

# Regeln für die digitale Ökonomie: von der nationalen zur europäischen Rechtsetzung

Ulrich Nussbaum\*

## Inhalt

A. Einleitung	589
B. § 19a GWB – nationale Mißbrauchsaufsicht	591
C. Digital Markets Act (DMA) – europäische Regulierung	594
D. Fazit	597

## Abstract

Die Ausbreitung von plattformbasierten Geschäftsmodellen in marktübergreifenden digitalen Ökosystemen stellt eine tiefgreifende Herausforderung für die Prinzipien der sozialen Marktwirtschaft dar. Große digitale Kooperationen wie Google, Amazon, Microsoft, Booking oder Meta/Facebook gestalten den Wettbewerb aufgrund ihrer überwältigenden marktübergreifenden Bedeutung zunehmend einseitig zu ihren Gunsten um. Diese Entwicklung macht eine Modernisierung des nationalen und europäischen Wettbewerbsrahmens notwendig. In Deutschland ist das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) das zentrale Instrument zur Umsetzung der digitalen Ordnungspolitik. Die erweiterten Befugnisse des Bundeskartellamtes bei der Missbrauchsaufsicht nach § 19a GWB sowie die neuen Regelungen für große digitale Plattformen, die als Unternehmen mit „überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb“ eingestuft werden, sollen einen faireren Wettbewerb fördern. Deutschland hat in dieser Hinsicht eine Vorreiterrolle übernommen. Auf europäischer Ebene wurden mit dem Digital Markets Act (DMA), der im Mai 2023 in Kraft tritt, vergleichbare Regelungen für sogenannte „Gatekeeper“ geschaffen. Die nationale Missbrauchsaufsicht bleibt auch dann anwendbar, wenn ein Unternehmen nicht als Gatekeeper benannt wurde. In diesem Zusammenhang sind zwei aktuelle Entscheidungen von besonderer Bedeutung: das Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 23. April 2024, mit dem die Berufung von Amazon gegen seine Einstufung als Unternehmen mit „überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb“ zurückgewiesen wurde, und das Urteil des Gerichts der Europäischen Union (EGC) vom 17. Juli 2024, mit dem die Anfechtung des Gatekeeper-Status von Bytedance (TikTok) zurückgewiesen wurde.

\* Dr. Ulrich Nussbaum war von 2018 bis 2021 Wirtschaftsstaatssekretär im Bundesministerium für Wirtschaft und Energie. Bis 2023 war er Honorarprofessor für Internationales und Europäisches Recht & Finanzbeziehungen an der Jacobs University Bremen (Germany). Email: Info@slh-kg.de.

Unabhängig von diesen Entscheidungen unterstreicht die große Zahl der derzeit vor dem BGH und dem EGC anhängigen Verfahren die Notwendigkeit dieser neuen Instrumente, um einen wirksamen Verbraucherschutz zu gewährleisten und das reibungslose Funktionieren in der gesamten Europäischen Union sicherzustellen.

### **Rules for the Digital Economy: From National to European Regulation.**

The proliferation of platform-based business models within cross-market digital ecosystems represents a profound challenge to the principles of the social market economy. Major digital cooperations such as Google, Amazon, Microsoft, Booking, or Meta/Facebook are increasingly reshaping competition unilaterally to their advantage, owing to their overwhelming cross-market significance. This development necessitates a modernization of both national and European competition frameworks. In Germany, the Act against Restraints of Competition (GWB) constitutes the primary instrument for implementing digital regulatory policy. Enhanced powers of the Federal Cartel Office in abuse control pursuant to Section 19a GWB, combined with new provisions targeting large digital platforms classified as companies of “paramount cross-market significance for competition”, are designed to promote fairer competitive environment. In this respect, Germany has assumed a pioneering role. At the European level, the Digital Markets Act (DMA), which entered into force in May 2023, established comparable rules for so-called “gatekeepers”. National abuse control remains applicable in cases where a company has not been designated as a gatekeeper. In this context, two recent rulings are of particular importance: the judgement of the Federal Court of Justice (BGH) of 23 April 2024, which dismissed Amazon’s appeal against its designation as a company of “paramount cross-market significance, for competition”, and the judgement of the General Court of the European Union (EGC) of 17 July 2024, which rejected Bytedance’s (TikTok) challenge against its gatekeeper status. Irrespective of these decisions, the large number of proceedings currently pending before the BGH and the EGC underscores the necessity of these new instruments to safeguard effective consumer protection and to ensure the proper functioning across the European Union.

**Keywords:** Digitale Ökonomie; Digital Markets Act; Wettbewerbspolitik; Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen; Plattformregulierung

### **A. Einleitung**

Relativ unbemerkt von einer breiten Öffentlichkeit – die Corona-Pandemie war zu diesem Zeitpunkt das überragende gesellschaftspolitische und wirtschaftliche Thema – wurde Anfang 2021 in der 19. Legislaturperiode unter Wirtschaftsminister Altmaier mit der 10. GWB-Novelle das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen grundlegend modernisiert.<sup>1</sup>

1 Bundesgesetzblatt Jahrgang 2021 Teil INR. 1, 18.1.2021.

Im damaligen Bundesministerium für Wirtschaft und Energie wurde das sog. GWB-Wettbewerbsbeschränkungen wird dort traditionell als das „Grundgesetz der sozialen Marktwirtschaft“ verstanden. Mit der Modernisierung des Wettbewerbsrahmens verstand man sich als Vorreiter für eine europäische Regelung, die sich zu diesem Zeitpunkt als Digital Markets Act bereits abzeichnete. Es ging nicht mehr oder weniger darum, über das Wettbewerbsrecht einen umfassenden digitalen Ordnungsrahmen für die sog. Plattformökonomie zu schaffen, um die als über groß wahrgenommene Marktmacht der globalen Internetkonzerne zu begrenzen, und den fairen Wettbewerb auf den Plattformmärkten zu erhalten.<sup>2</sup> Aus Sicht der Bundesregierung haben globale Plattformen eine eigenständige Marktstrukturverantwortung und daraus abgeleitet die rechtliche Pflicht, den vom Gesetzgeber vorgegebenen konkreten wettbewerbsrechtlichen Verhaltensnormen nachzukommen. Damit war zugleich für alle Beteiligten des Gesetzesverfahrens offensichtlich, dass Normadressaten der neuen Missbrauchsaufsicht nicht am Umsatz gemessen kleinere Internetunternehmen sind, sondern vorrangig auf die bereits bestehenden internationalen Digitalplattformen wie z.B. Microsoft, Alphabet, Meta, Apple, Bytedance und Amazon abgezielt wird. Also zum Zeitpunkt des Inkrafttreten des Gesetzes eine überschaubare Anzahl von Akteuren, denen als Unternehmen eine Stellung „mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb“ zukommt und die damit der neuen Missbrauchsaufsicht des Kartellamts gemäß 19a GWB unterliegen. Beim Inkrafttreten des GWB-Digitalisierungsgesetzes war das GWB damit der erste rechtlich verbindliche, und mit Strafe bewehrte Ordnungsrahmen für die Plattformökonomie in Europa.

Trotz der offensichtlichen Notwendigkeit gesetzgeberisch rasch zu handeln, um den fairen Wettbewerb in der digitalen Plattformökonomie zu sichern, trotz der offensichtlichen Notwendigkeit, die Abschottung digitaler Ökosysteme aufzubrechen und den Missbrauch sog. Gatekeeper oder Torwächterstellungen zu verhindern, war das Gesetzesvorhaben nicht unumstritten. Um einzelne Formulierungen wurde bis zuletzt im parlamentarischen Verfahren gerungen.<sup>3</sup>

Die Anzahl der Verfahren gegen große Digitalkonzerne, die auf der Basis des neuen § 19a GWB beim Bundeskartellamt anhängig sind und die Tatsache, dass die Europäische Kommission im September 2023 im Wesentlichen dieselben Konzerne und deren 22 zentrale Plattformdienste dem Digital Markets Act (DMA)<sup>4</sup> unterworfen hat, zeigen m.E. den nationalen und europäischen Regelungsbedarf und die potentielle Wirksamkeit der neuen Regulierungsinstrumente. Hierauf wird im Nachfolgenden einzugehen sein.

2 Siehe Gesetzentwurf Bundesregierung vom 19.10.2020, BT-Drucksache 19/23492.

3 Zum Vorgangsallauf vgl. die Nachweise auf dem Dokumentations- und Informationsystem für Parlamentsmaterialien dip.bundestag.de.

4 VO (EU) 2022/1925 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte), ABl. L 265 v. 12.10.2022, S. 1. *Bundeskartellamt*, Verfahren gegen große Digitalkonzerne auf der Basis von § 19 GWB, Stand: August 2025.

## B. § 19a GWB – nationale Mißbrauchsaufsicht

Neben wichtigen Anpassungen einzelner kartellrechtlicher Bestimmungen (wie z.B. der Anhebung der Schwellenwerte als Voraussetzung für die Fusionskontrolle von 25 auf 30 Millionen Umsatz bzw. 5 auf 10 Millionen Umsatz der beteiligten Unternehmen, die Anhebung der Bagatellgrenze für Untersagungsverfügungen auf 20 Millionen anstelle von 15 Millionen Umsatz, die Einschränkung der Voraussetzungen für die Ministererlaubnis oder der Anspruch auf eine verpflichtende Vorabbewertung durch das Kartellamt bei Kooperationen) ist der unbestrittene Kern oder – wie einige zu recht formulieren –, das „rechtspolitische Herzstück“<sup>5</sup> des Digitalisierungsgesetzes in Ergänzung zu den bereits bestehenden Regelungen vor allem in den §§ 19,20 die Einfügung einer neuen Vorschrift, nämlich § 19 a GWB. Diese Vorschrift adressiert nicht jede Internetplattform, sondern zielt speziell auf eine bestimmte Kategorie von Plattformen, die definiert werden als sog. „Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb“. Dahinter steht die Überlegung, dass sich digitale Transaktionen von Konsumenten zunehmend auf wenige Plattformen konzentrieren, deren Wachstum und wirtschaftliche Marktmacht nicht allein in ihrer Attraktivität und Innovationsfähigkeit liegt, sondern die über Netzwerkeffekte, Bündelung von enormen Datenmengen und Datenzusammenführung, der Erschwerung von Interoperabilität und Datenportabilität oder das Hebeln von Marktmacht auf andere Märkte, sich unfaire Wettbewerbsvorteile verschaffen.<sup>6</sup>

§ 19 a GWB versteht sich deshalb als ein Anti-Big-Tech-Paragraf.<sup>7</sup> Der Wortlaut der Vorschrift ist allgemein gehalten. Er enthält keinen Bezug auf bestimmte Unternehmen oder adressiert ausdrücklich die digitale Plattformökonomie. Nur der Verweis auf die „mehrseitigen Märkte und Netzwerke“ im Sinne von § 18 Abs. 3a GWB und die konkrete Ausgestaltung der Vorschrift lassen erkennen, dass es dem Gesetzgeber eindeutig um die wettbewerbsrechtliche Regulierung marktmächtiger Internetplattformen geht.

§ 19a GWB ist proaktiv. Das ist neu für das GWB. Mit einem zweistufigen Verfahren sollen bereits ex-ante bestimmte wettbewerbsschädliche Verhaltensweisen untersagt werden können, bevor es zur tatsächlichen Einschränkung des Wettbewerbs durch etwaiges missbräuchliches Verhalten kommt. Deshalb kann das BkartaLL gemäß § 19 a Abs. 1 GWB zunächst positiv feststellen, dass ein bestimmtes Unternehmen eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb hat. Mit dieser Feststellung fällt das Unternehmen in den Anwendungsbereich des § 19a GWB mit der Rechtsfolge, dass dem Unternehmen bestimmte Verhaltensweisen gem. Abs. 2 GWB durch Verfügung des BKartellaL untersagt werden können. Gemäß § 19a Abs. 2 Satz 5 GWB können Feststellung und Verfügung uno actu ergehen. Die Darlegungs- und Beweislast, dass die beanstandete Verhaltensweise sach-

5 Grünwald, in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder, § 19a GWB Rn. 1.

6 § 19a GWB adressiert deshalb de facto nur einen sehr überschaubaren Kreis von Digitalunternehmen. BT-Drucksache 19/23492, S. 75.

7 Grünwald, in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder, § 19a GWB Rn. 2.

lich gerechtfertigt ist, obliegt soweit dem Unternehmen (§ 19a Abs. 2 Satz 3 GWB). Mit der Beweislastumkehr stärkt der Gesetzgeber das Kartellamt in besonderer Weise.<sup>8</sup>

§ 19 a GWB ist kein gesetzliches Verbot i.S.d. § 134 BGB Damit sind die in § 19 Abs. 2 GWB adressierten Untersagungstatbestände nicht kraft Gesetzes von vorneherein nichtig, sondern ex nunc mit Rechtskraft der auf § 19a Abs. 2 gestützten konkreten Untersagungsverfügung.<sup>9</sup> Entsprechend gibt es bis zu einer Entscheidung des Kartellamtes auch keine zivilrechtlichen Unterlassungs- oder Schadensersatzansprüche. Erst wenn das betroffene Unternehmen die gerügten Verhaltensweisen in Folge nicht einstellt, indem es etwa weiter bei der Behandlung von Angeboten anderer Unternehmen unangemessene Vorteile fordert oder seine eigenen Angebote in unlässiger Weise bevorzugt, kommen zivilrechtliche Ansprüche in Betracht.

§ 19a GWB adressiert missbräuchliches Verhalten von Unternehmen mit „überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb“, ohne eine Legaldefinition zu formulieren. Die Charakteristika solcher marktübergreifenden Unternehmen gemäß § 19a Abs. Ziffer 1 bis 5, wie etwa marktbeherrschende Stellung, Finanzkraft, sein vertikaler Integrationsgrad, sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten oder sein Einfluss auf die Geschäftstätigkeit Dritter, sind keine abschließenden Kriterien. § 19a GWB will digitale Plattformunternehmen erfassen. Marktmächtige Unternehmen, die den Schwerpunkt ihrer Geschäftstätigkeit eindeutig im digitalen Bereich haben. Das Plattformgeschäft muss den Hauptteil des Geschäfts und damit den Großteil des Umsatzes ausmachen und darf nicht untergeordnet oder eine Nebentätigkeit sein.<sup>10</sup>

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob der Normtatbestand des § 19a Abs. 1 GWB nicht zu eng gefasst ist, und ob das Wettbewerbsrecht damit der Komplexität, der Innovations- und Anpassungsfähigkeit von digitalen Plattformgeschäftsmodellen perspektivisch überhaupt gerecht werden kann. Wer ist überhaupt Normadressat? Sind es ausschließlich Unternehmen, die eine digitale Plattform anbieten oder solche, die ein Netzwerk oder einfach andere digitale Dienste betreiben? In jedem Fall steht nicht der Markt, auf dem das Unternehmen aktiv ist, im Vordergrund der kartellrechtlichen Missbrauchsprüfung, sondern die spezifische Wirkmächtigkeit des jeweiligen Unternehmens.

8 Grünwald, in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder, § 19a GWB Rn. 135, weist zu Recht darauf hin, dass diese Art der formellen und materiellen Beweislastumkehr „ohne Beispiel im deutschen Kartellrecht“ ist. Ob sie allerdings gleich verfassungsrechts- oder unionsrechtswidrig oder „verfassungsrechtlich bedenklich“ ist, wie Grünwald, in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder, § 19a GWB Rn. 138 f., formuliert, wird sich zeigen müssen. Jedenfalls ist der BGH in seinem Beschluss zur überragenden marktübergreifenden Bedeutung von Amazon für den Wettbewerb dieser Ansicht nicht gefolgt. Vgl. BGH Beschluss v. 23.4.2024, Az. KVB 56/22, Juris, Rn. 208 ff. und Ls. 1.

9 Grünwald, in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder, § 19a GWB Rn. 5 unter Hinweis auf die BT-Drucksache19/23492.

10 Zum sachlichen Anwendungsbereich von § 19a GWB siehe Grünwald, in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder, § 19a GWB Rn. 35 ff.

Entsprechend hat sich die Monopolkommission kritisch mit der Novellierung von § 19a GWB auseinandergesetzt.<sup>11</sup> Der Wettbewerbsrechtsbezug liegt bei dieser Sichtweise nicht auf digitalen Plattformen und Netzwerken, sondern auf dem umfassenderen Ökosystem, in dem sich diese Akteure bewegen. In ihrem 25. Hauptgutachten vom 8. Juli 2024 hat die Monopolkommission deshalb vorgeschlagen, den Normbereich des § 19a GWB zu erweitern und ausdrücklich auf „digitale Ökosysteme“ auszurichten,<sup>12</sup> „(...)um so in einer Gesamtbetrachtung digitale Ökosysteme und die daraus resultierenden besonderen Gefährdungslagen für den Wettbewerb angemessen zu identifizieren und adressieren zu können“.<sup>13</sup> Insbesondere „die Schaffung einer neuen Machtkategorie, die für die Normadressaten unter anderem eine Beweislastumkehr zur Folge (habe),(erfordere) jedoch auch aus ökonomischer Sicht eine fundierte Rechtfertigungsgrundlage“.<sup>14</sup>

Ausgehend von dem wirtschafts-ökonomischen Konzept des „digitalen Ökosystems“,<sup>15</sup> das zwischen produktbasierten und akteurbasierten – oftmals Multi-Produkt-Ökosystemen – unterscheidet, wird ein ökonomisches Prüfkonzept<sup>16</sup> entwickelt, das in drei Schritten zunächst systemische Faktoren, dann die wirtschaftliche Ökosystem-Macht des Betreibers und schließlich das Potenzial für Diskriminierungs- und Hebelpraktiken identifiziert. Von zentraler Bedeutung ist aus der Sicht dieses Ansatzes die Fähigkeit des Ökosystembetreibers mit der Ökosystemstruktur sog. nicht-generische Komplementaritäten zu organisieren. Darunter werden nicht standardisierte Verbundenheiten ohne vertikale Integration und eine gemeinsame Wertschöpfung verstanden, die die Akteure an das System wirtschaftlich und technisch binden, die Eintrittsbarrieren für Externe erhöhen und dem Betreiber Zugang zu allen relevanten Daten der Akteure und Endkunden gibt.

Wenn man sich das Ökosystem-Konzept näher anschaut, ist es ein interessanter wirtschaftsökonomischer Ansatz, der sicherlich die ökonomischen Auswirkungen und die systemische Komplexität der Digitalwirtschaft gut beschreibt, aber es ist meines Erachtens primär keine rechtstheoretische Kategorie mit der justiziable Tatbestände nachprüfbar erfasst werden können. Dieses Konzept findet sich entsprechend auch nicht im unionsrechtlichen Digital Markets Act (DMA).

Interessanterweise schlägt die Monopolkommission auch nicht etwa vor, den § 19a GWB ersatzlos zu streichen, oder das zentrale Kriterium der besonderen Missbrauchsaufsicht, nämlich der „überragenden marktübergreifenden Bedeutung eines Unternehmens für den Wettbewerb“ aufzugeben oder anzupassen.<sup>17</sup> Das wäre meines Erachtens konsequent. So besteht die Zielsetzung des Vorschlags vorrangig darin ein wirtschaftsökonomisches Methodenkonzept gesetzlich zu verankern, ohne

11 *Monopolkommission*.

12 *Monopolkommission*, Rn. 434.

13 *Monopolkommission*, Rn. K20.

14 *Monopolkommission*, Rn. 419. Dazu kommt aus Sicht der Monopolkommission erschwendend hinzu, dass der neue § 19a GWB „...Unschärfen hinsichtlich der Frage ...aufwerfe), wer eigentlich Normadressat ist.“

15 *Monopolkommission*, Rn. 410 ff.

16 *Monopolkommission*, Rn. 428 ff.

17 *Monopolkommission*, Rn. K20.

dass sich im praktischen Anwendungsergebnis am Kreis der erfassten Normadresaten etwas ändern wird: Es sind nach wie vor die großen Internetplattformen dieser Welt.

Es ist nicht auszuschließen, dass die rasante, exponentielle Entwicklung der Digitalwirtschaft, insbesondere mit Hilfe von Künstlicher Intelligenz, die Markt- und Rahmenbedingungen fundamental ändern werden. Dann wird der Normgeber den neuen Herausforderungen für einen freien und fairen Wettbewerb erneut begegnen müssen. Die bisherigen Beschlüsse des Kartellamts zeigen jedoch, dass § 19a GWG in seiner jetzigen Formulierung und zum jetzigen Zeitpunkt praxistauglich ist. Die jüngste Entscheidung des Kartellsenats des BGH<sup>18</sup> zur überragenden marktübergreifenden Bedeutung von Amazon für den Wettbewerb bestätigt diese Praxis in vollem Umfang.

### C. Digital Markets Act (DMA) – europäische Regulierung

Die Verordnung (EU) 2022/1925 des europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 – auf deutsch: Gesetz über digitale Märkte oder auf englisch: Digital Markets Act (DMA) – wurde am 12. Oktober 2022 im Amtsblatt der Union verkündet und ist gemäß Art. 54 Abs. 1 DMA am 20. Tag danach formal in Kraft getreten.<sup>19</sup>

Rechtsgrundlage ist die Harmonisierungskompetenz der Union auf Basis des Art. 114 AEUV. Deutschland hatte zusammen mit Frankreich, Polen und Italien schon frühzeitig eine klare Reaktion der Kommission auf die zunehmende wettbewerbsgefährdende Dominanz der großen Internetplattformen gefordert. Mit der GWB-Novelle übernahm Deutschland unbestreitbar eine Vorreiterrolle und konnte damit ordnungspolitische Maßstäbe für die digitale Plattformökonomie setzen.<sup>20</sup>

Anders als das GWB handelt es sich beim DMA nicht um eine wettbewerbsrechtliche Regelung, sondern um eine Regulierung mit ergänzendem wettbewerbsrechtlichem Charakter.<sup>21</sup> Der DMA verfolgt nach Ziffer 11 Erwägungsgrund das Ziel sicherzustellen, dass digitale Märkte unabhängig vom konkreten Verhalten eines sog.

- 18 BGH Beschluss v. 23.4.2024, Az. KVB 56/22. In diesem Beschluss hat der BGH die Beschwerde von Amazon gegen den Beschluss des Kartellamts, wonach Amazon eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb hat, zurückgewiesen. Entscheidend und neu ist dabei die Feststellung des Gerichts, dass die Tätigkeit des Unternehmens keine konkrete Gefahr für den Wettbewerb begründet oder ihn bereits beeinträchtigt hat. Die abstrakte tatsächliche Möglichkeit ist bereits ausreichend.
- 19 Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte), ABl. L 265 vom 12.10.2022, S. 1, S. 1. Siehe hierzu auch die Kommentierung von *Lodigkeit*, AnwZert ITR 2024/19, Anm. 3.
- 20 Grünwald, in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder, § 19a GWB Rn. 21. Die dort formulierte Einschätzung unter Angabe weiterer Quellen ist zutreffend.
- 21 Siehe Beschluss des BGH v. 23.4.2024, Az. KVB 56/22, Rn. 171 ff.

Torwächters „bestreitbar und fair sind und bleiben“. Das rechtliche Schutzinteresse der EU-Verordnung gilt dem objektiven wettbewerbsrechtlichen Status des digitalen Binnenmarkts, unabhängig vom konkreten Verhalten einzelner Marktteilnehmer. Diese Unterscheidung ist wichtig. Damit verstößt § 19a GWB nicht gegen Art. 1 Abs. 5 Satz 1 DMA, wonach Mitgliedstaaten Torwächtern keine weiteren Verpflichtungen im Anwendungsbereich des DMA auferlegen.<sup>22</sup>

Normadressat des DMA ist der bereits erwähnte „Torwächter“ oder „Gatekeeper“. Gemäß Art. 2 Ziffer 1 DMA in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 DMA und Art. 2 Nr. 4 DMA ist ein Torwächter ein Unternehmen, das auf einem Markt im digitalen Sektor, auf dem Dienste der Informationsgesellschaft gegen Entgelt elektronisch bereitgestellt werden, zentrale Plattformdienste bereitstellt, und nach Artikel 3 von der Kommission benannt worden ist. Unentgeltliche Dienste und nicht-gewinnorientierte Dienste gelten damit nicht als zentrale Plattformdienste.

Artikel 2 Ziffer 2 DMA zählt alle zentralen Plattformdienste enumerativ und abschließend auf:

- Online-Vermittlungsdienste
- Online-Suchmaschinen
- Online-Dienste sozialer Netzwerke
- Video-Sharing Plattform Dienste
- nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste
- Betriebssysteme
- Webbrowser
- virtuelle Assistenten
- Cloud-Computing-Dienste
- Online-Werbedienste

Den Status als Torwächter erhält das Unternehmen erst durch feststellenden Benennungsbeschluss nach Art. 3 Abs. 9 DMA.<sup>23</sup> Voraussetzung sind 1.) erheblicher Einfluss auf den Binnenmarkt, 2.) die Bereitstellung eines zentralen Plattformdienstes, der gewerblichen Nutzern als wichtiges Zugangstor zu Endnutzern dient und 3.) eine in Zukunft absehbare, oder bereits gefestigte und dauerhafte Position hinsichtlich seiner Tätigkeiten.

Dies soll immer dann der Fall sein, wenn bestimmte quantitative und qualitative Kriterien erfüllt werden, die auf ein bedeutendes Monetarisierungspotential schließen lassen, etwa durch die Höhe des Jahresumsatzes von mindestens 7,5 Milliarden Euro, eine Marktkapitalisierung von 75 Milliarden Euro bei demselben zentralen Plattformdienst in mindestens drei Mitgliedstaaten, oder mindestens 45 Millionen aktive EU-Endnutzer. Allerdings könnten die obigen Schwellenwerte den Eindruck erwecken, vom Unionsgesetzgeber sehr normadressatenspezifisch definiert worden zu sein, um gezielt bestimmte zentrale Plattformdienste als Torwächter adressieren

22 Beschluss des BGH v. 23.4.2024, Az. KVB 56/22, Rn. 173 ff.

23 Wiedemann, in: jurisPK-Internetrecht, Kapitel 1.3 Rn. 90 ff.

zu können. Die ansonsten sehr umfangreichen Erwägungsgründe der DMA sind an dieser Stelle jedenfalls recht vage (Ziffer 17 bis 20).

Andererseits hat die Kommission seit Ende 2022 umfangreiche Marktuntersuchungen und Stakeholder-Workshops durchgeführt und im September 2023<sup>24</sup> sechs Torwächter benannt: Alphabet, Amazon, Apple, Bytedance, Meta und Microsoft und deren 22 Plattformdienste. Die bekanntesten sind u.a. TikTok, Amazon Marketplace, Facebook, Booking, Google Maps, YouToube, Safari und Windows. Interessanterweise wurde das soziale Netzwerk X bislang nicht als Torwächter eingestuft.

Der DMA soll „bestreitbare und faire digitale Märkte“ sicherstellen.<sup>25</sup> Die Vorschriften des DMA konstituieren eine Art allgemeiner Marktordnung, einen Ordnungsrahmen für Torwächter und die von ihnen verwalteten zentralen Plattformdienste mit umfangreichen Berichtspflichten und Sanktionsmöglichkeiten. Aus der Teilnahme an einem digitalen Markt resultieren nach diesem Ansatz allgemeine und besondere Verhaltenspflichten, Vorgaben die der DMA im Wesentlichen in den Art. 5, 6 und 7 beschreibt und deren Einhaltung die Torwächter gemäß Art. 8 sicherzustellen haben. Anders als in der nationalen Missbrauchsaufsicht gelten diese Pflichten nur für die im Feststellungsbeschluss der Kommission genannten Plattformdienste des Torwächters. Andere Angebote, die z.B. quantitativen und qualitativen Kriterien nicht erfüllen, sind frei.<sup>26</sup> Das Umgehungsverbot des Art. 13 DMA sorgt dafür, dass Torwächter nicht auf freie Dienste zugreifen, um die Verpflichtungen für den benannten Dienst zu umgehen. Über die Einhaltung der Verpflichtungen ist dabei regelmäßig ausführlich und transparent Bericht zu erstatten (Art. 11 DMA). Die Kommission hat umfangreiche Nachprüfungskompetenzen (Art. 23 DMA) und starke Sanktionsmöglichkeiten über Geldbußen in Höhe von 10 Prozent des weltweiten Umsatzes und Zwangsgelder (Art. 30,31), wenn sie in einem sog. „Nichteinhaltungsbeschluss“ gem. Art. 29 DMA feststellt, dass ein Torwächter seinen Verpflichtungen aus dem DMA nicht nachkommt.

Die Verpflichtungen, denen Torwächter und ihre zentralen Plattformdienste unterworfen sind, sind in dem DMA zum Teil sehr detailliert beschrieben und technischer Natur. Sie folgen keinem systematischen Muster. Gleichwohl geht es wie in der nationalen Missbrauchsaufsicht des 19a GWB um bestimmte typische Verhaltenskategorien, wie beispielsweise:

1. Verbot der Selbstbevorzugung, z.B. Bevorzugung eigener Angebote des Torwächters beim Ranking von Suchergebnissen,
2. Unfaire Bündelungspraktiken, z.B. Vorinstallation von digitalen Produkten des Torwächters durch andere Hardwareanbieter,

24 Europäische Kommission, Digital Markets Act: Commission designates six gatekeepers, Pressemitteilung, 5. September 2023, IP/23/4328.

25 Wiedemann, in: jurisPK-Internetrecht, Kapitel 1.3 Rn. 88 ff.

26 Grünwald, in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder, § 19a GWB Rn. 38, der zu Recht darauf hinweist, dass anders als das Karelrecht, Anknüpfungspunkt des DMA nicht das Unternehmen als solches ist, sondern die jeweiligen Dienstleistungen und Angebote.

3. Kopplungsverbot und Hebeln von Marktmarkt auf andere Märkte, z.B. Automatisches Einloggen in das Mail-Programm, wenn ein anderes Programm aufgerufen wird oder zwangsweises Registrieren bei weiteren zentralen Diensten des Torwächters,
4. Datenzusammenführung, z.B. Endnutzer oder Unternehmen müssen der Verarbeitung von Daten aus verschiedenen Diensten oder für Zwecke des Torwächters zustimmen,
5. Erschwerung von Interoperabilität und Datenportabilität,
6. Forderung von unangemessenen Vorteilen, z.B. Angebote Dritter auf der Suchmaschine werden von der Erteilung von Gratislizenzen abhängig gemacht,
7. Verbot von Paritäts- und Anti-Steeringklauseln, z.B. gewerbliche Anbieter dürfen nicht daran gehindert werden, dieselben Angebote auch direkt oder über andere Online-Vermittlungsdienste zu anderen Konditionen anzubieten.

#### **D. Fazit**

Die Erfahrung mit digitalen Märkten, mit der Plattformökonomie zeigen, dass die Geschäftsmodelle nicht statisch, sondern höchst komplex, innovativ und dynamisch sind. Die Effekte von Künstlicher Intelligenz werden diesen Trend noch verstärken. Insofern kann man in der Tat zur Beschreibung dieses wirtschaftlichen Phänomens von „dynamischen digitalen Ökosystemen“ sprechen. Rechtlich stellt sich damit die Frage, wie sich diese grenzüberschreitenden Systeme auch zukünftig fair und ohne Wettbewerbsverzerrungen regulieren lassen. Der DMA in Verbindung mit nationalem Wettbewerbsrecht, wie z.B. 19a GWG, ist ein guter Regulierungsansatz und macht deutlich, dass mächtige internationale Internetplattformen nicht außerhalb des nationalen oder europäischen Recht stehen. Dieses klare Signal ist meines Erachtens umso wichtiger, als im digitalen Zeitalter Plattformen eine solche faktische Marktmacht erreichen können, dass der gesetzgeberische Regelungsanspruch ins Leere geht. Der aktuelle Fall TikTok in den USA zeigt eindringlich, dass trotz eindeutigen Parlamentsbeschlüssen von Kongress und Senat ein gesetzliches Verbot nicht umgesetzt wird, weil der populistische Wille über 180 Millionen amerikanischer Nutzer dem entgegenstehen. Fraglich ist auch, inwieweit die Instrumente des Wettbewerbsrechts Entwicklungen regeln können, die wir aktuell beobachten, wo sich quasi monopolartige wirtschaftliche Stärke mit der Macht der Oligarchen der sozialen Medien und der Nähe zur Politik verbündet. Elon Musk und die Plattform X ist das markanteste Beispiel. Die rasanten Fortschritte in der Weiterentwicklung von Künstlicher Intelligenz, nochmals exponentiell beschleunigt durch die gigantischen Investitionen in das Projekt Stargate, werden auch vor den zentralen Plattformdiensten nicht halt machen. Georg Ress<sup>27</sup> hat in einem anderen Zusammenhang vorausschauend, überzeugend und detailliert auf die Gefahren und Herausforderungen der Künstlichen Intelligenz hingewiesen. Die ungesteuerte und manipulative

27 Ress, ZÖR 2023/3, S. 395 ff.

Seite Künstlicher Intelligenz wird auch vor digitalen Plattformmärkten nicht halt machen und neue angemessene Regelungen erfordern.

### Bibliographie

- GRÜNWALD, ANDREAS, § 19a GWB, in: Jaeger, Wolfgang; Kokott, Juliane; Pohlmann, Petra; Schroeder, Dirk (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 109. Lieferung, Köln, September, 2024
- MONOPOLKOMMISSION, *Hauptgutachten: Wettbewerb 2024, XXV. Hauptgutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB*, Baden-Baden, 2024
- LODIGKEIT, KLAUS, *Der Digital Markets Act (Teil 1)*, AnwaltZertifikatOnline IT-Recht, 2024 (19), Anm. 3
- WIEDEMANN, FABIAN, *Kapitel 1.3 Digital Markets Act*, in: Heckmann, Dirk; Pascke, Anne (Hrsg.), juris PraxisKommentar Internetrecht – Das Recht der Digitalisierung, 8. Auflage, Online-Ressource, 2024
- RESS, GEORG, *Maschinenbewusstsein durch Künstliche Intelligenz und die Auswirkungen auf das Europarecht und Völkerrecht*, Zeitschrift für öffentliches Recht, 2023, Jg. 78(3), S. 395–434



© Ulrich Nussbaum