

Mads Tischner: Gesetzesfolgenabschätzung zum Digital Markets Act – zur Verhaltenspflicht Art. 6 V DMA

Der Autor war bis zur Absolvierung des Ersten juristischen Staatsexamens Student der Rechtswissenschaft (Universität Bayreuth). Der Beitrag ist als Abschlussarbeit für die Wirtschaftswissenschaftliche Zusatzausbildung im Rahmen des Seminars zur Gesetzesfolgenabschätzung von Dr. Felix Schlieszus, M.Sc. und Jonathan Bothner bei Prof. Dr. Martin Leschke (Lehrstuhl für Volkswirtschaftslehre V insb. Institutionenökonomik) entstanden.

A. Vorbemerkung

Digitale Plattformen bestimmen unser Leben. Wir kaufen bequem von zu Hause Güter im digitalen Warenhaus Amazon, durchsuchen die schier endlose Weite des Internets mit einer kurzen Eingabe in die Google-Suchmaschine, bleiben mit Familie, Freunden und Kollegen über soziale Netzwerke wie Facebook in Kontakt und bedienen uns für all das stylischer, miteinander integrierter Geräte von Apple.

Indes hat der Erfolg der Internetkonzerne zu großen Anwendungsdefiziten im Wettbewerbsrecht geführt, das den wirksamen Wettbewerb als Triebfeder der Marktwirtschaft gewährleisten soll.¹ Die Kontrolle der eigenen Plattformmärkte ermöglicht es den Unternehmen wiederholt den Wettbewerbsdruck gegen sich abzumildern, indem sie u.a. selbstbevorzugende Maßnahmen ergreifen.² Die dagegen geführten Verfahren dauern jedoch buchstäblich Jahrzehnte.³ So führte Google als Online-Suchmaschine bei entsprechender Suchfrage den eigenen Preisvergleichs-Dienst Google Shopping prominent als oberstes Ergebnis an, während die Wettbewerber erst weiter unten bei den organischen Suchergebnissen zu finden waren.⁴ Die EU-Kommission stellte dazu nach siebjähriger Untersuchung fest, dass Verbraucher eher auf Links klicken, die besonders sichtbar sind.⁵ Nach über zehn Jahren sah das Europäische Gericht in diesem Fall einen (Behinderungs-)missbrauch⁶, als solcher geeignet, den wirksamen Wettbewerb zu beeinträchtigen.⁷ Die Entscheidung

ist aber nicht rechtskräftig, da gegen das Urteil nun vor dem EuGH vorgegangen wird.⁸

Die komplexe Struktur und die Dynamik der Märkte führen dazu, dass zwar bereits viele wettbewerbsschädliche Verhaltensweisen der Unternehmen als Marktmachtmissbrauch erfasst sein dürften, die Durchsetzung aber äußerst schwierig ist. Die gleichen Praktiken müssen gegen jede Plattform erneut erst untersucht und dann gerichtsfest als missbräuchlich festgestellt werden. Die Verfahren sind komplex, die Anforderungen an die Wettbewerbsbehüter hoch, die Informationsasymmetrie zwischen Plattform und Behörde gravierend.⁹

Den skizzierten Problemen soll sich der Digital Markets Act¹⁰ (DMA) nun zumindest teilweise annehmen, indem er Verhaltenspflichten ex-ante vorgibt. Indes verbietet der DMA bereits Verbotenes erneut, was auf Ineffizienzen hindeuten könnte. Überdies bringt jede neue Regulierung Kosten mit sich. Für die betroffenen Unternehmen besteht mittelfristig Rechtsunsicherheit, denn sie unterliegen Vorgaben, deren Reichweite und konkrete Anforderungen zum gegenwärtigen Zeitpunkt für sie nicht eindeutig übersehbar sind. Weiter schränkt die Regulierung die Gestaltung der Geschäftsstrategie, sowie Produkte der erfassten Unternehmen ein. Dies könnte sich wohlfahrtsschädigend auswirken, sei es etwa, weil es sich als innovationshemmend herausstellt oder Effizienzverluste hervorruft. Ferner bedürfen neue Regeln auch der

¹ Monopolkommission, Hauptgutachten XXIV – Wettbewerb 2022, 2022, https://www.monopolkommission.de/images/HG24/HGXXIV_Gesamt.pdf [Stand: 27.06.2022], S. 232.

² Vgl. Harta, Der Digital Markets Act und das Doppelverfolgungsverbot, NZKart 2022, S. 102 (103); Monopolkommission, Hauptgutachten XXIV (Fn. 1), S. 233.

³ Vgl. Podszun, Wettbewerb in der digitalisierten Wirtschaft: Wie geht es nach dem Digital Markets Act weiter?, https://www.bundestag.de/resource/blob/891312/be5cbf80edbc4e9d5bd1ede61cf091ee/ADrs-20-9-60_Stellungnahme-Podszun-data.pdf [Stand: 27.06.2022], S. 21 f.

⁴ Google unterliegt vor dem EuG, <https://www.lto.de/recht/kanzleien-unternehmen/k/eug-urteil-google-eu-kommission-missbrauch-marktbeherrschende-stellung-shopping/> [Stand: 27.06.2022].

⁵ EU-Kommission, Zusammenfassung des Beschlusses der Kommission vom 27.6.2017 in einem Verfahren nach Art. 102 AEUV und Art. 54 EWR, Fall AT.39740 – Google Search (Shopping), [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018XC0112\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018XC0112(01)&from=EN) [Stand: 27.06.2022], Tz. 14.

⁶ NZKart *Schriftleitung*, 2021, Zum Missbrauch durch Selbstbevorzugung, S. 684 (686 f.).

⁷ Schmidt/Haucap, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 10. Aufl. 2013, S. 160.

⁸ Blanke, Google legt Einspruch gegen Milliardenstrafe in Europa ein, https://www.zeit.de/wirtschaft/unternehmen/2022-01/eu-gerichtsurteil-google-shopping-wettbewerb-strafe?utm_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F [Stand: 27.06.2022].

⁹ Cabral et al, The EU Digital Markets Act: A Report from a Panel of Economic Experts, 2021, S. 28.

¹⁰ Als DMA wird hier die am 11. Mai 2022 veröffentlichte vorläufige Version des EU-Rates unterstellt, welche aber bereits das Ergebnis der Trilogverhandlung zwischen Kommission, Parlament und Rat ist. Bei zitierten Quellen ist zu beachten, dass diese teilweise auf einen früheren Entwurf abstellen, bei dem einige Normen noch eine andere Bezeichnung tragen.

Durchsetzung auf Seiten der Regulierer. Fraglich ist bei mancher Vorgabe aber schon die Möglichkeit zur Überwachung.¹¹ Auch muss erst Personal aufgestockt werden.¹²

Welche Ziele das Gesetzespaket genau verfolgt, welche Instrumente dafür vorgesehen sind und wie diese im Hinblick auf Effektivität, Kosten-Nutzen und Verhältnismäßigkeit zu bewerten sind, soll im Weiteren im Rahmen einer Gesetzesfolgenabschätzung untersucht werden.

B. Kurzer Überblick über den DMA

Beim DMA handelt es sich um eine Verordnung nach Art. 288 II Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), er wird also ohne weiteren Umsetzungsakt der Mitgliedsstaaten der EU anwendbares Recht.

Der DMA ist recht umfangreich, lässt sich aber grob in drei Teile aufteilen: Erstens die Kapitel 1 bis 3 bzw. Art. 1 bis 15 DMA, die beschreiben, welche Unternehmen unter die Regulierung fallen und welchen Verhaltenspflichten diese unterliegen sollen. Zweitens die Durchsetzung in den Kapiteln 4 und 5 bzw. Art. 16 bis 43 DMA, welche sowohl Vorgaben für eine Marktuntersuchung zu unterschiedlichen Zwecken als auch potenzielle Strafen und Strafrahmen, aber auch die Zuständigkeit zur Durchsetzung der Verordnung umfassen. Drittens sind im folgenden Kapitel 6 unterschiedlichste Dinge geregelt, wie etwa schlicht das Inkrafttreten, aber auch der Rahmen zu den sog. delegierten Rechtsakten, welche die Kommission verwenden kann, um die Verordnung im Laufe der Zeit anzupassen. Die Verordnung ist am 05.07.2022 vom Parlament verabschiedet worden und erfordert nun noch die Zustimmung des Rates. 6 Monate nach Inkrafttreten ist sie anwendbar, Art. 54 II DMA.

Das Verfahren des DMA ist aus Behördensicht ein Zweischritt: Zunächst wird ein Unternehmen anhand der Maßgabe von Art. 3 DMA als sog. Gatekeeper designiert. Sodann gelten die Verhaltenspflichten in Art. 5, 6 und 7 DMA automatisch, die im zweiten Schritt gegebenenfalls durchgesetzt werden.

C. Auswahl des analysierten Instruments

Der DMA verfügt über eine lange Reihe von Verhaltenspflichten: In Art. 5 DMA finden sich 9 Absätze, in

Art. 6 DMA weitere 12 Absätze mit Verhaltenspflichten für die Gatekeeper. Darüber hinaus regelt Art. 7 DMA noch eine weitere umfassende Verhaltenspflicht. Es würde den Umfang dieser Arbeit sprengen, jede einzelne Verhaltenspflicht zu untersuchen. Daher soll sich hier auf ein relevantes Beispiel beschränkt werden. Der DMA besteht in erheblicher Zahl aus Verhaltenspflichten, die Anwendungsfällen der Vergangenheit zugeordnet werden können¹³, also bereits geltendem Recht unterfallen. An einer Zweitregelung der Altfälle sollte sich am besten untersuchen lassen, inwieweit die erneute Regelung überhaupt nötig oder vorteilhaft ist. Die Designation als Voraussetzung für die Verhaltenspflichten, ebenso wie die Durchsetzungsmittel, sollen nur so weit Teil der Untersuchung sein, wie sie sich auf die ausgewählte Verhaltenspflicht auswirken, aber keinen eigenständigen Untersuchungsgegenstand darstellen.

Untersucht werden soll Art. 6 V DMA, der Verhaltenspflichten gegen Selbstbevorzugung bei Suchmaschinen vorsieht und auf dem bereits erwähnten Google Shopping Fall basiert.¹⁴ Das Instrument lässt sich gut untersuchen, da hierzu bereits eine Entscheidung auf Basis der gegenwärtigen Rechtslage vorliegt und insoweit weniger Rechtsunsicherheit hinsichtlich des konkreten Sachverhalts besteht. Ferner demonstriert er die lange Verfahrensdauer, anhand der sich möglicherweise Effizienzgewinne im Verfahren festmachen lassen. Indes ist zu beachten, dass die Entscheidung nicht rechtskräftig ist und der Wortlaut der Norm über den konkreten Sachverhalt hinausgeht.

Was den Inhalt der Norm angeht, so wird nach S. 1 die Bevorzugung eigener Dienste und Produkte der Gatekeeper beim Ranking - sowie damit zusammenhängend Crawling und Indexierung - gegenüber Diensten und Produkten Dritter untersagt. Ranking wird in Art. 2 XXII DMA legaldefiniert. Konkret beschreibt es die relative Prominenz, die Gütern und Diensten im Suchergebnis zukommt, sprich wie „hoch“ ein bestimmtes Ergebnis in der Ergebnisliste gewertet wird. Der Anwendungsbereich ist weit zu verstehen, umfasst also nicht nur Online-Suchmaschinen wie Google, sondern viele Anwendungen von Ranking wie bei Sozialen Netzwerken, Videoplattformen usw. Bei Crawling handelt es sich um den vorgelagerten Prozess des Auffindens von Inhalten.¹⁵ Bei der Indexierung werden die gefundenen Inhalte dann der Datenbasis hinzugefügt, sortiert und anhand des Algorithmus

¹¹ *Schnitzer*, Stellungnahme anlässlich der öffentlichen Anhörung des Wirtschaftsausschusses des Deutschen Bundestages zum Digital Markets Act“. Stellungnahme für den Wirtschaftsausschuss des Deutschen Bundestages, <https://www.bundestag.de/resource/blob/891360/5eef586604c4fbaeff7aac7b778f0994/ADrs-20-9-61-Stellungnahme-Schnitzer-data.pdf> [Stand: 27.06.2022], S. 4.

¹² *Armbruster*, Was steckt in den neuen EU-Regeln für die Internet-Riesen? (Interview mit Michael König), FAZ-Digitec (Audio Podcast), 1.4.2022, <https://www.faz.net/podcasts/f-a-z-digitec-podcast/dma-was-steckt-in-den-neuen-eu-regeln-fuer-die-internet-riesen-17928477.html> [Stand: 27.06.2022], 23:10 min.

¹³ *Harta*, NZKart 2022, S. 102 (103).

¹⁴ Ebd.

¹⁵ *Harta*, NZKart 2022, S. 102 (103).

hierarchisiert.¹⁶ S. 2 verpflichtet die Gatekeeper überdies zu transparenten, fairen und nicht-diskriminierenden Bedingungen für das Ranking.

D. Zielanalyse

Zunächst soll eine Zielanalyse vorgenommen werden. Die Ziele werden anhand des Instruments, also der Verhaltenspflicht Art. 6 V DMA bestimmt. Hierzu wird neben dem Verordnungstext insbesondere auf die vorangestellten, rechtlich zwar nicht bindenden Erwägungsgründe zurückgegriffen, welche aber u.a. der Auslegung der Normtexte dienen.

I. Ziele und Unterziele

Angenähert wird sich den Zielen des Instruments über die übergeordneten Ziele des DMA. Die übergeordneten Ziele der Verordnung bestehen laut Art. 1 I DMA für alle Verhaltenspflichten gleichermaßen darin, faire und bestreitbare Märkte zu schaffen.

Was sich der Gesetzgeber unter Art. 1 I DMA vorstellt, beschreibt er vor allem in den Erwägungsgründen 31 bis 34:

Fairness bezieht sich nach Erwägungsgrund 33 auf das Verhältnis zu den Marktteilnehmern, wobei als Marktteilnehmer insbesondere – aber nicht ausschließlich – Business-Nutzer verstanden werden. Fairness wird negativ definiert, wonach es „unfair“ sei, wenn die Gatekeeper ihre stärkere Verhandlungsmacht und Kontrolle über den Zugang zur Plattform dazu einsetzen, um sich in unverhältnismäßigem Umfang Gewinne anzueignen, die auf Beiträgen Anderer beruhen. Weiter werden auch einseitig unausgewogene (Nutzungs-)Bedingungen genannt, ebenso wie der Ausschluss und die Diskriminierung von Businessnutzern, insbesondere wenn das Plattformunternehmen mit ihnen im Wettbewerb

steht. Trotz der kritikwürdigen Unklarheit von „Fairness“¹⁷ soll es hier bestmöglich greifbar gemacht werden. Als Unterziel wird daher „Missbrauch der besonderen Verhandlungsmacht der Plattformunternehmen ggü. Marktteilnehmern begrenzen“ abgeleitet. Besonders im Zusammenspiel mit Erwägungsgrund 13, der sich auf die Gatekeeperstellung bezieht, wird ersichtlich, dass sich die Fähigkeit zu „unfairen“ Praktiken aus der Verhandlungsmacht ergibt, die sich zusätzlich etwa zur schlichten Größe der Unternehmen aus ihrer besonderen, gegen Wettbewerb aus marktstrukturellen Gründen gefestigten Stellung als Vermittler zwischen den Nutzergruppen ergibt.

Diese zusätzliche Verhandlungsmacht ermöglicht es ihnen Bedingungen durchzusetzen, die unter mehr Wettbewerbsdruck nicht möglich wären. Missbrauch besonderer Verhandlungsmacht soll also das Abnötigen von Marktverhalten anderer Teilnehmer beschreiben, das allein aufgrund dieser besonderen Verhandlungsmacht möglich wird, die sich aus dieser gegen Wettbewerb gefestigten Vermittlerrolle zwischen den Nutzergruppen ergibt und unter vollständiger Konkurrenz nicht möglich wäre.

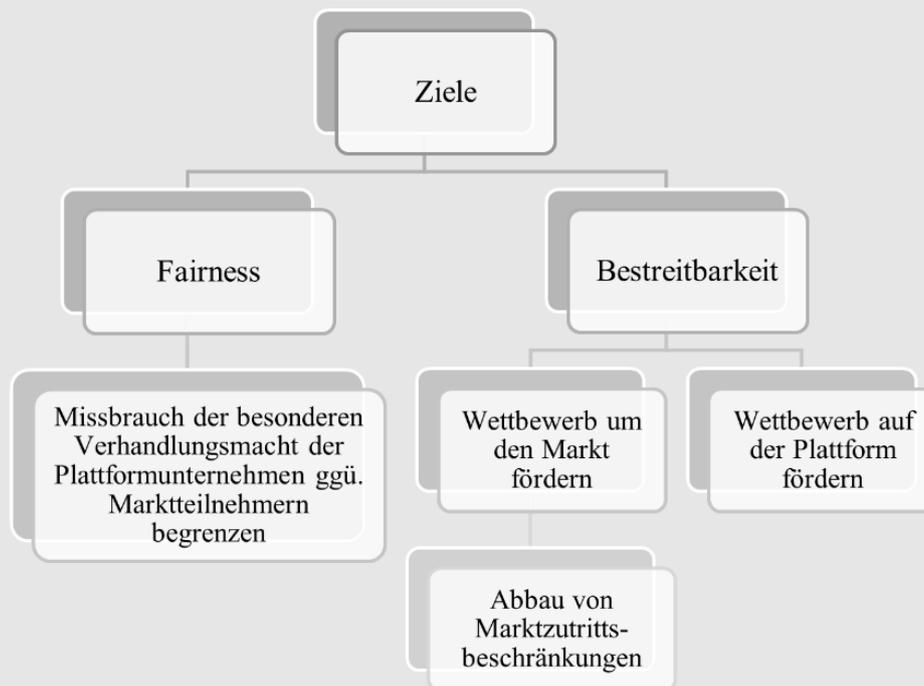
Bestreitbarkeit meint demnach gem. Erwägungsgrund 32 vor allem, dass Marktzugangsschranken abgebaut werden sollen und Wettbewerb wieder auf Basis der Qualität der Produkte und Dienstleistungen stattfindet, also wieder mehr Leistungswettbewerb auf dem Markt stattfindet. Sollte die Marktstellung des Unternehmens zu gefestigt sein, soll zumindest der Wettbewerb auf der Plattform gestärkt werden. Als Unterziele der Bestreitbarkeit werden daraus „Wettbewerb auf der Plattform fördern“ und „Wettbewerb um den Markt fördern“ sowie als weiteres Unterziel zu letzterem „Abbau von Markteintrittsbeschränkungen“ abgeleitet.

Aus dem Beschriebenen lässt sich folgende übergreifende Zielhierarchie ableiten.

¹⁶ Ebd.

¹⁷ Monopolkommission, Sondergutachten 82 - Empfehlungen für einen effektiven und effizienten Digital Markets Act, https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/sg_dma_volltext.pdf [Stand: 27.06.2022], S.14.

Abbildung 1: Hierarchie der überordneten Ziele und Unterziele der DMA-Instrumente



Quelle: Eigene Darstellung

Mitgenannt wird in der das Gesetzgebungsverfahren begleitenden Literatur auch immer das Ziel der kürzeren Verfahrensdauer.¹⁸ Da es sich hierbei aber um ein Ziel handelt, das maßgeblichen Einfluss auf die Bewertung der Effektivität der Instrumente hinsichtlich der anderen Ziele hat, soll die kürzere Verfahrensdauer im Folgenden nur als Teilaspekt anderer Ziele untersucht werden.

Diese übergeordneten Ziele werden nun um spezifische Ziele des konkreten Instruments erweitert. Ausweislich den Erwägungsgründen 51 und 52 besteht bei vertikal integrierten Gatekeepern häufig das Problem von Interessenkonflikten, insbesondere beim Ranking von Suchmaschinenergebnissen sowie vorgelagert Indexing und Crawling. Vertikale Integration beschreibt dabei das Tätigwerden der Gatekeeper auf vor- und nachgelagerten Märkten zusätzlich zur Plattform, also das Anbieten von Diensten und Produkten auf vor- und nachgelagerter Marktstufe zusätzlich zur Plattform selbst, mit denen sie in den Wettbewerb mit Drittanbietern treten.¹⁹ Die Selbstbevorzugung eigener Produkte und Dienste würde sich zum Nachteil von Wettbewerbern auswirken, was zu

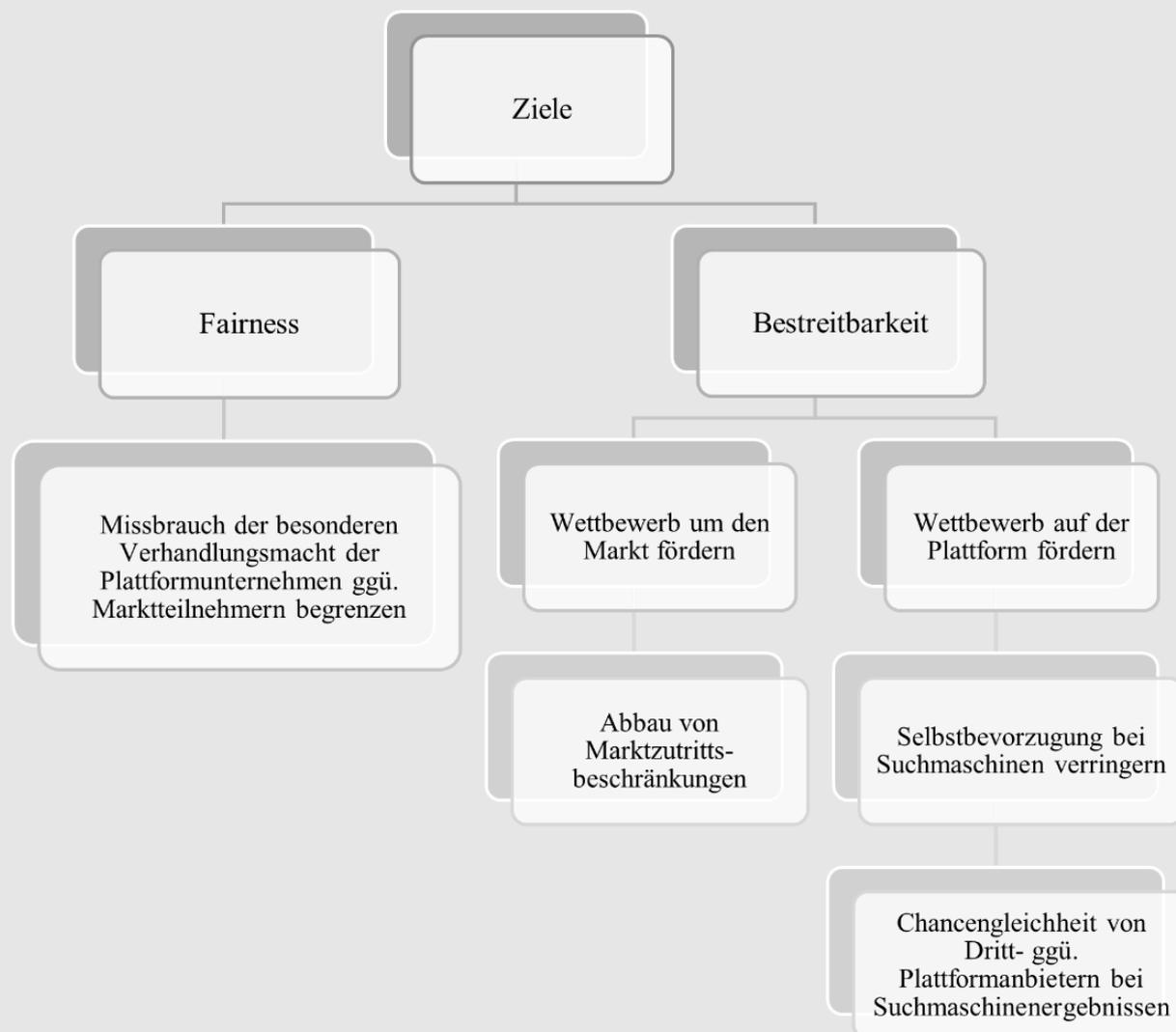
verminderter Bestreitbarkeit führe. Aus dem Verweis auf die Doppelrolle von vertikal integrierten Gatekeepern sowie deren potenzielle Auswirkung auf Wettbewerber vor- und nachgelagerter Märkte in den Erwägungsgründen wird ersichtlich, dass es sich bei Art. 6 V DMA um eine Verhaltenspflicht handeln soll, die mehr Wettbewerb auf dem Markt schafft und sich gegen Selbstbevorzugung speziell bei Rankings richtet. Hieraus lässt sich als Unterziel von „Wettbewerb auf der Plattform fördern“ das Ziel „Selbstbevorzugung bei Suchmaschinen verringern“ ableiten, wobei dies Suchmaschinen-weit und nicht nur im Sinne von Online-Suchmaschinen zu verstehen ist. Weiter lässt sich das Ziel der Norm noch feiner bestimmen, denn das Selbstbevorzungsverbot befindet sich nicht im Vakuum, sondern wirkt im Verhältnis zu den Drittunternehmen. Konkret soll die Norm also zu „Chancengleichheit von Dritt- ggü. Plattformanbietern bei Suchmaschinenergebnissen“ führen, was seinerseits ein Unterziel bildet.

Die obige Abbildung ist entsprechend zu erweitern.

¹⁸ Bspw. Podszun, (Fn. 3), S. 21 f.

¹⁹ Weber/Reumann, Selbstbegünstigung im Regulierungsrecht – Verstoß gegen Art. 6 DMA?, NZKart 2022, S. 259 (260).

Abbildung 2: Ziele und Unterziele von Art. 6 V DMA



Quelle: Eigene Darstellung

Aufgrund des beschränkten Umfangs dieser Arbeit soll sich vorliegend auf das letztgenannte Unterziel konzentriert werden, da dort der größte Erkenntnisgewinn erwartet wird.

II. Operationalisierung des untersuchten Ziels

Sodann soll das gewählte Ziel „Chancengleichheit von Dritt- ggü. Plattformanbietern bei Suchmaschinenergebnissen“ operationalisiert werden. Dazu wird ein Indikator festgelegt, mit dem eine Bewertung der Wirkung des Instruments auf das Ziel möglich wird.

Es stellt sich zunächst die Frage, ob sich ein quantitativer Indikator findet. Als Indikator für das Ziel eines Verbotsgesetzes erscheint zunächst die Häufigkeit seiner Anwendung bzw. vergleichbarer Gesetze durch die Vollzugsbehörde passend. Ferner ist die Anzahl (informeller und/oder formeller) Beschwerden über verbotenes Verhalten gegenüber der Behörde denkbar. Allerdings sind beide

Indikatoren anfällig für Verzerrungen, die wenig mit der Auswirkung des Instruments an sich zu tun haben. Denkbar ist beispielsweise eine relative Veränderung durch mehr Personalressourcen beim ersten oder Anreize für „Querulantum“ beim zweiten Indikator. Beiden vorgebrachten Indikatoren ist ohnehin gemein, dass sich nicht die „Qualität“ der Fälle niederschlägt, sondern lediglich die Anzahl. Zudem kann auch die technologische Entwicklung eine Rolle spielen, indem ein Verhalten, bei dem das Verbot verletzt werden kann, schlicht leichter und damit wahrscheinlich häufiger wird. Insgesamt sind die angedachten Indikatoren ungeeignet. Denkbar wäre auch das Verhältnis der Click-Through-Rate (CTR) von Angeboten der Plattformanbieter gegenüber Angeboten der Drittanbieter-Gesamtheit, soweit diese im Wettbewerb zueinander sind. Bei einer Suchmaschine beschreibt die CTR den prozentualen Anteil an Nutzern, die zu einer Suchanfrage auf ein bestimmtes Suchmaschinenergebnis

geklickt haben.²⁰ Dies besäße aber die Schwäche, dass damit nicht nur Chancengleichheit, sondern bei existierender Chancengleichheit auch der Qualitätswettbewerb mitgemessen wird, beides aber nicht eindeutig voneinander zu differenzieren ist. Weiter sind die Daten nicht einfach zu erfassen oder zugänglich, außer für den Plattformanbieter selbst. Mangels gangbarer Alternativen wird hier daher besser auf eine Ordinalskala zurückgegriffen, bei der lediglich ein mehr oder weniger der Zielerreichung argumentativ dargelegt wird.

III. Ziellegitimation

Ferner ist das Ziel auf seine Sinnhaftigkeit zu überprüfen. Normativer Referenzmaßstab ist dabei, dass die Realisierung des Ziels die Wohlfahrt erhöhen sollte.

Von überragender Bedeutung für die Legitimation des Ziels ist die Gefahr für den wirksamen Wettbewerb, die von gefestigten Plattformunternehmen ausgeht. Wettbewerb wird als ein dynamisches Positiv-Summen-Spiel verstanden²¹, das insbesondere die Allokation von Gütern optimiert und den technischen Fortschritt in produkt- und verfahrensbezogener Hinsicht vorantreibt.²² Dabei ist das parallele Experimentieren von Preis-Leistungskombinationen der Wettbewerber maßgeblich.²³

Es gibt gute Gründe anzunehmen, dass dieses „Entdeckungsverfahren“²⁴ auf den Plattformmärkten sowie den vor- und nachgelagerten Märkten durch die Plattformunternehmen insbesondere durch selbstbevorzugendes Verhalten gestört wird. Meist handelt es sich um mehrseitige Märkte, auf denen die Online-Plattformen zwei unterschiedliche Nutzergruppen bedienen, indem sie diese zusammenbringen und miteinander interagieren lassen²⁵, oft Konsumenten und Unternehmen aus anderen Märkten. Diese Vermittlerrolle in der Wertschöpfungskette können die Unternehmen nutzen, um sich auf neue, angrenzende Märkte auszudehnen.²⁶ In der Folge sind die Plattformunternehmen oft

vertikal integriert.²⁷ Dies versetzt die Unternehmen in die Lage, durch selbstbevorzugendes Verhalten Wettbewerber auf den vor- und nachgelagerten Märkten zu behindern, um die eigene Position in nicht leistungswettbewerblicher Art und Weise abzusichern, auszubauen oder zu erweitern.²⁸ Dadurch wird die Allokationsfunktion gestört. Schlimmstenfalls wird damit das „Kippen“²⁹ ganzer Märkte zugunsten des Plattformunternehmens begünstigt, was sich negativ auf die Innovationsfunktion auswirkt, da der Wettbewerbsdruck weiter nachlässt. Auch bei Suchmaschinenergebnissen stört Selbstbevorzugung den wirksamen Wettbewerb, indem es die Kosten zum Erreichen ihrer Kunden für Wettbewerber erhöht.³⁰ Dieser wettbewerbsschädigende Effekt könnte durch Chancengleichheit bei den Ergebnissen vermieden werden und sich so positiv auf die Wohlfahrt auswirken.

Relevanz gewinnt die Selbstbevorzugung erst recht, da Wettbewerb um den Plattformmarkt schwer möglich ist. Aufgrund diverser Faktoren wie Skalen-, Netzwerk- sowie Lock-in-Effekte findet hier oftmals eher ein Wettbewerb *um* einen Plattformmarkt als wie klassischerweise *auf* einem Markt statt.³¹ Gleichzeitig bilden die Effekte Markteintrittsbeschränkungen für neue Anbieter, weil es die Gewinnerwartung schmälernde Kosten sind³², was es in Abkehr vom Modell des vollständigen Wettbewerbs schwer macht den etablierten Monopolisten zu verdrängen. Teilweise wird daher bereits vom Vorliegen von natürlichen Monopolen gesprochen.³³ Dies kann sich zunächst negativ auf die Allokationsfunktion auswirken, indem der Monopolist eine entsprechende Monopolrendite einführt.³⁴ Überdies ist die Innovationsfunktion wegen des fehlenden Wettbewerbs auf den Märkten gefährdet, weil die Plattformunternehmen statt auf Innovation zu einem erheblichen Ausmaß auf die markteintrittsbeschränkenden Effekte setzen können, um ihre Position zu verteidigen. Dadurch wird es umso notwendiger, zumindest die Selbstbevorzugung abzustellen, um die Unternehmen nicht zusätzlich auf eine Weise zu verfestigen,

²⁰ Was ist die CTR – Click-Through-Rate?, <https://www.sistrix.de/frag-sistrix/ctr-click-through-rate/>, [Stand: 25.6.22].

²¹ Fritsch, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 10. Aufl. 2018, S. 13 f.

²² Leschke/Schlieszus, Ökonomik der Entwicklung, 3. Aufl. 2021, S. 159.

²³ Leschke/Schlieszus (Fn. 22), S. 162.

²⁴ Fritsch, Marktversagen und Wirtschaftspolitik (Fn. 21), S. 14.

²⁵ OECD, An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation, https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/an-introduction-to-online-platforms-and-their-role-in-the-digital-transformation_53e5f593-en [Stand: 27.06.2022], S. 20 ff.

²⁶ OECD, Abuse of Dominance in Digital Markets, <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf> [Stand: 27.06.2022], S. 54, 56.

²⁷ Weber/Reumann, NZKart 2022, S. 259 (260).

²⁸ Monopolkommission, Hauptgutachten XXIV (Fn. 1), S. 35.

²⁹ Monopolkommission, Hauptgutachten XXIV (Fn. 1), S. 244.

³⁰ Monopolkommission, Hauptgutachten XXIV (Fn. 1), S. 36 f.

³¹ Monopolkommission, Sondergutachten 68 - Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/SG68/S68_volltext.pdf [Stand: 27.06.2022], S. 32 ff.; Schnitzer (Fn. 11), S. 2.

³² Schmidt/Haucap (Fn. 7), S. 86; Monopolkommission, Sondergutachten 68 (Fn. 31), S. 33; Stigler Committee on Digital Platforms, Final Report, 2019, <https://www.chicagobooth.edu/research/stigler/news-and-media/committee-on-digital-platforms-final-report> [Stand: 27.06.2022], S. 44 ff.

³³ Stigler Committee on Digital Platforms, Final Report (Fn. 32), S. 21, 277, 293.

³⁴ Fritsch, Marktversagen und Wirtschaftspolitik (Fn. 21), S. 174.

die nicht direkt auf Leistungswettbewerb beruht. Das Ziel ist mithin legitim.

E. Aufstellung von Instrumentenvektoren

Folgend sollen für die weitere Analyse des Ziels Instrumentenvektoren aufgestellt werden. Das untersuchte Instrument Art. 6 V DMA sowie die Nullalternative der gegenwärtigen Rechtslage sind dabei gesetzte Vergleichsinstrumente. Die gesamte aktuelle Rechtslage zum Vergleichsmaßstab zu nehmen, würde allerdings den Umfang dieser Untersuchung sprengen. Es wird sich vor dem Hintergrund des untersuchten Ziels daher auf die Missbrauchskontrolle beschränkt, welche die größtmögliche Vergleichbarkeit verspricht. Weiter soll mit dem DMA eine europäische Regelung untersucht werden. Für die Vergleichbarkeit ist es daher vorzugswürdig sich auf europaweite Gesetze zu konzentrieren, obschon gerade bei der Missbrauchsaufsicht nationales Recht weiterhin anwendbar bleibt, soweit es strenger als sein europäisches Äquivalent ist.³⁵ Mithin lässt sich die relevante aktuelle Rechtslage auf Art. 102 AEUV reduzieren. Als weiteres Vergleichsinstrument soll als Regelungsalternative zum DMA noch der deutsche § 19a II 1 Nr. 1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) hinzukommen. Um aber für bessere Vergleichbarkeit eine Gleichheit der Regelungsebene herzustellen, wird für die Analyse unterstellt, dass die Norm auf europäischer Ebene verabschiedet würde. Sofern auf die hierzu im Weiteren entwickelte Norm unter den dafür getroffenen Annahmen zur „Europäisierung“ verwiesen wird, wird das Gesetz als § 19a GWB-EU bezeichnet.

I. Beschreibung der Nullalternative

Zunächst ein Überblick über die gegenwärtige Rechtslage, konkret Art. 102 AEUV. Als Norm auf der europäischen Ebene findet er Anwendung auf Sachverhalte, die den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten beeinflussen, was aber weit zu verstehen ist.³⁶ Die hier relevanteren Tatbestandsmerkmale sind eine marktbeherrschende Stellung auf dem Binnenmarkt (oder eines wesentlichen Teils), die dann missbräuchlich mit Wirkung auf demselben ausgenutzt wird, vgl.

Art. 102 I AEUV. Daraus lässt sich aus Sicht der Durchsetzungsbehörde ein Vierschritt ablesen:

- (1) Marktabgrenzung
- (2) Marktbeherrschung
- (3) Missbräuchliches Verhalten
- (4) Verbotsdurchsetzung

Um Marktbeherrschung festzustellen, ist zunächst eine **(1) Abgrenzung** des sachlich und räumlich relevanten Marktes vonnöten.³⁷ Die Abgrenzungskriterien sind im gleichen Maße variabel, wie sie es bei der Verbraucherentscheidung für Produkte und Dienstleistungen sind.³⁸

Ist der relevante Markt eingegrenzt, ist darauf die **(2) Beherrschung des Marktes** festzustellen, also eine „wirtschaftliche Machtstellung, die das Unternehmen in die Lage versetzt die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit zu einer unabhängigen Marktstrategie im Verhältnis zu seinen Marktpartnern verschafft“.³⁹ Das setzt nicht die vollständige Abwesenheit von Wettbewerbsdruck voraus.⁴⁰ Marktanteile sind hier besonders relevant.⁴¹

Weiter muss geprüft werden, ob ein **(3) Missbrauch** vorliegt. In Abs. 2 findet sich dafür ein nicht abschließender Katalog von Regelbeispielen. Soweit diese nicht einschlägig sind, wird auf eine sog. Generalklausel in Abs. 1 zurückgegriffen, die die sonstigen wettbewerbschädlichen Verhaltensweisen auffängt. Der Missbrauchsbegriff ist so zu verstehen, dass ihm ein solches Verhalten unterfallen soll, mit dem ein Unternehmen einen Markt beeinflusst, dessen Marktstruktur durch das Unternehmen bereits geschwächt ist und welches die Bewahrung des noch existierenden Wettbewerbs in einer Weise behindert, die über einen „normalen“ Wettbewerb hinausgeht.⁴² Als Orientierung dienen in der Anwendungs- und Rechtsprechungspraxis ausgebildete Fallgruppen, bspw. auch der Behinderungsmissbrauch, der in den Regelbeispielen keine Erwähnung findet.⁴³ Dargelegt werden muss der (drohende) Schaden zuletzt immer umfangreicher, bspw. mit einem As-efficient-competitor-Test.⁴⁴ Im Missbrauchsbegriff enthalten ist überdies die Möglichkeit der sachlichen Rechtfertigung des Missbrauchs.⁴⁵ Angeführt werden können hier bspw.

³⁵ Emmerich/Lange, Kartellrecht, 15. Aufl. 2021, S. 185.

³⁶ Emmerich/Lange (Fn. 35), S. 16 f., 184 f.

³⁷ Emmerich/Lange (Fn. 35), S. 87 ff.

³⁸ Emmerich/Lange (Fn. 35), S. 89.

³⁹ Emmerich/Lange (Fn. 35), S. 92.

⁴⁰ Ebd.

⁴¹ Emmerich/Lange (Fn. 35), S. 93.

⁴² Emmerich/Lange (Fn. 35), S. 96.

⁴³ Fuchs in: Körber, Thorsten/Schweitzer, Heike/Zimmer, Daniel [Hrsg.], Immenga/Mestmäcker: Wettbewerbsrecht – Band 1 EU – Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 6. Aufl. 2019, Art. 102 Rn. 133 f., 168 ff.

⁴⁴ Fuchs in: Immenga/Mestmäcker: Wettbewerbsrecht – Band 1 EU (Fn. 43), Art. 102 Rn. 146 ff.

⁴⁵ Fuchs in: Immenga/Mestmäcker: Wettbewerbsrecht – Band 1 EU (Fn. 43), Art. 102 Rn. 152 ff.

Effizienzgewinne, welche den Schaden des missbräuchlichen Verhaltens überwiegen.⁴⁶

Schließlich folgt die **(4) Verbotsdurchsetzung**. An sich regelt Art. 102 AEUV keine Rechtsfolgen für den Verstoß. Verwaltungsrechtlich richten sich diese primär nach der Kartellverfahrensverordnung⁴⁷ (Kartverf-VO).⁴⁸ Dort kann die Kommission insbesondere Entscheidungen nach Art. 7-10 treffen, wodurch etwa gem. Art. 7 I 1 Kartverf-VO die Abstellung des Verhaltens verlangt werden kann. S. 2 ermächtigt außerdem zu verhältnismäßigen und erforderlichen, verhaltensorientierten oder strukturellen Abhilfemaßnahmen, welche auch die Beseitigung der Konsequenzen des Missbrauchs im Wettbewerb umfassen – bis hin zu verhältnismäßigen, strukturellen Maßnahmen, also Entflechtungen.⁴⁹ Weitere mögliche Rechtsfolgen regeln die Art. 8 ff., insbesondere wird zu einstweiligen Maßnahmen für dringende Fälle und zur Bindenderklärung von Verpflichtungszusagen seitens der Unternehmen, sowie Strafen in Geld berechtigt. Ferner sind zumindest bei nationaler Umsetzung zivilrechtliche Schadensersatzansprüche möglich.⁵⁰ Durchgesetzt wird Art. 102 AEUV gem. Art. 4 Kartverf-VO durch die Kommission; ebenso ist aber eine Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedsstaaten vorgesehen (Art. 5 Kartverf-VO). Im Bedarfsfall kann die Kommission einen Fall an sich ziehen (Art. 11 VI Kartverf-VO).

II. Beschreibung von Art. 6 V DMA

Über den Gegenstand der Untersuchung wurde bereits in den Kapiteln B. und C. ein grober Überblick gegeben. Dieser soll hier weiter präzisiert werden. Die Anwendung von Art. 6 V DMA unterliegt einem Zweischritt:

- (1) Designation
- (2) Durchsetzung der Verhaltenspflichten

Erst muss das betreffende Unternehmen als Gatekeeper gem. Art. 3 DMA als Gatekeeper **(1) designiert** werden. Nach Abs. 1 soll das geschehen, wenn beim Unternehmen die (qualitativen) Voraussetzungen der lit. a bis c kumulativ vorliegen, wofür Abs. 2 lit. a bis c (widerlegliche) Vermutungen in Form von quantitativen Kriterien aufstellt:

Erst muss das Unternehmen nach Abs. 1 lit. a eine erhebliche Auswirkung auf den Binnenmarkt haben. Das gilt gem. Abs. 2 lit. a als erfüllt, wenn das Unternehmen in den letzten drei

Geschäftsjahren auf dem Binnenmarkt 7,5 Mrd. umgesetzt hat oder wenn es im letzten Geschäftsjahr eine durchschnittliche Marktkapitalisierung (oder äquivalenterweise angemessene Marktbewertung) von 75 Mrd. erreicht hat und den gleichen zentralen Plattformdienst in mindestens drei Mitgliedsstaaten anbietet. Weiter muss es gem. Abs. 1 lit. b einen zentralen Plattformdienst betreiben, der für Business-Nutzer einen wichtigen Zugang zu Endnutzern darstellt, was gem. Abs. 2 lit. b als erfüllt gilt, wenn ein zentraler Plattformdienst (dazu gleich mehr) des Unternehmens im letzten Geschäftsjahr in der EU über 45 Mio. monatliche aktive Endnutzer und über 10.000 Businessnutzer verfügt. Wie die aktiven Nutzer zu messen sind, regelt der (durch die Kommission gem. Abs. 6, 7 veränderliche) Anhang des Gesetzes. Schließlich muss es gem. Abs. 1 lit. c aktuell oder in absehbarer Zeit eine gefestigte und dauerhafte Position innehaben. Dies gilt gem. Abs. 2 lit. c als erfüllt, wenn die Voraussetzungen von Abs. 2 lit. b für die letzten drei Geschäftsjahre erfüllt sind.

Es obliegt gem. Art. 3 III DMA den Unternehmen, die Kommission darüber zu informieren, wenn es die Vermutungen in Abs. 2 erfüllt. Liegen alle genannten Voraussetzungen vor, kann die Kommission ein Unternehmen als Gatekeeper designieren oder – bei Widerlegung der Vermutungen in Abs. 2 durch das Unternehmen – darauf verzichten (Art. 3 V). Ob ein Gatekeeper noch die Voraussetzungen erfüllt, soll mindestens alle drei Jahre überprüft werden (Art. 4 II). Bei der Designation wird auch festgelegt, für welche zentralen Plattformdienste des Unternehmens nachfolgend die Verhaltenspflichten gelten sollen (Art. 3 IX). Zentrale Plattformdienste sind nach Art. 2 II:

- Online-Vermittlungsdienste (also elektronische Marktplätze)
- Online-Suchmaschinen
- Soziale Online-Netzwerke
- Online-Plattformen zum Teilen von Videos
- Nummern-unabhängige Kommunikationsdienste (Messenger)
- Betriebssysteme
- Internet-Browser
- Virtuelle Assistenten (z. B. Alexa, Siri)
- Cloud-Dienste
- Online-Werbedienste

⁴⁶ Emmerich/Lange (Fn. 35), S. 97.

⁴⁷ VO (EG) 1/2003.

⁴⁸ Emmerich/Lange (Fn. 35), S. 117.

⁴⁹ Monopolkommission, Hauptgutachten XXIV (Fn. 1), 243, 248 ff.

⁵⁰ Fuchs in: Immenga/Mestmäcker: Wettbewerbsrecht – Band 1 EU (Fn. 43), Art. 102 Rn. 433.

Allerdings bezieht sich das Ranking ausweislich Art. 2 XXII DMA nur auf die erstgenannten vier zentralen Plattformdienste, sowie virtuelle Assistenten.

Solange ein Unternehmen ein Gatekeeper ist, unterliegt es hinsichtlich der bei der Designation benannten zentralen Plattformdienste (und nur bezüglich dieser) den Verhaltenspflichten in Art. 5 6, 7 DMA automatisch ohne weiteren Umsetzungsakt nach einer Karenzzeit von 6 Monaten (Art. 3 X). Die Verhaltenspflichten dürfen auch nicht umgangen werden (Art. 13). Ein Rechtfertigungstatbestand für die Verhaltenspflichtverletzung, etwa aus Gründen der ökonomischen Effizienz – wie etwa bei Art. 102 AEUV – findet sich nicht. Damit zumindest entfernt vergleichbar ist der Dialog zwischen Unternehmen und Kommission über die Umsetzung der Pflichten nach Art. 8 III DMA, sowie die Möglichkeit der Kommission, auf begründetes Ersuchen der Gatekeeper unter engen Voraussetzungen bestimmte Verhaltenspflichten in Teilen oder ganz auszusetzen (Art. 9 DMA).

(2) Durchgesetzt werden die Verhaltenspflichten von der Kommission. Allerdings sehen die Art. 37, 38 DMA Kooperation mit nationalen Behörden vor, u.a. Wettbewerbsbehörden, wodurch etwa Vorermittlungen durch die nationalen Behörden eröffnet sind.⁵¹ Zur Durchsetzung stehen der Kommission in nicht abschließender Aufzählung Marktuntersuchungen (Art. 16 ff.), Informationsersuche (Art. 21), Inspektionen der Unternehmen (Art. 23), vorläufige Maßnahmen (Art. 24), Verpflichtungszusagen der Unternehmen (Art. 25), sowie einmalige und regelmäßige Strafzahlungen (Art. 30, 31) bis hin zu (verhältnismäßigen) strukturellen Maßnahmen (Art. 18 I 3), zur Verfügung. Indes richten sich die Maßnahmen im DMA auf die Einhaltung der Verhaltenspflichten für die Zukunft, nicht jedoch zur Verpflichtung zum Rückgängigmachen von bereits eingetretenen Folgen bzw. Schäden.⁵² Der DMA tritt neben das bestehende Wettbewerbsrecht, Art. 1 VI DMA.⁵³

III. Beschreibung von § 19a II 1 Nr. 1 GWB-EU

Nicht alles an § 19a GWB bedarf einer europäischen Anpassung. Daher wird in diesem Kapitel die Gesetzesbezeichnung GWB verwendet, soweit die Vorgaben des deutschen Gesetzes 1:1 „europäisierbar“ sind und im gedachten § 19a GWB-EU umgesetzt werden können. Mit GWB-EU wird auf abändernde Annahmen hingewiesen.

§ 19a GWB ist aus Sicht der Durchsetzungsbehörde in einem Dreischritt organisiert:

- (1) Feststellung(/Designation)
- (2) Verhaltenspflicht-Aufstellung
- (3) Durchsetzung

Zunächst muss durch die Wettbewerbsbehörde **(1) festgestellt** werden, dass ein Unternehmen dem Anwendungsbereich aufgrund bestimmter Voraussetzungen unterfällt. Dies ist der Fall, wenn es sich um ein Unternehmen mit marktübergreifender Bedeutung handelt, das in erheblichem Umfang auf mehrseitigen (Netzwerk-)Märkten tätig ist, (§ 18 IIIa i.V.m.) § 19a III 1 GWB. In einer nicht abschließenden Liste sind in Abs. 1 S. 2 Kriterien dafür aufgestellt. Genannt werden etwa eine marktbeherrschende Stellung, vertikale Integration oder Bedeutung für den Zugang Dritter zu Beschaffungs- und Absatzmärkten. Für den angenommenen § 19a GWB-EU müssen diese Voraussetzungen auf dem Binnenmarkt vorliegen. Die Designation gilt gem. § 19a I 3 GWB für fünf Jahre.

Nach der Designation richten sich die Befugnisse zur **(2) Verhaltenspflicht-Aufstellung** der Wettbewerbsbehörde nach § 19a II 1 Nr. 1 bis 7 GWB. Diese stellt grundsätzlich einen eigenen Schritt dar, kann aber mit der Designation verbunden werden.⁵⁴ Gemäß Nr. 1 kann die Bevorzugung eigener Angebote beim Vermitteln des Zugangs zu Beschaffungs- und Absatzmärkten untersagt werden, „insbesondere“ bei der Darstellung, lit. a. „Insbesondere“ zeigt einen nicht abschließenden Katalog an. Der Wortlaut ist damit im Vergleich zu Art. 6 V DMA weiter und weniger spezifisch gefasst. Das Wort „kann“ impliziert behördliches Ermessen. Das Verhalten ist also nicht per se verboten, sondern bedarf erst der Untersagung. Ähnlich wie Art. 102 AEUV sieht § 19a II 2 GWB die Möglichkeit zur sachlichen Rechtfertigung vor, obgleich die Darlegungs- und Beweislast gem. S. 3 diesbezüglich dem Unternehmen obliegt.

§ 19a II 1 Nr. 1 b) GWB umfasst die Selbstbevorzugung eigener Angebote bei der Vorinstallation, was den Art. 6 III, IV DMA entspricht. Dieses Regelbeispiel wird für die Bewertung ausgeklammert werden, da sich hierzu andere Normen im DMA finden und das Ergebnis durch den isolierten Vergleich mit Art. 6 V DMA verzerrt würde.

Es schließt sich die **(3) Durchsetzung** an. Was die Rechtsfolgen eines Verstoßes betrifft, ist § 19a II 1 Nr. 1 GWB

⁵¹ Monopolkommission, Hauptgutachten XXIV (Fn. 1), S. 238.

⁵² Monopolkommission, Hauptgutachten XXIV (Fn. 1), S. 243.

⁵³ Monopolkommission, Hauptgutachten XXIV (Fn. 1), S. 242 f.

⁵⁴ Gerpott, Neue Pflichten für große Betreiber digitaler Plattformen – Vergleich von § 19a GWB und DMA-Kommissionsvorschlag, NZKart 2021, S. 273 (277).

(im Gegensatz zu den Nr. 2 bis 7) wie Art 6 V DMA darauf beschränkt, im Fall der Nichteinhaltung die Verhaltenspflichtverletzung abzustellen (Monopolkommission 2022, 243).⁵⁵ Dabei ist § 19a GWB bei seiner Durchsetzung mit dem übrigen deutschen Kartellrecht verzahnt. Für den gedachten § 19a I 1 Nr.1 GWB-EU wird daher zur Europäisierung von der deutschen Regelung abgewichen und von einem mit dem DMA identischen Durchsetzungsregime ausgegangen. Zuständig ist bei § 19a GWB das Bundeskartellamt. Auch hier soll eine Angleichung an den DMA stattfinden. Mithin ist die EU-Kommission für § 19a GWB-EU zuständig.

F. Effektivitätsanalyse

Die erste Analyseverfahren ist eine Effektivitätsanalyse. Damit soll bestimmt werden, wie die Instrumente auf das vorgegebene Unterziel wirken. Dabei wird für die Auswirkung der Instrumente auf den Indikator aus Kapitel D.II. zurückgegriffen, also eine Ordinalskala. Ausgegangen wird von der Nullalternative (also der aktuellen Rechtslage), gegenüber der eine relative Veränderung bestimmt wird.

Um die Instrumente feiner auf ihre Stärken und Schwächen untersuchen zu können, werden bei der Analyse verschiedene relevante Teilbereiche der Instrumente beleuchtet, die für die Gesamteffektivität der Instrumente von Bedeutung sind. Dadurch kann besser bestimmt werden, in welchem Verfahrensbereich Effektivitätseffekte auftreten. Als erster Teilbereich wird der (1) *personelle Anwendungsbereich* untersucht, also ob der DMA die Verhaltenspflichten auf die richtigen Unternehmen ausdehnt. Zweitens der (2) *sachliche Anwendungsbereich*, also der Umfang der Verhaltenspflicht(en) an sich, sofern sie eingehalten würden. Drittens die Rechtsfolgen und die (praktische) Durchsetzbarkeit, also die möglichen (3) *Konsequenzen einer Verhaltenspflichtverletzung*.

I. Personeller Anwendungsbereich

Um etwaige Effektivitätsändernde Effekte besser bewerten zu können, sind beim personellen Anwendungsbereich zunächst die Probleme der Nullalternative ausführlicher darzustellen. Zwar erfasst Art. 102 AEUV grundsätzlich jeden denkbaren

Markt und mithin Wirtschaftsakteur; allerdings stellt die Marktabgrenzung eine entscheidende Stellschraube dar, die determiniert, ob wettbewerbsschädliches Verhalten abgestellt werden kann oder nicht. Das liegt daran, dass je nach Zuschnitt des relevanten Marktes gleichzeitig die entsprechenden Marktanteile eines Unternehmens vorgegeben werden. Marktanteile stellen das wichtigste Kriterium für die Feststellung von Marktmacht dar⁵⁶, ohne die ein Verhalten nicht dem Anwendungsbereich von Art. 102 AEUV unterfällt. Selbst unter Zuhilfenahme von Marktanteilen ist der Nachweis der Marktbeherrschung in der Praxis schwierig.⁵⁷ Der klassische Zweischritt von Marktabgrenzung und Marktmacht erweist sich bei digitalen Plattformen aber als noch schwerer.

Anschaulich demonstrieren lässt sich dies am Beispiel der Online-Suchmaschine. Hierbei handelt es sich um mindestens dreiseitige Märkte, wo Substitute der erst einmal grob unterschiedenen Nutzergruppen Konsumenten, Werbeanbieter und Websites nicht zwingend auch solche für die andere Marktseite sind⁵⁸, weshalb die Marktseiten dann grundsätzlich getrennt zu betrachten sind. Das führt zwangsläufig zur Frage, welcher Markt denn nun als relevant für die Ermittlung der Marktanteile angesehen werden soll. Noch komplexer wird das Bild, wenn bspw. auf Konsumentenseite der Markt im Detail zu bestimmen ist. Hier sind Differenzierungen bereits nach der individuellen Suchfrage geboten, da u.a. die Substitutionsbeziehung zwischen horizontalen Suchmaschinen (die das ganze Internet eröffnen) und vertikalen, spezialisierteren Suchmaschinen (wie bspw. Preisvergleiche) zu klären sind.⁵⁹ Dies wird dadurch erschwert, dass traditionelle Ermittlungsmethoden für Substitution, wie der SSNIP-Test, oft am Preis orientiert sind, Suchergebnisse den Konsumenten aber kostenfrei zur Verfügung gestellt werden.⁶⁰ Für die anderen Marktseiten bestehen ähnliche Abgrenzungsschwierigkeiten⁶¹. Indes verbietet sich aber eigentlich eine völlig isolierte Betrachtung der Marktseiten, da zwischen ihnen signifikante Wechselwirkungen wie indirekte Netzwerkeffekte bestehen und andernfalls relevante Faktoren für Marktmacht übersehen würden.⁶² Ferner werden durch die vertikale Integration von Plattformunternehmen auch vor- und nachgelagerte Märkte bei der Bewertung relevant.⁶³ Teilweise wird daher bereits

⁵⁵ Monopolkommission, Hauptgutachten XXIV (Fn. 1), S. 243.

⁵⁶ Emmerich/Lange (Fn. 35), S. 93.

⁵⁷ Haus/Rundel, Neue Missbrauchsaufsicht für digitale Ökosysteme, RD 2022, S. 125 (128).

⁵⁸ Höppner/Grabschröer, Marktabgrenzung bei mehrseitigen Märkten am Beispiel der Internetsuche, NZKart 2015, S. 161 (163 f.).

⁵⁹ Dewenter/Rösch/Terschüren, Abgrenzung zweiseitiger Märkte am Beispiel von Internetsuchmaschinen, NZKart 2014, S. 377 (392).

⁶⁰ Dewenter/Rösch/Terschüren, NZKart 2014, S. 377 (390).

⁶¹ Vgl. Höppner/Grabschröer, NZKart 2015, S. 161 (164); bspw. Monopolkommission, Sondergutachten 68 (Fn. 31), S. 67.

⁶² Monopolkommission, Sondergutachten 68 (Fn. 31), S. 13, 40.

⁶³ Podszun (Fn. 3), S. 15 f.

gefordert, das ausschließlich an der Marktabgrenzung aufgehängte System aufzugeben.⁶⁴

Das ist bei **Art. 6 V DMA** bereits geschehen. Der personelle Anwendungsbereich von Art. 6 V (also die Designation, Art. 3 DMA) wird aber, so könnte man annehmen, wegen des im Vergleich zur Nullalternative auf einige wenige qualifizierte Unternehmen verkleinerten Adressatenkreises, weniger effektiv sein. Dagegen spricht, dass der DMA bzgl. der qualitativen und quantitativen Kriterien für den personellen Anwendungsbereich im Gegensatz zur Nullalternative nicht mit den Schwierigkeiten der trennscharfen Marktabgrenzung zu kämpfen hat. Der DMA umgeht das Problem mittels der Vermutungsregeln in Art. 3 II DMA, mit denen der Gesetzgeber die Beweislast für die Widerlegung der qualitativen Kriterien den Unternehmen statt der Behörde zuweist. Gleichzeitig sollte der Wortlaut der qualitativen Kriterien in Abs. 1 im Bedarfsfall eine angemessene Flexibilität dabei erlauben, auch solche Unternehmen zu erfassen, auf die die spezifische Gefährdungslage zwar zutrifft, die der Verhaltenspflicht zu Grunde liegt, die aber nicht unter die quantitativen Kriterien fallen (obgleich diese dann von der Behörde darzulegen wären). Damit erleichtert der DMA die gerichtsfeste Eröffnung des personellen Anwendungsbereichs durch die Verwendung anderer, nicht allein von der Marktabgrenzung abhängiger Kriterien erheblich.⁶⁵ Die drei Voraussetzungen sind auch so gefasst, dass sie Unternehmen der besonders zielrelevanten „Risikogruppe“ erfassen, indem sie auf die erhebliche Auswirkung auf den Binnenmarkt, die Plattformkomponente und die gefestigte Marktposition abstellen.⁶⁶ Das gleiche gilt für Abs. 2, dessen Voraussetzungen bei den Hauptanwendungsfällen des Art. 102 AEUV gegenüber Plattformunternehmen in der Vergangenheit, nämlich Alphabet (Google), Meta (Facebook), Apple, Amazon und Microsoft⁶⁷, erfüllt wären.⁶⁸ Dass kleinere Unternehmen damit aus dem Anwendungsbereich des DMA fallen, wirkt sich deshalb nicht erheblich effektivitätsmindernd aus. Überdies stellt der DMA auch nur eine Ergänzung zu Art. 102 AEUV dar, der weiterhin daneben anwendbar bleibt. Zusätzlich sinkt die Gefahr relevante Gatekeeper nicht zu entdecken, indem gem. Art. 3 III DMA die Unternehmen selbst zu überprüfen haben, ob sie unter alle quantitativen Voraussetzungen von Abs. 2 fallen. Ist das der Fall, haben sie unverzüglich die

Kommission zu informieren. Allerdings sieht das Gesetz keine Sanktionen für das Nichterfüllen dieser Pflicht vor, was an der Effektivität dieser Verpflichtung zweifeln lässt. Indes besteht dennoch ein gewisses Drohpotenzial dadurch, dass die Behandlung des Unternehmens später ggf. härter ausfällt, wenn es dieser Pflicht nicht nachgekommen ist. Insgesamt erleichtert die untersuchte Regelung die Anwendung beim personellen Anwendungsbereich erheblich. Daher ist von einer großen Steigerung der Effektivität auszugehen.

In **§ 19a GWB-EU** finden sich demgegenüber keine quantitativen Vermutungsregeln. Er erschöpft sich in § 19a I 2 GWB-EU bezüglich des personellen Anwendungsbereichs in einer nicht abschließenden Liste qualitativer Voraussetzungen. Diese erinnern indes an die Voraussetzungen beim DMA; es zählen wieder die Plattformeigenschaft (S. 2 Nr. 5) auf mehrseitigen Märkten (S. 1) und die signifikante und gefestigte Stellung, die aus einer marktbeherrschenden Stellung abgeleitet werden kann (S. 2 Nr. 1), zu den Voraussetzungen. Letztgenannte Voraussetzung fällt hierbei nicht so negativ ins Gewicht wie bei Art. 102 AEUV, da sich die marktbeherrschende Stellung nur auf irgendeinen Markt beziehen muss, nicht jedoch konkret den von der Verhaltenspflicht erfassten. Weiter muss die Behörde gar nicht auf dieses Merkmal zurückgreifen; insgesamt wird die Anwendung gegenüber der Nullalternative erleichtert.⁶⁹ Angesichts der eingangs ausgeführten Schwierigkeiten ist eine erhebliche Effektivitätssteigerung zu erwarten. Das Fehlen von Vermutungsregeln lässt die Effektivität der Kriterien aber hinter die des DMA zurückfallen, da hierdurch immer die Behörde die Eröffnung des personellen Anwendungsbereichs bei der Designation darzulegen hat. Der Eindruck wird dadurch verstärkt, dass sich die qualitativen Voraussetzungen gegenüber dem DMA nur oberflächlich unterscheiden, wodurch auch nicht von einem flexibleren, personellen Anwendungsbereich ausgegangen werden kann. Indes würde § 19a GWB-EU ein zusätzliches Mittel neben der Nullalternative darstellen (wie es schon im deutschen Recht der Fall ist), dessen personeller Anwendungsbereich leichter eröffnet ist. Letzteres ist auch daran zu erkennen, dass die Adressaten bisheriger Designationen auf Einlegung von Rechtsmitteln gegen dieselbe verzichtet haben.⁷⁰ Das legt überdies den Schluss nahe, dass die Vermutungsregeln in

⁶⁴ Ebd. m.w.N.

⁶⁵ Vgl. *Haus/Rundel*, RDt 2022, S. 125 (128).

⁶⁶ *Monopolkommission*, Hauptgutachten XXIV (Fn. 1), S. 233 f.

⁶⁷ Vgl. *Harta*, NZKart 2022, S. 102 (103).

⁶⁸ Vgl. *Baumann*, Der Digital Markets Act mit Dr. Stephan Waldheim (Interview mit Dr. Stephan Waldheim), Der Bird & Bird Podcast (Audio-Podcast), 17.12.2021, <https://podcasts.apple.com/be/podcast/der-digital-markets-act-mit-dr-stephan-waldheim/id1572643819?i=1000545237877> [Stand: 27.06.2022], 6:25 min.

⁶⁹ *Körber*, Digitalisierung der Missbrauchsaufsicht durch die 10. GWB-Novelle, MMR 2020, S. 290 (294).

⁷⁰ Vgl. u.a. Neuer kartellrechtlicher Status für Meta, <https://www.lto.de/recht/kanzleien-unternehmen/k/bundeskartellamt-meta-facebook-feststellung-ueberragende-marktuebergreifende-bedeutung-gwb/> [Stand: 27.06.2022].

Art. 3 II DMA gegenüber den qualitativen Merkmalen des § 19a I 1 GWB-EU keine signifikante, absolute Effektivitätssteigerung bringen würden.

II. Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich von **Art. 6 V 1 DMA** sieht vor, Selbstbevorzugung beim Ranking zu untersagen, was automatisch auferlegt wird. Damit wirkt das Instrument in Richtung des Ziels der Chancengleichheit. Mit umfasst sind auch die Vorfeldprozesse von Crawling und Indexing. Erwägungsgrund 52 stellt darüber hinaus fest, dass jedes Verhalten gleichen Effekts erfasst sein soll. Ob letztgenanntes vor der Wortlautgrenze der Pflicht auch von den Gerichten so umfänglich ausgelegt werden wird, kann hier nicht abgesehen werden. Weiter stellen Art. 2 XXII DMA wie auch Erwägungsgrund 52 fest, dass sich die Verhaltenspflicht auch auf Fälle erstrecken soll, bei denen nur ein Ergebnis ausgegeben wird. Damit beugt der DMA einer unternehmensseitigen Verteidigung von Selbstbevorzugung bei virtuellen Assistenten vor, bei denen regelmäßig nur ein Ergebnis ausgegeben wird. Zusammengenommen sollten Schutzlücken weitestmöglich geschlossen sein. Durch die präzise ex-ante-Regelung dürfte der Aufwand im Vergleich zum Nachweis eines Missbrauchs i.S.v. Art. 102 AEUV erheblich sinken, wo oft ein sehr weit zu verstehender Begriff zu konkretisieren ist und der konkrete (drohende) Schaden umfangreich dargelegt werden muss, was zu großen praktischen Problemen führt.⁷¹ Der sachliche Anwendungsbereich ist im DMA indes nur auf die in der Designation aufgenommenen zentralen Plattformdienste beschränkt (Art. 3 IX DMA). Für Art. 6 V DMA dürfte sich eine weitere Reduktion auf die in der Definition von Ranking (Art. 2 XXII DMA) aufgeführten zentralen Plattformdienste ergeben.⁷² Umfasst sind aber diejenigen, bei denen sich auch die Gefahr von Selbstbevorzugung von Suchmaschinenergebnissen bereits realisiert hat, nämlich Online-Suchmaschinen (Google Shopping) und Online-Vermittlungsdienste (Amazon) (EU-Kommission Pressemitteilung 2020).⁷³ Überdies handelt es sich bei der reduzierten Liste um die zentralen Plattformdienste, bei denen zwischen Nutzergruppen vermittelnde Suchergebnisse vorgenommen werden, was bspw. bei Betriebssystemen oder Messengern (zumindest gegenwärtig) nicht der Fall ist. Insofern dürfte sich die Beschränkung nicht praktisch

auswirken. In sachlicher Hinsicht sollte Art. 6 V 1 DMA zu einer großen Effektivitätssteigerung führen.

Unklarer sind die Auswirkungen, die sich aus S. 2 der Norm ergeben. Das liegt insbesondere daran, dass im Einzelnen unklar bleibt, welche Anforderungen an transparente und faire Bedingungen beim Ranking gestellt werden, was letztlich wohl vor Gericht entschieden werden wird. Die Regelung gibt der Kommission allerdings ein weiteres Druckmittel in die Hand gewisse Geschäftsstandards der Gatekeeper gegenüber Marktteilnehmern zu verlangen. Ihr wird hier eine kleine zusätzliche Effektivitätssteigerung zugemessen.

Bei **§ 19 II 1 Nr. 1 GWB-EU** ist zunächst zu erinnern, dass das Regelbeispiel in lit. b von der Untersuchung auszuklammern ist.⁷⁴ Überdies gilt die Verhaltenspflicht beim § 19a GWB-EU nicht automatisch, sondern muss auferlegt werden. Dann regelt § 19a II 1 Nr. 1 GWB-EU die Ermächtigung zu einem Selbstbevorzugungsverbot, das sehr viel weiter gefasst ist als bei Art. 6 V DMA. Unter dessen Wortlaut fallen u.a. auch Suchmaschinenergebnisse, da es sich hierbei auch um die Zugangsvermittlung zu Beschaffungs- und Absatzmärkten handelt. Damit wirkt das Instrument auf das Ziel der Chancengleichheit. Sodann stellt das Regelbeispiel § 19a II 1 Nr. 1 a) GWB-EU aber auf die Darstellung ab, also eine visuelle Wiedergabe. Vom Regelbeispiel nicht umfasst sind daher Audio-Ausgaben von virtuellen Assistenten, die in Zukunft an Relevanz gewinnen dürften. Hier müsste aufgrund der Ermächtigungsgrundlage in Nr. 1 eine anderslautende Verhaltenspflicht auferlegt werden. Unklar ist beim obigen Regelbeispiel, ob auch die Vorfeldaktivitäten wie beim DMA miterfasst sind. Hier besteht zumindest eine gewisse Rechtsunsicherheit, die sich negativ auf die Effektivität auswirken könnte. Indes sollte sich auf Basis des Wortlauts der Ermächtigung von Nr. 1 notfalls sogar der Wortlaut von Art. 6 V DMA übernehmen lassen, weshalb dies in der Praxis kein größeres Problem sein sollte. Jedoch ist bei der Ermächtigungsgrundlage zu bedenken, dass nicht einfach jede unter den Wortlaut fallende Selbstbevorzugung in einer einzigen Verhaltenspflicht verboten werden kann, weil das Bestimmtheitsanfordernis für behördliches Handeln nicht erfüllt wäre⁷⁵, das auch auf Ebene der europäischen Union gilt.⁷⁶ Daraus folgt, dass die Behörde notfalls gezwungen ist,

⁷¹ Vgl. Kapitel E.I.; Haus/Rundel, RD 2022, S. 125 (128).

⁷² Vgl. Kapitel E.II.

⁷³ EU-Kommission, Kartellrecht: Kommission richtet Mitteilung der Beschwerdepunkte an Amazon wegen Nutzung nichtöffentlicher Daten unabhängiger Verkäufer und leitet zweite Untersuchung der E-Commerce-Geschäftspraxis des Unternehmens ein, 10.11.2020 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_20_2077 [Stand: 27.06.2022].

⁷⁴ Vgl. Kapitel E.III.

⁷⁵ Gerpott, NZKart 2021, S. 273 (277).

⁷⁶ EuGH Urt. v. 9.7.1981, Rs. 169/80 (Gondrand Freres), ECLI:EU:C:1981:171, Rn. 17 f.

einen Katalog einiger kleiner gefasster Verhaltenspflichten aufzugeben.⁷⁷

Daraus ergibt sich die Frage, ob diese Verhaltenspflichten auch einzeln rechtlich angreifbar wären, wodurch zusätzlich zur nicht automatischen Wirkung ein die absolute Effektivität mindernder Aufwand in Form von Prozessen auf die Behörde zukäme. Trotz möglicher Verbindung von Designation und der jeweiligen Verhaltenspflicht-Auferlegung handelt es sich soweit ersichtlich um mehrere unabhängige und mithin getrennt angreifbare Entscheidungen/Beschlüsse⁷⁸, da sich jeweils ein eigenständiger Verfahrensabschluss⁷⁹ vollzöge. Dafür spricht, dass die Designation hier erst einmal nur regelt, dass Verhaltenspflichten nach Abs. 2 verhängt werden dürfen, was von der einzelnen Verhaltenspflicht getrennt zu sehen ist. Durch die individuelle Angreifbarkeit entsteht die Gefahr, dass zwar die Designation an sich vereinfacht, gegen die Verhaltenspflichten aber dennoch vorgegangen wird, wodurch die absolute Effektivität von § 19a GWB-EU deutlich gemindert wäre. Diese Gefahr wird durch den Anreiz vergrößert, der in § 19a II 2 GWB-EU durch die Möglichkeit zur sachlichen Rechtfertigung für die Verhaltenspflicht gesetzt wird, obgleich einschränkend nach S. 3 die Beweislast umfassend dem Unternehmen obliegt.⁸⁰ Allerdings sollte sich die Prozessgefahr durch sorgfältige Formulierung der Verpflichtung begrenzen lassen, insbesondere vor dem Hintergrund bereits vergangener Missbrauchsverfahren im Bereich einer konkreten Verpflichtung. Hier könnte bestenfalls ein ähnlicher Effekt wie bei der Designation eintreten, wo die Unternehmen auf Rechtsmittel verzichten. Schlimmstenfalls setzen sich die Unternehmen aber jedes Mal zur Wehr. In dem Fall wäre es entscheidend, ob die Verhaltenspflicht bis zur endgültigen Entscheidung weiterbesteht, um in der Zwischenzeit den Wettbewerb zu schützen. Gem. Art. 278 AEUV haben Klagen (wie etwa nach Art. 263 AEUV gegen einen Beschluss der EU-Kommission) grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung. Auf Antrag kann jedoch die Vollziehung ausgesetzt werden, soweit der Antragssteller ein Rechtsschutzbedürfnis geltend machen kann⁸¹, konkret einen objektiv schweren und irreparablen Schaden für sich (oder Dritte).⁸² Es kann im Voraus nicht abschließend bewertet werden, welche Entscheidungspraxis sich für die Gerichte bei § 19a GWB-EU herausbilden würde. Gerade finanzielle Schäden begründen bisher aber regelmäßig kein

entsprechendes Rechtsschutzbedürfnis.⁸³ Die Abwesenheit von aufschiebender Wirkung und die zusätzliche Hürde des Antrags lassen daher erwarten, dass die absolute Effektivität durch die Mehrstufigkeit und gegebenenfalls Kleinteiligkeit von § 19a GWB-EU nicht erheblich eingeschränkt werden würde.

Wie der DMA würde § 19a GWB-EU als zusätzliches Werkzeug neben Art. 102 AEUV treten. Entscheidend ist für die Effektivität daher, ob die Ermächtigungsgrundlage zu Verhaltenspflichten führt, die für die Behörde leichter als der „Missbrauch“ i.S.v. Art. 102 AEUV anzuwenden sind. Das ist eindeutig zu bejahen. Nicht nur wird die Behörde in die Lage versetzt in einem wesentlich überschaubareren und dadurch klarer geregelten Anwendungsbereich tätig zu werden, sondern sogar ihre Verhaltenspflicht selbst im Rahmen des Wortlauts der Ermächtigungsgrundlage zu formulieren, wodurch sie auf Probleme bei der Anwendung bis zu einem gewissen Grad eigenständig reagieren kann. Es ist daher eine große Effektivitätssteigerung zu erwarten. Ob sie größer als die durch Art. 6 V DMA ist, hängt davon ab, ob die zusätzliche Stufe der flexiblen Pflicht-Auferlegung an sich mehr Vor- oder Nachteile bringt. Der denkbare zeitliche Nachteil kann durch Verbindung von Designation und Pflicht-Auferlegung kompensiert werden. Die Pflicht-Auferlegung erfordert zwar dennoch etwas mehr Aufwand, sofern sie maßgeschneidert sind, jedoch dürfte sich in diesem Fall auch die Wirkung der Pflichten besser entfalten als bei einer one-size-fits-all-Regelung. Davon ist besonders mit Blick in die Zukunft auf (technologiebedingt) noch unbekanntere Verhaltensweisen der schnelllebigen digitalen Märkte auszugehen. Hier sichert die Flexibilität von § 19a GWB-EU auf lange Sicht die Anwendbarkeit der Norm. Weiter dürften sich in der Praxis für häufige Verhaltensweisen Standardformulierungen ausbilden, wodurch sich der Aufwand der Pflicht-Auferlegung auf Dauer erheblich reduziert und auch die erhöhte Rechtsunsicherheit der Verhaltenspflichten abnimmt. Die Effektivitätssteigerung überwiegt deshalb sogar die von Art. 6 V DMA.

III. Konsequenzen einer Verhaltenspflichtverletzung

Die Effektivität der Durchsetzung des konkreten Ziels hängt von der generellen Effektivität der Durchsetzung ab. Zunächst ist festzuhalten, dass in den Kapiteln E.II. und III. das gleiche

⁷⁷ Gerpott, NZKart 2021, S. 273 (277).

⁷⁸ Gundel in: Schulze, Reiner/Zuleeg, Manfred/Kadelbach, Stefan [Hrsg.], Europarecht – Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 3. Aufl. 2010, § 3 Rn. 71 ff.

⁷⁹ Frenz, Handbuch Europarecht: Band 5 – Wirkungen und Rechtsschutz, 1. Aufl. 2010, S. 389 f.; Nowak in: Terhechte, Jörg [Hrsg.], Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 1. Aufl. 2011, § 13 Rn. 68.

⁸⁰ Haus/Rundel, RDJ 2022, S. 125 (130 f.).

⁸¹ Stoll/Rigod in: Nettesheim, Martin [Hrsg.], Das Recht der europäischen Union – Band I, 2022, Art. 278 Rn. 7.

⁸² Schütte/Thomas in: Wiedemann, Gerhard [Hrsg.], Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 49 Rn. 134.

⁸³ Vgl. Schütte/Thomas (Fn. 82), § 49 Rn. 139.

Rechtsfolgen- und Durchsetzungsregime festgelegt wurde. Ausführungen über den DMA gelten insoweit auch für § 19a GWB-EU. Wegen des fehlenden Einblicks des Autors in die Probleme bei der Durchsetzungspraxis der EU-Kommission und der im Vergleich zu den Verhaltenspflichten dünnen Literatur kann die Durchsetzungsseite nur eingeschränkt bewertet werden. Es wird daher – und wegen des Umfangs der Arbeit – auf ausgewählte Problemstellungen eingegangen.

Zunächst ist fraglich, ob die Kommission auch die Mittel hat, den DMA (bzw. GWB-EU) neben Art. 102 AEUV anzuwenden, oder ob die Effektivität unter dem Verhältnis zwischen Ressourcen und Aufgaben leidet. Indiz für letzteres könnten die Stimmen im Parlament sein, welche die bisher geplante personelle Aufstockung nicht für ausreichend halten.⁸⁴ Das bleibt abzuwarten. Einerseits ließe sich später zusätzlich aufstocken, andererseits sollten Ressourcen dadurch frei werden, dass Art. 102 AEUV im Bereich des DMA nicht mehr der Anwendung bedarf und der Anwendungsbereich gleichzeitig leichter eröffnet ist. Überdies besteht die Möglichkeit sich von den nationalen Behörden u.a. mit Vorermittlungen zuarbeiten zu lassen (Art. 38 VII DMA). Mit Kooperation hat das European Competition Network bereits Erfahrung.⁸⁵ Weiter soll die interdisziplinäre „High-level-Group“ Hilfestellung bei der Implementierung geben (Art. 40 DMA). Einen Flaschenhals könnte die Kommission dennoch bilden, da die Rechtsfolgen des DMA auf Abstellung des Verstoßes beschränkt sind, sodass im Extremfall für Rückerstattung bzw. Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils zusätzlich Art. 102 AEUV angewendet werden müsste. Dieser Nachteil wird jedoch aufgefangen, indem die Geschädigten im Anschluss an ein Verfahren nach DMA selbst Art. 102 AEUV für die private Rechtsdurchsetzung nutzen und insoweit Schadensersatz verlangen könnten, wobei ihnen die Vorarbeit das Verfahren trotz abweichender Rechtsgrundlage erleichtern dürfte. Ferner können nationale Wettbewerbsbehörden diese Aufgabe erfüllen.⁸⁶ Weiter beugt die Konzentration auf die Kommission einer Zersplitterung der

Anwendungspraxis vor⁸⁷, wie dies bei der Datenschutzgrundverordnung der Fall war und deren Effektivität nachhaltig beeinträchtigt hat.⁸⁸ Die Zuständigkeit der Kommission sollte sich insgesamt jedenfalls nicht effektivitätsmindernd auswirken, soweit sie die benötigten Ressourcen bekommt.

Ein entscheidendes Problem der Kommission ist bisher die Informationsasymmetrie zu den Unternehmen, besonders was die technischen Aspekte des Verhaltens der Plattformunternehmen angeht.⁸⁹ Regelmäßig agieren hier nicht direkt Menschen, sondern Algorithmen. Teilweise sind diese (ggf. selbstlernenden) Algorithmen in ihren Entscheidungsprozessen selbst für die Entwickler schwer nachzuvollziehen.⁹⁰ Ein Verstoß muss daher nicht zwangsläufig bewusst geschehen. Das Verständnis wird noch erschwert, weil bspw. bei Online-Suchmaschinen permanent Anpassungsprozesse vorgenommen werden.⁹¹ Das erschwert der Behörde einerseits das Erkennen einer Wettbewerbsverletzung, andererseits ob die Abstellmaßnahme überhaupt Wirkung zeigt.⁹² Punktuelle Auswirkungen von Veränderungen lassen sich zwar messen⁹³, ihnen fehlt aber der ganzheitliche Überblick. Der wird auch dadurch schwieriger, dass zwischen „organischen“ und bezahlten Rankings zu unterscheiden ist.⁹⁴ Einblicke in den Algorithmus könnten vermutlich helfen. Indes ist fraglich, ob die Kommission im Hinblick auf Konflikte, etwa mit dem Geschäftsgeheimnis, direkten Einblick in die Algorithmen erhält⁹⁵, bzw. in welchem Umfang. Eine weitere Einschränkung ergibt sich aus dem Territorialitätsprinzip, das die Ermittlungsbefugnisse auf das Gebiet der EU beschränkt.⁹⁶ Besserung könnte Art. 23 DMA bringen. Abs. 1 ermächtigt die Kommission alle zur Durchsetzung der Verordnung notwendigen Inspektionen durchzuführen, Abs. 2 lit. d zielt direkt auf die Inspektion u.a. von IT-Systemen, Daten und Algorithmen. Allein muss sich die reale Reichweite der Untersuchungsbefugnis noch zeigen. Weiter müssen bei der Kommission entsprechende Kompetenzen vorhanden sein, um daraus überhaupt Kapital zu

⁸⁴ Renda, Can The EU Digital Markets Act Achieve Its Goals?, <https://static.ie.edu/CGC/Renda-%20EU%20Digital%20Markets%20Act.pdf> [Stand: 27.06.2022], S. 10.

⁸⁵ Weiß in: Verwaltungsrecht der Europäischen Union (Fn. 79), § 20 Rn. 47 ff.).

⁸⁶ Monopolkommission, Hauptgutachten XXIV (Fn. 1), S. 238.

⁸⁷ Achleitner, Begrenzung der Marktmacht in der Digitalökonomie als Innovationsbremse? Der Digital Markets Act: Rechtsgrundlage, Verhältnis zum Wettbewerbsrecht und Fragen der Primärrechtskonformität in: Heger, Alexander/Gourdet, Sascha [Hrsg.], Fairen Wettbewerb in der Europäischen Union sichern, 2022, S. 77 (98).

⁸⁸ Fanta, Das Durchsetzungsproblem der DSGVO, <https://netzpolitik.org/2021/irland-bremst-das-durchsetzungsproblem-der-dsgvo/> [Stand: 27.06.2022].

⁸⁹ Cabral et al (Fn. 9), S. 28.

⁹⁰ Vgl. OECD, Algorithms and Collusion, 2017, <https://www.oecd.org/daf/competition/Algorithms-and-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.pdf> [Stand: 27.06.2022], S. 32.

⁹¹ Search Engine Journal, History of Google Algorithm Updates, <https://www.searchenginejournal.com/google-algorithm-history/> [Stand: 25.6.22].

⁹² Cabral et al (Fn. 9), S. 28.

⁹³ Haucap/Podszum, Der Digital Markets Act: Was will „Mister Competition“? (Interview mit Dr. Andreas Schwab), Bei Anruf Wettbewerb (Audio-Podcast), 02.06.2021, <https://www.dice.hhu.de/beianrufwettbewerb> [Stand: 27.06.2022], 27:20 min.

⁹⁴ Schnitzer (Fn. 11), S. 4.

⁹⁵ Vgl. Frenz, Handbuch Europarecht: Band 2 – Europäisches Kartellrecht, 2015, S. 806.

⁹⁶ Vgl. ebd.

schlagen. Dennoch erweitert die Existenz der Untersuchungsbefugnis den Einblick der Kommission in das Verhalten der Gatekeeper, was zu einer besseren Durchsetzung von DMA bzw. GWB-EU führen dürfte.⁹⁷ Sie wird deshalb effektivitätssteigernd verbucht. Bei der Durchsetzung dürfte also trotz der aufgezeigten Probleme eine Steigerung der Effektivität hinsichtlich des konkreten Ziels zu erwarten sein.

IV. Ergebnis

Das Ergebnis wird in einer Tabelle mit der Bewertungsskala vom Minimum --- (drei Minus) über 0 bis zum Maximum +++ (drei Plus) dargestellt. Beide Vergleichsinstrumente würden das Ausmaß an Chancengleichheit von Dritt- ggü. Plattformanbietern bei Suchmaschinenergebnissen gegenüber der Nullalternative signifikant erhöhen. Die Instrumente lassen beim personellen Anwendungsbereich eine große Steigerung der Effektivität erwarten (Kapitel F.I.). Das Gleiche gilt beim sachlichen Anwendungsbereich, wo § 19a GWB-EU durch seine Flexibilität zusätzlich punktet (Kapitel F.II.). Im Rahmen des Untersuchungsumfangs ergibt sich auch für die Durchsetzung der Verhaltenspflichten eine gesteigerte Effektivität (Kapitel F.III.). Insgesamt stellen beide Instrumente gegenüber der Nullalternative eine große Effektivitätssteigerung dar, wobei § 19a GWB-EU die Nase vorn hat.

Tabelle 1: Effektivitätsanalyse

	Art. 6 V DMA	§ 19a II 1 Nr. 1 GWB-EU
Effektivität	++	+++

Quelle: Eigene Darstellung

G. Kostenanalyse

Es folgt eine Kostenanalyse. Hierzu werden die die Instrumente auf ihre Kosten untersucht, wobei diese in Kostenkategorien aufgeteilt werden. Außerdem werden die Kosten der Instrumente in eine ganzzahlige Skala von 0 (niedrig) bis 10 (sehr hoch) eingeteilt. Negative Kosten sind für die Summe in

den Abbildungen 3 und 4 abzuziehen, alle anderen werden addiert. Für die Kostenpunkte kann oft nicht auf konkrete Daten zurückgegriffen werden, weshalb dann Einschätzungen über die Wirkungen der Instrumente abgegeben werden müssen.

Unter **Transformationskosten** fallen bei **Art. 6 V DMA** vor allem die Gesetzgebungskosten. Das heißt es müssen Gutachten erstellt, Anhörungen durchgeführt und Kompromisse ausgehandelt werden. Die Rekordzeit, in der der Digital Markets Act (für europäische Verhältnisse) nun erlassen wird⁹⁸, lässt den Schluss zu, dass diese Kosten vergleichsweise niedrig ausfallen. Nichtsdestoweniger entstehen durch das Verfahren im Vergleich zur Nullalternative zusätzliche Kosten.

Diese Kosten dürften bei **§ 19a II 1 Nr. 1 GWB-EU** ähnlich liegen wie beim DMA. Insbesondere sollte nach Einschätzung des Autors als Rechtsgrundlage Art. 114 AEUV jedenfalls für das untersuchte Instrument ausreichen und so das kompliziertere Einstimmigkeitsprinzip von Art. 352 AEUV umgangen werden können⁹⁹, was die Transformationskosten erhöhen würde.¹⁰⁰ Die Kosten werden daher als gleich angesehen.

Die **übrigen staatlichen Kosten** der europäischen Union für **Art. 6 V DMA** werden nach der Analyse zum ursprünglichen Entwurf – der im Wesentlichen unverändert blieb – bis 2027 mehrere 10 Mio. betragen¹⁰¹, insbesondere für Personal.¹⁰² Dies ist im Verhältnis zu den übrigen jährlichen Verwaltungsausgaben der EU von ca. 10 Mrd. ein geringer Anstieg.¹⁰³ Allerdings bleibt abzuwarten, ob die geplanten Ressourcen der Kommission ausreichen.¹⁰⁴ Dies hängt maßgeblich von der gesamten Effektivität des DMA ab. Allerdings entfällt nur ein Teil der Kosten auf die konkrete Verhaltenspflicht. Auf Basis der bisherigen Schätzung wird also von geringen Kosten ausgegangen.

Für **§ 19a II 1 Nr. 1 GWB-EU** würden diese Kosten ähnlich liegen wie beim DMA, da das Regelwerk vergleichbar ist. Eine kleine Steigerung dürfte sich daraus ergeben, dass die Verhaltenspflichten potenziell maßgeschneidert sind, wofür mehr Ressourcen benötigt werden.

⁹⁷ Cabral et al (Fn. 9), S. 28 f.

⁹⁸ Bspw. Armbruster, Was steckt in den neuen EU-Regeln für die Internet-Riesen?, <https://www.faz.net/podcasts/f-a-z-digitec-podcast/dma-was-steckt-in-den-neuen-eu-regeln-fuer-die-internet-riesen-17928477.html> [Stand: 27.06.2022].

⁹⁹ Vgl. Achleitner in: Fairen Wettbewerb in der Europäischen Union sichern (Fn. 87), S. 77 (88).

¹⁰⁰ Haucap/Podszun, Bei Anruf Wettbewerb (Audio-Podcast) (Fn. 93), 15:45 min, 20:20 min.

¹⁰¹ EU-Kommission, Vorschlag für eine VERORDNUNG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte), 2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0842&from=de> [Stand: 27.06.2022], S. 75 f.

¹⁰² EU-Kommission (Fn. 101), Anhang.

¹⁰³ Schwarcz, EU-Parlament Factsheet – Die Ausgaben der Europäischen Union, <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/de/sheet/28/die-ausgaben-der-europaischen-union> [Stand: 25.6.2022].

¹⁰⁴ Vgl. Achleitner in: Fairen Wettbewerb in der Europäischen Union sichern (Fn. 87), S. 77 (98 f.).

Transaktionskosten werden bei DMA bei den designierten Gatekeepern entstehen, da binnen 6 Monaten nach Designation allen Verhaltenspflichten nachzukommen ist – auch **Art. 6 V DMA**. Betroffen sein werden wegen der qualitativen und quantitativen Merkmale in Art. 3 DMA jedoch nur finanzkräftige Unternehmen. Die Höhe der Kosten der Anpassung hängt vom bisherigen Design der Suchalgorithmen ab und werden von Unternehmen zu Unternehmen bzw. bei verschiedenen zentralen Plattformdiensten unterschiedlich sein. Mangels Einblicks in die Geschäftsgeheimnisse der Unternehmen könnte hier nur spekuliert werden. Ein weiterer Faktor ist die Rechtsunsicherheit, die durch die bisher unbekanntes Verhaltenspflichten und deren genaue Auslegung entsteht. Diese dürfte wegen des klaren und begrenzten Wortlauts der konkreten Norm allerdings gering sein. Weiter kann das Unternehmen gem. Art. 8 III DMA in einen Dialog über die Implementierung der Verhaltenspflicht treten. Schließlich wurden auch auf Basis der Nullalternative Missbräuche dieser Art verfolgt, womit die Regelung an sich jedenfalls nicht völlig überraschend kommt. Die Kosten werden daher als niedrig eingestuft.

Die Kosten von **§ 19a II 1 Nr. 1 GWB-EU** auf Gatekeeperseite sind vergleichbar mit denen beim DMA, indes ergibt sich durch die Flexibilität eine leichte Steigerung. So bringt die Flexibilität mehr Rechtsunsicherheit über die Ausgestaltung der Verhaltenspflicht mit sich¹⁰⁵, was sich negativ niederschlägt. Überdies ist der mögliche sachliche Anwendungsbereich weiter, wodurch sich die Anpassungskosten erhöhen. Allerdings wird auch hier schon aus Gründen der beiderseitigen Prozessgefahr ein regulatorischer Dialog stattfinden (auf den ja selbst in Art. 8 III DMA kein Anspruch besteht). Immerhin haben Unternehmen mit § 19a II 2 GWB-EU die Möglichkeit zur sachlichen Rechtfertigung, womit sie – notfalls vor Gericht – auf ihre Kosten hinweisen und sich dadurch von einer Verhaltenspflicht befreien oder diese abmildern können. Ausgehend von einem guten Dialog zwischen Unternehmen und Behörde wird die Steigerung aber als nicht zu groß bewertet. Auch verfügen die betroffenen Unternehmen über die entsprechenden mehr-Ressourcen.¹⁰⁶ Schließlich dürfte sich der Effekt der Rechtsunsicherheit auch im Laufe der Zeit abmildern, da sich eine Anwendungspraxis ausbildet.

Als **Nebenwirkungskosten** könnte bei **Art. 6 V DMA** die Innovation der Gatekeeper und somit der digitalen Märkte insgesamt leiden. Durch die Verhaltenspflicht könnte die

vertikale Integration der Gatekeeper gebremst werden und so gewissen Synergien und Effizienzen ungehoben bleiben. Der DMA sieht auch keine sachliche Rechtfertigung vor, sondern nur einen Dialog mit der Behörde. Letztere kann jedoch nur ihren Anwendungsspielraum bei der Verhaltenspflicht nutzen, um unbillige Folgen abzufangen, die nicht das Maß von Art. 9 DMA erreichen, also die ökonomische Sinnhaftigkeit des Geschäftsmodells infrage stellt. Außerdem betrifft der personelle Anwendungsbereich keine kleinen Unternehmen wie Start-ups, womit diese weiter wichtige Impulse setzen können. Schließlich differieren die Nebenwirkungskosten je nach Verhaltenspflicht. Bei der untersuchten Pflicht sind keine großen innovationshindernden Effekte absehbar. Die Nebenwirkungskosten werden daher als niedrig eingestuft.

Auch bei **§ 19a II 1 Nr. 1 GWB-EU** kommen wieder vor allem negative Innovationseffekte in Frage. Die Analyse klammert hier aus den in Kapitel E.III. genannten Gründen § 19a II 1 Nr. 1 b) GWB-EU aus. Trotzdem dürften die Kosten wegen des breiteren Anwendungsbereichs etwas höher ausfallen als beim DMA. Dennoch ist der Anstieg nicht immens, da sich der Anwendungsbereich auf das Verbot von Selbstbevorzugung bei der Vermittlung beschränkt und hier keine großen innovationshemmenden Effekte absehbar sind. Abgemildert werden dürfte der Effekt überdies durch die sachliche Rechtfertigung (Abs. 2 S. 2), da hier auch Nebenwirkungskosten geltend gemacht werden können.¹⁰⁷ Die Kosten bleiben deshalb niedrig.

Für **negative Kosten** des **Art. 6 V DMA** muss zwischen staatlichen und privaten Kosten unterschieden werden. Durch kürzere, weniger unnötig komplexe Verfahren dürften staatliche Kosten entfallen. Dadurch werden auch bei der überschaubaren Fallzahl, Google-Shopping und Amazon, welche die Kommission dennoch bereits erheblich gefordert haben und fordern, Ressourcen frei. Gewichtiger noch sind die aus der kürzeren Wettbewerbsverzerrung resultierenden sinkenden privaten Kosten der Wettbewerber auf vor- und nachgelagerten Märkten. Zwar waren auch vorher schon nach der Untersuchung einstweilige Maßnahmen möglich, die Wettbewerber entlasten konnten, allerdings dauerten die Untersuchungen wegen des komplexen Anwendungsbereichs von Art. 102 AEUV sehr viel länger als nötig an. In dieser Zeit waren sämtliche von der Selbstbevorzugung betroffenen Wettbewerber fortgesetzt und teils extrem geschädigt.¹⁰⁸ Dabei haben Suchmaschinen durch ihre Berührung mit vielen verschiedenen Märkten ein besonders breitenwirksames

¹⁰⁵ Baumann, Der Bird & Bird Podcast (Audio-Podcast) (Fn. 68), 12:45 min.

¹⁰⁶ Vgl. Haus/Rundel, RD 2022, S. 125 (127 ff.).

¹⁰⁷ Monopolkommission, Sondergutachten 82 (Fn. 17), S. 47 ff.

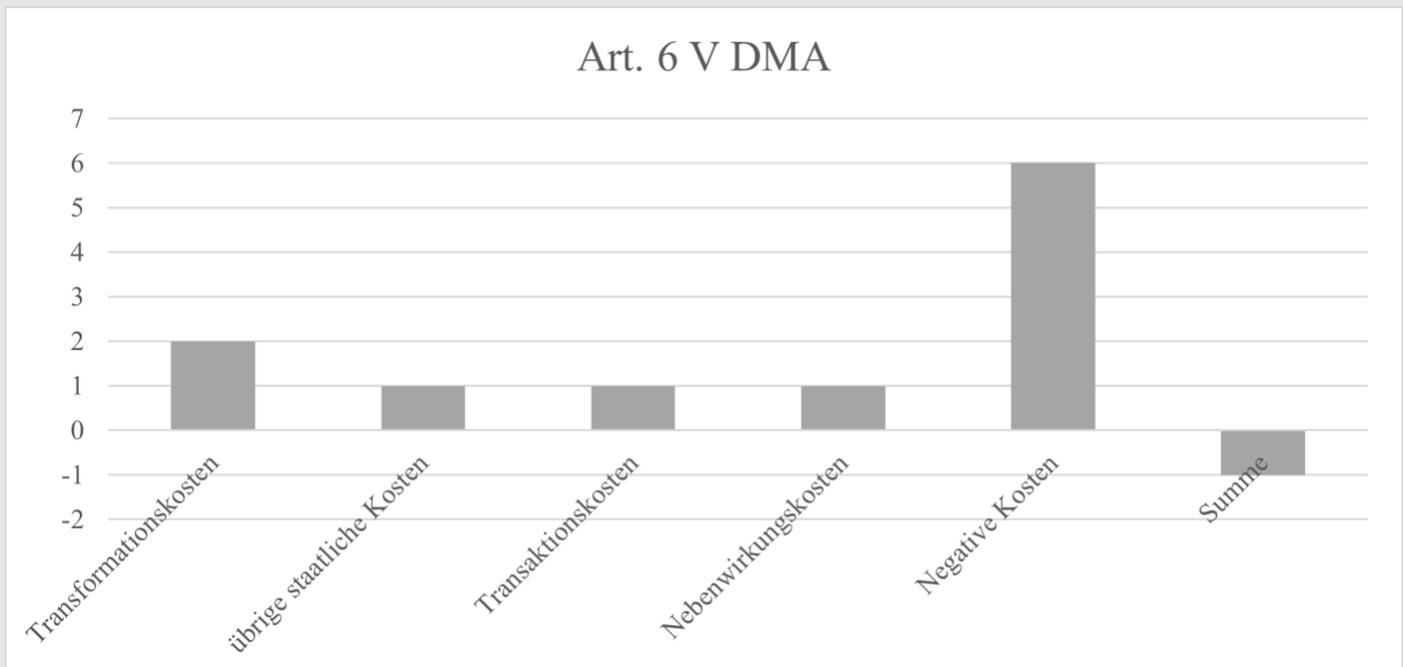
¹⁰⁸ Haucap/Podszun, Bei Anruf Wettbewerb (Audio-Podcast) (Fn. 93), 27:20 min.

Schadenspotenzial, das umgedreht große Wohlfahrtsgewinne verspricht. Das bereits angesprochene Freiwerden von Ressourcen dürfte auch zur Abstellung wettbewerbsschädlicher Verhaltensweisen auf Märkten führen, die nicht mit der konkreten Verhaltenspflicht zusammenhängen. Insgesamt werden daher mittlere negative Kosten veranschlagt.

Hinsichtlich der negativen Kosten von **§ 19a II 1 Nr. 1 GWB-EU** kann auf die Ausführungen beim DMA verwiesen werden. Ein vielgeäußelter Kritikpunkt am DMA mit Blick auf die Zukunft ist aber seine Starrheit vor Veränderungen der dynamischen digitalen Märkte.¹⁰⁹ Dies hat sich durch die

Beschränkung der nachträglichen Anpassung durch delegierte Rechtsakte der Kommission, die ursprünglich geplant war, noch verschärft. Demgegenüber dürfte § 19a GWB-EU zusätzlich durch seine Flexibilität eine erheblich höhere Anpassungsfähigkeit besitzen, die dem Gesetz eine längere Lebensdauer verleihen dürfte, was einen mühsamen Anpassungsprozess in einigen Jahren entfallen ließe, mit dem beim DMA gerechnet wird.¹¹⁰ Gleichzeitig wird so gesichert, dass die Regelung auch für die Zukunft längstmöglich maximale Wirkung und mithin negative Kosten generiert. Daher wird hier von sehr hohen negativen Kosten ausgegangen.

Abbildung 3: Kostenanalyse Art. 6 V DMA

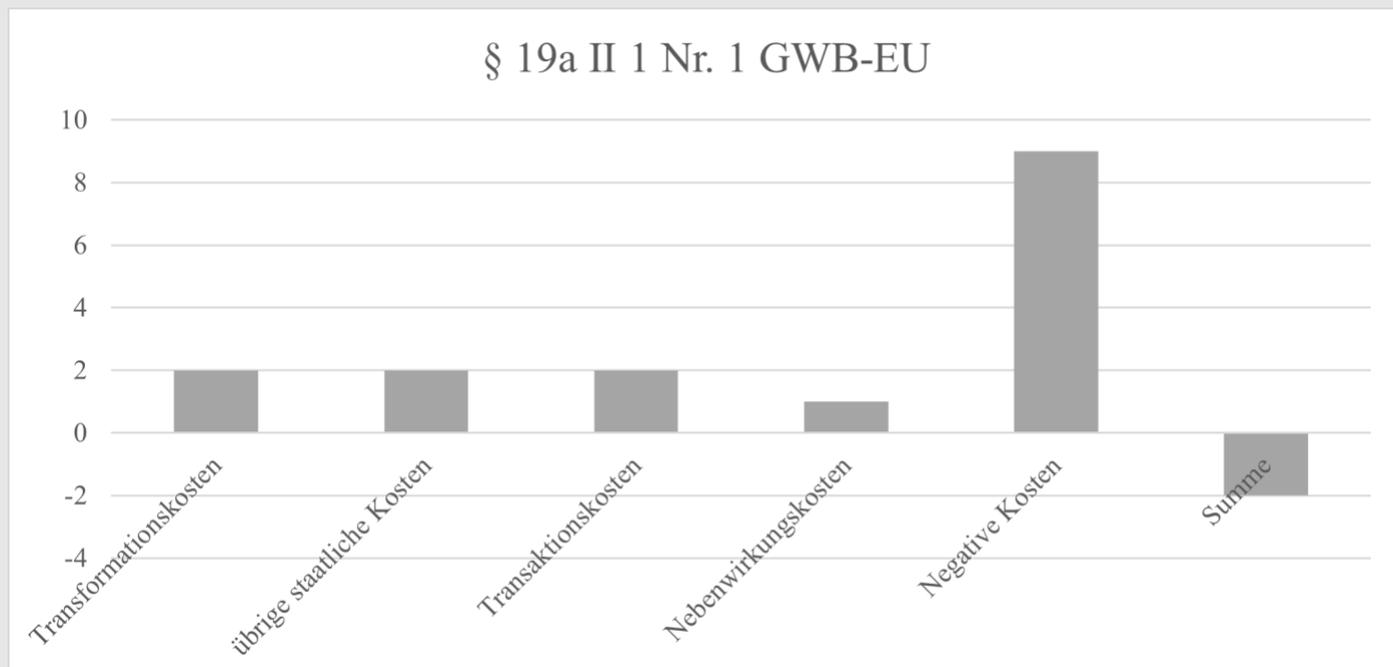


Quelle: Eigene Darstellung

¹⁰⁹ Bspw. Baumann, Der Bird & Bird Podcast (Audio-Podcast) (Fn. 68), 14:40 min.

¹¹⁰ Haucap/Podszun, Bei Anruf Wettbewerb (Podcast) (Fn. 93), 18:40 min.

Abbildung 4: Kostenanalyse § 19a II 1 Nr. 1 GWB-EU



Quelle: Eigene Darstellung

H. Verhältnismäßigkeitsanalyse

Schließlich soll in einer Verhältnismäßigkeitsanalyse das Instrument mit dem besten Kosten-Nutzen-Verhältnis (KNV) ermittelt werden. Dazu werden die Instrumente mit der Nullalternative verglichen, bis ein Instrument über ein besseres KNV verfügt, wodurch es zum neuen Vergleichsmaßstab wird. Das KNV ergibt sich aus den bereits in Kapitel F. und G. ermittelten Faktoren Effektivität und Kosten. Instrumentenbündel ergeben vorliegend keinen Sinn, dafür sind sich die Regelungen zu ähnlich.

Es bestünde das Problem, welches der beiden Gesetze bei einem konkreten Sachverhalt vorrangig Anwendung findet, während das andere ohne eigenständigen Anwendungsbereich obsolet wäre.

Wie in Kapitel F. dargelegt weist **Art. 6 V DMA** gegenüber der Nullalternative besonders wegen der Erleichterung beim personellen und sachlichen Anwendungsbereich eine weit höhere Effektivität auf. Die zusätzlichen Kosten waren ausweislich Kapitel G. insgesamt relativ niedrig und werden eventuell durch die im mittleren Bereich liegenden negativen Kosten sogar übertroffen, wodurch das Gesetz sogar mehr Kosten einspart, als es verursacht. Dafür spricht insbesondere, dass die hoch effektive Regelung – wie in Kapitel G. angesprochen – an einem Knotenpunkt der digitalen Wirtschaft ansetzt, der viele andere Märkte berührt. Art. 6 V DMA ist der gegenwärtigen Rechtslage daher sowohl bei Effektivität wie bei Kosten überlegen. Daraus ergibt sich ein besseres KNV als bei

der Nullalternative. Die Regelung bildet nun die neue Vergleichsgrundlage.

Für **§ 19a II 1 Nr. 1 GWB-EU** ergab sich in Kapitel F. besonders durch die erhöhte Flexibilität eine noch höhere Effektivität als Art. 6 V DMA. Die Kosten liegen ausweislich Kapitel G. etwas höher als bei der Alternative, aber ebenso sind die erwarteten negativen Kosten durch die größere Flexibilität und in der Folge auch Zukunftsbeständigkeit noch höher als beim Vergleichsinstrument. Insgesamt sollten die Kosten daher noch niedriger liegen als bei Art. 6 V DMA. Durch erhöhte Effektivität und zusammenhängend auch niedrigere Kosten weist § 19a II 1 Nr. 1 GWB-EU deshalb ein noch besseres KNV auf.

Tabelle 2: Verhältnismäßigkeitsanalyse

	Effektivität	Kosten	Platzierung KNV
Nullalternative	0	0	3
Art. 6 V DMA	++	-1	2
§ 19a II 1 Nr. 1 GWB-EU	+++	-2	1

Quelle: Eigene Darstellung; Daten für Effektivität sind Tabelle 1 entnommen, Kosten der Summenkategorie in Abbildungen 3 und 4

J. Fazit

Zu empfehlen ist auf Basis der Analyse in Kapitel H. eine Regelung nach dem Vorbild von § 19a II 1 Nr. 1 GWB-EU.

Diese weist das höchste Kosten-Nutzen-Verhältnis auf. Indes ist zu beachten, dass insbesondere die negativen Kosten nur Schätzungen über die positiven Auswirkungen der Regelung sind, obgleich diese hier mitentscheidend für das Ergebnis waren. Deshalb wären die Auswirkung des Gesetzes zur Bestätigung der angenommenen Werte nach Wirkungsentfaltung zu überprüfen. Auch geht diese Untersuchung bei den Spielräumen, die § 19a II 1 Nr. 1 GWB-EU einräumt, davon aus, dass diese von der Behörde bestmöglich genutzt wird. Weiter wurde hier nur eine der vielen Verhaltenspflichten in DMA und § 19a GWB verglichen, weshalb diese Arbeit kein abschließendes Urteil darüber abgeben kann, welches Regelungsregime insgesamt vorzugswürdiger ist. Eine Beobachtung der deutschen Anwendungspraxis von § 19a GWB dürfte für den hier vorausgesetzten europäischen Anwendungsbereich nur einen

beschränkten Erkenntniswert haben, da dieser durch den als europäische Regelung vorrangigen DMA nicht mehr vollumfänglich zur Geltung kommen kann¹¹¹.

Umgesetzt werden wird auf europäischer Ebene der DMA. Hier könnte die Effektivitätsanalyse hinsichtlich der Durchsetzung noch weiter vertieft werden, wobei die reale Anwendung helfen wird. Auch dürfte spannend zu beobachten sein, ob die im Wesentlichen alleinzuständige Kommission ihrer Aufgabe gewachsen ist und ob insbesondere weitere Ressourcen nötig werden, was sich auf die Effektivität und die Kosten auswirken würde. Schließlich wäre es wertvoll zu untersuchen, welche Rolle die weiterhin anwendbare Nullalternative in Zukunft noch spielt. Sollten sich noch wichtige Anwendungsbereiche bei Gatekeepern ergeben, könnte dies insbesondere auf Defizite des Gesetzespakets auf Rechtsfolgeseite hinweisen.

¹¹¹ *Monopolkommission*, Hauptgutachten XXIV (Fn. 1), S. 239 ff.