen ein unterschiedliches Wettbewerbsniveau an. Nutzerinnen und Nutzer können zwar zwischen mehreren alternativen Messenger-Diensten wählen und diese parallel verwenden. Andererseits besteht jedoch eine hohe Abhängigkeit der Werbeindustrie von Facebook, die durch den einzigartigen Datenschatz von Facebook begründet ist. Diese unterschiedlichen Ergebnisse auf beiden Marktseiten macht eine Einschätzung über eine etwaige marktmächtige Stellung von Facebook komplex.

533. Der Wettbewerb auf der Nutzerseite scheint jedoch keinen hinreichenden Wettbewerbsdruck auf die WerbeSeite auszuüben. Die Position von Facebook, basierend auf den Nutzerdaten, scheint trotz des Wettbewerbs zwischen Messenger-Diensten weitestgehend unangreifbar zu sein. Das liegt insbesondere darin, dass die meisten Messenger-Dienste keine Werbung – oder nur in sehr geringen Umfang – betreiben und somit keine Alternative für die Werbeindustrie darstellen. Für Facebook ergibt sich der Wert der Nutzerdaten von WhatsApp nicht isoliert betrachtet, sondern erst aus dem Zusammenführung mit den bestehenden Daten, so dass Werbetreibenden ein sehr zielgruppengenaues Angebot gemacht werden kann. Diese Möglichkeit steht anderen Plattformbetreibern nicht in gleichem Maße zur Verfügung. Somit kann in der Gesamtschau nicht ausgeschlossen werden, dass Facebook als Plattformbetreiber über eine marktmächtige Stellung verfügt.

⁵⁹ https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2022/20220127_Onlinekommunikation.html.

⁶⁰ Europäische Kommission, Beschluss vom 3. Oktober 2014, M.7217 – Facebook/WhatsApp, Tz. 189.

⁶¹ Europäische Kommission, Beschluss vom 3. Oktober 2014, M.7217 – Facebook/WhatsApp, Tz. 186.

⁶² Europäische Kommission, Beschluss vom 3. Oktober 2014, M.7217 – Facebook/WhatsApp, Tz. 189.

⁶³ Monopolkommission, Sondergutachten 82, a. a. O., Tz. 161 ff.

⁶⁴ Bundeskartellamt, Beschluss in dem Verwaltungsverfahren B6-22/16, Tz. 499.

5.2 Rechtliche Einordnung

534. Die Vorwürfe der FTC können im Vergleich mit der fusionskontrollrechtlichen Freigabeentscheidung der Europäischen Kommission im Fall Facebook/WhatsApp⁶⁵ herangezogen werden, um beispielhaft aufzuzeigen, weshalb Art. 102 AEUV gegenüber den vom DMA adressierten Unternehmen zukünftig einen eigenen Anwendungsbereich neben dem DMA behalten wird. Dabei handelt es sich nachfolgend, wie schon einleitend hervorgehoben, um hypothetische Ausführungen auf Basis öffentlich verfügbarer Informationen. Insbesondere soll für die Zwecke dieser Ausführungen – ungeachtet der Bestandskraft der fusionskontrollrechtlichen Freigabeentscheidung der Europäischen Kommission – unterstellt werden, dass Facebook in der EU bei Übernahme von WhatsApp (2014) auf dem nationalen Markt für soziale Netzwerkdienste für private Nutzer oder einem anderen relevanten Markt über eine beherrschende Stellung gemäß Art. 102 AEUV verfügt haben kann oder eine solche Stellung zumindest in dem Zeitraum der Missbrauchsprüfung des Bundeskartellamts (2016-2019) innehatte.⁶⁶ Wenn Facebook vor 2016 über keine beherrschende Stellung verfügt haben sollte, wäre allenfalls eine Anwendung des nationalen Missbrauchsrechts (§ 20 GWB) hinsichtlich der Vorgänge um WhatsApp möglich. Darauf soll in den folgenden Ausführungen nicht weiter eingegangen werden.

535. Wenn Facebook im Rahmen der Übernahme von WhatsApp auf dem nationalen Markt für soziale Netzwerkdienste für private Nutzer in Deutschland von vornherein über eine beherrschende Stellung gemäß Art. 102 AEUV verfügt haben sollte, könnte die Übernahme missbräuchlich gewesen sein. Voraussetzung hierfür wäre, dass im Zeitpunkt der Übernahme der auf dem relevanten Markt *„erreichte Beherrschungsgrad den Wettbewerb [so] wesentlich behindert, dass [...] nur noch Unternehmen auf dem Markt [verblieben], die in ihrem Marktverhalten von dem beherrschenden Unternehmen ab[hängen].“* Außerdem müsste Facebook *„durch eine wesentliche, die Handlungsfreiheit des Verbrauchers auf dem Markt ernstlich gefährdende Änderung der Angebotsstruktur [...] praktisch [jeden] Wettbewerb [ausgeschaltet haben].“*⁶⁷ Ob diese Voraussetzungen tatsächlich erfüllt waren, wäre im Einzelfall zu prüfen. Wenn dies der Fall wäre, wäre ein Behinderungsmissbrauch in Form eines sogenannten Marktstrukturmissbrauchs zu bejahen.

536. Wenn Facebook die in der FTC-Klage gerügten Nutzungsbedingungen auch in Deutschland verwendet haben sollte und dadurch andere Marktteilnehmer benachteiligt hätte, könnte dieses Verhalten ebenfalls nach Art. 102 AEUV missbräuchlich sein. Dabei kann offen bleiben, ob die Verwendung der von der FTC gerügten Nutzungsbedingungen bereits aufgrund ihres Wesens geeignet wäre, den Wettbewerb zu beschränken.⁶⁸ Es genügt für die Zwecke des Fallbeispiels, dass sich aus Basis der verfügbaren Informationen nicht ausschließen lässt, dass die Nutzungsbedingungen überhaupt zu einer Wettbewerbsbeschränkung (Behinderung von Wettbewerbern) geeignet wären.

537. Wenn die von der FTC gerügten Verhaltensweisen auch für den europäischen Markt relevant sein und dort die tatbestandlichen Voraussetzungen eines Missbrauchs nach Art. 102 AEUV erfüllen sollten, wäre im nächsten Schritt zu prüfen, ob auf der Rechtsfolgeseite die von der FTC angestrebten Abhilfemaßnahmen grundsätzlich auch nach europäischem oder deutschem Recht in Betracht kommen. Die FTC fordert auf Basis von § 2 Sherman Act, soweit hier relevant:

⁶⁵ EU-Kommission, Entscheidung vom 3. Oktober 2014, M.7217 – Facebook/WhatsApp.

⁶⁶ Das Bundeskartellamt hat eine beherrschende Stellung auf dem nationalen Markt für soziale Netzwerke für private Nutzer bejaht und im Übrigen offengelassen; siehe BKartA, Beschluss vom 6. Februar 2019, B6-22/16, Tz. 374 f. Gegen die Entscheidung ist zurzeit noch ein Rechtsmittel anhängig; das Verfahren ist in der Hauptsache wegen einer Vorlage zum Europäischen Gerichtshof ausgesetzt; siehe OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24. März 2021, Kart 2/19 (V); EuGH, C-252/21 – Meta Platforms und andere.

⁶⁷ EuGH, Urteil vom 21. Februar 1973, 6/72 – Europemballage Corporation und Continental Can Company, Slg. 1973, 215, ECLI:EU:C:1973:22, Rz. 26 a. E., 29; dazu schon Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, Wettbewerb 2020, Baden-Baden, 2020, Tz. 87 m. weit. Nachw.

⁶⁸ Vgl. insofern EuGH, Urteil vom 6. September 2017, C-413/14 P – Intel, ECLI:EU:C:2017:632, Rz. 14; und ergänzend: EuG, Urteil vom 26. Januar 2022, T-286/09 RENV – Intel, ECLI:EU:T:2022:19, Rz. 148 f.

- die Veräußerung von Vermögenswerten, die Veräußerung oder Umstrukturierung von Geschäftsbereichen (einschließlich, aber nicht beschränkt auf Instagram und/oder WhatsApp) und andere Maßnahmen, die ausreichen, um den Wettbewerb wiederherzustellen, der ohne das in der Beschwerde behauptete Verhalten bestehen würde, einschließlich, soweit dies vernünftigerweise erforderlich ist, die Bereitstellung von laufender Unterstützung oder Dienstleistungen von Facebook für einen oder mehrere lebensfähige und unabhängige Geschäftsbereiche;
- alle sonstigen angemessenen Maßnahmen, die erforderlich sind, um den Wettbewerb wiederherzustellen und den durch das oben beschriebene wettbewerbswidrige Verhalten von Facebook verursachten Schaden zu beheben;
- dass es Facebook dauerhaft untersagt wird, wettbewerbswidrige Vereinbarungen zu treffen, die den Zugang von Entwicklern zu APIs und Daten regeln, oder wettbewerbswidrige Bedingungen aufzuerlegen;
- dass es Facebook dauerhaft untersagt wird, sich an dem beschriebenen rechtswidrigen Verhalten zu beteiligen;
- dass es Facebook dauerhaft untersagt wird, sich in Zukunft an ähnlichen oder damit verbundenen Verhaltensweisen zu beteiligen.⁶⁹

Diese Forderung struktureller Abhilfemaßnahmen ist in U.S.-Verfahren gegen die als Gatekeeper in Betracht kommenden Unternehmen kein Einzelfall. Auch das DOJ und die klagenden Bundesstaaten haben in mehreren Klagen gegen Google jeweils beantragt, dass das Gericht einen strukturellen Rechtsbehelf zur Beseitigung etwaiger wettbewerbswidriger Schäden anordnen solle.⁷⁰ Dasselbe gilt für den District of Columbia in seiner Klage gegen Amazon.⁷¹

538. In Missbrauchsfällen nach Art. 102 AEUV sind die tatbestandlichen Verbote und die Ausgestaltung von Abhilfemaßnahmen auf der Rechtsfolgeseite im Zusammenhang zu sehen. Dieser Zusammenhang ergibt sich daraus, dass der Adressatenkreis auf Unternehmen begrenzt ist, die über eine marktbeherrschende Stellung besteht. Art. 102 AEUV greift also erst dann ein, wenn der Markt zugunsten eines bestimmten Unternehmens gekippt ist. Das missbrauchsrechtlich verbotene Verhalten verschärft die Marktbedingungen für die übrigen Marktteilnehmer dann zusätzlich und kann zur dauerhaften Verdrängung von Wettbewerbern führen. Aus diesem Grund reicht es in Missbrauchsfällen im Sinne von Art. 102 AEUV nicht ohne Weiteres aus, wie bei einem koordinierten Verhalten, das gegen Art. 101 AEUV verstößt, lediglich das Verhalten zu verbieten oder eine Geldbuße zu dessen Ahndung zu verhängen. Der Schaden für die Marktstruktur, der Gegenstand des missbräuchlichen Verhaltens ist, lässt sich gegebenenfalls nur mit zusätzlichen Maßnahmen ausgleichen.

539. Der Europäische Gerichtshof hat die Verknüpfung der Marktmacht und der Auswirkungen des Missbrauchsverhaltens in seiner Rechtsprechung für das – hier im Vordergrund stehende – europäische Recht (Art. 102 AEUV) deutlich herausgearbeitet. Denn nach dem Gerichtshof ist

„mit der beherrschenden Stellung [...] die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens gemeint, die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern,

⁶⁹ Federal Trade Commission v. Meta Platforms, Inc. 1:20-cv-03590 (D.D.C. 2020), refiled complaint, 8. September 2021, S. 79 Abschn. XI.B, X, E F und G.

⁷⁰ United States of America v. Google LLC, 1:20-cv-03010-APM (DC Cir.), Complaint, Document 1, Filed 10/20/20, Tz. 194 lit. b; The State of Texas v. Google, LLC, 4:20-cv-00957-SDJ (E.D. Texas), Complaint, Document 1, Filed 12/16/20, Tz. 357 lit. f; State of Colorado v. Google LLC, 1:20-cv-03715-APM (D.C. Cir.), Complaint, Document 3, Filed 12/17/20, Tz. 233 lit. c.

⁷¹ District of Columbia v. Amazon.com, Inc., 2021-CA-001775-B (D.C. Super. 2021), Complaint, Tz. 87 lit. d.

indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten.“⁷²

Der Begriff der missbräuchlichen Ausnutzung erfasst dann

„Verhaltensweisen, die die Struktur des Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, welche von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen.“⁷³

540. Die Abhilfemaßnahmen für Verstöße gegen Art. 102 AEUV folgen nicht unmittelbar aus dieser Vorschrift selbst, sondern sind im nachrangigen Recht geregelt. Nach Art. 7 Abs. 1 S. 1 und 2 VO 1/2003 kann die Europäische Kommission nach Feststellung einer Zuwiderhandlung gegen Art. 102 AEUV die beteiligten Unternehmen durch Entscheidung verpflichten, die festgestellte Zuwiderhandlung abzustellen und ihnen hierzu „alle erforderlichen Abhilfemaßnahmen“ vorschreiben. Abhilfemaßnahmen struktureller Art können nach Art. 7 Abs. 1 S. 3 VO 1/2003 aber „nur in Ermangelung einer verhaltensorientierten Abhilfemaßnahme von gleicher Wirksamkeit festgelegt werden, oder wenn letztere im Vergleich zu Abhilfemaßnahmen struktureller Art mit einer größeren Belastung für die beteiligten Unternehmen verbunden wäre.“ Die Abhilfemaßnahmen struktureller Art umfassen auch (missbrauchsabhängige) Entflechtungen.

541. Der Europäische Gerichtshof hat zu Art. 7 VO 1/2003 ausgeführt, dass die Europäische Kommission den betreffenden Unternehmen „jede“ Abhilfemaßnahme struktureller oder verhaltensorientierter Art vorschreiben kann, die im Verhältnis zu der festgestellten Zuwiderhandlung steht und für eine „wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung“ erforderlich ist.⁷⁴ In anderem Zusammenhang hat er entschieden, dass die Maßnahme „der Natur der festgestellten Zuwiderhandlung angepasst sein [muss und] deshalb sowohl die Anordnung zur Vornahme bestimmter Tätigkeiten oder Leistungen, die unrechtmäßig unterblieben sind, beinhalten kann als auch das Verbot, bestimmte Tätigkeiten, Praktiken oder Zustände, die dem Vertrag widersprechen, fortzuführen oder fort dauern zu lassen.“⁷⁵

542. Der Europäische Gerichtshof hat für die Europäische Kommission ergänzende Pflichten statuiert, die dazu beitragen, eine wirksame Abstellung von Verstößen gegen Art. 102 AEUV zu gewährleisten. Speziell in Bezug auf Fälle, in denen ein missbräuchliches Verhalten Wirkungen auch nach Abstellung des konkreten Verhaltens hat, hat sich nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs „die Kommission in jedem Fall ein Urteil über die Schwere der geltend gemachten Beeinträchtigungen des Wettbewerbs und deren fort dauernde Wirkungen zu bilden. Diese Verpflichtung ist insbesondere darauf gerichtet, die Dauer und das Gewicht der beanstandeten Zuwiderhandlungen sowie deren Auswirkung auf die Wettbewerbsverhältnisse in der [EU] zu berücksichtigen. Dauern wettbewerbswidrige Wirkungen nach der Einstellung der sie verursachenden Praktiken fort, so ist die Kommission [...] weiterhin dafür zuständig, zu ihrer Beseitigung oder Neutralisierung tätig zu werden.“⁷⁶ Daraus dürfte abzuleiten sein, dass die Europäische Kommission im Rahmen der Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes solange und in dem Umfang zu Abhilfemaßnahmen befugt ist, wie diese zur Abstellung der betreffenden Verstöße geeignet sind und die Minimalanforderungen an ein erforderliches Mittel erfüllen.

⁷² EuGH, Urteil vom 13. Februar 1979, 85/76 – Hoffmann-La Roche, Slg. 1979, 461, ECLI:EU:C:1979:36, Ls. 4 und Rz. 38; Urteil vom 14. Februar 1978, 27/76 – United Brands, Slg. 1978, 207, ECLI:EU:C:1978:22, Rz. 65 (st. Rspr.).

⁷³ EuGH, Urteil vom 13. Februar 1979, 85/76 – Hoffmann-La Roche, Slg. 1979, 461, ECLI:EU:C:1979:36, Rz. 91.

⁷⁴ EuGH, Urteil vom 29. Juni 2010, C-441/07 P – Alrosa, Slg. 2010, I-5949, ECLI:EU:C:2010:377, Rz. 39.

⁷⁵ EuGH, Urteil vom 6. März 1974, 6 und 7/73 – Istituto Chemioterapico Italiano and Commercial Solvents, Slg. 1974, 223, ECLI:EU:C:1974:18, Rz. 45.

⁷⁶ EuGH, Urteil vom 4. März 1999, C-119/97 P – Ufex, Slg. 1999, I-1341, ECLI:EU:C:1999:116, Rz. 93 f.

543. Die Europäische Kommission ist aus Verhältnismäßigkeitsgründen allerdings zugleich verpflichtet, bei der Festlegung von Abhilfemaßnahmen nicht über das erforderliche Maß hinauszugehen. Nach der Rechtsprechung des Gerichts sind die betroffenen Unternehmen deshalb bei mehreren gleich wirksamen Abhilfemaßnahmen an der Entscheidung über solche Maßnahmen zu beteiligen.⁷⁷ Die Europäische Kommission geht dementsprechend in der Praxis so vor, dass sie dem betroffenen Unternehmen bei noch laufenden Missbräuchen aufgibt, den festgestellten Missbrauch abzustellen und der Kommission zu diesem Zweck innerhalb einer bestimmten Frist näher bestimmte Abhilfemaßnahmen vorzuschlagen.⁷⁸ Die Abhilfemaßnahmen werden von der Europäischen Kommission unter Nutzung ihrer Nachprüfungsbefugnisse beurteilt und gebilligt und die Umsetzung überwacht.⁷⁹

544. Diese Praxis ist gerade bei Betreibern digitaler Ökosysteme nicht unproblematisch. Eine missbrauchsrechtliche Untersuchung zu den Verhaltensweisen, die Gegenstand der Klage der FTC gegen Facebook sind, hat auf Basis von Art. 102 AEUV in der EU zwar noch nicht stattgefunden. Allerdings kann hinsichtlich der insofern üblichen Vorgehensweise auf die bisherigen Entscheidungen gegen Google verwiesen werden. In den Fällen *Google Android* und *Shopping* wurde Google durch die Europäische Kommission aufgegeben, bestimmte Verhaltensweisen zu unterlassen, wobei Google im letztgenannten Fall auch positive Pflichten zur Gewährleistung einer zukünftigen Gleichbehandlung von Wettbewerbern aufgegeben wurden.⁸⁰ Im Fall *Google AdSense* war vorgetragen worden, dass Google einen etwaigen Verstoß schon selbst abgestellt hätte. Die Kommission sprach in diesem Fall gleichwohl zusätzliche Verbote für bestimmte Verhaltensweisen aus, die aus ihrer Sicht auch zukünftig wettbewerbswidrig wären.⁸¹ Die auf Verhaltensvorgaben beschränkten Abhilfemaßnahmen dürften sich damit erklären lassen, dass der dynamische Charakter der Digitalwirtschaft es besonders schwierig macht abzuschätzen, ob Abhilfemaßnahmen noch erforderlich oder schon überschießend sind und welche nachteiligen Folgen mit einem Überschießen gegebenenfalls verbunden sein können. Der Verzicht auf weitergehende Maßnahmen war auch verfahrenswirtschaftlich deshalb nachvollziehbar, weil dadurch die Angriffsflächen für ein etwaiges Rechtsmittel vermindert wurden. Die Europäische Kommission konnte somit ihre Prozessrisiken vermindern und zugleich die Aussicht auf einen baldigen rechtssicheren Abschluss der genannten Fälle erhöhen.

545. In den genannten Fällen hätten weitergehende Maßnahmen im Sinne einer strukturellen Auskopplung einzelner Plattformdienste aus Googles Ökosystem zwar in Betracht gezogen werden können (z. B. eine Auskopplung des *Google Playstores* bzw. *Android-Betriebssystems* im *Android-Fall* oder eine Auskopplung des *Preisvergleichsdienstes* im *Shopping-Fall*). Eine Entflechtung kann allerdings mit ökonomischen Risiken bzw. Nachteilen einhergehen, da dadurch Skalen- und Verbundvorteile verloren gehen. Das kann dazu führen, dass das gesamte Ökosystem für die Verbraucherinnen und Verbraucher weniger attraktiv wird und auch langfristig wünschenswerte dynamische Effizienzen geschwächt werden, wenn die Betreiber weniger von den Effizienzen profitieren können. Dem gegenüber steht der Schutz des Wettbewerbs auf den einzelnen Wertschöpfungsstufen. Diese Abwägung zwischen Effizienzen und Wettbewerbsschutz ist im Ökosystemkontext deutlich komplexer als bei rein vertikal integrierten Unternehmen.

⁷⁷ EuG, Urteil vom 18. November 2020, T-814/17 – Lietuvos geležinkeliai, ECLI:EU:T:2020:545, Rz. 312; Urteil vom 18. September 1992, T-24/90 – Automec/Kommission, EU:T:1992:97, Rz. 52; zum Erfordernis der Verhältnismäßigkeit auch schon EuGH, Urteil vom 6. April 1995, C-241/91 P und C-242/91 P – RTE und ITP, Slg. 1995, I-743, ECLI:EU:C:1995:98, Rz. 93.

⁷⁸ Siehe insofern beispielhaft EU-Kommission, Beschluss vom 18. Juli 2018, AT.40099 – *Google Android*, Tz. 1390 ff., insb. Tz. 1404-1407. Die Europäische Kommission hat in diesem Zusammenhang auf die in Tz. 542 zitierte Passage in ihren Entscheidungen zu Google jeweils Bezug genommen; siehe EU-Kommission, Beschluss vom 18. Juli 2018, AT.40099 – *Google Android*, Fn. 1445; Beschluss vom 27. Juni 2017, AT.39740 – *Google Search (Shopping)*, Tz. Fn. 811; Beschluss vom 20. März 2019, AT.40411 – *Google Search (AdSense)*, Fn. 809.

⁷⁹ Vgl. beispielhaft EU-Kommission, Beschluss vom 18. Juli 2018, AT.40099 – *Google Android*, Tz. 1404 ff.; Beschluss vom 27. Juni 2017, AT.39740 – *Google Search (Shopping)*, Tz. 697-699 ff., 701 ff.

⁸⁰ EU-Kommission, Beschluss vom 18. Juli 2018, AT.40099 – *Google Android*, Tz. 1394-1403; Beschluss vom 27. Juni 2017, AT.39740 – *Google Search (Shopping)*, Tz. 699 f.

⁸¹ EU-Kommission, Beschluss vom 20. März 2019, AT.40411 – *Google Search (AdSense)*, Tz. 658 ff.

546. In allen genannten Fällen blieb mit der Wahl allein verhaltensbezogener Abhilfemaßnahmen allerdings auch unberücksichtigt, dass nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ein Zusammenhang zwischen der marktbeherrschenden Stellung und den Auswirkungen des missbräuchlichen Verhaltens besteht, dem bei der Formulierung der Abhilfemaßnahmen Rechnung zu tragen ist. Damit blieb zugleich unberücksichtigt, dass Google die Abhilfemaßnahmen auf – infolge des festgestellten Missbrauchs und der dadurch erhöhten Marktzutrittschranken – nicht mehr wettbewerblich strukturierten Märkten umzusetzen hatte. Die Vorteile, die Google durch die effektive Beseitigung des Wettbewerbs bereits zugeflossen waren, wurden nicht neutralisiert.⁸² Dazu war neben den beschriebenen Abhilfemaßnahmen auch die jeweils verhängte Geldbuße ungeeignet, da die zwischenzeitliche Verfestigung des Ökosystems es Google gestattete, den jeweils zahlbaren Betrag ohne Gefährdung seiner Marktposition aufzubringen.

547. Das deutsche Verfahrensrecht ist mit Blick auf Abhilfemaßnahmen parallel zu Art. 7 VO 1/2003 ausgestaltet und wird auch entsprechend ausgelegt.⁸³ Hinzu tritt lediglich eine Befugnis für die Kartellbehörden, eine Vorteilsabschöpfung oder die Rückerstattung der aus dem kartellrechtswidrigen Verhalten erwirtschafteten Vorteile an die Geschädigten anzuordnen.⁸⁴ Das Bundeskartellamt geht in seiner Anwendungspraxis zu Marktmachtmissbräuchen im Kontext digitaler Ökosysteme grundsätzlich ebenso wie Europäische Kommission vor und achtet darauf, überschießende Maßnahmen zu vermeiden. Demgemäß hat es Facebook lediglich bestimmte Nutzungsbedingungen untersagt und Vorgaben für die Neufassung der Nutzungsbedingungen gemacht.⁸⁵ Dagegen hat es keine Maßnahmen getroffen, um die Vorteile, die Facebook durch die effektive Beseitigung des Wettbewerbs bereits zugeflossen waren, zu neutralisieren. In dem betreffenden Fall wurde insbesondere keine Abschöpfung oder Rückerstattung von Vorteilen angeordnet.

548. Die bisherigen Ausführungen lassen den Schluss zu, dass in dem hypothetischen Szenario, dass die von der FTC gerügten Verhaltensweisen als Missbrauch nach Art. 102 AEUV geprüft würden und dass die von der FTC geforderten Abhilfemaßnahmen erforderlichenfalls auch von der Europäischen Kommission auf Basis von Art. 7 VO 1/2003 oder dem Bundeskartellamt auf Basis des deutschen Rechts angeordnet werden könnten. Die Durchsetzung solcher strukturellen Abhilfemaßnahmen dürfte gegenüber einem U.S.-Unternehmen indes eine enge Koordination mit den U.S.-Behörden erfordern.

5.3 Wettbewerbspolitische Folgerungen mit Blick auf strukturelle Maßnahmen

549. Die vorangehenden Ausführungen haben gezeigt, dass Art. 102 AEUV bei den als Gatekeeper benannten Unternehmen einen Anwendungsbereich behält. In Fällen, in denen die Nichteinhaltung von Vorgaben des DMA zugleich einen Verstoß gegen Art. 102 AEUV darstellt und eine schwerwiegende Schädigung der Marktstruktur im EU-Binnenmarkt festzustellen ist oder droht, ist es auch möglich, erforderlichenfalls strukturelle Maßnahmen anzuordnen, um die Auswirkungen des Verstoßes auf die Wettbewerbsverhältnisse zu neutralisieren oder zu beseitigen.

550. Damit steht das europäische Recht teilweise in einer anderen Tradition als etwa das U.S.-Recht: Dort schließt speziell der Abschluss eines fusionskontrollrechtlichen Verfahrens nicht aus, dass die Behörden den Fall nach den allgemeinen Regeln erneut aufgreifen, wenn sich die Prognose der Wettbewerbsentwicklung nach einem Zusammenschluss als unzutreffend erweist.⁸⁶ Dagegen gehen in der europäischen Fusionskontrolle bloße Prognosefehler im Interesse der Rechtssicherheit zulasten der Behörde. Davon abgesehen gestatten aber beide Rechtssysteme,

⁸² Siehe kritisch zum Android-Fall: Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, Wettbewerb 2020, Tz. 409 ff.

⁸³ § 32 Abs. 2 GWB. Dazu auch Art. 10 Abs. 1 RL (EU) 2019/1; Jaeger in: Frankfurter Kommentar Kartellrecht, Loseblatt, Frankfurt/M., § 32 GWB Rz. 2-3a.

⁸⁴ Siehe erneut §§ 32 Abs. 2a, 34 GWB.

⁸⁵ BKartA, Beschluss vom 6. Februar 2019, B6-22/16 – Facebook, Tenor Ziff. 1-3.

⁸⁶ § 7 Abs. 5 und § 7 a(i)(1) des Clayton Act (15 U.S.C. §§ 18, 18a(i)(1)).

wenn ein Unternehmen durch bessere Produkte oder zulässigerweise durch Zusammenschluss Marktmacht erlangt hat, grundsätzlich keine weiteren behördlichen Maßnahmen. Andernfalls bestünde das Risiko, dass wirtschaftlich erfolgreichen Unternehmen die Anreize genommen werden, in ihr weiteres Wachstum zu investieren. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht nur dort, wo Unternehmen mit Marktmacht sich missbräuchlich verhalten (Art. 102 AEUV, §§ 19 ff. GWB) bzw. Märkte monopolisieren (§ 2 Sherman Act). Der DMA ergänzt das europäische Regelungssystem nun um eine zusätzliche Verhaltensregulierung, die ihrerseits auf nationaler Ebene (unter anderem durch § 19a GWB) ergänzt wird.

551. Aus Sicht der Monopolkommission sollte zunächst abgewartet werden, ob sich das europäische Regelungssystem in der weiteren Entwicklung der digitalen Märkte bewährt. Anstelle einer politischen Initiative zur Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungsmöglichkeit auf EU-Ebene wäre es deshalb zunächst vorzugswürdig, dass die Bundesregierung gegenüber der Europäischen Kommission auf weiterreichende Abhilfemaßnahmen in Fällen einer schwerwiegenden Schädigung der Marktstruktur im EU-Binnenmarkt dringt. Im Falle der Anordnung struktureller Abhilfemaßnahmen gegenüber Unternehmen mit Sitz in außereuropäischen Rechtsordnungen dürfte eine enge Koordinierung mit den dortigen Behörden geboten sein.

5.4 Zusammenfassung der Empfehlungen

552. Der DMA belässt dem deutschen Gesetzgeber die Möglichkeit zu ergänzenden Regelungen, um eine effektive Durchsetzung des DMA zu unterstützen. Der deutsche Gesetzgeber könnte insbesondere Regelungen zur vereinfachten Durchsetzung privater Unterlassungs- und Schadenersatzklagen und dabei konkret zu folgenden Fragen treffen:

- Zunächst wäre eine gesetzliche Klarstellung wünschenswert, dass es sich bei den Vorschriften des DMA auch um Schutznormen im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB handelt. Ferner wäre die Einführung einer Regelung nach dem Vorbild der §§ 69 TKG und § 38 PostG zu erwägen.
- Der Gesetzgeber könnte außerdem eine Schadensvermutung und Regelungen für eine Schadensschätzung nach § 287 ZPO und eine Verzinsung vorsehen (vgl. § 33a GWB).
- Daneben erscheint es sinnvoll, dass der Gesetzgeber den Entscheidungen der Europäischen Kommission über Verstöße gegen den DMA gegenüber den Gerichten Bindungswirkung zuweist (vgl. § 33b GWB).
- Des Weiteren könnte ein gesetzlicher Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln und Erteilung von Auskünften zur Erleichterung von Schadenersatzklagen bei Verstößen gegen den DMA sinnvoll sein (vgl. § 33g GWB).
- Die Zuständigkeit für Zivilklagen sollte den Kartellkammern bzw. -senaten angesichts ihrer besonderen Vertrautheit mit der Schadensberechnung in vergleichbaren Wettbewerbsfällen zugewiesen werden.

553. Als ein Zivilklagen flankierendes Instrument könnte der deutsche Gesetzgeber angelehnt an § 208 TKG oder § 32 Abs. 2a GWB eine behördliche Anordnung vorsehen, wonach Gatekeeper die durch den Verstoß ermöglichten Gewinne zulasten anderer Marktteilnehmer diesen Marktteilnehmern zu erstatten haben. Die Erstattung könnte pauschaliert bemessen werden, beispielsweise als Prozentsatz des vom Gatekeeper bilanziell ausgewiesenen Unternehmensgewinns.

554. Der deutsche Gesetzgeber sollte ferner die Einführung einer bußgeld- oder strafrechtlichen Haftung des verantwortlichen Managements für Verstöße gegen die Verhaltens- und Transparenzvorgaben des DMA prüfen. Hinsichtlich der Ausgestaltung könnte er sich z. B. an § 228 Abs. 2 TKG und/oder §§ 81 ff. GWB (auch i. V. m. §§ 9, 130 OWiG) und gegebenenfalls auch an §§ 95 a und 95b EnWG, §§ 202a ff. StGB orientieren.

555. Wenn das Bundeskartellamt durch eine neu zu schaffende nationale Vorschrift ermächtigt werden sollte, zu möglichen Fällen der Nichteinhaltung der Vorgaben aus Art. 5, 6 oder 7 DMA Vorermittlungen durchzuführen, sollte mit Blick auf die damit einhergehende Belastung der betroffenen Unternehmen gesetzlich klargestellt werden, dass zu diesen Vorermittlungen keine Information der Öffentlichkeit erfolgt. Mit Blick auf Verfahren nach

§ 19a GWB sollte das Bundeskartellamt in seiner Öffentlichkeitsarbeit erläutern, weshalb die jeweilige behördliche Intervention nicht auf Basis des DMA, sondern ausschließlich auf Basis von § 19a GWB erfolgt. Entscheidungen nach § 32c GWB gegenüber Gatekeepern dazu, ob Anlass zum Tätigwerden nach § 19a GWB besteht, sollten stets veröffentlicht werden.

556. In inhaltlicher Hinsicht sollten § 19a GWB bei marktübergreifenden Wettbewerbsproblemen und einstweilige Maßnahmen nach § 32a i. V. m. § 32 Abs. 1 GWB bei unmittelbar drohenden Wettbewerbsgefährdungen auf Einzelmärkten eingesetzt werden, um Probleme außerhalb des Anwendungsbereichs des DMA im Einzelfall abzustellen. Zugleich sollte das Bundeskartellamt in den betreffenden Fällen allerdings prüfen, ob die Problemstellung über einzelne Fälle hinaus auftreten kann und deshalb Maßnahmen nach Art. 12, 16 und 19 DMA getroffen werden sollten. In diesem Fall sollte die Europäische Kommission nach Art. 38 DMA über das ECN entsprechend informiert werden.

557. Im Zusammenspiel der neuen Spezialregelungen für die digitalen Märkte mit Art. 102 AEUV sollte zunächst abgewartet werden, ob sich das europäische Regelungssystem bewährt. Anstelle einer politischen Initiative zur Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungsmöglichkeit auf EU-Ebene wäre es deshalb zunächst vorzugswürdig, dass die Bundesregierung gegenüber der Europäischen Kommission auf weiterreichende Abhilfemaßnahmen in Fällen einer schwerwiegenden Schädigung der Marktstruktur im EU-Binnenmarkt dringt. Im Fall der Anordnung struktureller Abhilfemaßnahmen gegenüber Unternehmen mit Sitz in außereuropäischen Rechtsordnungen dürfte eine enge Koordinierung mit den dortigen Behörden geboten sein.