

SCHULTERRECHTSANWÄLTE.

Gefahren der rechtlichen und tatsächlichen Umgehung der Ziele und Regelungsinhalte des Digital Markets Act.

Ein Vorschlag zur Stärkung des Digital Markets Act im aktuellen Gesetzgebungsverfahren.

Von Dr. Kim Manuel Künstner

Im Auftrag von:





Autor: Dr. Kim Manuel Künstner
SCHULTE RECHTSANWÄLTE.
Neue Mainzer Straße 28
60311 Frankfurt am Main

im Auftrag von: LobbyControl -
Initiative für Transparenz und Demokratie e. V.
Am Justizzentrum 7
50939 Köln

Executive Summary

Im Rahmen des vorliegenden Gutachtens wurden folgende potentielle Schwächen bei der effizienten Erreichung der Ziele des Digital Markets Act¹ („DMA“) identifiziert und folgende Lösungsansätze entwickelt:

Defizite der behördlichen Durchsetzung wegen beschränkter Kapazitäten der EU-Kommission

In einem Interview hat der frühere Chefökonom der EU-Kommission dargelegt, wie verhältnismäßig gering die der EU-Kommission zur Verfügung stehenden Kapazitäten sind, verglichen mit den Kapazitäten der großen Digitalkonzernen, aber auch im Verhältnis zu nationalen Wettbewerbsbehörden.²

Solche Kapazitätsbeschränkungen können dazu führen, dass Fälle nicht aufgegriffen werden und durch politische Konzessionsentscheidungen beendet werden, ohne dass die volle Wirksamkeit des Schutzes der Bestreitbarkeit der betroffenen Märkte oder der Fairness auf den Plattformen erreicht wird.

Der DMA sollte daher nicht von vorneherein dieselben Fehler wiederholen, die bereits aus der EU-Fusionskontrolle bekannt sind. Zur Vermeidung zu geringer Kapazitäten sind daher insbesondere folgende Maßnahmen zu treffen:

- Formalisierte Einbindung der nationalen Behörden und deren Kapazitäten in den behördlichen Prozess der EU-Kommission durch Antrags- und Beteiligungsrechte

Article 33 Paragraph 1 new: *When ~~three or more Member States~~ one or more competent national authority request the Commission to open an investigation pursuant to Article 15 because they consider that there are reasonable grounds to suspect that a provider of core platform services should be designated as a gatekeeper, the Commission shall within four months examine whether there are reasonable grounds to open such an investigation.*

Article 33 Paragraph 3a new: *The Commission may also ask one or more competent national authority to support its market investigation. When the Commission opens a market investigation based on the request of at least one competent national authority, at least all authorities that have made such a request shall participate in the investigation.*

- Formalisierte Einbindung (betroffener) Dritter wie Wettbewerber oder Kunden der Gatekeeper in den behördlichen Prozess, einschließlich

¹ EU-Kommission, Mitteilung vom 19. Januar 2017, EU-Recht: Bessere Ergebnisse durch bessere Anwendung, ABl. 2017 C 18/14.

² Tomasso Valetti, Interview vom 20. April, 2021, erschienen in “The Counterbalance”; abrufbar unter: [The European System of Monopoly - The Counterbalance \(substack.com\)](https://www.substack.com/p/the-european-system-of-monopoly).

Informations-, Antrags-, Anhörungs- und Anfechtungsbefugnis vor dem EuGH.

Article 30a new: *In addition to the gatekeeper concerned, parties to the proceedings of the EU Commission under this Regulation shall include, upon request:*

(a) National competition authorities from Member States sufficiently concerned by the proceedings.

(b) Third parties who have applied for the proceedings to be initiated.

(c) Persons and associations of persons whose interests will be substantially affected by the decision and who, upon their application, have been admitted to the proceedings by EU-Commission; the interests of consumer associations substantially affected also in cases in which the decision affects a large number of consumers and in which therefore the interests of consumers in general are substantially affected.

The Commission shall take a formal decision on requests of participation within no more than seven days.

Article 35 new Paragraph (1a): *Parties to the proceedings of the EU Commission under this Regulation in accordance with Article 30a shall be deemed to be directly and individually concerned within the meaning of Article 263 paragraph 4 TFEU. This shall also apply to denied requests of participation.*

- Stärkung der privatrechtlichen Rechtsdurchsetzung durch betroffene Dritte wie Wettbewerber, Kunden und Verbraucherorganisationen.

Article 37a new – Private Enforcement:

1. Each Member State shall ensure adequate and effective private enforcement of this Regulation. Member States shall lay down the rules setting out the measures applicable to infringements of this Regulation and shall ensure that they are implemented. The measures provided for shall be effective, proportionate and dissuasive.

2. Member States shall implement adequate interim measures in court proceedings in case of urgency due to the risk of serious and irreparable damage for business users or end users.

3. Member States shall ensure that individual persons as well as qualified entities within the meaning of Article 3 paragraph 4 of the Representative Actions Directive can bring enforcement actions for violation of this Regulation before national courts.

Politische Konzessionsentscheidungen der EU-Kommission wegen Furcht vor gerichtlichen Niederlagen

Die Entscheidungspraxis der EU-Kommission in Zusammenschlussverfahren ist geprägt von politischen Konzessionsentscheidungen, die insbesondere auf der Furcht vor einer gerichtlichen Niederlage vor dem EuGH beruht.³

Um entsprechende Konzessionsentscheidungen im Rahmen des DMA ohne echten Mehrgewinn für die Bestreitbarkeit und Fairness zu vermeiden, sollten insbesondere folgende Maßnahmen getroffen werden:

- Nationale Behörden sollten gegenüber der EU-Kommission Antrags- und Anfechtungsrechte haben (siehe bereits zuvor).
- Die Streichung der Möglichkeit der EU-Kommission zu Verpflichtungszusagen nach Art. 23 DMA-E sollte unbedingt beibehalten werden, da solche Verpflichtungszusagen das Einfallstor für Konzessionsentscheidungen sind. Andernfalls sollte es zumindest zwingende Anfechtungsrechte der nationalen Wettbewerbsbehörden und betroffener Dritter geben.
- Formalisierte Einbindung (betroffener) Dritter wie Wettbewerber oder Kunden der Gatekeeper in den behördlichen Prozess, einschließlich Informations-, Antrags-, Anhörungs- und Anfechtungsbefugnis im Wege der Nichtigkeitsklage vor dem EuGH (siehe bereits zuvor).
- Stärkung der privatrechtlichen Rechtsdurchsetzung durch betroffene Dritte wie Wettbewerber oder Kunden (siehe bereits zuvor).

Unzureichende Umsetzung der Entscheidung der EU-Kommission durch Gatekeeper

Die Praxis der EU-Kommission in Verfahren gegen Digitalkonzerne belegt, dass sich die Digitalkonzerne nicht immer an Auflagen halten oder diese zu umgehen versuchen. Die EU-Kommission sollte daher bei der Durchsetzung der Entscheidungen stärker auf die Kooperation mit nationalen Wettbewerbsbehörden und betroffenen Dritten setzen.

Wir schlagen insoweit folgende Maßnahmen vor:

- Schaffung von privatrechtlich umsetzbaren Zugangsrechten betroffener Dritte.

³ Tomasso Valetti, Interview vom 20. April, 2021, erschienen in “The Counterbalance”; abrufbar unter: [The European System of Monopoly - The Counterbalance \(substack.com\)](https://www.substack.com/p/the-european-system-of-monopoly).

- Stärkung der Beteiligungs- und Antragsrechte privater Dritter im Nachgang zum behördlichen Prozesses.

Article 33a Paragraph 1 new – Request for a non-compliance market investigation: *Persons and associations of persons whose interests are substantially affected by the non-compliance of a gatekeeper with the obligations laid down in Articles 5 and 6 may request to open an investigation pursuant to Article 16 by presenting reasonable grounds to suspect that a gatekeeper infringed such obligations. The Commission shall take a formal decision on whether it will open an investigation or not within no more than two month.*

Unzureichende Erfassung struktureller Verschlechterungen bei „Killer-Acquisitions“

Der DMA sieht keine effiziente Kontrolle der strukturellen Verschlechterung bei Zusammenschlüssen unter Beteiligung der Gatekeeper vor, welche die Bestreitbarkeit oder die Fairness der betroffenen Märkte effizient schützt. Die Erfahrung zeigt, dass ein einmal strukturell geschädigter Markt nicht wieder mit bloßen Verhaltensmaßnahmen bestreitbar gemacht werden kann.

Wie unzureichend die derzeitige Möglichkeit der Kontrolle von Zusammenschlüssen unter Beteiligung von Gatekeepern ist, belegt eine aktuelle Pressemitteilung des Bundeskartellamtes, in welcher sich der Präsident der Behörde wie folgt über die Freigabe der Übernahme von Kustomer durch Facebook äußert: *„Im Rahmen unserer Prüfung haben wir uns auf die Bedeutung der Übernahme für die Gesamtstrategie von Meta konzentriert. Kustomer kann hier künftig ein relevanter Baustein werden. Dennoch mussten wir unter dem Strich mit gewissen Bauchschmerzen anerkennen, dass die Auswirkungen der Übernahme eine Untersagung nach dem geltenden Kartellrecht nicht gerechtfertigt hätten.“*⁴

Wir schlagen daher folgende Änderungen am DMA vor:

- Strukturelle ex-ante Kontrolle von Zusammenschlüssen, welche die Bestreitbarkeit der Märkte beeinträchtigt.
- Beweislastumkehr zulasten der Gatekeeper hinsichtlich der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Bestreitbarkeit.
- Schaffung von Entflechtungsmöglichkeit als ex-post Kontrolle der Zusammenschlüsse: missbrauchsunabhängigen zur Wiederherstellung der Bestreitbarkeit der Märkte und missbrauchsabhängig im Falle nicht unerheblicher Verstöße im Nachgang des Zusammenschlusses.

⁴ BKartA, Pressemitteilung vom 11. Februar 2022; abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Pressemitteilungen/2022/11_02_2022_Meta_Kustomer.pdf?__blob=publicationFile&v=2

Dies könnte im bisherigen Artikel 12 DMA-E wie folgt ergänzt werden:

Article 12 new: *A gatekeeper shall inform the Commission of any intended concentration within the meaning of Article 3 of Regulation (EC) No 139/2004 involving another provider of core platform services or of any other services provided in the digital sector irrespective of whether it is notifiable to a Union competition authority under Regulation (EC) No 139/2004 or to a competent national competition authority under national merger rules.*

A gatekeeper shall inform the Commission of such a concentration prior to its implementation and following the conclusion of the agreement, the announcement of the public bid, or the acquisition of a controlling interest.

Concentrations which are capable of significantly limiting the contestability of markets shall be prohibited.

In the case of concentrations involving digital services whose linkage with the gatekeeper's central platform services cannot be excluded and which may facilitate infringements of Articles 5 or 6 of this Regulation, a significant restriction of contestability shall be presumed. The gatekeeper may rebut this presumption.

In the event of a non-opposition, the EU Commission shall unbundle concentration of the gatekeeper, provided that, contrary to the gatekeeper's claim, the contestability of the affected markets has structurally deteriorated as a result of the concentration.

In the event of a non-opposition, the EU Commission shall unbundle the concentration, if the gatekeeper violates Articles 5 or 6 of this Regulation in a not insignificant way in connection with the acquired target company.

Lange Verfahrensdauer gefährdet zwischenzeitliche Bestreitbarkeit und Fairness

Insbesondere die Verfahren der EU-Kommission gegen die digitalen Konzerne basierend auf dem Missbrauch von Marktmacht nach Art. 102 AEUV belegen, dass Verfahren häufig zu lange dauern, um die Bestreitbarkeit und Fairness auf den betroffenen Märkten zu erhalten oder zu verbessern.

Damit diese Schwächen im Rahmen des DMA nicht wiederholt werden, schlagen wir folgende Maßnahmen vor:

- Stärkung einstweiliger Maßnahmen. Diese sind derzeit nach Art. 22 Abs. 2 DMA-E nur für Fälle der Non-Compliance eines Gatekeepers im Sinne des Art. 25 DMA-E. Die EU-Kommission sollte aber in der Lage sein, kurzfristige Bedrohungslagen insbesondere für die Bestreitbarkeit der

Märkte zwischenzeitlich zu neutralisieren, um irreparable Schäden der Bestreitbarkeit zu vermeiden.

Article 22 new:

*1. In case of urgency due to the risk of serious and irreparable damage **to the contestability of any affected market or for business users or end users of gatekeepers**, the Commission may, by decision adopt in accordance with the advisory procedure referred to in Article 32(4), order interim measures against a gatekeeper on the basis of a prima facie finding of an infringement of Articles 5 or 6.*

2. ~~A decision pursuant to paragraph 1 may only be adopted in the context of proceedings opened in view of the possible adoption of a decision of non-compliance pursuant to Article 25(1). The decision shall apply for a specified period of time and may be renewed in so far this is necessary and appropriate.~~

- Anfechtbarkeit unzureichender verhaltensbedingter Abhilfemaßnahmen durch betroffene Dritte (Wettbewerber oder Kunden der Gatekeeper) zugunsten von strukturellen Maßnahmen.

Article 16a Paragraph 2 new – Request for structural remedies: *If the Commission decides to put in place behavioral remedies in accordance with Article 16 paragraph 1, persons and associations of persons whose interests are substantially affected by the non-compliance of a gatekeeper with the obligations laid down in Article 16 paragraph 1 may request the Commission to adopt structural remedies instead by proposing concrete structural remedies and by submitting reasonable arguments for the structural remedies. The Commission shall take a formal decision on the request within no more than one month.*

- Strukturelle Kontrolle von Zusammenschlüssen, zur Erhaltung der Bestreitbarkeit der Märkte (wie bereits zuvor).

Inhaltsverzeichnis

Executive Summary	3
Defizite der behördlichen Durchsetzung wegen beschränkter Kapazitäten der EU-Kommission	3
Politische Konzessionsentscheidungen der EU-Kommission wegen Furcht vor gerichtlichen Niederlagen	5
Unzureichende Umsetzung der Entscheidung der EU-Kommission durch Gatekeeper	5
Unzureichende Erfassung struktureller Verschlechterungen bei „Killer- Acquisitions“	6
Lange Verfahrensdauer gefährdet zwischenzeitliche Bestreitbarkeit und Fairness	7
Inhaltsverzeichnis	9
1. Ziele des DMA	12
2. Beispiele für Umgehungsstrategien großer Digitaler Konzerne außerhalb des DMA	13
2.1 (EU-)Wettbewerbsvorschriften	14
2.1.1 ACM zu ApplePay	14
2.1.2 Telecommunication Business Acts in Korea	16
2.1.3 Google-Android-Entscheidung der EU-Kommission	17
2.2 P2B-Verordnung	18
2.3 NetzDG	20
3. Potentielle Defizite der Zielerreichung des DMA nach aktuellem Sachstand	22
3.1 Defizite der behördlichen Durchsetzung wegen beschränkter Kapazitäten der EU-Kommission	23
3.2 Vermeidung effizienter Durchsetzung durch Kompromissfindung mit Durchsetzungsbehörde	23
3.3 Abweichende Umsetzung behördlicher Entscheidungen bei unzureichender behördlicher Überwachung	24
3.4 Unzureichende Erfassung struktureller Verschlechterungen bei „Killer-Acquisitions“	24

3.5	Lange Verfahrensdauern, die zwischenzeitliche Beeinträchtigungen der Bestreitbarkeit der Märkte ermöglichen	25
4.	Stärkung der behördlichen Durchsetzung („Public Enforcement“).....	25
4.1	Formalisierte Zusammenarbeit mit nationalen Behörden.....	25
4.1.1	Formalisierte Zusammenarbeit nach aktuellem Entwurf.....	25
4.1.1.1	Informationspflichten bei Zusammenschlüssen der Gatekeeper	25
4.1.1.2	Unterstützung und Antragsbefugnis bei Marktuntersuchungen.....	25
4.1.1.3	Beratende Ausschüsse.....	26
4.1.2	Vorschläge zur Stärkung der behördlichen Durchsetzung.....	26
5.	Stärkung des Private Enforcement.....	27
5.1	Private Enforcement nach derzeitigen Entwurf des DMA.....	29
5.2	Private Enforcement des DMA-E durch nationales Recht am Beispiel Deutschlands	30
5.2.1	Privatrechtliche Durchsetzung anhand des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb	31
5.2.2	Keine privatrechtliche Durchsetzung anhand des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.....	32
5.2.3	Durchsetzung anhand des allgemeinen zivilrechtlichen Deliktsrechts.....	34
5.2.4	Zusammenfassung und Empfehlung.....	34
5.3	Abwägung der Vor- und Nachteile der privatrechtlichen Durchsetzung des DMA.....	35
5.3.1	Vorteile der privatrechtlichen Durchsetzung des DMA	35
5.3.1.1	Beseitigung von Informationsdefiziten.....	35
5.3.1.2	Ressourcenerweiterung durch privatrechtlicher Durchsetzung	36
5.3.1.3	Nicht-politische Motivation privatrechtlicher Durchsetzung	36
5.3.1.4	Überwachung der Einhaltung von Abhilfemaßnahmen.....	38
5.3.1.5	Effektive Durchsetzung des DMA durch Schadensersatzansprüche	38
5.3.1.6	Praktische Ausformung durch Entscheidungen der Zivilgerichte	39
5.3.2	Nachteile der privatrechtlichen Durchsetzung des DMA	39
5.3.2.1	Ross-und-Reiter-Problematik (Angst-Faktor).....	39
5.3.2.2	Lange Verfahrensdauern	40
5.3.2.3	Kostenfaktor.....	40
5.3.2.4	Informationsdefizit.....	40

5.3.2.5	Streuung gerichtlicher Entscheidungen	41
5.3.3	Zusammenfassung und Empfehlung	41
5.4	Vorschläge zur Optimierung der privatrechtlichen Durchsetzung des DMA	41
5.4.1	Formalisierte Einbindung (betroffener) Dritter in den behördlichen Prozess	42
5.4.2	Anfechtbarkeit unzureichender verhaltensbedingter Abhilfemaßnahmen durch betroffene Dritte	42
5.4.3	Rechtssicherheit hinsichtlich Klagebefugnis der Dritten	43
5.4.4	Vorgaben zur privatrechtlichen Rechtsdurchsetzung	43
6.	Stärkung materieller und prozessualer Normen	44
6.1	Effektive Kontrolle der „Killer-Acquisitions“	44
6.2	Stärkung einstweiliger Maßnahmen im behördlichen Prozess	46
6.3	Vermutung der Gatekeeper-Funktion bei Verweigerungshaltung	46

1. Ziele des DMA

Die europäische Kommission zielt mit dem Gesetz über digitale Märkte auf faire und bestreitbare Märkte im Digitalbereich ab und richtet sich an große Onlineplattformen, die aufgrund bestimmter Kriterien als sogenannte „Gatekeeper“ einzustufen sind. Diesen wird im Hinblick auf besonders relevante Kernplattformdienste, zu denen Online-Intermediäre, Suchmaschinen, soziale Netzwerke, Video-Sharing-Plattformen, bestimmte Kommunikationsdienste und Cloud-Dienste zählen, besondere Pflichten auferlegt. Der Vorschlag soll einen wirksamen und angemessenen Rahmen für die Lösung der Probleme in der digitalen Wirtschaft bilden, die derzeit nicht oder nicht wirksam angegangen werden können. 1

Die **Bestreitbarkeit der Märkte** bezieht sich auf die strukturelle Komponente der Offenhaltung der Märkte sowohl für andere Anbieter als den Gatekeeper als auch für Geschäftskunden oder Verbraucher. Bereits die Bezeichnung großer Digitalkonzerne als Gatekeeper belegt ihre Rolle. Sie sind nicht nur bloße Marktteilnehmer, sondern können Märkte teilweise auch steuern. Die Bestreitbarkeit des Marktes leidet daher insbesondere, wenn die Gatekeeper rechtliche oder tatsächliche Marktzutrittsschranken für andere Marktteilnehmer errichten oder erhöhen. Der Bestreitbarkeit von Märkten können daher insbesondere folgende Verhaltensweisen von Gatekeepern entgegenstehen:⁵ 2

- Verweigerung gegenüber Wettbewerbern zu einem diskriminierungsfreien Zugang zu den Plattformen, Daten und Diensten des Gatekeepers. 3
- Verhinderung der gleichzeitigen Nutzung konkurrierender Services (Multi-Homing) oder des Wechsels von Nutzern. 4
- Einschränkung der Nutzer in der Nutzung von Diensten, die nicht vom Gatekeeper kontrolliert werden. 5
- Hebelung der Machtposition der Gatekeeper auf noch nicht von ihnen dominierte Märkte. 6

Die **Fairness bei Erbringung der Plattformdienste** betrifft stärker das unmittelbare Verhalten der Gatekeeper als dessen Auswirkungen auf die Offenhaltung der Märkte. Wie auch die Richtlinie gegen unlautere Handelspraktiken⁶ zielt die Fairness auf die Ergebnisgerechtigkeit und -kontrolle in Geschäftsbeziehungen mit unausgewogenen Verhandlungspositionen. Im Zentrum steht daher, dass die Gatekeeper Anbietern oder Nutzern keine Verpflichtungen 7

⁵ Podszun/Bongartz/Langenstein, Proposals on how to improve the Digital Markets Act, S. 4; abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3788571

⁶ Richtlinie (EU) 2019/633 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über unlautere Handelspraktiken in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette, ABl. 2019 L 111/59.

aufzulegen, die ein erhebliches Ungleichgewicht von Rechten, Pflichten und Gewinnmöglichkeiten darstellen.⁷

Der Erfolg des DMA wird sich daher daran messen lassen müssen, ob er die Bestreitbarkeit und Fairness der betroffenen Märkte effizient sicherstellt. Da die Bestreitbarkeit der Märkte direkt mit den Strukturen des Marktes verbunden sind, muss der DMA insbesondere sicherstellen, dass er keine irreparablen strukturellen Schäden des Marktes durch das Verhalten der Gatekeeper zulässt, die ex-post auch nicht durch Geldbußen und Schadensersatz kompensiert werden können, anders als dies regelmäßig bei unfairen Verhaltensweisen der Fall sein wird. 8

2. Beispiele für Umgehungsstrategien großer Digitaler Konzerne außerhalb des DMA

Wichtige Anhaltspunkte für mögliche Vermeidungstaktiken großer Digitalkonzerne bietet das gegenwärtige Verhalten im Zusammenhang mit anderen regulatorischen Vorgaben, beispielsweise im Zusammenhang mit dem der P2B-Verordnung⁸, den (EU-)Wettbewerbsvorschriften oder nationalen Gesetzen wie dem NetzDG⁹. Folglich sind diese vergangenen Verhaltensmuster zu analysieren und auf die Gefahr der Übertragbarkeit auf den DMA zu überprüfen. 9

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die mutmaßlichen Gatekeeper neu erlassene Gesetze, Gesetzesänderung und Entscheidungen von Behörden regelmäßig auf eine Art und Weise interpretieren, die dem intendierten Sinn und Zweck des Gesetzes oder der behördlichen Entscheidung zuwiderläuft. Insoweit wird die Einhaltung der Gesetze und Entscheidungen von den Gatekeepern teilweise 10

- ohne weitere Erläuterung behauptet, 11
- trotz förmlicher Einhaltung der entsprechenden Vorgaben der jeweilige Gesetzeszweck konterkariert, 12
- oder ein offensichtlich fehlerhaftes Verständnis einer Entscheidung für die Zwecke der Verfahrensverzögerung genutzt. 13

Die Gatekeeper wehren sich regelmäßig mit sowohl rechtlichen als auch tatsächlichen Schutzbehauptungen, mit dem Ziel, trotz unzweifelhafter Rechtslage den gesetzlichen, behördlichen und gerichtlichen Anordnungen zu entgehen. Die Gatekeeper äußern insbesondere Sicherheits- und Datenschutzbedenken oder 14

⁷ Podszun/Bongartz/Langenstein, Proposals on how to improve the Digital Markets Act, S. 5; abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3788571

⁸ Verordnung (EU) 2019/1150 zur Förderung von Fairness und Transparenz vom 20. Juni 2019.

⁹ BGBl. I S. 3352.

hinterfragen die praktische Umsetzbarkeit, trotz entsprechender technologischer Möglichkeiten. Im Einzelnen:

2.1 (EU-)Wettbewerbsvorschriften

Bei den wettbewerbsrechtlichen Entscheidungen und Gesetzen sind insbesondere die Änderungen des südkoreanischen *Telecommunication Business Acts*¹⁰ aus dem Jahr 2021 und die Reaktionen von Apple und Google hierauf, die Entscheidung der niederländischen Wettbewerbsbehörde („ACM“) vom 24. August 2021 zur verpflichtenden Nutzung von ApplePay¹¹ als Zahlungsdienstleister im Rahmen des App-Stores von Apple sowie die Android-Entscheidung¹² der Europäischen Kommission vom 18. Juli 2018 auf Grundlage des Art. 102 AEUV zu untersuchen. 15

2.1.1 ACM zu ApplePay

Die Entscheidung des ACM betraf die Geschäftsbedingungen von Apples App Store. Hiernach mussten In-App-Zahlungen von Apps, die im App Store von Apple heruntergeladen werden, über Apple Pay abgewickelt werden. Hierbei fällt eine Gebühr von 15-30 % des Nennbetrags für die App-Entwickler an. Die ACM entschied, dass es sich bei der verpflichtenden Nutzung von ApplePay als Zahlungsdienstleister im Rahmen von In-App-Zahlungen um einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung von Apple handelt, da die Anbieter von Dating-Apps kaum eine andere Wahl haben, als die Bedingungen von Apple zu akzeptieren.¹³ Durch die AGB schränke Apple die Wahlfreiheit der Dating-App-Anbieter in Bezug auf die Abwicklung der Zahlungen für die von ihnen verkauften digitalen Inhalte und Dienstleistungen ein. Die Anbieter von Dating-Apps können die Zahlungen für ihre In-App-Dienste nicht über andere Zahlungssysteme abwickeln lassen und nicht auf Zahlungsmöglichkeiten außerhalb der App verweisen. Auch wird den App-Anbietern der direkte Kontakt mit den Nutzern ihrer Apps, z. B. für den Kundensupport, verwehrt. 16

Die ACM ist der Ansicht, dass Apples Motive für den Zwang zur Nutzung von Apple Pay, den App Store kommerziell zu nutzen und die Qualität, die Privatsphäre und die Sicherheit seiner mobilen Geräte und deren Nutzer zu schützen, die 17

¹⁰ Kwang Hyun Ryoo, Ji Yeon Park und Juho Yoon, Korean telecom law amended to regulate practices of “app market service providers” such as app stores, Aufsatz vom 30. August 2021, abrufbar unter <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=bbb8fb96-2bfa-466e-a1ca-ace016c1ff9e>.

¹¹ Entscheidung der Authority for Consumers & Markets vom 24. August 2021, abrufbar unter <https://www.acm.nl/en/publications/acm-obliges-apple-adjust-unreasonable-conditions-its-app-store>.

¹² Entscheidung der Europäischen Kommission vom 18. Juli 2018, Az. AT.40099 – *Google Android*.

¹³ Entscheidung der Authority for Consumers & Markets vom 24. August 2021, abrufbar unter <https://www.acm.nl/en/publications/acm-obliges-apple-adjust-unreasonable-conditions-its-app-store>.

Bedingungen nicht rechtfertigen, da diese Ziele auch mit gleich geeigneten, aber milderem Mitteln erreicht werden können. Apple wurde aufgegeben bis zum 15. Januar 2022 die entsprechenden Geschäftsbedingungen anzupassen, sodass Anbieter von Dating-Apps auch andere Zahlungsdienstleister außer ApplePay nutzen können. Sollte Apple die unangemessenen Bedingungen nicht innerhalb von zwei Monaten anpassen, sei ein Bußgeld von 5 Millionen Euro pro Woche bis zu einem Höchstbetrag von 50 Millionen Euro zu entrichten.

Gegen diese Entscheidung wehrte sich Apple im Eilrechtsschutz unter anderem mit der Behauptung, dass die Verfügung des ACM zu weitreichende Veränderungen des App Stores nötig mache. Das Landgericht Rotterdam wies dieses Vorbringen von Apple als Schutzbehauptung zurück.¹⁴ Die technischen Anpassungen, die dafür in einer App notwendig seien, werden vom App-Anbieter und nicht von Apple entworfen und Apple bloß zur Genehmigung vorgelegt. Apple müsse nur das Update überprüfen und genehmigen, sodass eben keine weitreichenden Änderungen seitens Apple erforderlich seien. 18

Am 14. Januar 2022 veröffentlichte Apple eine Pressemitteilung, wonach angeblich die entsprechenden Änderungen mit Wirkung zum 15. Januar 2022 umgesetzt worden seien.¹⁵ Das Unternehmen wies hierbei darauf hin, dass die Entwickler nicht verpflichtet seien, die nicht von Apple stammenden Zahlungsdienste zu verwenden, und warnte, dass Apple nicht in der Lage sei, bei der Sicherheit oder Rückerstattung von Zahlungen, die außerhalb seiner Systeme stattfinden, zu helfen, da Apple "keine unmittelbare Kenntnis von diesen habe". Darüber hinaus erklärte Apple, dass weiterhin eine Provision in Höhe von 27 % auf die nicht von Apple abgewickelten In-App-Zahlungen erhoben werden, was einer geringfügigen Reduktion der Provision um 3 % entspricht. 19

Bereits eine Woche später stellte die ACM fest, dass Apple entgegen der Beteuerungen vom 14. Januar 2022 die behördliche Verfügung nicht umgesetzt habe und verhängte das erste Bußgeld in Höhe von EUR 5 Millionen.¹⁶ Anbieter von Dating-Apps seien immer noch nicht in der Lage, andere Zahlungssysteme außer Apple Pay zu nutzen. Vielmehr können sie gegenüber Apple nur ihr „Interesse“ an der Nutzung von anderen Zahlungssystemen bekunden. Außerdem habe Apple den Dating-App-Anbietern mehrere neue Hürden für die Nutzung von Zahlungssystemen Dritter auferlegt. Auch dies stehe im Widerspruch zu der kartellbehördlichen Entscheidung. Apple zwingt die App-Anbieter offenbar dazu, sich zu entscheiden, ob auf ein Zahlungssysteme außerhalb der App oder auf ein gänzlich alternatives Zahlungssystem verwiesen wird. Diese erzwungene 20

¹⁴ Einstweilige Verfügung des Rechtbank Rotterdam vom 24. Dezember 2021, Az. ROT 21/4781 und ROT 21/4782, abrufbar in holländischer Sprache unter <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBROT:2021:12851&showbutton=true>.

¹⁵ Veröffentlichung von Apple vom 14. Januar 2022, Apple Developer Blog, abrufbar unter <https://developer.apple.com/support/storekit-external-entitlement>.

¹⁶ Entscheidung der ACM vom 24. Januar 2022, Pressemitteilung abrufbar unter <https://www.acm.nl/en/publications/apple-fails-satisfy-requirements-set-acm>.

Entscheidung der Dating-App-Anbieter widerspreche der Verfügung des ACM, da die Anbieter auch die Möglichkeit haben müssen, Ihren App-Nutzern beide Optionen anzubieten.

Apple nutzte also in diesem Verfahren eine Kombination der oben dargestellten Vermeidungstaktiken: 21

- Einerseits wurde mittels Schutzbehauptungen die behördliche Entscheidung angegriffen. 22
- Kurz vor Ablauf der Frist zur Umsetzung der Verfügung wurde die Einhaltung der behördlichen Verfügung öffentlich behauptet, obwohl dies nicht zutraf, da die Möglichkeit zur Bekundung eines Interesses an der Nutzung anderer Zahlungsdienste nicht der tatsächlichen Wahlmöglichkeit der Dating-App Anbieter entspricht und weiterhin eine erhebliche Provision in Höhe von 27 % anfällt, sodass für die Softwareentwickler nahezu keine finanziellen Anreize bestehen, einen anderen Zahlungsdienstleister zu nutzen, als Apple Pay. 23
- Schließlich führte Apple bei den Änderungen, die implementiert wurden, neue Hürden für die Dating-App-Anbieter ein, die dem Geist der behördlichen Entscheidung zuwiderliefen und ein gewolltes Fehlverständnis der Verfügung der ACM nahelegen. 24

2.1.2 Telecommunication Business Acts in Korea

Die oben beschriebene Gesetzesänderung des Telecommunication Business Acts in Südkorea trat im September 2021 in Kraft und betraf ebenfalls die Nutzung von Zahlungsdiensten im Rahmen von App Stores. Nach diesem weltweit einzigartigen Gesetz ist es App-Store Betreibern verboten, die Softwareentwickler dazu zu verpflichten, einen bestimmten Zahlungsdienst zu nutzen, wie es aktuell Google (Play Store) und Apple (App Store) international in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorschreiben. 25

Apple erklärte nach in Kraft treten des neuen Gesetzes gegenüber der koreanischen Regierung, dass die Geschäftsbedingungen des koreanischen App Stores bereits rechtskonform seien und somit keine Änderung nötig seien.¹⁷ Der koreanische Abgeordnete Jo Seoung-lae, auf dessen Initiative die entsprechende Gesetzesänderung zurückgeht, kommentierte dies mit den folgenden Worten: 26

"Ehrlich gesagt, sind wir nicht zufrieden... Apples Behauptung, dass das Unternehmen die Vorschriften bereits einhält, ist unsinnig" 27

Google erklärte dagegen, dass geplant sei, Zahlungssysteme von Drittanbietern in Südkorea zuzulassen. Die Servicegebühr für Entwickler sollen aber im Fall der 28

¹⁷ <https://www.reuters.com/technology/skorea-lawmaker-says-apple-google-not-doing-enough-comply-with-app-store-law-2021-11-16/>.

Nutzung eines alternativen Zahlungsdienstes durch die Endverbraucher nur um 4 Prozentpunkte gesenkt werden.

Die beiden Unternehmen nutzten also wieder die oben beschriebenen Vermeidungstaktiken: 29

- Wahrheitswidrige Behauptung, sich bereits rechtskonform zu verhalten, obwohl das neue Gesetz ausschließlich für eine Verhaltensänderung der zwei großen App Store Anbieter Apple und Google geschaffen wurde. 30
- Interpretation des Gesetzes entgegen dem Sinn und Zweck des Gesetzes durch die Erhebung einer Gebühr. Wettbewerb soll nach Ansicht der Gatekeeper innerhalb ihres eigenen Ökosystems stattfinden, nicht um die angebotenen Dienste selbst. 31

2.1.3 Google-Android-Entscheidung der EU-Kommission

Die Entscheidung der europäischen Kommission gegen Google aus dem Jahr 2018¹⁸ bezüglich des mobilen Android Betriebssystems betraf den Missbrauch von Marktmacht (Art. 102 AEUV) zur Stärkung der marktbeherrschenden Stellung der eigenen Google-Suchmaschine. 32

Dies wurde dadurch erreicht, die Such-App und Chrome-App (auf der die Google Suche als Standardsuchmaschine eingestellt ist) mit dem Play Store von Google gebündelt und vorinstalliert wurden. Hierbei stellte die Kommission fest, dass diese Bündelung einen wettbewerbswidrigen Vertriebsvorteil darstelle, über den andere allgemeine Suchmaschinenanbieter nicht verfügen. Wegen diesem und weiterer Verstöße wurde gegen Google und die Muttergesellschaft Alphabet ein Bußgeld in Höhe von EUR 4,34 Milliarden verhängt. 33

Google führte hierauf eine Choice Screen, auf der die Endverbraucher zwischen diversen Suchmaschinenanbieteroptionen wählen konnten, ein. Die konkurrierenden allgemeine Suchdienste mussten jedoch an einer Auktion teilnehmen, um auf den wenigen verfügbaren Plätzen dieses Choice Screens angezeigt zu werden. 34

Suchanbieter, die Googles eigene Suchergebnisse und Suchanzeigen anzeigen konnten an dieser Auktion ebenfalls teilnehmen. Diese konnten höhere Gebote abgeben als echte Wettbewerber, da Google Ihre Teilnahme mit Vorteilen aus ihren Umsatzbeteiligungsvereinbarungen quersubventionieren konnte.¹⁹ 35

¹⁸ Entscheidung der Europäischen Kommission vom 18. Juli 2018, Az. AT.40099 – *Google Android*.

¹⁹ *Höppner*, Antitrust remedies in digital markets: lessons for enforcement authorities from non-compliance with EU Google decisions, abrufbar unter <https://www.hausfeld.com/de-de/was-wir-denken/competition-bulletin/antitrust-remedies-in-digital-markets-lessons-for-enforcement-authorities-from-non-compliance-with-eu-google-decisions/>.

Gleichzeitig führte die Abhilfemaßnahme von Google dazu, dass die bisherigen Wettbewerber von Google Kunden von Google wurden, die in eine Auktionssituation und somit in eine finanzielle Konkurrenzsituation gezwungen wurden. Hinzu kam, dass auf der Choice Screen nur 12 Anbieter angezeigt wurden. Alle anderen Teilnehmer an der Auktion gingen ungewisse Vorabinvestitionen ein, die sich schlussendlich als versunkene Kosten darstellten. 36

Google nutzte wieder die oben beschriebenen Vermeidungstaktiken: 37

- Behauptung, sich bereits rechtskonform zu verhalten. 38
- Interpretation der behördlichen Anordnung entgegen dem Geist der Entscheidung durch Einführung eines wettbewerbsverzerrenden Auktionsmechanismus. 39

Da die vorgenommenen Änderungen den festgestellten Missbrauch nicht wirksam abgestellt hatten gestaltete Google zur Vermeidung eines weiteren Verfahrens der Kommission, am 8. Juni 2021, also knapp drei Jahre nach Erlass der Entscheidung der Kommission, den Zugang zur Choice Screen auf den europäischen Android Geräten, um.²⁰ 40

Insbesondere wurde der Auktionsmechanismus abgeschafft, sodass allgemeine Suchdienste einen kostenlosen Zugang zur Choice Screen anhand objektiver Kriterien gewährt bekommen. Außerdem verpflichtete sich Google dazu, keine Suchdaten über die Suchdienste Dritter zu sammeln sowie keine Suchmaschinen zur Choice Screen Zugang erhalten, die lediglich Suchergebnisse von Google abbilden. 41

2.2 P2B-Verordnung

Die Platform-to-Business Verordnung („**P2B-VO**“)²¹ wurde 2019 als europäischer Rechtsakt eingefügt, um für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten und Nutzer mit Unternehmenswebsite im Hinblick auf Suchmaschinen eine angemessene Transparenz, Fairness und wirksame Abhilfemöglichkeiten zu schaffen. Ausweislich Erwägungsgrund 7 P2B-VO besteht der Zweck der Verordnung in der Sicherstellung eines fairen, vorhersehbaren, tragfähigen und vertrauenswürdigen Online-Geschäftsumfelds im Binnenmarkt. 42

Nach Art. 4 Abs. 1 P2B-VO müssen Online-Vermittlungsdienste, wie z.B. Amazon als Anbieter des Amazon Marketplace, bei einer Sperrung oder Kündigung eines gewerblichen Nutzers, diese Entscheidung begründen. Die Gründe können hierbei 43

²⁰ Beitrag von Google auf dem Google Blog vom 8. Juni 2021, abrufbar unter: <https://blog.google/around-the-globe/google-europe/changes-android-choice-screen-europe/>, zuletzt abgerufen am 11. Februar 2021 um 09:15 Uhr.

²¹ Verordnung (EU) 2019/1150 zur Förderung von Fairness und Transparenz vom 20. Juni 2019.

vielfältig sein, wie z.B. der Kauf von Produktrezensionen oder der Verkauf gefälschter Ware durch die Händler.

Trotz des klaren Wortlauts der Vorschrift nutzt Amazon anscheinend, wie die vielfältigen Fälle aus der deutschen, gerichtlichen Entscheidungspraxis zeigen²², weiterhin regelmäßig allgemein gehaltene Textbausteine ohne einen konkreten Bezug zu den individuellen Fällen oder ohne Anführung von Beweisen für die allgemeinen Aussagen. Amazon sieht auch kein angemessenes Verfahren zur Anhörung von betroffenen Händlern vor.²³ Schließlich werden die in den Logistikzentren von Amazon eingelagerten Waren von gesperrten Händlern innerhalb von 30 Tagen entsorgt, sofern kein Remissionsauftrag gestellt wird. Ein derartiger Remissionsauftrag lässt sich jedoch nur über das Händlerkonto stellen, sodass bei einem gesperrten Konto der Händler nicht in der Lage ist, die Remission in Auftrag zu geben, sodass kurz nach Kontosperrung die Vernichtung der eigenen Waren droht.²⁴ 44

Gegen entsprechende Klagen und Anträge auf einstweilige Verfügungen auf Entsperrung der Händlerkonten wehrte sich Amazon mit vielfältigen Argumenten: 45

- Teilweise wird (mit Erfolg) bereits in Frage gestellt, ob die verklagte Amazon-Konzern-Gesellschaft überhaupt der richtige Klagegegner ist²⁵; 46
- Teilweise wird vorgetragen, dass luxemburgisches und nicht deutsches Recht anwendbar sei;²⁶ 47
- Teilweise wird vorgetragen, dass Amazon entgegen der gesetzlichen Vermutungsregel des § 18 Abs. 4 GWB, wonach eine marktbeherrschende Stellung ab einem Marktanteil von 40 % vermutet wird, über keine marktbeherrschende Stellung im Online-Handel, oder auf Markt für Online-Marktplätze in Deutschland verfügt;²⁷ 48
- Schließlich wird auch vorgetragen, dass die Offenlegung der entsprechenden Beweise zum verwerflichen Händlerverhalten nicht 49

²² LG Hannover, Beschluss vom 22. Juli 2021, Az. 25 O 221/21, GRUR-RS 2021, 24622; LG München I, Beschluss vom 14. Januar 2021, Az. 37 O 32/21, BeckRS 2021, 10613; LG Mühlhausen, Beschluss vom 29.06.2020, Az. HK O 26/20; LG Hildesheim, Beschluss vom 26. Juni 2019, Az. 3 O 179/19.

²³ LG München I, Beschluss vom 14. Januar 2021, Az. 37 O 32/21, BeckRS 2021, 10613.

²⁴ LG Hannover, Beschluss vom 22. Juli 2021, Az. 25 O 221/21, GRUR-RS 2021, 24622 Rn. 5, 6.

²⁵ LG München I, Urteil vom 07. Oktober 2020, Az. 31 O 17559/19.

²⁶ LG München I, Beschluss vom 14. Januar 2021, Az. 37 O 32/21, BeckRS 2021, 10613 Rn. 25

²⁷ Gemäß Marktuntersuchungen wie dem HDE Online-Monitor verfügte Amazon im Jahr 2020 einen Marktanteil von insgesamt 53 % am deutschen Online-Handel, wobei weiter über die Hälfte hiervon auf den Marketplace entfällt. Am gesamten Onlinehandel verfügen dahingegen andere Marktplätze nur einen Marktanteil von 10 % und der übrige Online-Handel (i.d.R. Direktverkauf der Hersteller und anderer mittelgroßer Händler) nur einen Anteil von 37 %.

zumutbar sei, da hierdurch den Händlern erleichtert werden würde, die Kontrollsysteme von Amazon zu umgehen.²⁸

Amazon nutzte also wieder die oben beschriebenen Vermeidungstaktiken: 50

- Behauptung, sich bereits rechtskonform zu verhalten, obwohl die 51
gesetzklare Anordnung, Sperrungen individuell und konkret zu begründen, nicht eingehalten wurden;
- Rechtliche Schutzbehauptungen, wie die Behauptung, dass Amazon kein 52
marktbeherrschendes Unternehmen sei, obwohl die Marktanteile von Amazon sich sowohl auf dem deutschen Markt für Onlinehandel, als auch auf dem deutschen Markt für Online-Marktplätze in einem Bereich von über 50 % bewegen, wo die Marktbeherrschung außer Frage steht (vgl. § 18 Abs. 4 GWB).

2.3 NetzDG

Das deutsche Netzwerkdurchsuchungsgesetz („**NetzDG**“) ist am 1. Oktober 2017 53
in Kraft getreten²⁹ und ist ein deutsches Gesetz, das bußgeldbewehrte Bestimmungen für Anbieter soziale Netzwerke bezüglich des Umgangs mit strafbaren Inhalten, die auf der Plattform gepostet werden, sowie zu Nutzermeldungen über Hasskriminalität und andere auf den sozialen Netzwerken begangene Straftaten enthält. Darüber hinaus wird nach § 2 NetzDG eine halbjährliche Berichtspflicht der Anbieter der sozialen Netzwerke über derartige Vorgänge angeordnet.

Insbesondere Facebook fiel in den letzten Jahren zunehmend mit Verstößen gegen 54
das NetzDG auf, wobei im Folgenden das Verhalten von Facebook sowie seines nach § 5 NetzDG zu bestellenden Zustellungsbevollmächtigten untersucht wird.

Nach § 5 Abs. 1 NetzDG müssen Anbieter sozialer Netzwerke einen 55
Zustellungsbevollmächtigten im (deutschen) Inland bestellen und auf ihrer Plattform in leicht erkennbarer und unmittelbar erreichbarer Weise auf ihn aufmerksam machen. An diesen Zustellungsbevollmächtigten können Zustellungen in Bußgeldverfahren und in aufsichtsrechtlichen Verfahren nach den §§ 4, 4a NetzDG oder in Gerichtsverfahren vor deutschen Gerichten wegen der Verbreitung oder wegen der unbegründeten Annahme der Verbreitung rechtswidriger Inhalte, bewirkt werden.

Ausweislich der bisherigen gerichtlichen Rechtsprechung zu diesem 56
Themenkomplex³⁰ verweigert Facebook bzw. die zur Zustellungsbevollmächtigten

²⁸ LG München I, Beschluss vom 14. Januar 2021, Az. 37 O 32/21, BeckRS 2021, 10613 Rn. 29.

²⁹ BGBl. I S. 3352.

³⁰ OLG München, Beschluss vom 14. Oktober 2019, Az. 14 W 1170/19; OLG Stuttgart, Beschluss vom 13. März 2018, Az. 4 W 17/18; LG Berlin, Beschluss vom 23. März 2018, Az.

bestellte Großkanzlei³¹ trotz Inkrafttreten des NetzDG weiterhin regelmäßig die Annahme von Schriftsätzen, gerichtlichen Verfügungen und Urteilen, u.a. mit der Begründung, dass das Unternehmen über keine Beschäftigte verfügt, die der deutschen Sprache hinreichend mächtig seien. Hierbei werden nicht nur Abmahnung für Sperrungen oder Löschungen wegen angeblicher Gesetzesverstöße unbearbeitet zurückgeschickt, sondern auch einstweilige Verfügungen von Gerichten, schlicht ignoriert.

In einem Verfahren vor dem LG Berlin aus dem Jahr 2018³² untersagte das Landgericht das Löschen eines Kommentares sowie die dreißigtägige Sperrung des Nutzers vom Facebook-Netzwerk. Facebook hob die Sperre jedoch nicht mit Zustellung der einstweiligen Verfügung auf, sondern erst nach Ablauf der selbst gesetzten Sperrfrist. 57

In einem anderen einstweiligen Verfügungsverfahren nahm der Antragsteller Facebook ebenfalls auf Unterlassung der Löschung eines Kommentars in Anspruch.³³ Das Gericht folgte dem Antrag des Antragstellers und stellte die Verfügung der Antragsgegnerin (Facebook Ireland Ltd.) ohne eine Übersetzung zu. Die Beklagte erklärt hierauf mit Schriftsatz vom 27. Juni 2019, dass sie die Annahme im Sinne des Art. 8 Abs. 1 EuZVO verweigere, weil sie der deutschen Sprache nicht mächtig sei. Nach Art. 8 EuZVO darf der Empfänger die Annahme der Zustellung verweigern, soweit das Schriftstück nicht in einer Sprache verfasst ist, die der Empfänger versteht (Art. 8 Abs. 1 lit. a EuZVO) oder nicht in der Amtssprache des Empfangsmitgliedstaats (vorliegend also Irland) abgefasst ist. 58

Das nächstinstanzlich zuständige Gericht stellte entgegen der Ausführungen von Facebook fest, dass die Zustellung wirksam erfolgt ist und von Facebook nicht mit Verweis auf Art. 8 EuZVO hätte abgelehnt werden dürfen. Maßgeblich seien nicht die Sprachkenntnisse der Organe der juristischen Person, sondern vielmehr die tatsächlich im Unternehmen vorhandenen und verfügbaren Fähigkeiten, auf die der Empfänger in zumutbarer Weise zugreifen kann. Im Fall von Facebook bestehe bereits eine tatsächliche Vermutung, dass Facebook der deutschen Sprache mächtig ist, da Facebook Geschäft in größerem Umfang betreibe, sodass davon ausgegangen werden könne, dass Facebook auch über Mitarbeiter verfügt, „*die sich um rechtliche Auseinandersetzungen mit den in diesem Staat ansässigen Kunden kümmern*“ werden und über ausreichende Kenntnisse der Sprache verfügen, in der die Geschäfte mit den betreffenden Kunden abgewickelt werden.³⁴ Für diese Annahme spreche auch, dass sich Facebook zu einer Vertragsabwicklung in deutscher Sprache verpflichtet habe und der Umstand, dass alle Vertragsunterlagen von Facebook in deutscher Sprache zur Verfügung gestellt werden. Das 59

³¹ O 21/18; LG Hamburg, Verfügung vom 7. März 2018, Az. 324 O 51/18; LG Stuttgart, Beschluss vom 6. Februar 2018, Az. 11 O 22/18.

³² Siehe Facebook AGB, abrufbar unter <https://www.facebook.com/legal/terms>, zuletzt abgerufen am 10. Februar 2022 um 20:10 Uhr.

³³ LG Berlin, Beschluss vom 23. März 2018.

³⁴ LG Kempten (Allgäu), Beschluss vom 26. April 2019, Az. 22 O 590/19.

³⁵ OLG München, Beschluss vom 14. Oktober 2019, Az. 14 W 1170/19

Verständnis, wonach es nur auf die Sprachkenntnisse der in Irland beschäftigten Mitarbeitern ankomme, sei verfehlt.

Das gleiche Vorgehen von Facebook wurde in einem anderen Verfahren vor dem OLG Düsseldorf³⁵ als „rechtsmissbräuchlich“ und als „bloße Schutzbehauptung“ eingeordnet (Hervorhebungen durch den Bearbeiter):

*„Verfügt ein Internetportal mit Sitz in einem Mitgliedsstaat (hier: Facebook Ireland Ltd.) über **zahlreiche Nutzer in Deutschland** und wird den Nutzern die Plattform, aber auch die zwischen den Parteien verwendeten **Dokumente (AGB, Nutzungsbedingungen, sog. Gemeinschaftsstandards)** vollständig in deutscher Sprache und auch ausgerichtet auf deutsches Recht zur Verfügung gestellt, spricht dies für ausreichende Kenntnisse der deutschen Sprache im Sinne von § 8 Abs. 1 EuZVO, kann sich gegenteiliger Vortrag als **bloße Schutzbehauptung** darstellen und die Verweigerung der Annahme eines nicht übersetzten Schriftstücks (hier: Beschlussverfügung in deutscher Sprache) bei einer Zustellung im Wege der Rechtshilfe als nicht zulässig und im Ergebnis als **rechtsmissbräuchlich** erweisen (vgl. dazu auch: OLG Köln, Beschluss vom 09.05.2019 – 15 W 70/18; OLG München, Beschluss vom 09.04.2019 – 18 W 523/19; OLG Dresden, Beschluss vom 05.04.2019 – 3 W 286/19; LG Stuttgart, Urteil vom 29.08.2019 – 11 O 292/18; LG Offenburg, Urteil vom 26.09.2018 - 2 O 310/18; LG Schwerin, Beschluss vom 05.03.2019 – 3 O 162/18).“*

Facebook nutzte also wieder die oben beschriebenen Vermeidungstaktiken:

- Aufstellen von tatsächlichen Schutzbehauptungen dergestalt, dass das Unternehmen nicht in der Lage sei, die deutsche Sprache zu verstehen, obwohl Facebook über 31 Millionen Kunden in Deutschland verfügt; 63
- Aufstellen von rechtlichen Schutzbehauptungen, die eine rein formalistische Betrachtungsweise zugrunde legen; 64
- Verhindern von Zustellungen bzw. schlichte Nichtbeachtung einstweiliger Verfügungen trotz klarer Anordnungen durch die Gerichte. 65

3. Potentielle Defizite der Zielerreichung des DMA nach aktuellem Sachstand

Die Zweckmäßigkeit der privatrechtlichen Durchsetzung des DMA ergibt sich insbesondere aus den potentiellen Defiziten der behördlichen Durchsetzung. Diese können insbesondere folgende Aspekte umfassen: 66

³⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.12.2019, Az. I-7 W 66/19.

3.1 Defizite der behördlichen Durchsetzung wegen beschränkter Kapazitäten der EU-Kommission

In einem Interview hat der frühere Chefökonom der EU-Kommission dargelegt, wie verhältnismäßig gering die der EU-Kommission zur Verfügung stehenden Kapazitäten sind, verglichen mit den Kapazitäten der großen Digitalkonzernen, aber auch im Verhältnis zu nationalen Wettbewerbsbehörden.³⁶ 67

Solche Kapazitätsbeschränkungen können dazu führen, dass Fälle nicht aufgegriffen werden und durch politische Konzessionsentscheidungen beendet werden, ohne dass die volle Wirksamkeit des Schutzes der Bestreitbarkeit der betroffenen Märkte oder der Fairness auf den Plattformen erreicht wird. 68

3.2 Vermeidung effizienter Durchsetzung durch Kompromissfindung mit Durchsetzungsbehörde

Die Entscheidungspraxis der EU-Kommission in Zusammenschlussverfahren ist geprägt von politischen Kompromissentscheidungen, die insbesondere auf der Furcht vor einer gerichtlichen Niederlage vor dem EuGH beruht.³⁷ 69

Dabei wirkt diese Furcht einseitig zugunsten der zu kontrollierenden Unternehmen, die Adressaten der Kommissionsentscheidung sind. Denn nur diese sind nach der Rechtsprechung der EU-Gerichte ohne Weiteres befugt, Entscheidungen der EU-Kommission mit der Nichtigkeitsklage anzugreifen. 70

Dritte wie etwa Wettbewerber, Geschäftskunden oder Verbraucher müssen die Hürde der individuellen Betroffenheit der Nichtigkeitsklage nach Art. 263 Abs. 4 AEUV nehmen. Da die individuelle Betroffenheit sehr eng ausgelegt wird, scheitern entsprechende Klagen bereits an prozessualen Vorfragen. Darüber hinaus verhindert das Risiko, Prozesskosten tragen zu müssen, einige Klagen von Dritten bereits im Vorfeld. 71

Sofern die EU-Kommission daher einen Kompromiss mit den Adressaten ihrer Entscheidung findet, hat sie kaum zu befürchten, dass irgendjemand diesen Kompromiss juristisch angreift. Dies führt zu einer einseitigen Bevorzugung der Interessen der Adressaten der Entscheidung im Rahmen einer Prozessfindung. Dieses Ungleichgewicht sollte und kann durch entsprechende Beteiligungs- und Anfechtungsrechte sonstiger Dritter ausbalanciert werden. 72

³⁶ Tomasso Valetti, Interview vom 20. April, 2021, erschienen in “The Counterbalance”; abrufbar unter: [The European System of Monopoly - The Counterbalance \(substack.com\)](https://www.substack.com/p/the-european-system-of-monopoly).

³⁷ Tomasso Valetti, Interview vom 20. April, 2021, erschienen in “The Counterbalance”; abrufbar unter: [The European System of Monopoly - The Counterbalance \(substack.com\)](https://www.substack.com/p/the-european-system-of-monopoly).

3.3 Abweichende Umsetzung behördlicher Entscheidungen bei unzureichender behördlicher Überwachung

Auch wenn die EU-Kommission klare Entscheidungen im Sinne des DMA trifft, ist dies nicht gleichbedeutend mit der effektiven Sicherstellung von Bestreitbarkeit und Fairness auf den betroffenen Märkten. Die unter 2. dargestellten Beispiele aus der Praxis belegen, dass sich Digitalkonzerne nicht immer an Entscheidungen und Auflagen halten oder diese zu umgehen versuchen. 73

Zur effizienten Durchsetzung und Überwachung ihrer Entscheidungen sollte die EU-Kommission gegenüber der bisherigen Fassung des DMA daher stärker auf die Kooperation mit nationalen Wettbewerbsbehörden und betroffenen Dritten setzen. 74

3.4 Unzureichende Erfassung struktureller Verschlechterungen bei „Killer-Acquisitions“

Die derzeitige Fassung des DMA ermöglicht keine effiziente Kontrolle der strukturellen Verschlechterung bei Zusammenschlüssen unter Beteiligung der Gatekeeper. Damit scheidet auch ein effizienter Schutz der Bestreitbarkeit oder Fairness der betroffenen Märkte aus. Die Erfahrung zeigt, dass ein einmal strukturell geschädigter Markt nicht wieder mit bloßen Verhaltensmaßnahmen bestreitbar gemacht werden kann. 75

Wie unzureichend die derzeitige Möglichkeit der Kontrolle von Zusammenschlüssen unter Beteiligung von Gatekeepern ist, belegt eine aktuelle Pressemitteilung des Bundeskartellamtes, in welcher sich der Präsident der Behörde wie folgt über die Freigabe der Übernahme von Kustomer durch Facebook äußert: *„Im Rahmen unserer Prüfung haben wir uns auf die Bedeutung der Übernahme für die Gesamtstrategie von Meta konzentriert. Kustomer kann hier künftig ein relevanter Baustein werden. Dennoch mussten wir unter dem Strich mit gewissen Bauchschmerzen anerkennen, dass die Auswirkungen der Übernahme eine Untersagung nach dem geltenden Kartellrecht nicht gerechtfertigt hätten.“*³⁸. 76

Auch im deutschen Bundestag wird aktuell einer strengere Kontrolle der „Killer-Akquisitionen“ durch die Gatekeeper im Rahmen des DMA gefordert: *„Der Deutsche Bundestag fordert die Bundesregierung auf, bei den Trilogverhandlungen zum Digital Markets Act darauf hinzuwirken, dass [...] Möglichkeiten geschaffen werden, Gatekeepern den Aufkauf von (potentiellen) Wettbewerbern („Killer-Aquisition“) zu verbieten, beispielsweise als feste Rechtsfolge bei Verstößen von Gatekeepern gegen den DMA.“*³⁹. 77

³⁸ BKartA, Pressemitteilung vom 11. Februar 2022; abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Pressemitteilungen/2022/11_02_2022_Meta_Kustomer.pdf?__blob=publicationFile&v=2

³⁹ BT-Drs. 20/686 vom 15. Februar 2022,

3.5 Lange Verfahrensdauern, die zwischenzeitliche Beeinträchtigungen der Bestreitbarkeit der Märkte ermöglichen

Insbesondere die Verfahren der EU-Kommission gegen die digitalen Konzerne basierend auf dem Missbrauch von Marktmacht nach Art. 102 AEUV belegen, dass Verfahren häufig zu lange dauern, um die Bestreitbarkeit und Fairness auf den betroffenen Märkten zu erhalten oder zu verbessern. 78

4. Stärkung der behördlichen Durchsetzung („Public Enforcement“)

Viele der unter 3. genannten Defizite können durch eine Stärkung der behördlichen Durchsetzung beseitigt werden. Dies gilt insbesondere für eine formalisierte Zusammenarbeit mit nationalen Wettbewerbsbehörden (hierzu 4.1) aber auch für die Beteiligung privater Dritter (hierzu 4.1.2). 79

4.1 Formalisierte Zusammenarbeit mit nationalen Behörden

Bislang sieht der Entwurf des DMA nur wenige Regelungen zur formalisierten Zusammenarbeit der EU-Kommission mit den nationalen Wettbewerbsbehörden vor (hierzu 4.1.1). Diese können die unter 3. genannten Defizite nicht kompensieren. Daher schlagen wir weitergehende Vorschriften zur formalisierten Zusammenarbeit vor (hierzu 4.1.2). 80

4.1.1 Formalisierte Zusammenarbeit nach aktuellem Entwurf

Derzeit sieht der Entwurf des DMA nur wenige Regelungen zur formalisierten Zusammenarbeit mit den nationalen Behörden vor: 81

4.1.1.1 Informationspflichten bei Zusammenschlüssen der Gatekeeper

Nach Erwägungsgrund 31 und Art. 12 DMA-E müssen die Gatekeeper auch die nationalen Wettbewerbsbehörden über **Zusammenschlüsse** informieren. 82

4.1.1.2 Unterstützung und Antragsbefugnis bei Marktuntersuchungen

Nach Art. 14 Abs. 3a DMA-E hat die EU-Kommission die Möglichkeit, nationale Wettbewerbsbehörden bei **Marktuntersuchungen** um Unterstützung zu bitten. Insoweit besteht aber keine Pflicht, weder auf Seiten der Kommission noch auf Seiten der nationalen Behörden. 83

Nach Art. 33 DMA-E können drei oder mehr Mitgliedstaaten die EU-Kommission um eine **Marktuntersuchung** nach Art. 15 DMA-E ersuchen. Die Kommission hat eine Prüfpflicht und muss innerhalb von 4 Monaten entscheiden. 84

4.1.1.3 Beratende Ausschüsse

Nach Art. 31a DMA-E soll eine **European High-Level Group of Digital Regulators** geschaffen werden. Er soll die Kommission bei Entscheidungen nach dem DMA-E beraten und alle zwei Jahre Bericht an das Parlament erstatten. 85

Der **beratende Ausschuss für digitale Märkte** soll nach Art. 32 Abs. 1a DMA-E aus Vertretern der nationalen Wettbewerbsbehörden bestehen. 86

4.1.2 Vorschläge zur Stärkung der behördlichen Durchsetzung

Jede Nationale Wettbewerbsbehörde sollte Antragsrechte gegenüber der EU-Kommission zur Einleitung von Verfahren nach dem DMA erhalten. 87

Hinsichtlich des Antrags auf **Einleitung einer Marktuntersuchungen** nach Art. 15 DMA-E sollte eine Pflicht zur Prüfung nach Art. 14 DMA-E bereits dann ausgelöst werden, wenn mindestens eine nationale Wettbewerbsbehörde einen entsprechenden Antrag stellt. Gerade vor dem Hintergrund der politischen Unabhängigkeit der Wettbewerbsbehörden nach Art. 4 ECN+-Richtlinie⁴⁰ scheinen diese vor politischer Einflussnahme besser geschützt zu sein, als die Regierungen der jeweiligen Mitgliedstaaten. 88

Article 33 Paragraph 1 new: *When ~~three or more Member States~~ one or more competent national authority request the Commission to open an investigation pursuant to Article 15 because they consider that there are reasonable grounds to suspect that a provider of core platform services should be designated as a gatekeeper, the Commission shall within four months examine whether there are reasonable grounds to open such an investigation.* 89

Leitet die EU-Kommission eine Marktuntersuchung aufgrund des Antrags mindestens einer nationalen Wettbewerbsbehörde ein, sollte die EU-Kommission verpflichtet sein, jedenfalls alle antragstellenden Wettbewerbsbehörden an der Marktuntersuchung zu beteiligen. 90

Article 33 Paragraph 3a new: *The Commission may also ask one or more competent national authority to support its market investigation. When the Commission opens a market investigation based on the request of at least one competent national authority, at least all authorities that have made such a request shall participate in the investigation.* 91

Auch im Übrigen sollte den nationalen Wettbewerbsbehörden das Antragsrecht zur formellen Beteiligung an Verfahren der EU-Kommission zustehen, zumindest wenn der entsprechende Mitgliedstaat von dem Verfahren betroffen ist. 92

⁴⁰ Richtlinie (EU) 2019/1 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts, ABl. 2019 L 11/3.

<i>Article 30a new: In addition to the gatekeeper concerned, parties to the proceedings of the EU Commission under this Regulation shall include, upon request:</i>	93
<i>(a) National competition authorities from Member States sufficiently concerned by the proceedings.</i>	94
<i>(b) Third parties who have applied for the proceedings to be initiated.</i>	95
<i>(c) Persons and associations of persons whose interests will be substantially affected by the decision and who, upon their application, have been admitted to the proceedings by EU-Commission; the interests of consumer associations substantially affected also in cases in which the decision affects a large number of consumers and in which therefore the interests of consumers in general are substantially affected.</i>	96
<i>The Commission shall take a formal decision on requests of participation within no more than seven days.</i>	97

5. Stärkung des Private Enforcement

Die Erfahrungen bei der Anwendung und Durchsetzung nationaler und EU-Vorschriften bezogen auf unterschiedliche Aspekte digitaler Plattformen belegen, dass eine effiziente Durchsetzung des Digital Markets Act⁴¹ („DMA“) nur auf Grundlage einer ausgewogenen behördlichen und privatrechtlichen Rechtsdurchsetzung erfolgen kann. 98

Die privatrechtliche Durchsetzung des EU-Rechts ist wesentliche Säule des Selbstverständnisses der Europäischen Union. In einer Mitteilung zur Durchsetzung des EU-Rechts formuliert die EU-Kommission: „Der Grundsatz „in großen Fragen Größe und Ehrgeiz zeigen und in kleinen Fragen Zurückhaltung und Bescheidenheit üben“ sollte in einem strategischeren und effizienteren Ansatz für die Rechtsdurchsetzung im Falle von Verstößen münden. Bei der Umsetzung dieses Ansatzes misst die Kommission weiterhin individuellen Beschwerden große Bedeutung für die Feststellung weiter reichender Probleme bei der Durchsetzung des EU-Rechts zu, die die Interessen der Bürger und Unternehmen beeinträchtigen können.“. Auch der EuGH lässt in seiner ständigen Rechtsprechung zur Durchsetzung von EU-Verordnungen (wie dem DMA) daran keinen Zweifel: „Nach [Art. 288 AEUV] hat die Verordnung allgemeine Geltung und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat. Schon nach ihrer Rechtsnatur und ihrer Funktion im Rechtsquellensystem des Gemeinschaftsrechts kann sie also Rechte der Einzelnen begründen, die die nationalen Gerichte schützen müssen.“⁴² 99

⁴¹ EU-Kommission, Mitteilung vom 19. Januar 2017, EU-Recht: Bessere Ergebnisse durch bessere Anwendung, ABl. 2017 C 18/14.

⁴² EuGH, Urteil vom 17. September 2002, C-253/00, Rn. 27 – Muñoz/Frumar.

Es sind keine durchgreifenden Gründe ersichtlich, warum dies ausgerechnet im Falle des DMA anders sein soll. Im Gegenteil sprechen insbesondere die folgenden Aspekte für eine flankierende privatrechtliche Durchsetzung des DMA: 100

- **Beschränkte Verfügbarkeit der Ressourcen** der EU-Kommission angesichts der zu erwartenden Vielzahl an Beschwerden auf Grundlage des DMA, der **rechtlichen und tatsächlichen Komplexität der Fälle** und den **überwiegenden Ressourcen, der vom DMA erfassten Digitalkonzerne**. Hierbei handelt es sich um Aspekte, die bereits aus EU-Fusionskontrollfällen und Wettbewerbsfällen basierend auf dem Verbot des Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung bekannt sind und auch von ehemaligen Mitarbeitern der EU-Kommission bestätigt werden. 101
- **Beschränkte Rechtsschutz- und Beteiligungsmöglichkeiten betroffener Dritter** an behördlichen Verfahren der EU-Kommission. Die EU-Kommission kann insoweit die Beteiligungsmöglichkeiten der unmittelbar vom Verhalten der vom DMA erfassten Digitalkonzerne nach eigenem Ermessen steuern. Die Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Entscheidungen der EU-Kommission auf Basis der Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV sind aufgrund des sehr engen Verständnisses der Kommission und des EuGH hinsichtlich der Voraussetzungen der „individuellen Betroffenheit“ nach Art. 263 Abs. 4 AEUV erheblich eingeschränkt und verhindern aufgrund dieser Rechtssicherheit bereits im Vorfeld eine Vielzahl potentieller Beschwerden gegen Entscheidungen der Kommission, die von betroffenen Wettbewerbern, Kunden aber auch Verbrauchern als unzureichend empfunden werden. 102
- **Gefahr behördenpolitischer Kompromiss-Entscheidungen** zur Signalisierung pro-aktiven Vorgehens gegen vom DMA erfasste Digitalkonzerne ohne tatsächliche Beseitigung der negativen Auswirkungen des Fehlverhaltens. 103
- Fehlender Überblick und abweichende Ressourcenallokation hinsichtlich der **Überwachung einer effizienten Umsetzung** möglicher Auflagen und Entscheidungen der EU-Kommission gegenüber den vom DMA erfassten Digitalkonzernen. 104

Gerade im Bereich der Durchsetzung der dem DMA artverwandten Wettbewerbsvorschriften nach Art. 101, 102 AEUV hat die EU zunehmend die Bedeutung der flankierenden privatrechtlichen Durchsetzung erkannt und schließlich sogar die mitgliedstaatlichen Kartellzivilprozesse über eine Richtlinie teilharmonisiert, obwohl anerkannt ist, dass sich Kartellschadensersatzklagen nachteilig auf die Bereitschaft der Kartellteilnehmer auswirken können, Verstöße im Wege des Bonusantrages selbst anzuzeigen und obgleich die Bonusanträge die wichtigste Erkenntnisquelle für die behördliche Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sind. Solch negative Auswirkungen auf die behördliche Durchsetzung sind bei der privatrechtlichen Durchsetzung des DMA nicht zu 105

erwarten, da dort gerade Beschwerden Dritter gegen das Verhalten der Gatekeeper wichtigste Erkenntnisquelle der behördlichen Verfolgung sein werden.

5.1 Private Enforcement nach derzeitigen Entwurf des DMA

Der ursprüngliche Entwurf des DMA enthielt keine ausdrücklichen Regelungen zu dessen privatrechtlicher Durchsetzung. Stellungnahmen der Mitgliedstaaten verdeutlichen den Mehrwert, den ein klares Bekenntnis zur privatrechtlichen Durchsetzung des DMA bieten kann.⁴³ 106

Die Beteiligung Dritter im Rahmen der behördlichen Verfahren wird in Art. 19, 20 und 30 DMA-E geregelt. Art. 19 DMA-E enthält Befugnisse zur Einholung von Auskünften gegenüber Unternehmen und Unternehmensvereinigungen. Art. 20 DMA-E regelt die Befugnis zur Befragung und Aufnahme von Aussagen natürlicher und juristischer Personen. Hierbei handelt es sich ausschließlich um Befugnisnormen der EU-Kommission. Art. 30 DMA-E regelt dagegen den Anspruch auf rechtliches Gehör sowie auf Akteneinsicht sowohl der Gatekeeper als auch anderer, von Beschlüssen der Kommission (z.B. Auskunftersuchen) betroffener Unternehmen. Theoretisch bietet dies Raum für eine genügende Einbindung Dritter durch die EU-Kommission. Dies hängt jedoch weiterhin vom Ermessen der Behörde ab und kann von dieser aus unterschiedlichsten Erwägungen unterlaufen werden. Eine institutionalisierte Beteiligung (betroffener) Dritter liegt damit nicht vor. Dies wird insbesondere auch dazu führen, dass zivilgesellschaftliche Vertreter nicht gehört werden (müssen). 107

Die Berücksichtigung zumindest der „grundlegenden Rechte“ Dritter wird im Erwägungsgrund 29 erwähnt, ist aber aufgrund der Bindung der EU-Kommission an Grundrechte eine Selbstverständlichkeit. Der Begriff der „grundlegenden Rechte“ bleibt unscharf. Konkrete Verfahrens- und Beteiligungsrechte der Dritten können hieraus nicht abgeleitet werden. 108

Des Weiteren sind im Rahmen der Prüfung der möglichen Aussetzung einer Verpflichtung (Art. 8 DMA-E), welche die EU-Kommission gegenüber einem Gatekeeper ausgesprochen hat, die Auswirkungen der Erfüllung der auszusetzenden Verpflichtung auf die Rentabilität der Geschäftstätigkeit auch der Dritten zu berücksichtigen. Bei einer Befreiung aus zwingenden Gründen des öffentlichen Interesses (Art. 9 DMA-E) sind auch die Auswirkungen auf diese sowie auf den Gatekeeper und Dritte zu berücksichtigen. Aus diesen Berücksichtigungspflichten folgen jedoch ebenfalls keine besonderen Durchsetzungs- oder Beteiligungsrechte der Dritten. Die Vorschrift verdeutlicht aber die Bedeutung des DMA für Drittunternehmen und unterstreicht, dass diese in 109

⁴³ Gemeinsame Erklärung der Wirtschaftsministerien Frankreichs, Deutschlands und der Niederlande, Strengthening the Digital Markets Act and Its Enforcement, S. 2: „Private enforcement would further increase the effectiveness of the DMA. Therefore, it must be clarified that private enforcement of the gatekeeper obligations is legally possible.“

geeigneten Fällen auch die Möglichkeit haben sollten, diese Interessen privatrechtlich durchzusetzen.

Nach den vom Parlament angenommenen Änderungen („DMA-E“)⁴⁴ wird zudem die Rolle der nationalen Gerichte bei der Durchsetzung des DMA betont. Art. 77a DMA-E sieht Beteiligungsrechte der EU-Kommission als *amicus curiae* vor nationalen Gerichten vor. Die Gerichte sollen zudem um Informationen bitten können. 110

5.2 Private Enforcement des DMA-E durch nationales Recht am Beispiel Deutschlands

Auch wenn eine EU-Verordnung selbst keine Vorschriften zur privatrechtlichen Durchsetzung vorsieht, bleiben die mitgliedstaatlichen Privatrechtsordnungen anwendbar. Liegen die Voraussetzungen dafür vor, sind die Mitgliedstaaten im Rahmen der Grundsätze der Effektivität und der Äquivalenz grundsätzlich verpflichtet, einschlägige zivilrechtliche Ansprüche gerade in Bezug auf EU-Verordnungen durchzusetzen. Beispielsweise beruhen Kartellschadensersatzansprüche aufgrund von Verstößen gegen das EU-Kartellverbot (heute Art. 101 Abs. 1 AEUV) vor Juli 2005 nach deutschem Recht auf dem allgemeinen deliktischen Anspruch wegen Verstoßes gegen ein drittschützendes Gesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. 111

Aus dem aktuellen DMA-E kommen insbesondere die Verbotstatbestände in Art. 5, 6 DMA-E für eine direkte Durchsetzung mittels nationalem Prozessrecht in Betracht, wobei fraglich ist, ob zuvor die EU-Kommission die Stellung eines Digitalkonzerns als Gatekeeper im Sinne des Art. 3 DMA-E positiv festgestellt haben muss.⁴⁵ 112

Die privatrechtliche Durchsetzung des aktuellen DMA-E nach deutschem Recht kommt insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb (hierzu 5.2.1), des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (hierzu 5.2.2) und des allgemeine zivilrechtlichen Deliktsrecht (hierzu 5.2.3) in Betracht. 113

⁴⁴ Beruhend auf dem Vorschlag der EU-Kommission für eine Verordnung über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor vom 15. Dezember 2020 zuzüglich der Änderungen des Europäischen Parlaments gemäß P9_TA(2021)0499: Amendments adopted by the European Parliament on 15 December 2021 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act); COM(2020)0842 – C9- 0419/2020 – 2020/0374(COD).

⁴⁵ *Komninos*, The Digital Markets Act and Private Enforcement: Proposals for an Optimal System of Enforcement (August 31, 2021). Eleanor M. Fox Liber Amicorum, Antitrust Ambassador to the World (Concurrences, 2021), S. 1; abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=3914932>; *Louven*, Vorschlag für einen Digital Markets Act – Private Enforcement; abrufbar unter: <https://www.cr-online.de/blog/2021/09/17/vorschlag-fuer-einen-digital-markets-act-private-enforcement/>.

5.2.1 Privatrechtliche Durchsetzung anhand des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb

Das deutsche Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb („UWG“)⁴⁶ enthält eine Generalklausel, die es Wettbewerbern und qualifizierten Verbänden erlaubt, Verstöße gegen Marktverhaltensregeln mittels Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen abzustellen (§ 8 Abs. 1 S. 1 UWG iVm §§ 3, 3a UWG). Trotz der Einräumung reiner Untersuchungskompetenz im Bereich des Verbraucher- und Lauterkeitsrechts gegenüber dem Bundeskartellamt, beruht die Durchsetzung des Verbraucher- und Lauterkeitsrechts in Deutschland auf den Aktivitäten von Marktteilnehmern und institutionalisierten Verbraucher-⁴⁷ und Wettbewerbsverbänden.⁴⁸ 114

Die Durchsetzung insbesondere der Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche nach dem UWG erfolgt regelmäßig im Wege einstweiliger Maßnahmen. Insbesondere im Vergleich zu den langjährigen behördlichen Kartellverfahren nicht zuletzt gegen große Digitalkonzerne, in deren Rahmen die Behörden bislang nur sehr zurückhaltend Gebrauch von ihren rechtlichen Möglichkeiten für einstweilige Anordnungen machen, können betroffene Unternehmen und Wettbewerber sehr kurzfristig potentiell schädliche Verhaltensweisen einstweilen abstellen lassen. 115

Gleichwohl zeigen entsprechende Verfahren gegen große Digitalkonzerne und Plattformen in Deutschland – beispielsweise bei unrechtmäßigen Sperrungen aufgrund Verstößen gegen die P2B-Verordnung⁴⁹ –, dass zwischen einem erfolgreichen Antrag auf einstweilige Maßnahmen vor Gericht und deren faktischer Durchsetzung gegen im Ausland angesiedelte Unternehmen unterschieden werden muss. Die privatrechtliche Verfolgung ist daher keine Garantie für eine effiziente 116

⁴⁶ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. März 2010 (BGBl. I S. 254), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 10. August 2021 (BGBl. I S. 3504) geändert worden ist. Das Gesetz dient auch der Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl. L 149 vom 11.6.2005, S. 22; berichtet im ABl. L 253 vom 25.9.2009, S. 18) sowie der Richtlinie 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über irreführende und vergleichende Werbung (kodifizierte Fassung) (ABl. L 376 vom 27.12.2006, S. 21). Es dient ferner der Umsetzung von Artikel 13 der Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (ABl. L 201 vom 31.7.2002, S. 37), der zuletzt durch Artikel 2 Nummer 7 der Richtlinie 2009/136/EG (ABl. L 337 vom 18.12.2009, S. 11) geändert worden ist.

⁴⁷ Siehe https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/Recht-durchsetzen-Verbraucher-staerken-Broschuere_vzbv.pdf

⁴⁸ Siehe beispielsweise die Aktivitäten der Wettbewerbszentrale: <https://www.wettbewerbszentrale.de/de/home/>

⁴⁹ Verordnung (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten, ABl. 2019 L 186/57.

Durchsetzung der gesetzlichen Vorgaben großer Digitalkonzerne. Sektorspezifische Vorgaben und Erleichterungen, wie z.B. zu Fragen der Zustellung im NetzDG⁵⁰, über den Bestand allgemeiner Regelung des UWG hinaus, können daher zu einer effizienten privatrechtlichen Durchsetzung beitragen.

Zentral für die Anwendung der Ansprüche betroffener Wettbewerber gegen Digitalkonzerne nach § 8 Abs. 1 S. 1 UWG iVm §§ 3, 3a UWG wegen Verstoßes gegen den DMA-E ist die Einstufung der Verbotstatbestände des DMA als Marktverhaltensregeln im Sinne des UWG. Es sprechen gute Gründe für die Annahme, dass dies der Fall ist. Gleichwohl zeigen die immer wiederkehrenden Diskussionen auch im Rahmen der Verbotstatbestände DSGVO als Marktverhaltensregeln, dass dieses Tatbestandsmerkmal zu Rechtsunsicherheit führen kann. 117

Des Weiteren stehen die Ansprüche nur bestimmten Verbänden oder Mitbewerbern des Gatekeepers im Sinne des § 8 Abs. 3 UWG zu, nicht aber etwa Verbrauchern, die ebenfalls ein Interesse an der Abstellung bestimmter Verhaltensweisen der erfassten Digitalkonzerne haben können. 118

Zusammenfassung: Die Verbotstatbestände des DMA können jedenfalls von betroffenen Mitbewerbern der Gatekeeper grundsätzlich über die lauterkeitsrechtlichen Ansprüche aus § 8 Abs. 1 S. 1 UWG iVm §§ 3, 3a UWG geltend gemacht werden. Rechtsunsicherheiten verbleiben hinsichtlich der Qualifikation der Verbotstatbestände als „Marktverhaltensregeln“. Zudem sind andere Dritte als Mitbewerber von den Ansprüchen ausgeschlossen. 119

5.2.2 Keine privatrechtliche Durchsetzung anhand des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

§§ 33, 33a GWB sehen ebenfalls Beseitigungs-, Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche vor, die jedoch ausdrückliche an Verstöße gegen genuin kartellrechtliche Vorschriften anknüpfen. Die Anspruchsnormen beziehen sich explizit nur auf Verstöße gegen eine Vorschrift des ersten Teils des GWB oder gegen Artikel 101 oder 102 des AEUV. Dies schließt Verstöße gegen den DMA naturgemäß aus, sofern diese nicht zugleich kartellrechtliche Normen verletzen. 120

Die derzeit fehlende Erfassung der Verstöße gegen den DMA durch §§ 33, 33a GWB wiegt umso schwerer, da die nationalen Zivilkartellrechtsordnungen eine ganze Reihe von Erleichterungen für die privatrechtliche Durchsetzung der kartellrechtlichen Vorschriften vorsehen, die in ganz erheblichem Umfang auf einer 121

⁵⁰ Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken vom 1. September 2017 (BGBl. I S. 3352), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 3. Juni 2021 (BGBl. I S. 1436) geändert worden ist.

EU-Richtlinie zur effizienten privatrechtlichen Durchsetzung der kartellrechtlichen Verbotstatbestände beruhen.⁵¹ Diese Erleichterungen umfassen insbesondere:

- **Follow-on-Klagen:** § 33b GWB sieht vor, dass das erkennende Zivilgericht 122
an die Feststellung des Verstoßes gebunden ist, wie sie in einer bestandskräftigen Entscheidung der Kartellbehörde, der Europäischen Kommission oder der Wettbewerbsbehörde oder des als solche handelnden Gerichts in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union getroffen wurde. Private Anspruchsteller müssen den Kartellverstoß der Kartellanten daher nicht nach den üblichen zivilprozessualen Regeln darlegen und beweisen, sondern können sich insoweit auf bereits rechtskräftig getroffenen Feststellungen berufen.
- **Besondere Verjährungsregime:** Kartellrechtliche Ansprüche nach §§ 33, 123
33a GWB verjähren erst nach fünf Jahren, wobei die Verjährungsfrist erst zu laufen beginnt, wenn der dem Anspruch zugrundeliegende Verstoß beendet wurde (§ 33h Abs. 1, 2 Nr. 3 GWB). Dies ist eine deutliche Privilegierung gegenüber den allgemeinen zivilrechtlichen Verjährungsregeln nach §§ 194 ff. BGB.
- **Beweislasterleichterungen:** Da die Höhe kartellrechtlicher Schadens- 124
ersatzansprüche auf der Differenz zu einem nicht zu belegenden und beweisenden kontrafaktischen Szenario ohne Kartellverstoß beruht, wird nach § 33a Abs. 2 S. 1 GWB zugunsten der Anspruchsteller widerleglich vermutet, dass ein Kartell einen Schaden verursacht und dass Rechtsgeschäfte über Waren oder Dienstleistungen mit kartellbeteiligten Unternehmen, die sachlich, zeitlich und räumlich in den Bereich eines Kartells fallen, von diesem Kartell erfasst waren (§ 33a Abs. 2 S. 4 GWB).
- **Auskunftsansprüche:** § 33g GWB sieht zudem Ansprüche des 125
Anspruchstellers auf Herausgabe von Beweismitteln und die Erteilung von Auskünften gegenüber den am Kartell beteiligten Unternehmen vor.
- **Reduktion der Kostenrisiken:** § 89a Abs. 1 GWB sieht eine 126
Streitwertanpassung vor, soweit ein Anspruchsteller glaubhaft macht, dass die Belastung mit den Prozesskosten nach dem vollen Streitwert seine wirtschaftliche Lage erheblich gefährden würde. Dies reduziert die Kostenrisiken für die Parteien, wird aber nur in wenigen Fällen tatsächlich eingreifen.

Zusammenfassung: Nach geltendem Recht erfassen die zivilkartellrechtlichen 127
Ansprüche des GWB Verstöße gegen den DMA nicht. Zugleich unterstreichen die

⁵¹ Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. 2014 L 349/1.

Regeln über die privatrechtliche Durchsetzung kartellrechtlicher Ansprüchen die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit sektorspezifischer Vorgaben.

5.2.3 Durchsetzung anhand des allgemeinen zivilrechtlichen Deliktsrechts

Schließlich kommt eine privatrechtliche Durchsetzung der Verstöße gegen den DMA im Rahmen des allgemeinen zivilrechtlichen Deliktsanspruchs bei Verletzung einer drittschützenden Norm nach § 823 Abs. 2 BGB in Betracht. 128

Im Bereich unmittelbar geltender EU-Vorschriften führt eine notwendige unionsrechtskonforme Auslegung im Gegensatz zur üblichen Dogmatik des § 823 Abs. 2 BGB dazu, dass die Haftung nicht davon abhängt, ob die verletzte Verhaltensnorm dem Schutz der Ersatz begehrenden Partei zu dienen bestimmt ist.⁵² Allerdings werden die maßgeblichen Kriterien des EuGH bei der Entscheidung über eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur privatrechtlichen Sanktionierung von Verstößen gegen Unionsrecht bzw. für die Annahme subjektiver Rechte Privater auf Schadensersatz als undurchsichtig bewertet, was zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen kann.⁵³ Die Entscheidungspraxis des EuGH zeigt aber, dass er Notwendigkeit der privatrechtlichen Durchsetzung des EU-Rechts tendenziell sehr weit fasst. Zur Kennzeichnungspflicht von Tafeltraubensorten nach der Verordnung (EWG) Nr. 1035/72 des Rates vom 18. 5. 1972 und die Verordnung (EG) Nr. 2200/96 des Rates vom 28. 10. 1996 entschied der EuGH beispielsweise, dass es einem Wirtschaftsteilnehmer möglich sein muss, die Beachtung der Bestimmungen über Qualitätsnormen für Obst und Gemüse im Wege eines Zivilprozesses gegen einen Konkurrenten durchzusetzen.⁵⁴ 129

Zwischenergebnis: Für die Regeln des DMA als EU-Verordnung bedeutet dies, dass Rechtsverletzungen Dritter inklusiver entstandener Schäden aufgrund von Verstößen gegen die Verbotstatbestände des Art. 5, 6 DMA-E über § 823 Abs. 2 BGB von jedermann geltend gemacht werden können. Dies muss jedenfalls dann gelten, wenn die EU-Kommission bereits festgestellt hat, dass der fragliche Digitalkonzern ein Gatekeeper im Sinne des Art. 3 DMA-E ist. 130

5.2.4 Zusammenfassung und Empfehlung

Mit den lauterkeitsrechtlichen Ansprüchen aus § 8 Abs. 1 S. 1 UWG iVm §§ 3, 3a UWG und dem allgemeinen zivilrechtlichen Deliktsanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB liegen nach deutschem Recht zumindest Anknüpfungspunkte für eine privatrechtliche Durchsetzung der Verbotstatbestände des DMA vor. Allerdings ist deren Anwendung mit Unsicherheiten behaftet, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Einschlägigkeit der Normen bereits an wesentlichen Tatbestandsmerkmalen (z.B. Marktverhaltensregel im Sinne des UWG? 131

⁵² Wagner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2020, § 823 Rn. 540.

⁵³ Wagner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2020, § 823 Rn. 542.

⁵⁴ EuGH, Urteil vom 17. September 2002, C-253/00 – Muñoz/Frumar.

individuallyschützende EU-Norm im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB auch vor Feststellung der Gatekeeper-Eigenschaft?) scheitert. Diese Rechtsunsicherheiten können bereits rein faktisch viele Dritte davon abhalten, Ansprüche hierauf zu stützen.

Selbst wenn die privatrechtlichen Ansprüche nach geltender Rechtslage in Deutschland im Falle des Verstoßes gegen den DMA einschlägig sein sollten, ist fraglich, ob diese in Ermangelung an sektorspezifischen Sondervorschriften (z.B. Auskunftsansprüche, Beweislastleichterungen, etc.) zweckmäßig für eine effiziente privatrechtliche Durchsetzung des DMA sind. Im Ergebnis sprechen die besseren Gründe dafür, spezifische Regeln zu schaffen, so wie dies (nachträglich) im Bereich des Kartellrechts anhand der Kartellschadensersatzrichtlinie getan wurde. 132

5.3 Abwägung der Vor- und Nachteile der privatrechtlichen Durchsetzung des DMA

Im Folgenden werden die Vor- und Nachteile einer zusätzlichen privatrechtlichen Durchsetzung des DMA dargestellt. Die Darstellung schließt mit einer Abwägung und Empfehlung. 133

5.3.1 Vorteile der privatrechtlichen Durchsetzung des DMA

Die Vorteile der privatrechtlichen Durchsetzung des DMA können insbesondere anhand positiver Erfahrungen der privatrechtlichen Durchsetzung anderer EU-Vorschriften bzw. den Defiziten rein behördlicher Durchsetzung abgeleitet werden. 134

5.3.1.1 Beseitigung von Informationsdefiziten

Als wesentlicher Vorteil der privatrechtlichen Durchsetzung des DMA wird die Beseitigung von Informationsdefiziten genannt.⁵⁵ Wettbewerber, Kunden und Verbraucher haben in der Regel den unmittelbarsten Einblick in bestimmte Teilbereiche und Verhaltensweisen der vom DMA erfassten Digitalkonzerne. Zwar können Informationsdefizite jedenfalls teilweise durch Antrags-, Beteiligungs-, Anhörungs- und Anfechtungsrechte Dritter im Rahmen des behördlichen Verfahrens abgebaut werden.⁵⁶ Insbesondere wenn die Durchsetzungsbehörde jedoch angetragene Fälle und Anzeigen privater Dritter nach dem Opportunitätsprinzip nach eigenem Ermessen und verfügbaren Ressourcen verfolgt, kann es zu erheblichen Durchsetzungsdefiziten kommen, beispielsweise wenn ein Sachverhalt falsch eingeschätzt oder aus prozessökonomischen Gründen abgelehnt wird. 135

⁵⁵ *Podszun*: Private enforcement and the Digital Markets Act: The Commission will not be able to do this alone, VerfBlog, 2021/9/01, <https://verfassungsblog.de/power-dsa-dma-05/>, DOI: 10.17176/20210901-112941-0

⁵⁶ Siehe Art. 19, 20, 30 DMA-E.

5.3.1.2 Ressourcenerweiterung durch privatrechtlicher Durchsetzung

Die Ermöglichung der privatrechtlichen Durchsetzung des DMA führt zu einer erheblichen Ausweitung der zur Verfügung stehenden Kapazitäten und Ressourcen durch Wettbewerber und Kunden der vom DMA erfassten Digitalkonzerne. Welche Nachteile die beschränkten Ressourcen einer auf sich alleingestellten EU-Kommission in komplexen Wettbewerbsverfahren mit sich bringen, hat der frühere Chefökonom der EU-Kommission, Tommaso Valetti, in einem Interview eindrücklich dargestellt.⁵⁷ Valetti bemängelt hinsichtlich der EU-Fusionskontrolle die personelle Übermacht der von den Digitalkonzernen beauftragten Beratern gegenüber dem der EU-Kommission zur Verfügung stehenden Personal: *„The Chief economist team which I was heading had 30 people: that’s it. Google, Facebook, or Amazon could put hundreds of people onto every case.”*

Ohne privatrechtliche Durchsetzung droht, dass diese Fehler bei der Durchsetzung des DMA wiederholt werden. Auch die Monopolkommission betont potentielle Defizite bei den zur Verfügung stehenden Ressourcen, wenngleich sie sich in diesem Kontext für eine Beschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs des DMA ausspricht: *„This ecosystem criterion would also allow for a more effective use of resources to enforce the DMA“*.⁵⁸ Ähnlich argumentieren die Wirtschaftsministerien Frankreichs, Deutschlands und der Niederlande, die daraus den Schluss ziehen, sowohl die nationalen Durchsetzungsbehörden als auch die privatrechtliche Durchsetzung einzubinden: *„All available resources to enforce the DMA must be used to avoid an enforcement bottleneck: Centralising certain powers at the EU level, for example designating globally active gatekeepers improves effectiveness and reduces fragmentation. However, the importance of the digital markets for our economies is too high to rely on one single pillar of enforcement only. Therefore, a larger role should be played by national authorities in supporting the Commission. This does require sufficient enforcement capacity and expertise, especially in the area of competition enforcement, but possibly also beyond, e.g. as regards market regulation, data analysts and IT experts. [...] Private enforcement would further increase the effectiveness of the DMA. Therefore, it must be clarified that private enforcement of the gatekeeper obligations is legally possible.“*⁵⁹

5.3.1.3 Nicht-politische Motivation privatrechtlicher Durchsetzung

Die Praxis der EU-Fusionskontrolle bei schwierigen, ressourcengreifenden Verfahren zeigt, dass sich die EU-Kommission auf Kompromisse einlässt, insbesondere, wenn sie abweichende Entscheidungen des EuG oder des EuGH

⁵⁷ Interview vom 20. April, 2021, erschienen in “The Counterbalance”; abrufbar unter: [The European System of Monopoly - The Counterbalance \(substack.com\)](https://www.substack.com/p/the-counterbalance)

⁵⁸ Monopolkommission, Recommendations for an effective and efficient Digital Markets Act, Rn. 40; abrufbar unter: <https://www.monopolkommission.de/en/reports/special-reports/special-reports-on-own-initiative/372-sr-82-dma.html>

⁵⁹ Gemeinsame Erklärung der Wirtschaftsministerien Frankreichs, Deutschlands und der Niederlande (Fn. 43), S. 2.

befürchtet.⁶⁰ Ein entsprechender Kompromiss kann als (behörden-)politischer Erfolg gewertet werden, selbst wenn er die eigentlichen Nachteile für Dritte nicht hinreichend adressiert. Auch dies wird von dem früheren Chefökonom der EU-Kommission, Tommaso Valetti, bestätigt: *„But there is a legalistic culture within DG Comp - the Directorate-General for Competition - which is extreme. There is stigma attached to losing cases in court, of having decisions reversed. The stigma is so bad that basically it freezes people from taking novel approaches. But you have to push the boundaries, especially with new markets, and Big Tech in particular. If you never take risks, the consequences are clear: market consolidation, and market power. If you are not losing cases in court, you are not being ambitious enough.“*⁶¹

Die Interessen dieser betroffenen Dritten sind damit nicht kongruent mit den politisch motivierten Interessen der Durchsetzungsbehörden. Die Nachteile der Divergenz dieser Interessen wird auf EU-Ebene dadurch verschärft, dass der Rechtsschutz betroffener Dritte gegen Entscheidungen der EU-Kommission mittels Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV aufgrund der restriktiven Auslegung des Kriteriums der individuellen Betroffenheit durch den EuGH faktisch ins Leere läuft. Die eingeschränkten Rechtsschutzmöglichkeiten Dritter gegen Entscheidungen der EU-Kommission verdeutlicht ein Fall der versuchten Nichtigerklärung einer Beihilfeentscheidung der EU-Kommission.⁶² Im konkreten Fall meldete der damalige EU-Mitgliedstaat Großbritannien bei der Europäischen Kommission ein Paket staatlicher Beihilfen bestehend aus mehreren Maßnahmen zur Unterstützung des neuen Blocks C des Kernkraftwerks Hinkley Point an. Die EU-Kommission eröffnete ein förmliches Prüfverfahren, forderte die Beteiligten auf, zu diesen Maßnahmen Stellung zu nehmen und entschied, dass die fragliche staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar sei. Hiergegen erhob die Greenpeace Energy eG Nichtigkeitsklage, da sie sich als Betreiberin von Wind- und drei Solarkraftwerken als Wettbewerberin des Kernkraftwerkes in ihren Rechten beeinträchtigt sah. Der EuGH lehnte die Klage gegen die Beihilfeentscheidung bereits aus formellen Gründen ab, da die Greenpeace Energy eG zwar Wettbewerberin, nicht aber spürbar beeinträchtigt sei und es ihr daher bereits an der individuellen Betroffenheit als Voraussetzung der Erhebung der Nichtigkeitsklage im Sinne des Art. 263 Abs. 4 AEUV mangle. 139

Insoweit kann auch eine delegitimierende Wirkung gegenüber den Unionsinstitutionen nicht vollends ausgeschlossen werden, sofern der Eindruck entsteht, die EU-Kommission und die großen Digitalkonzerne verhandeln Reichweite – und damit zugleich Schutzzumfang – des DMA unter Ausschluss der Öffentlichkeit und der betroffenen Dritten. 140

⁶⁰ Valetti, (Fn. 57).

⁶¹ Siehe Fußnote 57.

⁶² EuGH, Beschluss vom 10. Oktober 2017, C-640/16 P – *Greenpeace Energy eG/Kommission*.

5.3.1.4 Überwachung der Einhaltung von Abhilfemaßnahmen

Gegenüber den beschränkten Ressourcen und begrenzten Markteinblicken der Durchsetzungsbehörde können Private die Einhaltung von (behördlichen) Abhilfemaßnahmen besser und mit stärker Eigenmotivation überwachen. Die kartellrechtliche Praxis der EU-Kommission zeigt mitunter jedenfalls Anzeichen von Durchsetzungsdefiziten, so beispielsweise bei der fusionskontrollrechtlichen Freigabe der Übernahme von WhatsApp durch Facebook und der Zusammenführung der jeweiligen Nutzerdatensätze, hinsichtlich derer die EU-Kommission nachträglich eine Bußgeldentscheidung wegen Verstoßes gegen die Auflagen der Freigabe des Zusammenschlusses erließ.⁶³ 141

5.3.1.5 Effektive Durchsetzung des DMA durch Schadensersatzansprüche

Für die effektive Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften entspricht es dem Verständnis des EuGH⁶⁴ sowie der EU-Kommission und des EU-Gesetzgebers⁶⁵, dass die privatrechtliche Verfolgung von Kartellschadensersatzansprüchen ein wesentliches Element darstellt. Diese Bewertung wird im kartellrechtlichen Kontext auch nicht dadurch beseitigt, dass die privatrechtliche Verfolgung von Kartellschadensersatz die Anreize zur Selbstanzeige von am Kartell beteiligten Unternehmen verringern kann. Dies muss erst Recht für Verstöße gegen den DMA gelten, da diese in aller Regel nicht durch konspirative Vereinbarungen mehrerer Unternehmen begründet werden und Selbstanzeigen nicht als wichtigste Erkenntnisquelle zur Aufdeckung der Verstöße gegen den DMA zu erwarten sind. Im Gegenteil belegt die Praxis der kartellrechtlichen Missbrauchsverfahren gegen digitale Großkonzerne, dass auch Verstöße gegen den DMA meistens durch Beschwerden betroffener Unternehmen ausgelöst werden dürften. 142

Warum im Falle der Verstöße gegen das Verbot der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen privatrechtliche Klagen eine wesentliche Säule der effizienten Durchsetzungen darstellen sollen, obgleich ihnen nachteilige Effekte für die Nutzung der Bonusregeln als wichtigster Erkenntnisquelle zugeschrieben werden, während privatrechtlichen Klagen bei DMA-Verstößen keinen expliziten normativen Rahmen erhalten, obgleich dort Beschwerden privater Dritte die wichtigste Erkenntnisquelle für behördliche Verfahren sind, erscheint unlogisch und systemwidrig. 143

⁶³ EU-Kommission, Fall M.8228 – *Facebook / WhatsApp*; abrufbar unter: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8228_493_3.pdf

⁶⁴ EuGH, Urteil vom 20. September 2001, C-453/99, Rn. 26 – *Courage*.

⁶⁵ Kartellschadensersatzrichtlinie (Fn. 51), Erwägungsgrund (3): „Die volle Wirksamkeit der Artikel 101 und 102 AEUV und insbesondere die praktische Wirkung der darin festgelegten Verbote erfordern, dass jeder — seien es Einzelpersonen, einschließlich Verbraucher und Unternehmen, oder Behörden — vor nationalen Gerichten Ersatz des Schadens verlangen kann, der ihm durch eine Zuwiderhandlung gegen diese Bestimmungen entstanden ist.“

5.3.1.6 Praktische Ausformung durch Entscheidungen der Zivilgerichte

Ein weiteres Argument für die privatrechtliche Durchsetzung der Verstöße gegen den DMA ist die dadurch entstehende Befassung der Zivilgerichte der Mitgliedstaaten mit dem neuartigen Regelwerk. Folgerichtig hat das EU-Parlament auch einen ergänzenden Erwägungsgrund 77a zum DMA vorgeschlagen, wonach den nationalen Gerichte eine wichtige Rolle bei der Anwendung des DMA zukommt.⁶⁶ Diese sollen daher die Möglichkeit haben, die Kommission zu ersuchen, ihnen Informationen oder Stellungnahmen zu Fragen über die Anwendung dieser Verordnung zu übermitteln. Zugleich Gleichzeitig sollte die Kommission die Möglichkeit haben mündliche oder schriftliche Stellungnahmen an die den Gerichten der Mitgliedstaaten vorlegen können. 144

Hierdurch werden weitere Ressourcen eingebunden, die durch ihre Entscheidungen die Normen mit Praxis füllen können. Die Kohärenz der Entscheidungen kann durch Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH hergestellt werden. Diese sind wiederum eine wichtige Erkenntnisquelle für die Anwendung der Normen in der behördlichen Praxis. Folglich kann die Rechtssicherheit für die vom DMA erfassten Digitalkonzerne, für die vom Verhalten der Digitalkonzerne betroffenen Unternehmen aber auch für die EU-Kommission in deutlich kürzerer Zeit erhöht werden. Auch der Unionsgesetzgeber bekommt deutlich schneller Rückmeldung aus der Praxis, ob und in welchen Bereichen der DMA einer Überarbeitung bedarf. 145

5.3.2 Nachteile der privatrechtlichen Durchsetzung des DMA

Die privatrechtliche Durchsetzung des DMA kann auch mit Nachteilen verbunden sein, die im Folgenden dargestellt werden. 146

5.3.2.1 Ross-und-Reiter-Problematik (Angst-Faktor)

Sofern Wirtschaftsteilnehmer abhängig von einem Digitalkonzern sind, der dem DMA unterfällt, könnten diese abhängigen Wirtschaftsteilnehmer aufgrund der legalen Möglichkeiten der wirtschaftlichen Abstrafung durch den Digitalkonzern Abstand davon nehmen, zivilrechtliche Ansprüche zu stellen oder gar gerichtlich durchzusetzen. Dieser als „Ross-und-Reiter“-Problematik bezeichnete Effekt ist aus dem Kartellrecht bekannt und im Falle privatrechtlicher Klagen schwer zu vermeiden, da diese Ansprüche grundsätzlich von den Inhabern selbst geltend gemacht werden. Eine Abhilfe können Verbandsklagen schaffen, wobei es auch in deren Rahmen praktisch schwierig sein wird, den Sachverhalt darzulegen und zu beweisen, ohne die Identität der betroffenen Unternehmen preiszugeben. 147

⁶⁶ Europäisches Parlament (Fn. 44), Amendment 53.

5.3.2.2 Lange Verfahrensdauern

Auch zivilrechtliche Verfahren können eine sehr lange Verfahrensdauer aufweisen, insbesondere wenn sie sich über mehrere Instanzen ziehen und zusätzlich noch Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH zur Auslegung des DMA notwendig werden sollten. 148

Gleichwohl zeigt insbesondere das Beispiel der privatrechtlichen Durchsetzung der lauterkeitsrechtlichen Marktverhaltensregeln in Deutschland anhand des UWG, dass in zivilrechtlichen Verfahren die Hürden für einstweilige Maßnahmen deutlich geringer sind als bei solchen Maßnahmen durch Behörden. Diese einstweiligen Maßnahmen können helfen, die Bestreitbarkeit der Märkte Aufrecht zu erhalten. 149

5.3.2.3 Kostenfaktor

Insbesondere kleinere Wettbewerber und Kunden können von den mit zivilrechtlichen Verfahren verbundenen potentiellen Prozesskosten abgeschreckt werden und daher trotz eines Verstoßes gegen den DMA zu ihren Lasten hiervon Abstand nehmen. Gerade die Durchsetzung der P2B-Verordnung bei (unbegründeten) Sperren von kleinen Händlern durch Amazon auf dem Amazon Marketplace zeigt, dass die Prozesskosten eine abschreckende Wirkung haben können, da die Prozesskostenrisiken leicht einem wesentlichen Teil der üblichen Umsätze des betroffenen Händlers auf dem Marketplace bedeuten können. Für die vom DMA betroffenen Digitalkonzerne werden die Prozesskostenrisiken dagegen regelmäßig keine Rolle spielen. 150

Dem Kostenfaktor kann jedoch durch verschiedene Maßnahmen begegnet werden. Beispielsweise könnte es spezielle Musterfeststellungsklage für Verstöße gegen den DMA geben, wie sie die deutsche Zivilprozessordnung heute bereits für Verbraucherklagen vorsieht (§ 606 ZPO). Denkbar ist auch die Festsetzung relativ geringer, pauschaler Streitwerte für entsprechende Klagen oder Streitwertanpassungsregeln wie beispielsweise im Falle des § 89a GWB. 151

5.3.2.4 Informationsdefizit

Die privatrechtliche Durchsetzung des DMA kann zwar zur Beseitigung von Informationsdefiziten auf Seiten der Behörde führen. Umgekehrt verfügt die EU-Kommission für die Durchsetzung des DMA über hoheitliche Befugnisse wie Auskunftsansprüche, um an interne Informationen der vom DMA betroffenen Digitalkonzerne zu kommen, die Dritten nicht offen stehen. 152

Auch diese Informationsdefizite können durch Abhilfemaßnahmen abgebaut werden. Zu denken ist etwa an besondere Beweislastregeln und Vermutungen wie es sie bereits in zivilkartellrechtlichen Verfahren gibt. Ebenfalls denkbar ist die Einbindung der Behörden in Zivilprozesse als *amicus curiae* wie in Kartellrechtsverfahren nach Maßgabe des § 90 GWB. Schließlich können zugunsten der Anspruchsteller zivilrechtliche Herausgabeansprüche in Bezug auf 153

Beweismittel und Ansprüche auf Erteilung von Informationen eingeräumt werden (vgl. § 33g GWB).

5.3.2.5 Streuung gerichtlicher Entscheidungen

Die Einbindung der Zivilgerichte kann zu einer erheblichen Streuung der Entscheidungen insbesondere in der Anfangsphase führen. Eine solche Streuung kann sich auch negativ auf die behördliche Durchsetzung auswirken, wenn strenge Auslegungsansätze in gerichtlichen Entscheidungen auch gegen die Behörden in Stellung gebracht werden. 154

Der Streuung kann teilweise durch Konzentration entsprechender Klagen im Zusammenhang mit Verstößen gegen den DMA bei wenigen Gerichten nebst Bildung von Spezialkammern begegnet werden. Im Übrigen ist nach einer Anfangsphase mit einer zunehmenden Vereinheitlichung durch Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH zu rechnen. 155

5.3.3 Zusammenfassung und Empfehlung

Stellt man die Vor- und Nachteile der privatrechtlichen Durchsetzung des DMA gegenüber, fällt auf, dass die Nachteile größtenteils „Binnennachteile“ sind, d.h. sie können gegen die vollständige Effizienz der privatrechtlichen Durchsetzung sprechen, beeinträchtigen aber in der Regel nicht überschießend auch die behördliche Durchsetzung wie dies beispielsweise im Kartellrecht im Verhältnis von nachlaufenden Kartellschadensersatzklagen zu Bonusanträgen bei den Wettbewerbsbehörden diskutiert wird. Auch unter Berücksichtigung der potentiellen Nachteile der privatrechtlichen Durchsetzung des DMA erscheint diese im Saldo stets positiv zu sein. Folglich wird empfohlen, die privatrechtliche Durchsetzung des DMA noch im laufenden Gesetzgebungsprozess umzusetzen. 156

5.4 Vorschläge zur Optimierung der privatrechtlichen Durchsetzung des DMA

Der EU-Verordnungsgeber sollte Rechtsunsicherheiten beseitigen und entweder in den Erwägungsgründen oder im Verordnungstext selbst uneindeutig zum Ausdruck bringen, welche der Verbotstatbestände des DMA auch privatrechtlich durchgesetzt werden sollen. Entsprechende Klarstellungen können langjährige Prozesse ersparen, die sich zunächst auf die Frage des „Ob“ der privatrechtlichen Durchsetzung konzentrieren. 157

Darüber hinaus sollte der Verordnungsgeber folgende Maßnahmen umsetzen: 158

5.4.1 Formalisierte Einbindung (betroffener) Dritter in den behördlichen Prozess

Betroffene Dritte vom Verhalten der Gatekeeper wie Wettbewerber, Geschäftskunden oder Verbraucher sollten in den behördlichen Prozess eingebunden werden, einschließlich Informations-, Antrags-, Anhörungs- und Anfechtungsbefugnissen vor dem EuGH. 159

Article 30a new: In addition to the gatekeeper concerned, parties to the proceedings of the EU Commission under this Regulation shall include, upon request: 160

(a) National competition authorities from Member States sufficiently concerned by the proceedings. 161

(b) Third parties who have applied for the proceedings to be initiated. 162

(c) Persons and associations of persons whose interests will be substantially affected by the decision and who, upon their application, have been admitted to the proceedings by EU-Commission; the interests of consumer associations substantially affected also in cases in which the decision affects a large number of consumers and in which therefore the interests of consumers in general are substantially affected. 163

The Commission shall take a formal decision on requests of participation within no more than seven days. 164

5.4.2 Anfechtbarkeit unzureichender verhaltensbedingter Abhilfemaßnahmen durch betroffene Dritte

Des Weiteren sollten betroffene Dritte im Falle als unzureichend empfundene verhaltensbedingte Abhilfemaßnahmen der EU-Kommission zugunsten von strukturellen Maßnahmen anfechten können. 165

Betroffene Dritte spüren die Folgen unzureichender Abhilfemaßnahmen unmittelbar und direkt und sind damit, als Ausgleich zum Vortrag der Gatekeeper in den Verfahren, die beste Informationsquelle für die EU-Kommission. 166

Article 16a Paragraph 2 new – Request for structural remedies: If the Commission decides to put in place behavioral remedies in accordance with Article 16 paragraph 1, persons and associations of persons whose interests are substantially affected by the non-compliance of a gatekeeper with the obligations laid down in Article 16 paragraph 1 may request the Commission to adopt structural remedies instead by proposing concrete structural remedies and by submitting reasonable arguments for the structural remedies. The Commission shall take a formal decision on the request within no more than one month. 167

5.4.3 Rechtssicherheit hinsichtlich Klagebefugnis der Dritten

Um Rechtssicherheit hinsichtlich der Befugnis zur Erhebung der Nichtigkeitsklage zu schaffen, sollte klargestellt werden, dass die formale Beteiligung der Dritten an dem behördlichen Prozess automatisch dazu führt, dass diese individuell betroffen sind. 168

Article 35 new Paragraph (1a): Parties to the proceedings of the EU Commission under this Regulation in accordance with Article 30a shall be deemed to be directly and individually concerned within the meaning of Article 263 paragraph 4 TFEU. This shall also apply to denied requests of participation. 169

5.4.4 Vorgaben zur privatrechtlichen Rechtsdurchsetzung

Der DMA sollte den Mitgliedstaaten zumindest programmatische Vorgaben zur Stärkung der privatrechtlichen Rechtsdurchsetzung durch betroffene Dritte wie Wettbewerber, Kunden und Verbraucherorganisationen vorgeben. Er sollte dabei auch Bezug auf die Richtlinie über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher nehmen.⁶⁷ 170

Article 37a new – Private Enforcement: 171

1. Each Member State shall ensure adequate and effective private enforcement of this Regulation. Member States shall lay down the rules setting out the measures applicable to infringements of this Regulation and shall ensure that they are implemented. The measures provided for shall be effective, proportionate and dissuasive. 172

2. Member States shall implement adequate interim measures in court proceedings in case of urgency due to the risk of serious and irreparable damage for business users or end users. 173

3. Member States shall ensure that individual persons as well as qualified entities within the meaning of Article 3 paragraph 4 of the Representative Actions Directive can bring enforcement actions for violation of this Regulation before national courts. 174

Der EU-Verordnungsgeber sollte bereits den DMA nutzen, um hinsichtlich bestimmter Bereiche der privatrechtlichen Durchsetzung des DMA eine Teilharmonisierung der Zivilverfahren der Mitgliedstaaten herbeizuführen. Dies betrifft insbesondere folgende Bereiche: 175

- **Follow-on:** Positive Bindung der Zivilgerichte an Feststellung der EU-Kommission, dass ein bestimmtes Unternehmen ein Gatekeeper ist. 176

⁶⁷ ABl. 2020 L 409/1.

- **Keine Bindung der nationalen Gerichte** bei (noch) nicht erfolgter Anwendung des DMA durch die EU-Kommission z.B. wegen Ermessensausübung, politischem Kompromiss, nicht aufgegriffener Beschwerden, etc. 177
- **Informationsansprüche** der Dritten hinsichtlich der behördlichen Akten und gegenüber Gatekeepern zur Prüfung, Vorbereitung und Durchsetzung von Ansprüchen nach dem DMA. 178
- Vorgaben für effiziente **einstweilige Maßnahmen der privatrechtlichen Durchsetzung** zur Erhaltung oder Ermöglichung der Bestreitbarkeit der Märkte, insbesondere in Form einstweiliger Zugangsansprüche. 179
- **Amicus-Curiae-Rechte und Pflichten der Durchsetzungsbehörde** zur Beteiligung an zivilrechtlichen Gerichtsverfahren. 180
- **Besondere Verjährungsregeln**, um auch bei langwierigen Behördenverfahren Follow-On-Klagen zu ermöglichen, insbesondere wenn Bestreitbarkeit beeinträchtigt wurde und kompensatorische Aspekte im Vordergrund stehen. 181
- **Widerlegliche Schadensvermutungen** im Falle bestimmter Verstöße gegen den DMA, insbesondere wenn Bestreitbarkeit bereits beeinträchtigt wurde und kompensatorische Aspekte im Vordergrund stehen. 182

6. Stärkung materieller und prozessualer Normen

Schließlich schlagen wir an einigen Stellen eine weitere Stärkung materieller und prozessualer Normen vor. Dies gilt insbesondere für die Einführung einer effektiven Kontrolle der „Killer-Acquisitions“ der Gatekeeper (hierzu 6.1), die Stärkung von einstweiligen Maßnahmen im behördlichen Prozess (hierzu 6.2) und die Vermutung einer Stellung als Gatekeeper im Falle der Verweigerung der Kooperation mit der EU-Kommission (hierzu 6.3). 183

6.1 Effektive Kontrolle der „Killer-Acquisitions“

Art. 12 DMA-E sieht bislang lediglich eine Informationspflicht der Gatekeeper über Zusammenschlüsse gegenüber der EU-Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden vor. Es sollte jedoch vor dem Hintergrund der Ziele der Bestreitbarkeit der Märkte und der Fairness der Plattformen eine echte Kontrolle dieser Zusammenschlüsse vorgenommen werden. Dabei sollte vermutet werden, dass Zusammenschlüsse, welche digitale Dienstleistungen umfassen und deren Verbindung mit den zentralen Plattformdiensten des Gatekeepers nicht ausgeschlossen werden kann, die Bestreitbarkeit der Märkte einschränkt. Die Vermutung sollte durch den Gatekeeper widerlegt werden können. 184

Die EU-Kommission sollte im Falle einer Freigabe die Möglichkeit zur verhaltensunabhängigen Entflechtung erhalten, sofern sich entgegen des Vorbringens des Gatekeepers die Bestreitbarkeit der betroffenen Märkte durch den Zusammenschluss strukturell verschlechtert hat. 185

Hinsichtlich des Ziels der Fairness der Plattformdienste sollte eine missbrauchsabhängige Entflechtungsmöglichkeit eingeführt werden. 186

Betroffene Unternehmen (Wettbewerber, Geschäftskunden) und nationale Wettbewerbsbehörden sollten das Recht haben, sich an den Zusammenschlussvorhaben zu beteiligen. Sofern sie sich an dem Verfahren beteiligt haben, sollten sie auch das Recht erhalten, die Entscheidung der EU-Kommission vor dem EuGH angreifen zu können. 187

Article 12 new: *A gatekeeper shall inform the Commission of any intended concentration within the meaning of Article 3 of Regulation (EC) No 139/2004 involving another provider of core platform services or of any other services provided in the digital sector irrespective of whether it is notifiable to a Union competition authority under Regulation (EC) No 139/2004 or to a competent national competition authority under national merger rules.* 188

A gatekeeper shall inform the Commission of such a concentration prior to its implementation and following the conclusion of the agreement, the announcement of the public bid, or the acquisition of a controlling interest. 189

Concentrations which are capable of significantly limiting the contestability of markets shall be prohibited. 190

In the case of concentrations involving digital services whose linkage with the gatekeeper's central platform services cannot be excluded and which may facilitate infringements of Articles 5 or 6 of this Regulation, a significant restriction of contestability shall be presumed. The gatekeeper may rebut this presumption. 191

In the event of a non-opposition, the EU Commission shall unbundle concentration of the gatekeeper, provided that, contrary to the gatekeeper's claim, the contestability of the affected markets has structurally deteriorated as a result of the concentration. 192

In the event of a non-opposition, the EU Commission shall unbundle the concentration, if the gatekeeper violates Articles 5 or 6 of this Regulation in a not insignificant way in connection with the acquired target company. 193

6.2 Stärkung einstweiliger Maßnahmen im behördlichen Prozess

Im Verfahren vor der EU-Kommission sind einstweilige Maßnahmen derzeit nach Art. 22 Abs. 2 DMA-E nur für Fälle der Non-Compliance eines Gatekeepers im Sinne des Art. 25 DMA-E vorgesehen. Die EU-Kommission sollte aber in der Lage sein, kurzfristige Bedrohungslagen für die Bestreitbarkeit der Märkte frühzeitig zu neutralisieren, um irreparable Schäden der Bestreitbarkeit zu vermeiden.

Article 22 new:

1. In case of urgency due to the risk of serious and irreparable damage to the contestability of any affected market or for business users or end users of gatekeepers, the Commission may, by decision adopt in accordance with the advisory procedure referred to in Article 32(4), order interim measures against a gatekeeper on the basis of a prima facie finding of an infringement of Articles 5 or 6.

~~*2. A decision pursuant to paragraph 1 may only be adopted in the context of proceedings opened in view of the possible adoption of a decision of non-compliance pursuant to Article 25(1). The decision shall apply for a specified period of time and may be renewed in so far this is necessary and appropriate.*~~

6.3 Vermutung der Gatekeeper-Funktion bei Verweigerungshaltung

Unternehmen könnten versuchen, durch eine Verweigerungs- und Blockadehaltung bereits die Feststellung ihrer Qualifikation als Gatekeeper im Sinne des Art. 3 DMA-E zu verhindern oder zu verzögern. Der ursprüngliche Entwurf des DMA sah für diesen Fall vor, dass entsprechende Unternehmen als Gatekeeper gelten. Die geänderte Fassung des DMA-E hat dies ersetzt durch die Regel, dass die EU-Kommission dann auf Grundlage der zur Verfügung stehenden Tatsachen entscheiden muss. Dies privilegiert solche Unternehmen, die jegliche Kooperation verweigern und hierdurch erreichen können, möglichst wenig Fakten innerhalb der Entscheidungsfrist zu produzieren. Mehr noch könnten Unternehmen versuchen, gezielt nur solche Fakten mittelbar zu veröffentlichen, die gegen eine Position als Gatekeeper sprechen.

Insoweit sollte die ursprüngliche Regel als Vermutungsregel beibehalten werden. Zwar sind die rechtlichen Bedenken gegen die ursprüngliche Regelung nachvollziehbar. Die Kommission müsste aber ohnehin auf Grundlage der tatsächlichen Fakten entscheiden und könnte diese nicht ignorieren. Die Vermutungsregeln können insoweit unter den Vorbehalt des Vorliegens überwiegender Tatsachen gestellt werden, die gegen die Vermutung sprechen.

Article 3 – paragraph 6 – subparagraph 4 new: *Where the provider of a core platform service that satisfies the quantitative thresholds of paragraph 2 fails to comply with the investigative measures ordered by the Commission in a significant*



*manner and the failure persists after the provider has been invited to comply within a reasonable time-limit and to submit observations, the Commission shall be entitled to designate that provider as a gatekeeper **unless the available facts substantially refute such assumption.***

Article 3 – paragraph 6 – subparagraph 5 new: *Where the provider of a core platform service that does not satisfy the quantitative thresholds of paragraph 2 fails to comply with the investigative measures ordered by the Commission in a significant manner and the failure persists after the provider has been invited to comply within a reasonable time-limit and to submit observations, the Commission shall be entitled to designate that provider as a gatekeeper **unless the available facts substantially refute such assumption.***

201

Frankfurt am Main, den 23. Februar 2022

Dr. Kim Manuel Künstner