

Entflechtung von Digitalunternehmen nach § 32f GWB – Neue Eingriffsinstrumente des BKartA nach der 11. GWB-Novelle

Tristan Rohner*

Abstract:

Immer wieder wird die Zerschlagung von Meta, Alphabet und anderen Digitalkonzernen gefordert. Im europäischen und deutschen Kartellrecht fehlte es bisher an der Möglichkeit einer missbrauchsunabhängigen Entflechtung. Entflechtungen aufgrund eines Marktmachtmissbrauchs sind zwar theoretisch möglich, setzen aber den kleinteiligen Nachweis eines Missbrauchs voraus, der nicht auch durch mildere Maßnahmen beseitigt werden kann. In Deutschland hat sich dies mit der 11. GWB-Novelle und der Einführung von § 32f Abs. 4 GWB geändert. Dort ist eine Entflechtung unabhängig vom Vorwurf des Marktmachtmissbrauchs vorgesehen. Der Beitrag beantwortet daran anknüpfend die Forschungsfrage: Sind auf Grundlage von § 32f Abs. 4 GWB Entflechtungen auf digitalen Märkten möglich?

Im Ergebnis wird sich zeigen, dass gerade bei vertikalen und konglomeraten Verflechtungen in digitalen Ökosystemen nur eine eigentumsrechtliche Entflechtung Wettbewerbsstörungen wirksam beseitigen kann und deswegen auch nur dann rechtlich möglich ist. Ein mögliches Hindernis ist dabei aber die Sperrwirkung des DMA, befeuert durch unklare Konkurrenzregelungen in Art. 1 Abs. 5 und 6 DMA. Unabhängig von rechtlichen Hindernissen wird sich das Bundeskartellamt (BKartA) aber zunächst bei der Anwendung des § 32f Abs. 4 GWB auf Digitalunternehmen zurückhalten. Das ist angesichts des noch neuen DMA und des § 19a GWB, die speziell für die digitale Ökonomie geschaffen wurden, konsequent.

Trotzdem können § 32f GWB und die in Abs. 4 enthaltene Entflechtungsmöglichkeit für digitale Märkte Bedeutung erlangen. Sie sind eine „fall back option“, falls andere Instrumente wie der DMA nicht die erwünschten Erfolge bringen. Gleichzeitig sind sie Teil eines Lernprozesses und

* Prof. Dr. Tristan Rohner ist Juniorprofessor für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht in der digitalen Gesellschaft an der Bucerius Law School in Hamburg.

der Entwicklung hin zu einem flexibleren und proaktiveren Kartellrecht. Die Notwendigkeit hierfür stammt aus den Herausforderungen, mit denen Kartellrecht in der digitalen Ökonomie konfrontiert wurde. Statt neuen Herausforderungen hinterherzulaufen, sollten Lehren für flexible Regeln gezogen werden, die diesen Herausforderungen in Zukunft besser begegnen können.

I.	Missbrauchsunabhängige Entflechtung	236
II.	Entflechtung nach § 32f Abs. 4 GWB	239
	1. Mehrstufiges Verfahren	239
	2. Hohe Voraussetzungen der Entflechtung	240
	3. Wettbewerbsstörung als zentrale Voraussetzung	241
III.	Entflechtung von Digitalunternehmen	242
	1. Marktmacht: Horizontale Entflechtung	242
	2. Digitale Ökosysteme: Vertikale und konglomerate Entflechtung	244
	a) Wettbewerbliche Probleme in digitalen Ökosystemen	245
	b) Beispiel: Google AdTech	248
	c) Entflechtung statt Einzelmaßnahmen	250
	d) Milderer Mittel: „Interne“ Entflechtung	251
IV.	Hindernisse für eine Entflechtung nach § 32f GWB	252
	1. Verhältnis zum DMA	253
	a) Konkurrenz zum Kartellrecht	253
	b) Sperrwirkung des DMA	255
	c) Auflösen der Konkurrenz	257
	2. Kein nationaler Alleingang	257
V.	Die Bedeutung nationaler Experimente	258
	1. Eine „fall back option“	259
	2. Internationaler Diskurs	260
	3. Lernprozesse	261
V.	Fazit	262

I. Missbrauchsunabhängige Entflechtung

Immer wieder werden Entflechtungen mächtiger Unternehmen gefordert. Die Debatte hierzu begann in Deutschland schon weit vor der Digitalisierung mit dem Josten-Entwurf für ein Kartellgesetz aus dem Jahr 1949, der umfangreiche Entflechtungsoptionen enthielt.¹ Diese Debatte wurde mehrfach wiederbelebt, so beispielsweise im Jahr 2010, als der damalige Wirtschaftsminister Rainer Brüderle eine Gesetzesänderung vorschlug, die

1 Vgl. hierzu auch *Wagner-von Papp*, in: Kirk/Offergeld/Rohner (Hrsg.), Kartellrecht in der Zeitenwende, 2023, S. 33, 35 ff.; *Mendelsohn*, in: Kirk/Offergeld/Rohner (Hrsg.), Kartellrecht in der Zeitenwende, 2023, S. 245, 246; BKartA, 60 Jahre Bundeskartellamt 1958-2018, 2018, www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Broschuere_n/60_Jahre_Jubilaeumsbroschuere.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (abgerufen am 25.03.2024), S. 9.

ebenfalls eine missbrauchsunabhängige Entflechtung enthielt.² Umgesetzt wurden beide Entwürfe bekanntermaßen nicht. Als Beispiele für erfolgreiche, wettbewerblich motivierte Entflechtungen werden regelmäßig die Aufspaltung von AT&T in die Baby Bells in den USA und die Entflechtung des Flughafenbetreibers in Großbritannien 2009 angeführt.³

Auch in der Debatte um das Zähmen der „digitalen Giganten“ ist der Vorschlag von Entflechtungen nicht neu.⁴ Regelmäßig steht er sowohl in der Europäischen Union als auch in den USA auf den Tagesordnungen.⁵ In der EU wurde die Entflechtung von Digitalunternehmen 2014 vom Europäischen Parlament ins Spiel gebracht.⁶ Aktuell führt die Europäische Kommission ein Verfahren gegen Google in Sachen „AdTech“ und erachtet laut dem „statement of objections“ als einzige Abhilfemaßnahme eine Entflechtung als erfolgversprechend.⁷ In diesem Verfahren geht es um den Vorwurf eines Marktmachtmissbrauchs. In solchen Fällen ist sowohl nach geltendem europäischen als auch nach deutschem Recht eine Entflechtung theoretisch möglich, steht aber vor hohen Hürden.⁸

In den USA wurde eine Entflechtung schon 2001 in einem Verfahren gegen Microsoft zunächst angeordnet, aber in nächster Instanz letztlich wieder aufgehoben.⁹ Auch das DOJ führt ein Verfahren gegen Google in Sachen AdTech und hat hier ebenfalls die Entflechtung als mögliche Abhilfemaßnahme ins Gespräch gebracht.¹⁰

2 Zum Text des Entwurfs Monopolkommission, Sondergutachten 58, 2010, S. 46 f.

3 Bspw. www.bmwk.de/Redaktion/DE/Meldung/2022/20220920-bmwk-legt-entwurf-zur-verschärfung-des-wettbewerbsrechts-vor.html (abgerufen am 25.03.2024); vgl. dazu auch kritisch *Usman*, University of Pennsylvania Law Review 2022, 170:2, 523, 524; *Jorde/Sidak/Teece*, Yale Journal on Regulation 2000, 17:1, 1.

4 *Franck/Peitz*, Beitrag auf verfassungsblog.de v. 06.09.2021, How to Challenge Big Tech, <https://verfassungsblog.de/dsa-dma-power-12/> (abgerufen am 25.03.2024).

5 Vgl. zur amerikanischen Diskussion und mit einem Überblick, aber kritisch *Crandall*, Review of Industrial Organization 2019, 54:4, 627, 627 ff.

6 www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2014-0071_EN.html (abgerufen am 25.03.2024).

7 Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 14.06.2023, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3207 (abgerufen am 25.03.2024).

8 *Kruse/Schlimpert*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, Art. 7 VO Nr. 1/2003, Rn. 22 f.; *Spiecker*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, § 32 GWB, Rn. 59 ff.

9 <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/87/30/2307082/> (abgerufen am 25.03.2024); <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/253/34/576095/> (abgerufen am 25.03.2024).

10 Vgl. www.justice.gov/opa/pr/justice-department-sues-google-monopolizing-digital-advertising-technologies (abgerufen am 25.03.2024); Interview mit Justus Haucap auf capital.de v. 17.09.2023, „Google wird mit allen Mitteln versuchen, eine Zerschlagung

Die Probleme, denen die Entflechtung der digitalen Giganten begegnen soll, sind ebenfalls nicht neu, aber weiterhin hochaktuell. Deren Markt-, Finanz- und Datenmacht führt immer wieder zu neuen wettbewerblichen Problemen.¹¹ Hinzu kommen die digitalen Ökosysteme, die von diesen Unternehmen betrieben werden und in denen verschiedenste digitale Dienste – und damit Märkte – verknüpft werden. Es stellen sich immer wieder wettbewerbliche Probleme. Dennoch müssen sich die Kartellbehörden auf Einzelmaßnahmen beschränken, die den Kern der Probleme unangetastet lassen.

In diesem Kontext ist es bemerkenswert, dass mit der 11. GWB-Novelle und dem neugeschaffenen § 32f Abs. 4 GWB eine missbrauchsunabhängige Entflechtung, gegen den Widerstand der deutschen Industrie¹², im deutschen Kartellrecht Einzug erhalten hat. Während die Vorschrift ursprünglich als Reaktion auf die vermeintlich nicht weitergereichte Spritpreisbremse vorgesehen war, wurde in den Debatten im Bundestag schnell der Bezug zur digitalen Entflechtung hergestellt.¹³ Das ist nur konsequent, denn wenn die Entflechtung in den letzten Jahren thematisiert wurde, dann im Zusammenhang mit Digitalkonzernen. Es scheint, als ob das Bundeskartellamt nun ein Instrument erhalten hat, um die digitalen Giganten zu zähmen.

Es stellt sich deswegen die Forschungsfrage:

Sind auf Grundlage von § 32f Abs. 4 GWB Entflechtungen auf digitalen Märkten möglich?

Im Ergebnis wird sich zeigen, dass dies möglich ist. Gleichzeitig sind die hohen Erwartungen aber etwas zu dämpfen. Zum einen besteht im Verhältnis zum DMA zumindest erhebliche Rechtsunsicherheit, zum anderen wird das BKartA trotz der Möglichkeit angesichts des noch neuen DMA vorerst keine Digitalunternehmen entflechten. Dennoch ist § 32f Abs. 4 GWB Teil einer wichtigen Entwicklung hin zu flexibleren und proaktiveren Regeln im digitalen Kartellrecht und darüber hinaus. Dieses Ergebnis ist gestützt auf

zu verhindern“; www.capital.de/wirtschaft-politik/us-kartellverfahren--droht-google-die-zerschlagung--33828886.html (abgerufen am 25.03.2024).

11 Vgl. umfassend *Podszun*, Empfiehlt sich eine stärkere Regulierung von Online-Plattformen und anderen Digitalunternehmen?, 2020.

12 So beispielsweise wiederzufinden im Wortprotokoll der 48. Sitzung in der 20. Wahlperiode des Wirtschaftsausschusses des deutschen Bundestages, www.bundestag.de/resource/blob/966486/a91c8518cac507c9081a09325b73b9ba/23-06-14_Wortprotokoll_48-Sitzung.pdf (abgerufen am 25.03.2024).

13 Deutscher Bundestag, Sitzungsprotokoll, 115. Sitzung des Deutschen Bundestages am Donnerstag, dem 6. Juli 2023, S. 14182 ff.

die Auslegung der neuen Merkmale des § 32f GWB (dazu II.) und deren Anwendung auf verschiedene Wettbewerbsstörungen in der digitalen Ökonomie (dazu III.). Diese Betrachtung ist aber eine rein theoretische. Die Frage muss ebenfalls in den Kontext rechtlicher, tatsächlicher und politischer Hindernisse gesetzt werden (dazu IV.). Dieser Kontext zeigt auch die eigentliche Bedeutung des neuen Instruments als „nationales Experiment“ (dazu V.).

II. Entflechtung nach § 32f Abs. 4 GWB

Die Entflechtung nach § 32f Abs. 4 GWB ist Teil eines mehrstufigen Verfahrens. Folgend auf eine Sektoruntersuchung nach § 32e GWB kann das BKartA eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs feststellen. Die Entflechtung ist eine mögliche Abhilfemaßnahme und die ultima ratio, wenn andere Maßnahmen keinen Erfolg versprechen.¹⁴

1. Mehrstufiges Verfahren

Die Maßnahmen auf Grundlage von § 32f Abs. 4 GWB setzen nach § 32f Abs. 1 GWB eine mit einem Abschlussbericht abgeschlossene Sektoruntersuchung nach § 32e GWB voraus. Zuständig für die Sektoruntersuchung und die anschließenden Maßnahmen ist ausschließlich das BKartA.

Auf Grundlage der Sektoruntersuchung kann das BKartA nach § 32f Abs. 3 S. 1 GWB eine „erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs auf mindestens einem mindestens bundesweiten Markt, mehreren einzelnen Märkten oder marktübergreifend“ feststellen. Diese Feststellung ist nach § 32f Abs. 3 S. 1 GWB aber nur dann möglich, wenn die herkömmlichen kartellrechtlichen Befugnisse nach den bei der Entscheidung vorliegenden Erkenntnissen voraussichtlich nicht ausreichen, um die Störung wirksam und dauerhaft zu beseitigen. Diese Subsidiarität macht es notwendig, dass das BKartA eine Prognose anstellt, ob die regulären Befugnisse mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zum Erfolg führen würden.¹⁵

14 Vgl. insgesamt zur Entflechtung nach § 32f Abs. 4 *Voges*, in: Kirk/Offergeld/Rohner (Hrsg.), Kartellrecht in der Zeitenwende, 2023, S. 59; *Rohner*, WuW 2023, 386.

15 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Deutscher Bundestag Drucksache 20/6824, 2023, S. 29.

In einem letzten Schritt, der mit der Feststellung der Wettbewerbsstörung verbunden werden kann, kann das BKartA Maßnahmen nach den § 32f Abs. 3 S. 6 und Abs. 4 GWB anordnen. Die allgemeine Regel des § 32f Abs. 3 S. 6 GWB umfasst alle Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art, die zur Beseitigung oder Verringerung der Wettbewerbsstörung erforderlich sind. Die eigentumsrechtliche Entflechtung nach § 32f Abs. 4 GWB im Sinne einer Verpflichtung, Unternehmensanteile oder Vermögen zu veräußern, ist ein Spezialfall dieser Abhilfemaßnahmen.

2. Hohe Voraussetzungen der Entflechtung

Die Entflechtung als ultima ratio ist an hohe Voraussetzungen geknüpft. Adressaten der Entflechtung können nur marktbeherrschende Unternehmen sowie Unternehmen mit einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb nach § 19a Abs. 1 GWB sein.¹⁶

Die Entflechtung muss nach § 32f Abs. 4 S. 1 GWB die Störung beseitigen oder erheblich verringern. Bei den allgemeinen Abhilfemaßnahmen des § 32f Abs. 3 S. 6 GWB genügt hingegen jegliche Verringerung. Auch diese Voraussetzung ist Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und der hohen Eingriffsintensität der Entflechtung geschuldet.¹⁷

Daneben verlangt § 32f Abs. 4 S. 2 GWB, dass vorrangig diese allgemeinen Maßnahmen als milderes Mittel gewählt werden müssen. Eine Entflechtung kann deswegen nur angeordnet werden, wenn diese nicht möglich sind, eine geringere Wirksamkeit aufweisen oder zu größeren Belastungen für das Unternehmen führen. Auch die allgemeinen kartellrechtlichen Befugnisse sind vorrangig, wenn diese voraussichtlich ausreichend erscheinen, um die Störung des Wettbewerbs wirksam und dauerhaft zu beseitigen. Das gilt nach § 32f Abs. 3 S. 1 GWB schon für die allgemeinen Maßnahmen und deswegen auch für den Spezialfall der Entflechtung.

Schon der Adressatenkreis schränkt den Anwendungsbereich erheblich ein. Die separate Möglichkeit, die Feststellung der Wettbewerbsstörung anzufechten, hat außerdem das Potential, die Verfahren in die Länge zu

16 Vgl. zur Entflechtung von Plattformunternehmen *Bernhardt/Voges*, WuW 2023, 651.

17 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Deutscher Bundestag Drucksache 20/6824, 2023, S. 18.

ziehen und damit die Wirksamkeit der Maßnahmen zu untergraben.¹⁸ Die zusätzlichen Voraussetzungen sichern den Status der Entflechtung als ultima ratio.¹⁹ Insbesondere dürfte es eine große Hürde sein, darzulegen, dass nur eine Entflechtung die Wettbewerbsstörung beseitigen oder erheblich verringern kann.

3. Wettbewerbsstörung als zentrale Voraussetzung

Ob eine und welche Art der Entflechtung nach § 32f Abs. 4 GWB möglich ist, hängt maßgeblich davon ab, welche erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs das BKartA feststellt. Zu einer eigentumsrechtlichen Entflechtung kann es nur bei Wettbewerbsstörungen kommen, die allein durch diese als mildestes gleich geeignetes Mittel beseitigt werden können.

Was unter einer erheblichen und fortwährenden Störung des Wettbewerbs zu verstehen ist, ist nicht abschließend definiert. In § 32f Abs. 5 S. 3 GWB findet sich nur die Legaldefinition des Merkmals „fortwährend“, wonach die Störung über einen Zeitraum von drei Jahren dauerhaft oder wiederholt vorliegen muss. Die Gesetzesbegründung enthält die Definition der Erheblichkeit, die dann gegeben ist, wenn die Störung mehr als nur geringfügige negative Effekte auf den Wettbewerb hat.²⁰ Eine Definition des Begriffs der Wettbewerbsstörung existiert weder im Gesetzestext noch in der Gesetzesbegründung. Zur Konkretisierung finden sich im Gesetz lediglich in § 32f Abs. 5 S. 1 GWB Regelbeispiele und in § 32f Abs. 5 S. 2 GWB Prüfkriterien. Die Definition ist laut Gesetzesbegründung bewusst unterblieben. Stattdessen wird zur Konkretisierung neben den Regelbeispielen auf einen „wissenschaftlichen Konsens“ zu möglichen Störungslagen verwiesen.²¹

Allerdings ist auf Grundlage einer Auslegung der Regelbeispiele und Prüfkriterien zusammen mit der Gesetzesbegründung ein abstrahierender Schluss auf eine allgemeine Definition möglich. Die Prüfkriterien, Regelbeispiele und die Gesetzesbegründung enthalten im Schwerpunkt Verweise

18 Podszun/Rohner, Wirtschaftsausschuss des Deutschen Bundestags, Ausschussdrucksache 20(9)268, 2023, S. 19.

19 Podszun/Rohner, Wirtschaftsausschuss des Deutschen Bundestags, Ausschussdrucksache 20(9)268, 2023, S. 20 f.

20 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Drucksache 20/6824, 2023, S. 28.

21 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Drucksache 20/6824, 2023, S. 18, 35.

auf strukturelle Defizite und legen ein prozessuales Verständnis von Wettbewerb zu Grunde.²² Eine Störung des Wettbewerbs liegt demnach dann vor, wenn die Koordination der Entscheidungen der Marktteilnehmer nicht ungehindert erfolgt, weil strukturelle oder strukturell verhaltensbedingte Hindernisse den Prozess des Zusammenfindens von Angebot und Nachfrage beeinträchtigen.²³ Die Feststellung beruht dabei auf einer umfassenden Prüfung der Umstände des Einzelfalls.²⁴

III. Entflechtung von Digitalunternehmen

Auf dieser Grundlage ist zu untersuchen, ob auf digitalen Märkten erhebliche und fortwährende Störungen des Wettbewerbs vorliegen und ob diese eine Entflechtung rechtfertigen können. Je nach festgestellter Störung sind verschiedene Arten der Entflechtung möglich. Zielführend erscheint eine Entflechtung dabei vor allem bei vertikalen und konglomeraten Verflechtungen in digitalen Ökosystemen.

1. Marktmacht: Horizontale Entflechtung

Schon die Marktmacht der Digitalunternehmen kann als erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs angesehen werden. Die Marktanteile der großen Digitalunternehmen in ihren Kernaktivitäten sind über lange Zeiträume erheblich. So entfallen seit mindestens 2015 über 80% der weltweiten Desktopsuchmaschinenanfragen auf Google.²⁵ Facebook/Meta wird über den gleichen Zeitraum zugeschrieben, dass es bei der Social Media Nutzung einen beständigen Marktanteil von über 60% und teilweise erheblich mehr hat.²⁶

22 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Drucksache 20/6824, 2023, S. 34; Schweitzer, Ausschussdrucksache 20(9)264, 2023, S. 13.

23 Podszun/Rohner, Ausschussdrucksache 20(9)268, 2023, S. 17.

24 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Drucksache 20/6824, 2023, S. 34.; vgl. Franck, Ausschussdrucksache 20(9)262, 2023, S. 12; Mundt, NZKart 2023, 1, 2; Ackermann, ZWeR 2023, 1, 21.

25 Statista, Market share of leading desktop search engines worldwide from January 2015 to January 2024, 2024, www.statista.com/statistics/216573/worldwide-market-share-of-search-engines/ (abgerufen am 25.03.2024).

26 Statcounter, Social Media Stats Worldwide, <https://gs.statcounter.com/social-media-stats/all/worldwide/2014> (abgerufen am 25.03.2024).

Langanhaltende Machtpositionen können das Merkmal der erheblichen und fortwährenden Störung des Wettbewerbs erfüllen. Das zeigt das Regelbeispiel des § 32f Abs. 5 S. 1 Nr. 1 GWB. Die dort beschriebene „unilaterale Angebots- oder Nachfragemacht“ erfordert nach der Gesetzesbegründung, „dass der Wettbewerbsdruck auf mindestens einen Anbieter oder Nachfrager derart verringert ist, dass diese bzw. dieser über nicht hinreichend begrenzte Verhaltensspielräume hinsichtlich relevanter Wettbewerbsparameter wie Preise, Mengen, Auswahl oder Qualität der Produkte oder Leistungen verfügen bzw. verfügt.“²⁷ Dies entspricht dem Verständnis von Marktmacht nach § 18 GWB.²⁸ Auch das Prüfungskriterium in § 32f Abs. 5 S. 2 Nr. 1 GWB „Anzahl, Größe, Finanzkraft und Umsätze, Marktanteile, Konzentration“ umfasst typische Kriterien zur Bestimmung der Marktmacht und würde in Fällen hoher Marktmacht ebenfalls eine Wettbewerbsstörung nahelegen.

Die wettbewerbsschädlichen Auswirkungen hoher Marktmacht werden im Kartellrecht allgemein anerkannt. Hohe Marktmacht führt zu eingeschränkten Ausweichmöglichkeiten für die Marktgegenseite, sodass sich das dominante Unternehmen unabhängig von den (nicht vorhandenen) Wettbewerbern und der Marktgegenseite verhalten kann. Es hat deswegen auch keine Anreize, das eigene Angebot zu verbessern, günstiger zu produzieren oder innovativer zu sein. Damit besteht ein für die Wettbewerbsstörung typisches strukturelles Hindernis, das das Zusammenfinden von Angebot und Nachfrage stört.

Ob diese Probleme nur mit einer Entflechtung beseitigt oder erheblich verringert werden können, ist die für § 32f Abs. 4 GWB entscheidende Frage. Dabei ist vor allem die Art der Entflechtung relevant.

Der Marktmacht kann damit begegnet werden, dass diese verringert oder beseitigt wird. Dies kann im Wege einer horizontalen Entflechtung erfolgen. Die horizontale Entflechtung führt zu einer Aufspaltung des Unternehmens auf einem Markt. Bei einer eigentumsrechtlichen horizontalen Entflechtung muss das betroffene Unternehmen Teile der Angebotskapazitäten abstoßen, bspw. durch den Verkauf von Produktionskapazitäten.²⁹ Auf digitalen Märkten stößt die horizontale Entflechtung auf ein Problem. Die Marktmacht der betroffenen Unternehmen beruht auf Umständen, die durch eine Entflechtung nicht beseitigt würden. Einer der Gründe für die

27 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Drucksache 20/6824, 2023, S. 32.

28 Vgl. *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 2024, § 18 GWB, Rn. 88 ff.

29 *Von Hirschhausen/Neumann/Weigt*, Wirtschaftsdienst 2008, 322, 323.

hohe Konzentration in Plattformmärkten sind Netzwerkeffekte.³⁰ Plattformen profitieren von direkten Netzwerkeffekten, die daraus resultieren, dass der Nutzen, der aus einer Plattform gezogen wird, sich mit der Anzahl der anderen Nutzer erhöht. Bei indirekten Netzwerkeffekten ergibt sich die Steigerung im Nutzen aus der Anzahl der Nutzer auf der Marktgegenseite. Die Netzwerkeffekte können dazu führen, dass ein Markt „kippt“. Dieses „Tipping“ führt zu einem nahezu uneinholbaren Vorsprung des Unternehmers vor Wettbewerbern.³¹ Diese Besonderheit der digitalen Ökonomie in Form der Netzwerkeffekte und dem daraus resultierenden Tipping von Märkten bleibt auch nach einer Entflechtung bestehen. Nach einer kurzen Zeit des Wettbewerbs wäre zu prognostizieren, dass sich auf dieser Grundlage erneut ein marktmächtiges Unternehmen bilden würde.³² Aufgrund dieser Zweifel wird es in vielen Fällen schon an der nötigen positiven Prognose fehlen, die für eine Entflechtung nötig wäre: Die identifizierte Wettbewerbsstörung würde gerade nicht oder nur kurzzeitig beseitigt werden. Ob eine kurzzeitige Beseitigung schon als erhebliche Verringerung angesehen werden kann, ist zu bezweifeln. Angesichts der Schwere des Eingriffs einer Entflechtung ist diese gerade nicht angemessen, wenn von vorneherein anzuzweifeln ist, dass diese zu einer nachhaltigen Lösung der Wettbewerbsstörung führt.

Sieht man die Wettbewerbsstörung also allein in der Marktmacht der digitalen Giganten, dann ist eine (horizontale) Entflechtung nicht die Lösung. Allerdings ist es gerade auf digitalen Märkten zu kurz gegriffen, nur die Marktmacht in den Blick zu nehmen.

2. Digitale Ökosysteme: Vertikale und konglomerate Entflechtung

Wettbewerbsstörungen können auch daraus resultieren, dass die Unternehmen mehrere Dienste zu digitalen Ökosystemen verknüpfen, in denen Märkte in einer solchen Weise gekoppelt werden, dass die Dienste sich

30 Grundlegend *Rochet/Tirole*, Journal of the European Economic Association 2003, 1:4, 990.

31 *Katz/Shapiro*, The Journal of Economic Perspectives 1994, 8:2, 106; *Podszun*, Empfiehlst sich eine stärkere Regulierung von Online-Plattformen und anderen Digitalunternehmen?, 2020, S. 41 f.; *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, S. 12.

32 *Kwoka/Valetti*, Scrambled Eggs and Paralyzed Policy: Breaking Up Consummated Mergers and Dominant Firms, 2020, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3736613 (abgerufen am 25.03.2024), S. 24.

gegenseitig unterstützen, und der Erfolg des einen Dienstes und die Marktmacht auf einem Markt andere Dienste und Märkte positiv beeinflussen können. In solchen Fällen kann eine vertikale oder konglomerate Entflechtung zielführend und von § 32f Abs. 4 GWB gedeckt sein.

a) Wettbewerbliche Probleme in digitalen Ökosystemen

Verflechtungen auf horizontaler und konglomerater Ebene fallen in der digitalen Ökonomie besonders leicht. Die Digitalisierung erlaubt die Verknüpfung von und Kommunikation zwischen verschiedenen Diensten mit sehr geringen Transaktionskosten.³³ Informationen werden in Echtzeit weitergeleitet, Daten ausgetauscht und Dienste miteinander verkoppelt. Schon im analogen Bereich können vertikale und in geringerem Maße konglomerate Verflechtungen den Wettbewerb behindern.³⁴ Im digitalen Raum fällt die Abgrenzung zwischen vertikaler und konglomerater Verflechtung schwerer. Aktivitäten auf verschiedenen Marktstufen und ohne anfänglich ersichtlichen Sachzusammenhang können viel leichter füreinander nutzbar und miteinander verknüpft werden.³⁵

Die Vernetzung mehrerer Dienste kann in einem digitalen Ökosystem münden. Was ein digitales Ökosystem ausmacht, wird je nach Definitionsversuch unterschiedlich beurteilt.³⁶ Gemeinsam haben all diese Definitionen, dass dem Ökosystem die Vernetzung mehrerer Produkte oder Dienste zugrunde liegt. Nach einem Ansatz beschreiben digitale Ökosysteme Unternehmensstrukturen, die sich durch Modularität auszeichnen und deren einzelne Elemente zusammen Güter und/oder Dienstleistungen produzieren, weiterentwickeln und Entscheidungen diesbezüglich über Märkte, Sektoren und Hierarchien hinweg koordinieren.³⁷ Ein anderer Ansatz defi-

33 Podszun, Empfiehlt sich eine stärkere Regulierung von Online-Plattformen und anderen Digitalunternehmen?, 2020, S. 16.

34 Vgl. beispielsweise Christiansen/Knebel, in: MüKo Wettbewerbsrecht, § 36 GWB, Rn. 130 ff.

35 Podszun, Empfiehlt sich eine stärkere Regulierung von Online-Plattformen und anderen Digitalunternehmen?, 2020, S. 16; mit konkreten Beispielen zur digitalen Ökonomie Khan, Columbia Law Review 2019, 119:4, 973, 973 ff.

36 Vgl. umfassend Van den Boom, Regulating competition in the digital network industry: A proposal for progressive ecosystem regulation, 2023; Urban, Plattformbasierte Ökosysteme im Kartellrecht, 2023.

37 Eigene Definition nach Jacobides/Lianos, Industrial and Corporate Change 2021, 30:5, 1199, 1200 f.; Jacobides/Cennamo/Gawer, Strategic Management Journal 2018,

niert digitale Ökosysteme als Vernetzungen von Herstellern, Anbietern von Inhalten, Entwicklern, Verbrauchern und anderen, die zu einer Wertschöpfung im (Online-) Handel führen.³⁸ Konkreter werden sie auch als Systeme beschrieben, die auf gegenseitiger Abhängigkeit beruhen, beginnend bei Datenkonnektivität, verfestigt durch heutige Möglichkeiten des Internet of Things (IoT), z.B. Sensoren in Alltagsgegenständen oder Smart-Things / -Homes / -Watches etc..³⁹

Ein Beispiel sind mehrere digitale Dienste, die alle über ein Smartphone genutzt werden können und beim Kauf dessen vorinstalliert und als Standardeinstellungen gesetzt sind. Das Smartphone und die Dienste stammen dabei alle vom gleichen Unternehmen. So läuft nun auf dem Smartphone das Betriebssystem des Herstellers. Bei der Suche nach Restaurants in der Nähe wird die Karten-App und beim Zahlen im Restaurant die Cash-App des gleichen Unternehmens genutzt.

Begrifflich von digitalen Ökosystemen zu trennen sind digitale Plattformen, auch wenn diese häufig ineinandergreifen. Plattformen führen Nachfrage und Angebot von Gütern und Dienstleistungen zusammen. Sie können in einem Ökosystem eine entscheidende Rolle einnehmen, indem sie die Akteure des Ökosystems mit den Nutzern zusammenführen.⁴⁰

Die Verknüpfung von Märkten – auf die Spitze getrieben in digitalen Ökosystemen – hat das Potential, zu einer erheblichen und fortwährenden Störung des Wettbewerbs nach § 32f Abs. 4 GWB zu führen.

Die wettbewerblichen Probleme innerhalb dieser Strukturen sind nicht neu.⁴¹ Es handelt sich um Selbstbevorzugung und Kopplungspraktiken, die zu Lock-In-Effekten führen, und Hebelwirkungen, die die Marktmacht ausdehnen. Diese werden erleichtert und unterstützt durch die bereits beschriebenen Netzwerkeffekte, die zu kippenden Märkten und wachsender

39:8, 2255, 2263; Gawer, in: Gawer (Hrsg.), *Platforms, Markets and Innovation*, 2009, S. 45 ff.

38 Petropoulos, *Competition Economics of Digital Ecosystems*, 2020, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2020\)91/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)91/en/pdf) (abgerufen am 25.03.2024), S. 2.

39 Subramaniam, *Journal of Organization Design* 2020, 9:1, 1. Für eine tiefergehende Herleitung der Definition und Beschreibung von Digitalen Ökosystemen: Li/Badr/Biennier, *MEDES '12: Proceedings of the International Conference on Management of Emergent Digital EcoSystems, Digital Ecosystems: Challenges and Prospects*, 2012, 117. https://dl.acm.org/doi/abs/10.1145/2457276.2457297?casa_token=VZwKsPOYMOIAAAAA:hc52QJwa_AU8D75kar3LL9QbA2auQsw0Rvu_MJhgmlGaylnfi5J8-XeqiZweZkEmITIEKBvQmqgpOiE (abgerufen am 25.03.2024).

40 Jacobides/Lianos, *Industrial and Corporate Change* 2021, 30:5, 1199, 1201.

41 Vgl. Khan, *Columbia Law Review* 2019, 119:4, 973, 1015 ff.

Marktmacht führen können. Hinzu kommt die Möglichkeit, Informationen (als Daten) über mehrere Dienste und Märkte hinweg zu nutzen. Diese Phänomene haben schon singular betrachtet das Potential, erhebliche wettbewerbliche Probleme auszulösen.⁴² Nicht umsonst handelt es sich bei vielen dieser Praktiken um klassische Fallgruppen des Marktmachtmissbrauchs. In digitalen Ökosystemen verstärken sich deren Auswirkungen auf den Wettbewerb. Dies ergibt sich zunächst daraus, dass nicht nur zwei Märkte miteinander verknüpft werden, sondern eine Vielzahl. So kann die Marktmacht auf einem Markt nicht nur auf einem anderen Markt genutzt werden, sondern auf allen verknüpften Märkten. Die Leichtigkeit, mit der verschiedene Märkte im digitalen Raum verknüpft werden können, zeichnet die Ökosysteme aus und ermöglicht eine weitläufigere Ausdehnung der Marktmacht als im Analogen. Die Verknüpfung der Märkte erfolgt dabei beispielsweise durch einen Datenaustausch zwischen den Diensten, durch Benutzerkonten oder Profile, die für alle Dienste genutzt werden, oder durch Interoperabilität, die nur zwischen den eigenen Diensten ermöglicht wird. Das führt zu hohen Wechselkosten für Nutzer der Dienste, hält diese im Ökosystem und erhöht damit die Marktzutrittsschranken für potentielle Wettbewerber.⁴³ Hinzu kommen die bereits beschriebenen Probleme des digitalen Wettbewerbs. Die gewonnene – und leicht zu verteidigende – Marktmacht ist somit ein effektiver Hebel und breitet sich durch die beschriebenen Effekte besonders leicht aus.

In dem oben genannten Beispiel des Smartphones und der darauf vorhandenen Dienste findet das seinen Ausdruck darin, dass die Dienste vorinstalliert und als Standardeinstellungen gesetzt sind. Die Installation konkurrierender Dienste kann zusätzlich erschwert werden. Die eigenen Dienste profitieren von Verlinkungen und den Daten, die aus den anderen Diensten zur Verfügung gestellt werden. So kann die Bezahl-App Daten dazu erheben, wie viel der Nutzer für ein Essen im Durchschnitt auszugeben bereit ist. Der Karten-Dienst kann dies bei der nächsten Suche berücksichtigen und bildet damit die Präferenzen besser ab. Dieses – stark vereinfachte – Beispiel zeigt, dass Unternehmen, die konkurrierende Dienste anbieten und nicht über ein eigenes Ökosystem mit ähnlicher Größe verfügen, Schwierigkeiten haben können, den Diensten aus dem Ökosys-

42 Podszun, Empfiehlt sich eine stärkere Regulierung von Online-Plattformen und anderen Digitalunternehmen?, 2020, S. 40 ff.

43 Podszun, Empfiehlt sich eine stärkere Regulierung von Online-Plattformen und anderen Digitalunternehmen?, 2020, S. 18 f.; vgl. Farrell/Klemperer in: Armstrong/Porter (Hrsg.), Handbook of Industrial Organization - Volume 3, 2007, S. 1967.

tem Konkurrenz zu machen, auch wenn sie innovativere, bessere oder günstigere Dienste anbieten.

§ 32f GWB greift diese Problemstellung ausdrücklich auf. In den Regelbeispielen und dem Kriterienkatalog in § 32f Abs. 5 GWB, die die Wettbewerbsstörung als Voraussetzung der Entflechtung und anderer Maßnahmen weiter konturieren, findet sie sich wieder.

§ 32f Abs. 5 S. 2 Nr. 2 GWB behandelt das strukturelle Problem der Verknüpfung von Märkten. „Verflechtungen der Unternehmen auf den betroffenen, den vor- und nachgelagerten oder in sonstiger Weise miteinander verbundenen Märkten“ sollen bei der Prüfung, ob eine Störung des Wettbewerbs vorliegt, berücksichtigt werden.

Das Regelbeispiel in § 32f Abs. 5 S. 1 Nr. 2 GWB verweist auf „Beschränkungen des Marktzutritts, des Marktaustritts oder der Kapazitäten von Unternehmen oder des Wechsels zu einem anderen Anbieter oder Nachfrager“. Das umfasst technische, regulatorische und administrative Marktzutrittsbeschränkungen und insbesondere auch erhöhte Wechselkosten der Nachfrager.⁴⁴

Die Verknüpfung von Märkten und die digitalen Ökosysteme können somit zu einer erheblichen und fortwährenden Störung des Wettbewerbs führen. Die Marktstruktur ist durch die Verflechtungen im Ökosystem in einer solchen Weise verändert, dass das Zusammenfinden von Angebot und Nachfrage maßgeblich von dem Unternehmen beeinflusst werden kann, das auch das Ökosystem kontrolliert.

b) Beispiel: Google AdTech

Die Problematik lässt sich an mehreren aktuellen Verfahren zu Google AdTech weiter veranschaulichen. Betrachtet man das Ökosystem von Alphabet/Google, denkt man an die Google-Suche, Android, Maps, Shopping, Pixel und eine Vielzahl anderer Produkte und Dienste, die direkt an Verbraucher gerichtet sind. Der Konzern ist aber in erster Linie ein Werbeunternehmen.⁴⁵ Die Verfahren, die nun von der Europäischen Kommission, aber auch vom DOJ, geführt werden, zielen mitten ins Herz

44 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Drucksache 20/6824, 2023, S. 32 f.

45 Vgl. Statista, Annual revenue of Google from 2002 to 2023, 2024, www.statista.com/statistics/266206/googles-annual-global-revenue/ (abgerufen am 25.03.2024); Statista, Advertising revenue of Google from 2001 to 2023, 2024, www.statista.com/statistics/266249/advertising-revenue-of-google/ (abgerufen am 25.03.2024).

des digitalen Giganten. Es geht um die AdTech-Industrie.⁴⁶ Diese umfasst verschiedene Dienste. Webseitenbetreiber nutzen spezielle Server, um die Werbeslots auf ihren Webseiten zu verwalten (Ad Server). Werbetreibende nutzen Dienste, um ihre Werbekampagnen zu verwalten und Werbeslots zu kaufen (Ad Buying Tools). Beide treffen sich auf Plattformen, auf denen oft im Rahmen von Auktionen in Echtzeit Werbeslots auf Webseiten verkauft werden (Ad Exchange).

Google bietet Dienste in allen drei Kategorien an. „DoubleClick For Publishers“ („DFP“) ist ein Ad Server für Webseitenbetreiber. „Google Ads“ und „DV 360“ sind Ad Buying Tools. Die Ad Exchange von Google heißt „AdX“. Die Europäische Kommission hat Google nun in einem Statement of Objections mit ihren vorläufigen Vorwürfen konfrontiert. Hiernach sei Google mit seinem Ad Server „DFP“ und den Ad Buying Tools „Google Ads“ und „DV 360“ marktbeherrschend. Diese marktbeherrschenden Stellungen habe Google auf zwei Wegen ausgenutzt: Der Ad Server „DFP“ habe die Ad Exchange „AdX“ bevorzugt, indem diese beispielsweise Informationen über die Top-Gebote anderer Plattformen weiterleitete. Auf diesem Weg war klar, welchen Betrag AdX bieten musste, um einen Werbeslot zu gewinnen. Die Ad Buying Tools „Google Ads“ und „DV 360“ bevorzugten ebenfalls AdX, indem sie Gebote hauptsächlich auf dieser Plattform platzierten.

Anhand dieses Beispiels werden die potentiellen Probleme vertikaler und konglomerater Verflechtungen in digitalen Ökosystemen greifbar. Da es sich um digitale Dienste handelt, ist das Verknüpfen der verschiedenen Märkte leicht möglich. Daten auszutauschen und Gebote auf der eigenen Plattform zu platzieren ist nur mit geringen Transaktionskosten verbunden. Die wettbewerblichen Folgen können trotzdem enorm sein. Die Marktmacht eines Dienstes kann über die Verknüpfung auf andere Märkte ausgelehnt werden. An dem Fall Google AdTech ist bemerkenswert, dass Google sowohl auf der Angebotsseite (Ad Server) als auch auf der Nachfrageseite (Ad Buying Tools) tätig ist. Die Marktmacht auf beiden Seiten könnte demnach auf den Plattformmarkt ausgedehnt werden. Aus Sicht der Nutzer kann es zu einem Lock-In kommen. Die Nutzung der Ad Server auf der Angebotsseite und der Ad Buying Tools auf der Nachfrageseite kann auch zur Nutzung der Ad Exchange von Google führen. Auf dieser können sich

46 Darstellung nach Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 14.06.2023, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3207 (abgerufen am 25.03.2024).

die Wirkungen im Wege indirekter Netzwerkeffekte gegenseitig verstärken. Verflechtungen und Plattformen greifen in dem Ökosystem ineinander. Zu ähnlichen Ergebnissen ist auch das BKartA in der Sektoruntersuchung zu Online-Werbung im Jahr 2023 gekommen.⁴⁷

c) Entflechtung statt Einzelmaßnahmen

Den beschriebenen wettbewerblichen Problemen können die herkömmlichen kartellrechtlichen Werkzeuge nicht mehr beikommen. Insbesondere verhaltensbezogene Maßnahmen erscheinen wenig effektiv.⁴⁸ Die wettbewerblichen Probleme lassen sich in verschiedenen Einzelfällen zwar immer auf konkrete Maßnahmen zurückführen, werden dabei aber von einem Geschäftsmodell getragen, dessen Kern die Verknüpfung der verschiedenen Dienste und Märkte ist. Dementsprechend hilft die Untersagung einzelner Maßnahmen nur begrenzt weiter. Es kann schon schwerfallen, eine konkrete Maßnahme zu identifizieren, die als Missbrauch angesehen werden kann. Stattdessen müsste ein ganzes Bündel von Maßnahmen untersagt werden. Weiterentwicklungen in den technologischen Rahmenbedingungen und der Geschäftsstrategie können außerdem schnell dazu führen, dass die Maßnahmen – nach jahrelangem Verfahren – letztlich ins Leere gehen. Diese Flexibilität und Entwicklungsoffenheit aufgrund der Modularität zeichnen digitale Ökosysteme aus. In jedem Fall bleibt das zugrundeliegende Ökosystem bestehen und ermöglicht so neue Maßnahmen, die von den gleichen Voraussetzungen profitieren. Die wettbewerblichen Bedenken sind in einer solchen Situation in dem Ökosystem angelegt.⁴⁹

In dem Beispiel Google Ad Tech teilt die Europäische Kommission diese Auffassung in ihrem Statement of Objections. Eine verhaltensbezogene Anordnung scheint wenig erfolgversprechend, da Google die Selbstbevorzugung dann auf anderen Wegen umsetzen kann. Das inhärente Problem, dass Google hier auf allen drei Marktseiten (Angebot, Nachfrage, Plattform) tätig ist und auf zwei von diesen eine marktbeherrschende Stellung

47 BKartA, Sektoruntersuchung Online-Werbung, 2023, www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung_Online_Werbung_Abschlussbericht.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (abgerufen am 25.03.2024), S. 23 ff.

48 *Künstner*, Amazon entflechten, S. 35.

49 *Künstner*, Amazon entflechten, S. 70.

innehat, würde nicht beseitigt.⁵⁰ Darin sieht die Kommission einen Interessenskonflikt, der nur durch eine Entflechtung überkommen werden kann.

Auf diesem Weg könnte man auch zu einer missbrauchsabhängigen Entflechtung kommen. Eine solche Möglichkeit könnte nach § 32f Abs. 3 S. 1 GWB die Subsidiarität der Maßnahmen nach einer Sektoruntersuchung inkl. der Entflechtung nach Abs. 4 nach sich ziehen. Allerdings sind die Anforderungen an eine missbrauchsabhängige Entflechtung so hoch, dass unklar ist, ob diese wirklich nach hergebrachtem Kartellrecht erfolgen könnte. Die nach § 32f Abs. 3 S. 1 GWB anzustellende Prognose könnte demnach auch zu dem Ergebnis kommen, dass Maßnahmen nach den bisher bekannten kartellrechtlichen Befugnissen so unsicher sind, dass sie nicht ausreichend erscheinen, um die Störung des Wettbewerbs dauerhaft zu beseitigen.

d) Milderes Mittel: „Interne“ Entflechtung

Neben einer „echten“ eigentumsrechtlichen Entflechtung steht eine „interne“ Entflechtung (auch „legal unbundling“ genannt). Während die Entflechtung nach § 32f Abs. 4 GWB eine eigentumsrechtliche Trennung von Unternehmensteilen umfasst, beschränkt sich die interne Entflechtung auf die buchhalterische oder organisatorische Trennung. Auch die interne Entflechtung ist von § 32f GWB umfasst. Sie fällt allerdings nicht unter § 32f Abs. 4 GWB, sondern ist nach § 32f Abs. 3 S. 7 Nr. 6 GWB als allgemeine Maßnahme erfasst, die unter niedrigeren Voraussetzungen erlassen werden kann. Sie ist nach § 32f Abs. 4 S. 2 GWB vorrangig anzuordnen. Wenn eine interne Entflechtung möglich, ebenso wirksam und nicht stärker belastend ist, kann eine eigentumsrechtliche Entflechtung nicht angeordnet werden.

Praktisch lässt sich die interne Entflechtung beispielsweise über „Chinese Walls“ umsetzen. Diese beschreiben eine unternehmensinterne Trennung zwischen Geschäftsbereichen in der Form, dass Informationen zwischen den Bereichen nicht oder nur eingeschränkt ausgetauscht werden dürfen.⁵¹ „Chinese Walls“ werden regelmäßig eingesetzt, wenn der Informationsaustausch zwischen den Geschäftsbereichen rechtliche Risiken oder Compliance-Risiken mit sich bringt.

50 Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 14.06.2023, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3207 (abgerufen am 25.03.2024).

51 Armbrüster, ZIP 2020, 2305, 2305 ff.

Eine spezielle Form der internen Entflechtung – mit hoher Relevanz für die digitale Ökonomie – ist aus dem Facebook-Verfahren des BKartA bekannt. Das BKartA hat Facebook verboten, ohne Einwilligung der Nutzer, Daten eines Dienstes mit Daten anderer Dienste zu verknüpfen.⁵² Damit sind die Daten der einzelnen Dienste grundsätzlich zu trennen.

Die internen Entflechtungen sind aber nicht immer so wirksam wie eigentumsrechtliche Entflechtungen. Ihre Einhaltung ist kaum zu kontrollieren.⁵³ Informationsflüsse sind schwer nachzuvollziehen und müssen nicht dokumentiert werden, um ihre wettbewerbsschädliche Wirkung zu entfalten. Abseits dieser Durchsetzungsprobleme ändern auch funktionierende „Chinese Walls“ nichts daran, dass Anreize zur Bevorzugung auch ohne direkte Kommunikation bestehen bleiben. So ist es naheliegend, dass ein Dienst „aus dem gleichen Haus“ einen anderen Dienst bevorzugt, auch wenn hierzu keine Kommunikation stattgefunden hat. Daneben bleibt auch die Gefahr der Quersubventionierung.⁵⁴ Ein erfolgreicher Dienst kann so viel Gewinn erwirtschaften, dass die Marktposition eines anderen Dienstes mit diesen finanziellen Mitteln gestärkt werden kann.

Insgesamt zeigt sich, dass bei Verflechtungen in digitalen Ökosystemen eine „echte“ Entflechtung angezeigt sein kann, um die zugrundeliegende erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs zu beseitigen oder zumindest erheblich zu verringern. Wenn die hergebrachten kartellrechtlichen Mittel nicht zum Ziel führen und auch andere mildere Maßnahmen nach § 32f Abs. 3 GWB nicht greifen, dann können die Voraussetzungen des § 32f Abs. 4 GWB gegeben sein. Dieser liefert nun ein Werkzeug (auch) zur Entflechtung der digitalen Giganten.

IV. Hindernisse für eine Entflechtung nach § 32f GWB

Das deutsche Kartellrecht enthält mit § 32f Abs. 4 GWB nun ein Werkzeug, über das jahrelang diskutiert wurde: eine missbrauchsunabhängige Entflechtung. Diese gilt zwar für alle Unternehmen, doch aufgrund der Diskussionen um die ungebrochene Marktmacht der digitalen Giganten und wie dieser beizukommen ist, ist es naheliegend, § 32f Abs. 4 GWB auch auf diese anzuwenden. Kommt es nun also zur Entflechtung der

52 BKartA v. 6.2.2019, B6-22/15, S. 2 ff.

53 Bechtold/Bosch in: GWB - Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, FuskontrZusagLL 8. Leitfaden, Zusagen in der Fusionskontrolle, Rn. 87.

54 Gawer, *Organization & Management* 2022, 24:1, 110, 112 aE.

digitalen Giganten durch das BKartA? Die Antwort wird auf absehbare Zeit „Nein“ lauten. Das liegt aber nicht primär an vermeintlichen rechtlichen Hindernissen wie dem Verhältnis zum Digital Markets Act (Gesetz über digitale Märkte, DMA) und dem Territorialitätsprinzip. Stattdessen ist es der eigenen Zurückhaltung des BKartA geschuldet, das auf die Regulierung der digitalen Giganten durch den DMA und nicht auf deren Zerschlagung setzt.

1. Verhältnis zum DMA

Das Verhältnis des § 32f GWB zum DMA ist ungeklärt. Das liegt nicht zuletzt daran, dass es sich bei § 32f GWB um ein sehr junges Werkzeug des deutschen Kartellrechts handelt und auch der DMA nicht viel älter ist. In Zukunft können sich hier – nicht nur im Rahmen der Entflechtung – nicht leicht aufzulösende Fragen der Konkurrenz stellen.

a) Konkurrenz zum Kartellrecht

Der DMA enthält in Art.1 Abs.6 DMA eine spezielle Regel für das Konkurrenzverhältnis zum Kartellrecht und in Art.1 Abs.6 S.2 DMA im Speziellen zum nationalen Kartellrecht. Das europäische und das nationale Kartellrecht sollen vom DMA in weiten Teilen unangetastet bleiben. Ob die Regelung auch zugunsten von § 32f GWB greift, bleibt unklar, da dieser noch jünger ist als der DMA und noch nicht berücksichtigt werden konnte.

Zugunsten von § 32f GWB greift zunächst nicht Art.1 Abs.6 S.2 lit.a) DMA ein. Dieser lässt nationale Regelungen „zum Verbot von wettbewerbswidrigen Vereinbarungen, Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen, aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen und der missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung“ unberührt. Bei § 32f GWB handelt es sich aber um ein neues Werkzeug, das sich von diesen hergebrachten kartellrechtlichen Regelungen abgrenzt.⁵⁵

Art.1 Abs.6 S.2 lit.b) DMA enthält aber auch für andere nationale Regelungen eine Ausnahme, die über das gewöhnliche kartellrechtliche Instrumentarium hinausgehen und „mit denen andere Formen einseitiger Verhaltensweisen verboten werden, soweit sie auf andere Unternehmen als

⁵⁵ Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Deutscher Bundestag Drucksache 20/6824, 2023, S.17 f.

Torwächter angewandt werden oder Torwächtern damit weitere Verpflichtungen auferlegt werden“.

Diese Regelung passt perfekt auf eine andere Eigenart des deutschen Kartellrechts: § 19a GWB.⁵⁶ Dieser regelt „andere Formen einseitiger Verhaltensweisen“ und ist im Anwendungsbereich nicht deckungsgleich mit dem DMA. Es müssen nicht alle Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb auch als Torwächter nach dem DMA designiert sein, auch wenn es hier häufig zu Überschneidungen kommen wird. Daneben können auf § 19a GWB auch gegenüber Torwächtern Verpflichtungen gestützt werden, die über den Katalog der Art. 5-7 DMA hinausgehen.⁵⁷

Auf § 32f GWB passt diese Ausnahmeregelung allerdings nicht. § 32f GWB regelt (nicht nur) andere Formen einseitiger Verhaltensweisen. Stattdessen stehen – gerade bei Entflechtungen – strukturelle Probleme im Vordergrund. Es geht nicht um eine wettbewerbslich problematische Verhaltensweise, die abgestellt werden soll, sondern um die Auflösung von Wettbewerbsstörungen, die aus der Marktstruktur und einer Vielzahl von Verhaltensweisen resultieren.

Allerdings besteht bei § 32f GWB eine Besonderheit. Die Regelung existierte noch nicht, als der DMA erlassen wurde. Das Verhältnis konnte dementsprechend nicht mit der gleichen Klarheit geregelt werden. Es wäre deswegen naheliegend, den Rechtsgedanken des Art. 1 Art. 6 S. 2 lit. b) DMA heranzuziehen und im Sinne einer teleologischen Extension den Anwendungsbereich auf alle neuartigen Instrumente im nationalen Kartellrecht anzuwenden. Dies würde dazu führen, dass § 32f GWB und mit ihm die Entflechtungsmöglichkeit nach Abs. 4 auch gegenüber Torwächtern greifen würde, solange diesen „weitergehende Verpflichtungen“ auferlegt werden. Das nationale Recht muss über die Anforderungen der Art. 5-7 DMA hinausgehen. Nach dieser Auslegung dürfte eine Entflechtung nicht allein auf den Umstand gestützt werden, dass ein Torwächter ein Verhalten an den Tag legt, das schon ebenso unter diese Normen subsumiert werden könnte.

Eine derartige Auslegung sieht sich Kritik ausgesetzt. Art. 1 Art. 6 S. 2 lit. b) DMA lässt dem nationalen Gesetzgeber einen weiten Spielraum. Eine teleologische Extension einer Ausnahmeregel mit engem Anwendungsbe-

⁵⁶ Vgl. dazu Bongartz, WuW 2022, 72.

⁵⁷ Käseberg/Gappa, in: Podszun (Hrsg.), Digital Markets Act: DMA, 2023, Art. 1 DMA, Rn. 29; König, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2023, Art. 1 DMA, Rn. 43.

reich und weiter Rechtsfolge muss besonders begründet werden. Der eingeräumte weite Spielraum soll in solchen Situationen gerade dadurch begrenzt werden, dass der Anwendungsbereich möglichst eng definiert wird. Gleichzeitig zeigt die Entstehungsgeschichte, dass Art. 1 Abs. 6 S. 2 lit. b) DMA ein Zugeständnis speziell an die deutsche Regel des § 19a GWB ist.⁵⁸ Auch dies lässt den Schluss zu, dass die Ausnahme nicht extensiv auszulegen ist.

Diese restriktivere Auslegung würde zu dem Ergebnis führen, dass § 32f GWB von keinem der Ausnahmetatbestände des Art. 1 Abs. 6 DMA umfasst ist. Das Konkurrenzverhältnis muss dann anhand der allgemeinen Regel des Art. 1 Abs. 5 DMA beantwortet werden.

b) Sperrwirkung des DMA

Die allgemeine Konkurrenzregel des DMA enthält in Art. 1 Abs. 5 im Ausgangspunkt eine Sperrwirkung. Dort heißt es:

„Um eine Fragmentierung des Binnenmarkts zu vermeiden, erlegen die Mitgliedstaaten Torwächtern keine weiteren Verpflichtungen im Wege von Rechts- oder Verwaltungsvorschriften auf, um bestreitbare und faire Märkte zu gewährleisten. Diese Verordnung hindert die Mitgliedstaaten nicht daran, Unternehmen – einschließlich solcher, die zentrale Plattformdienste bereitstellen – für Angelegenheiten, die nicht in den Anwendungsbereich dieser Verordnung fallen, Verpflichtungen aufzuerlegen, sofern diese Verpflichtungen mit dem Unionsrecht vereinbar sind und nicht darauf zurückzuführen sind, dass die betreffenden Unternehmen den Status eines Torwächters im Sinne dieser Verordnung haben.“

Die unglücklich formulierte Sperrwirkung lässt mehrere Auslegungen zu. Zunächst ist das Verhältnis der beiden Sätze zueinander unklar. So könnte man S. 2 als Ausnahme von S. 1 verstehen. Dies würde dazu führen, dass die Mitgliedstaaten unter den Voraussetzungen des S. 2 Vorschriften erlassen dürfen, die ebenfalls dem Schutzzweck des DMA dienen: der Gewährleistung bestreitbarer und fairer Märkte.⁵⁹ Sieht man S. 1 und S. 2 als kumulative Anforderungen, ergeben sich drei Voraussetzungen unter

58 Käseberg/Gappa, in: Podszun (Hrsg.), Digital Markets Act: DMA, 2023, Art. 1 DMA, Rn. 28.

59 Käseberg/Gappa, in: Podszun (Hrsg.), Digital Markets Act: DMA, 2023, Art. 1 DMA, Rn. 17.

denen (auch) Torwächter Adressaten nationaler Regeln sein können: (1) Die Regeln müssen ein anderes Ziel verfolgen als bestreitbare und faire Märkte (S. 1), (2) sie müssten Angelegenheiten betreffen, die nicht in den Anwendungsbereich des DMA und damit nicht unter die Verpflichtungen der Art. 5-7 DMA fallen (S. 2) und (3) sie dürften nicht daran anknüpfen, dass die adressierten Unternehmen Torwächter im Sinne des DMA sind (S. 3).⁶⁰

Die dritte Voraussetzung ist für § 32f GWB und die Entflechtung irrelevant. Denn die Vorschrift knüpft nicht an die Designation als Torwächter nach dem DMA an. Die zweite Voraussetzung, dass die Regelungen nicht in den Anwendungsbereich des DMA fallen dürfen, ist indes problematischer. Außerhalb des Anwendungsbereichs des DMA liegen nur Sachverhalte, die andere Situationen betreffen als die, die in den Art. 5-7 DMA geregelt sind. Sollten also neue Verhaltensweisen umfasst sein, die der DMA noch nicht berücksichtigt, greift auch dessen Sperrwirkung nicht. Wenn es aber um die gleichen Verhaltensweisen geht, deutet der Wortlaut darauf hin, dass hier keine Regelungen ergriffen werden dürfen – auch keine strengeren. Art. 1 Abs. 5 DMA spricht nur davon, dass die Regelungen außerhalb des Anwendungsbereichs liegen müssen, während Art. 1 Abs. 6 DMA präziser formuliert, dass „weitere Verpflichtungen“ möglich sind. Nach jetzigem Stand der Diskussion würde sich die Entflechtung von Digitalunternehmen nach § 32f Abs. 4 GWB aber maßgeblich auch auf Umstände stützen müssen, die schon von den Art. 5-7 DMA umfasst sind. Viele der oben beschriebenen Verhaltensweisen, die bei Verflechtungen in den digitalen Ökosystemen zu Wettbewerbsstörungen führen, sind in den Art. 5-7 DMA geregelt. So beispielsweise in Art. 5 Abs. 2 lit. b) DMA das Verbot, bestimmte Daten zu kombinieren, oder das in Art. 6 Abs. 5 DMA enthaltene Verbot der Selbstbevorzugung.

Folgt man indes der Auslegung, dass S. 2 nur eine Ausnahme von S. 1 darstellt, wäre eine Regelung allgemein zulässig, solange sie nicht dem gleichen Schutzzweck des DMA folgt. Es bleibt also die Frage, ob § 32f GWB bestreitbare und faire Märkte gewährleisten soll. Als Teil des deutschen Kartellrechts verfolgt § 32f GWB den Schutz des Wettbewerbs. Die Regierungsbegründung präzisiert, dass § 32f GWB dem Zweck dient, Störungen des Wettbewerbs und dessen Auswirkungen zu adressieren, die von den

60 Käseberg/Gappa, in: Podszun (Hrsg.), Digital Markets Act: DMA, 2023, Art. 1 DMA, Rn. 17.

bisherigen Instrumenten nicht ausreichend umfasst waren.⁶¹ Gleichzeitig ist nicht zu verleugnen, dass Wettbewerbsschutz und die Bestreitbarkeit und Fairness von Märkten erhebliche Schnittmengen aufweisen. Deckungsgleich müssen diese beiden Ziele aber dennoch nicht sein. Die Ziele wurden gerade auch aus Kompetenzgründen in bewusster Abgrenzung zum Kartellrecht als Zielbestimmung des DMA gewählt.⁶²

c) Auflösen der Konkurrenz

Das Verhältnis von § 32f GWB zum DMA ist demnach von einigen Unsicherheiten geprägt, die nicht zuletzt auf die unklaren Formulierungen in Art. 1 Abs. 5 und 6 DMA zurückzuführen sind. Konsequenter und wünschenswert wäre es, § 32f GWB unter Art. 1 Abs. 6 DMA zu fassen und im Ergebnis ebenso zu behandeln wie § 19a GWB. Der Wortlaut von Art. 1 Abs. 6 S. 2 lit. b) DMA spricht aber dagegen. Eine teleologische Extension sollte dennoch zulässig sein. Die Einführung des § 32f GWB ist eine Entwicklung, die im DMA nicht berücksichtigt werden konnte. Es ist nicht ersichtlich, warum diese zweite Besonderheit des deutschen Kartellrechts anders behandelt werden sollte als der schon bekannte § 19a GWB. Wenn man dies mit Verweis auf eng auszulegende Ausnahmetatbestände ablehnt, würde das nicht unbedingt zu einer stärkeren Sperrwirkung führen. Je nach Auslegung von Art. 1 Abs. 5 DMA könnte es schon genügen, dass § 32f GWB als Teil des Kartellrechts eine andere Zielrichtung hat als der DMA, um nicht von der Sperrwirkung umfasst zu sein.

2. Kein nationaler Alleingang

Ein weiteres Hindernis könnte sein, dass das BKartA auf Grundlage von § 32f GWB als Teil des deutschen Kartellrechts Entflechtungen nur in Deutschland anordnen und durchsetzen kann. Rechtlich hindert dies das BKartA allerdings nicht an einem nationalen Alleingang. Eine Entflechtung kann auch nur für einen Staat angeordnet werden und Wirkungen erzielen. Aus der Fusionskontrolle ist bekannt, dass auch nur einzelne Staaten einen

61 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Deutscher Bundestag Drucksache 20/6824, 2023, S. 27.

62 Vgl. *Käseberg/Gappa*, in: Podszun (Hrsg.), Digital Markets Act: DMA, 2023, Art. 1 DMA, Rn. 3 ff.

Zusammenschluss untersagen können. Die Wirkungen einer solchen singulären Untersagung wären ähnlich denen einer Entflechtung.

In solchen Fällen müsste das betroffene Unternehmen entweder der Entflechtung Folge leisten oder im jeweiligen Staat die Geschäftstätigkeit einstellen. Soweit dies möglich ist, kann es die Entflechtung auch nur in diesem Staat vollziehen.

Dennoch ist nicht zu erwarten, dass das BKartA auf absehbare Zeit mit dem neuen Instrument die digitalen Giganten entflechten wird. So äußert sich zumindest der Präsident des BKartA, Andreas Mundt. Er sieht den Schwerpunkt der Rechtsdurchsetzung gegen die Digitalunternehmen bei § 19a GWB und dem DMA und nicht bei § 32f GWB.⁶³

Das erscheint konsequent. Das BKartA würde die Kooperation der europäischen Kartellbehörden und eine kohärente Rechtsanwendung unterlaufen, wenn es die direkte Konfrontation sucht. Diese Überlegungen liegen auch Art. 37 Abs. 1 DMA zu Grunde.⁶⁴ Die Forcierung eines solchen Konkurrenzverhältnisses zwischen GWB und DMA sowie zwischen BKartA und Europäischer Kommission wäre aktuell nicht zielführend. Die noch neuen Anforderungen des DMA sollten erst erprobt werden können. Genügen diese, die digitalen Giganten in die Schranken zu weisen, und können sie tatsächlich bestreitbare und faire Märkte gewährleisten, erübrigen sich strengere Anforderungen und Maßnahmen nach nationalem Recht. Der Europäischen Kommission sollte die Möglichkeit gegeben werden, die Durchsetzung dieser neuen Regeln erproben zu können.

V. Die Bedeutung nationaler Experimente

Hat damit § 32f GWB und insbesondere die Entflechtungsoption keine Bedeutung für die Debatte um die digitalen Märkte? Das wäre zu kurz gegriffen. Auch wenn die Regelung nicht in erster Linie auf die digitalen Giganten zielt und in naher Zukunft nicht oder nur zurückhaltend gegen diese zur Anwendung kommt, ist sie ein nationales Experiment mit erheblichem Potential für die Kartellrechtsdurchsetzung auf digitalen Märkten, für die anhaltende internationale Diskussion zur Entflechtung und zur weitergehenden Flexibilisierung des Kartellrechts.

⁶³ Mundt, WuW 2023, 521, 522.

⁶⁴ Vgl. Weck, NZKart 2023, 392.

1. Eine “fall back option”

Die Stärke des neuen Instruments nach § 32f GWB ist dessen Flexibilität. Der Begriff der Wettbewerbsstörung ist durch Regelbeispiele und Kriterien in § 32f Abs. 5 GWB zwar konturiert, aber so offen ausgestaltet, dass damit auf eine große Vielzahl von strukturellen Problemen reagiert werden kann. Gleiches gilt für die Maßnahmen, die auf dieser Grundlage ergriffen werden können.⁶⁵ Wie gezeigt, gilt das auch für digitale Märkte. Damit präsentiert sich § 32f GWB mit dem scharfen Schwert der Entflechtung als starke „fall back option“, falls der DMA scheitert und falls sich § 19a GWB als nationales Instrument als unzulänglich erweist.

Es ist noch nicht absehbar, ob diese speziell auf digitale Märkte zugeschnittenen Regelungen ihre Ziele erreichen können. Beide zeichnen sich dadurch aus, dass sie verbotene Verhaltensweisen konkret beschreiben.⁶⁶ Dadurch suchen sie die Nähe zum Regulierungsrecht und können auch als solches bezeichnet werden.⁶⁷ Das hat viele Vorteile. Eine Einzelfallprüfung, die vor allem das Kartellrecht im digitalen Bereich lange Zeit lähmte, ist damit nicht mehr nötig. Behörden, betroffene Unternehmen, aber auch private Kläger haben so eine größere Rechtssicherheit und können die Durchsetzung und ihr Verhalten vorhersehbarer planen. Nachteil der konkreten Benennung ist die fehlende Flexibilität. Der DMA enthält zwar mit Art. 13 DMA ein Umgehungsverbot, das die Anwendung etwas flexibler gestaltet, aber bei gänzlich neuen Herausforderungen nicht weiterhilft. Daneben existiert in Art. 12 DMA eine echte Update-Option, die eine Ergänzung der Art. 5-7 DMA im Wege der delegierten Rechtsakte durch die Europäische Kommission zulässt. Auch das ermöglicht eine größere Flexibilität, die aber einen Rechtssetzungsakt voraussetzt und in ihrer Wirkung auch nach Art. 12 Abs. 2 DMA begrenzt ist.

Sollten sich diese Regelungen als nicht effektiv erweisen, steht mit § 32f GWB nun ein flexibleres Instrument bereit. Es setzt zwar die Durchführung einer Sektoruntersuchung voraus, ist aber nicht auf Gesetzesänderungen oder weitere Regelsetzungen angewiesen und kann damit verhältnismäßig schnell auch auf gänzlich neue Herausforderungen reagieren.

65 Podszun/Rohner, Wirtschaftsausschuss Ausschussdrucksache 20(9)268, 2023, S. 19.

66 Podszun/Bongartz/Kirk, NJW 2022, 3249, 3251.

67 Vgl. Podszun/Bongartz/Langenstein, EuCML 2021, 60.

2. Internationaler Diskurs

Damit ordnet sich die Regelung in den internationalen Diskurs ein, der hin zu einem proaktiveren und flexibleren Kartellrecht führt. Das prominenteste Beispiel hierfür ist das New Competition Tool der Europäischen Kommission. § 32f GWB ist stark an dieses angelehnt.⁶⁸ Das New Competition Tool sollte ebenfalls wettbewerbliche Problemstellungen aufgreifen, die von den bisherigen kartellrechtlichen Instrumenten nur unzureichend erfasst werden konnten.⁶⁹ Auch wenn das New Competition Tool vorerst gescheitert ist, geht die Diskussion dazu und und zur Frage, ob ein solches neues Werkzeug doch nötig sein könnte, weiter.

§ 32f GWB ist Teil dieser Diskussion. Das nationale Experiment wird zeigen, ob es Anwendungsfälle gibt, in denen die neue Regelung einen Mehrwert gegenüber den bekannten Instrumenten bietet. Hierfür ist es besonders hilfreich, dass den Verfahren eine Sektoruntersuchung vorhergehen muss, sodass auf eine besonders umfassende Tatsachengrundlage zurückgegriffen werden kann, die auch die Evaluierung der Entscheidungen erleichtert. Gleichzeitig wird die Anwendung von § 32f GWB Probleme in der konkreten Ausgestaltung und bisher unbekannte Herausforderungen offenbaren. In kleineren Fällen wird sich zeigen, ob die Anforderungen zu hoch oder zu unbestimmt sind, um das Werkzeug effektiv einsetzen zu können. Schwierigkeiten bei der Durchsetzung werden klarer hervortreten. Die ersten Anwendungsfälle können für die weitere Diskussion außerdem eine erhebliche Prägekraft entfalten. Das zeigt sich an den Verfahren des DOJ gegen AT&T und der Entflechtung des Flughafenbetreibers British Airport Authority durch die CMA, die immer noch als Beispiele für gelungene Entflechtungen angeführt werden.⁷⁰

Damit kann § 32f GWB zu einem Vorbild für ähnliche Werkzeuge oder neue Regulierungen in anderen Staaten oder auf Ebene der Europäischen Union werden. Die Anwendung bringt wertvolle Lerneffekte für diese und andere neue Regelungen mit sich.

68 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Deutscher Bundestag Drucksache 20/6824, 2023, S. 16.

69 Motta/Peitz, Intervention triggers and underlying theories of harm: expert advice for the impact assessment of a new competition tool, 2020, <https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-03/kd0420575enn.pdf> (abgerufen am 25.03.2024).

70 Beispielsweise www.bmwk.de/Redaktion/DE/Meldung/2022/20220920-bmwk-1-egt-entwurf-zur-verscharfung-des-wettbewerbsrechts-vor.html (abgerufen am 25.03.2024); vgl. dazu auch kritisch Usman, University of Pennsylvania Law Review 2022, 170:2, 523, 524; Jorde/Sidak/Teece, Yale Journal on Regulation 2000, 17:1, 1.

3. Lernprozesse

Wie wichtig diese Lerneffekte sind, zeigt die Entwicklung, die das Kartellrecht in der digitalen Ökonomie bisher durchlaufen hat.⁷¹ Die langwierigen Verfahren der Europäischen Kommission gegen Google haben gezeigt, dass das Kartellrecht nur langsam auf neue Entwicklungen reagieren kann. Das ist nicht zuletzt auf die extensiven Auswirkungsanalysen zurückzuführen, die insbesondere durch die Europäische Kommission betrieben werden.⁷²

Die Erkenntnisse aus den Verfahren der Europäischen Kommission und aus dem Facebook-Verfahren des BKartA mündeten zunächst in § 19a GWB und im DMA. Dieser Prozess erstreckte sich aber über einen erheblichen Zeitraum. Zwischen der Einleitung des Verfahrens in Sachen Google Search (Shopping) im Jahr 2010 und dem Erlass des DMA 2022 liegen fast 12 Jahre. Und es bleibt weiterhin unklar, ob damit eine befriedigende Lösung der wettbewerblichen Probleme in der digitalen Ökonomie gefunden ist. Die diesem Bereich innewohnende Dynamik lässt eher den Schluss zu, dass andauernde Anpassungen in Reaktion auf neue Entwicklungen nötig werden.⁷³ Ein Beispiel sind die wettbewerblichen Probleme, die mit dem prognostizierten Aufstieg der Künstlichen Intelligenz auch in der Wirtschaft einhergehen. Der DMA äußert sich hierzu nicht.

Das sollte die Frage aufwerfen, ob bei jeder neuen Herausforderung – nicht nur in der digitalen Ökonomie – ein so langwieriger Lernprozess durchlaufen werden muss. Ein flexibleres Kartellrecht kann diesen Prozess erleichtern und abkürzen. Somit ist § 32f GWB ein Teil der Antwort. Gerade weil das New Competition Tool auf europäischer Ebene gescheitert ist, können nationale Regelungen nun zeigen, dass auch ein flexibleres Kartellrecht funktionsfähig ist. Statt also den Lernprozess immer wieder zu durchlaufen, sollte dieser zum Anlass genommen werden, Lehren für gute und flexible Regeln zu ziehen. Das erleichtert den Umgang mit jeder neuen Herausforderung.

71 Vgl. im Überblick auch *Lancieri/Neto*, Journal of Competition Law & Economics 2022, 18:3, 613, 613 ff.; *Jamison*, Boston College Intellectual Property & Technology Forum 2020, 1, 1 ff.

72 *Rohner*, Art. 102 AEUV und die Rolle der Ökonomie, 2023, S. 103 f.

73 Vgl. hierzu mit Vorschlägen zur Umsetzung *Rohner*, Art. 102 AEUV und die Rolle der Ökonomie, 2023, S. 310 ff.

V. Fazit

Zu Beginn des Beitrags hat sich die Forschungsfrage gestellt, ob auf Grundlage von § 32f Abs. 4 GWB Entflechtungen auf digitalen Märkten möglich sind.

Anhand der Voraussetzungen dieser Regelung konnte gezeigt werden, dass gerade bei vertikalen und konglomeraten Verflechtungen in digitalen Ökosystemen eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs auftreten kann, die nur durch eine „echte“ eigentumsrechtliche Entflechtung wirksam beseitigt wird. Ein mögliches Hindernis ist dabei die Sperrwirkung des DMA. Auch wenn nach hier vertretener Ansicht eine solche nur eingeschränkt besteht, wäre eine auf § 32f Abs. 4 GWB gestützte Entflechtung stets mit dem Risiko behaftet, dass sie als mit dem DMA unvereinbar angesehen wird. Dieses Risiko wird durch die unklare Formulierung von Art. 1 Abs. 5 und 6 DMA befeuert.

Unabhängig hiervon ist jedoch nicht zu erwarten, dass es in naher Zukunft auf digitalen Märkten zu Entflechtungen durch das BKartA kommen wird. Dies ist weniger rechtlichen Hindernissen geschuldet als einer bewussten Zurückhaltung des BKartA angesichts des noch neuen DMA und des § 19a GWB, die beide speziell für die digitale Ökonomie geschaffen wurden.

§ 32f GWB und die in Abs. 4 enthaltene Entflechtungsmöglichkeit sind dennoch nicht ohne Bedeutung für die digitalen Märkte. Sie sind Teil einer wichtigen Entwicklung hin zu einem flexibleren und proaktiveren Kartellrecht. Die Lernprozesse, die das Kartellrecht in der digitalen Ökonomie durchlaufen musste und weiterhin durchlaufen muss, zeigen die Notwendigkeit hierfür nicht nur im nationalen Kartellrecht, sondern auch auf europäischer Ebene. Statt zukünftigen Herausforderungen weiter hinterherzulaufen, sollten Lehren für flexible Regeln gezogen werden, die diesen Herausforderungen besser begegnen können.