

# **Alle Macht der EU-Kommission: Ist die zentralisierte Durchsetzung des Digital Markets Acts alternativlos?**

Theresa Mainusch\*

Inhalt	
A. Einführung	151
B. Erste Durchsetzungsebene: Die Kommission und die nationalen Behörden	152
I. Primäre Durchsetzungsinstanz: Die EU-Kommission	153
1. Die Verfahrensstruktur nach dem DMA	153
a) Benennung der Gatekeeper	154
b) Durchsetzungsverfahren	154
c) Nichteinhaltung und Sanktionierungsmaßnahmen	155
2. Umfang und Reichweite der behördlichen Durchsetzung in den Mitgliedstaaten	156
II. Verhältnis zum mitgliedstaatlichen (Wettbewerbs-)Recht	157
1. Regelungsgegenstände und Rechtsnatur	157
C. Zweite Durchsetzungsebene: Die Geltendmachung privater Ansprüche	159
I. Durchsetzungs- und Klagemöglichkeiten gegen Gatekeeper	159
1. Primärrechtliche Ansprüche	160
2. Sekundärrechtliche Ansprüche	160
3. Ansprüche aus nationalem Recht	161
a) „Nachbesserungen“ in Deutschland – die 11. GWB-Novelle	161
b) Schadenersatz- und Unterlassungsanspruch gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1004 BGB analog i.V.m. Art. 5 und 6 DMA	163
c) Anspruch gem. §§ 3, 3a UWG i.V.m. §§ 8, 10 UWG	165
D. Dritte Durchsetzungsebene: Die gerichtliche Durchsetzung	166
I. Beteiligung des EuGH	166
II. Beteiligung nationaler Gerichte	167
1. Zentralnorm Art. 39 DMA	167
2. Zuständigkeit der nationalen Gerichte	168
E. Durchsetzungsmodelle im Vergleich	169
I. Parallele Kompetenzverteilung – die Kartellverfahrensverordnung	169

\* Theresa Mainusch, LL.M., wissenschaftliche Mitarbeiterin bei White & Case LLP, Dresden (Germany). E-Mail: mainusch.theresa@web.de.

II.	Verweisungssystem – Art. 22 Fusionskontrollverordnung	171
III.	Dezentrale Durchsetzung	174
1.	Teilweise Dezentralisierung im Digital Services Act	174
2.	Nationale Aufsichtsbehörden in der Datenschutzgrundverordnung	175
IV.	Bewertung	177
F.	Fazit und Ausblick	177

## Abstract

Die Verordnung (EU) 2022/1925<sup>1</sup> über digitale Märkte (Digital Markets Act, DMA), die im Mai 2023 vollständig in Kraft getreten ist, ist eines der neuesten Instrumente zur Regulierung des digitalen Marktes. Sie zielt darauf ab, große und sehr große Online-Plattformen (sog. *Gatekeeper*) zu regulieren, die aufgrund ihrer Größe und Marktmacht die Entwicklung des digitalen Marktes bestimmen und so potenziell Nachteile zulasten kleinerer Wettbewerber verursachen können. Von besonderem Interesse ist der hierfür gewählte Durchsetzungsmechanismus, der speziell für den DMA geschaffen wurde. Im Mittelpunkt steht die öffentliche Durchsetzung durch die EU-Kommission. Dazu birgt die private Durchsetzung des DMA weitere rechtliche und praktische Probleme, etwa die Einbeziehung nationaler (Wettbewerbs-)Behörden und die Möglichkeit Privater, gegen eine Verletzung ihrer Rechte aus dem DMA vorzugehen. Ebenso interessant ist die Rolle der nationalen und internationalen Gerichte, die sich in Zukunft mit DMA-Fällen befassen werden. Zuletzt ordnet dieser Beitrag den zentralisierten Durchsetzungsmechanismus in einen breiteren Kontext ein: Ein Vergleich von Verordnungen mit ähnlichen Regelungsgegenständen und deren Durchsetzungsmechanismen hilft, positive und negative Aspekte der neuen Verordnung zu erkennen.

### All power to the EU Commission: Is there an Alternative Solution to the Centralized Enforcement of the Digital Markets Act?

Entering into full applicability in May 2023, the Digital Markets Act (DMA), Regulation (EU) 2022/1925 is amongst the recent tools to regulate the digital market within the EU. It aims to establish legal boundaries for large and very large online platform services (*Gatekeeper platforms*) which are through their size and market power dictating market development as well as potentially causing and enabling market distortions to the disadvantage of smaller competitors. A field of particular interest is the enforcement mechanism which was created uniquely for the DMA. It is centered around public enforcement by the Commission. The private enforcement of the DMA arguably holds a similar amount of legal and practical problems

1 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 265/1 (12.10.2022).

such as the inclusion of national (competition) authorities and the ability of private entities to address a violation of rights under the DMA under national law. Equally interesting are the roles of the national and international courts that will be handling future DMA-cases. Lastly, this article is placing the centralized enforcement mechanism in a broader context: A comparison legal acts within a similar scope of regulation and their enforcement-mechanisms aids the finding of both positive and negative aspects of the new Regulation.

**Keywords:** Digital Markets Act, DMA, Enforcement, Centralization, European Commission, Regulation (EU) 2022/1925

## A. Einführung

„Das Gesetz über digitale Märkte wird die digitale Landschaft grundlegend verändern.“<sup>2</sup> So wird der erwartete Effekt des sog. Digital Markets Act (DMA) – Gesetz über Digitale Märkte, VO (EU) 2022/1925, von *Margarethe Vestager*, der Exekutiv-Vizepräsidentin der Europäischen Kommission für das digitale Zeitalter, zusammengefasst. Gleichzeitig rücken mit dieser knappen Aussage die dahinterstehenden großen Hoffnungen in die Verordnung in den Vordergrund. Der DMA bildet neben dem Digital Services Act (DSA), VO (EU) 2022/2065, eine der Schlüsselmaßnahmen der EU-Digitalstrategie.<sup>3</sup> Es dauerte gerade einmal zwei Jahre vom Vorschlag des DMA im Dezember 2020 bis zum finalen Gesetzestext und dessen Inkrafttreten am 1. November 2022.<sup>4</sup> Der Schwerpunkt der Verordnung liegt auf der Regulierung und Eindämmung der Macht großer und sehr großer Online-Plattformen (sog. „Gatekeeper“), die vor allem aufgrund ihrer Größe in der Lage sind, auf nachgelagerte Märkte erheblichen Einfluss zu nehmen und potentiell den Marktzugang zum Nachteil kleinerer Wettbewerber zu beschränken oder letztlich zu versperren.<sup>5</sup> Bis zum 6. September 2023 wurden die ersten Gatekeeper durch die Kommission designiert und am 25. März 2024 verkündete die Kommission, dass gegen drei der Gatekeeper Verfahren aufgrund potentieller Verstöße gegen den DMA eingeleitet wurden.<sup>6</sup>

Wenig überraschend befinden sich unter den ersten designierten Gatekeepern einige der bedeutsamsten und größten Plattformanbieter: *Amazon.com Inc.*, *Apple*

2 *Europäische Kommission*, Gesetz über digitale Märkte: Vorschriften für digitale Torwächter zur Gewährleistung offener Märkte treten in Kraft, Pressemitteilung v. 31. Oktober 2022, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip\\_22\\_6423](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_22_6423) (4.4.2024).

3 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Gestaltung der digitalen Zukunft Europas, COM(2020) 67 final; Kerber, ZD 2021, S. 544.

4 Herbers, RDi 2022/6, S. 259.

5 Guersent, WuW 2021/2, S. 69.

6 *Europäische Kommission*, Digital Markets Act: Commission designates six gatekeepers, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_23\\_4328](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_4328) (4.4.2024); *Europäische Kommission*, Kommission leitet Verfahren gegen Alphabet, Apple und Meta gemäß dem Gesetz über digitale Märkte ein, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip\\_24\\_1689](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_24_1689) (3.4.2024).

*Inc., Alphabet Inc. (Dachgesellschaft von Google LLC), Meta Platforms Inc. und Microsoft Corporation.*<sup>7</sup>

Ganz so euphorisch wie seitens der Kommission ist die Resonanz in Bezug auf den DMA nicht. So regte sich seit Beginn des Gesetzgebungsverfahrens Kritik.<sup>8</sup> In diesem Zusammenhang wird die Durchsetzung der Verordnung benannt. Dort laufen einige bedeutende Aspekte ineinander: (1) Die Auseinandersetzung mit dem gewählten Durchsetzungssystem und die Frage danach, ob auch eine andere Ausgestaltung denkbar gewesen wäre. (2) Die privatrechtliche Seite der Durchsetzung wird wohl zutreffend als Lücke im Gesetzestext benannt, es bieten sich aber verschiedene Lösungsansätze. (3) Die Rolle der nationalen Behörden wird aufgrund ihrer unzureichenden Einbindung bemängelt, aber nicht damit ins Verhältnis gesetzt, ob dem europäischen Gesetzgeber andere Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung gestanden hätten. Nicht zuletzt wird die Rolle der Gerichte nur als Randbereich thematisiert (4). Es finden sich aber erste Hinweise auf prozessuale Rechtmäßigkeitsprobleme.<sup>9</sup>

## B. Erste Durchsetzungsebene: Die Kommission und die nationalen Behörden

Die Durchsetzung des DMA – auf mitgliedstaatlicher und EU-Ebene – wird in dessen Kapitel V (Art. 20 ff. DMA), ausführlich geregelt. Zudem finden sich in den Erwägungsgründen Hinweise darauf, dass die Kommission die primäre und weitgehend alleinige Durchsetzungsinstantz wird.<sup>10</sup> Die Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten werden auf beratende und ergänzende Tätigkeiten zur Unterstützung der Arbeit der Kommission beschränkt.<sup>11</sup> Es wurde damit ein (nahezu) vollständig zentralisiertes Durchsetzungssystem geschaffen, das innerhalb der Unionsgesetzgebung eine Premierenrolle einnimmt.<sup>12</sup> Vor dem Hintergrund anderer Unionsrechtsakte, etwa dem „Geschwister-Gesetz“, Digital Services Act<sup>13</sup>, dem ein

7 *Europäische Kommission*, Digital Markets Act: Commission designates six gatekeepers, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_23\\_4328](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_4328) (4.4.2024); eine graphische Übersicht der Gatekeeper und die mit ihnen verknüpften Plattformdienste findet sich bei Galle/Dressel, EuZW 2024/3, S. 109.

8 Gerpott, WuW 2021/9, S. 485; Lamadrid de Pablo/Bayón Fernández, Journal of European Competition Law & Practice 2021/7, S. 576.

9 Die vorgenannten Aspekte orientieren sich an Fragestellungen, die vom Arbeitskreis Kartellrecht in Bezug auf die zukünftige Durchsetzung des DMA schon vor dessen Inkrafttreten aufgeworfen wurden. *Arbeitskreis Kartellrecht*, Hintergrundpapier v. 7. Oktober 2021, [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions\\_Hintergrundpapier/AK\\_Kartellrecht\\_2021\\_Hintergrundpapier.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AK_Kartellrecht_2021_Hintergrundpapier.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (4.4.2024), S. 46.

10 Siehe Erwägungsgründe 80 ff.

11 Hierzu beispielhaft Art. 37 und Art. 39 DMA.

12 De Strel et al., How Europe Can Enforce the Digital Markets Act Effectively, ProMarket, 11.5.2022, <https://www.promarket.org/2022/05/11/europe-digital-markets-act-effectively-enforcement/> (4.4.2024).

13 *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über einen Binnenmarkt für digitale Dienste (Gesetz über digitale Dienste) und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG, COM(2020) 825 final.

geteiltes Durchsetzungskonzept mit Einbindung der nationalen Behörden und der Kommission zugrunde liegt,<sup>14</sup> überraschte dies zumindest teilweise.<sup>15</sup> In der Diskussion über den DMA wurde diese Entscheidung daher nicht nur positiv aufgenommen.<sup>16</sup> Es wird die abstrakte Ausgestaltung, sowie eine drohende lange Verfahrensdauer aufgrund der Knotenpunktfunction der Kommission kritisch gesehen.<sup>17</sup> Die Auseinandersetzung mit den für die Durchsetzung zentralen Bestimmungen der Verordnung bildet demgemäß die Grundlage zur Analyse alternativer Durchsetzungsmodelle.<sup>18</sup>

## I. Primäre Durchsetzungsinstanz: Die EU-Kommission

Der 91. Erwägungsgrund fasst punktgenau die Kernsystematik der Durchsetzung des gesamten DMA zusammen. Dort heißt es: „Die Kommission ist die einzige Behörde, die zur Durchsetzung dieser Verordnung befugt ist.“ Systematisch werden diesem Leitsatz alle folgenden Erwägungen zur Durchsetzung nachgeordnet. Die Kommission setzt den DMA mithin durch,<sup>19</sup> vereint auf sich alle hierfür notwendigen Befugnisse und ist damit nicht nur für die Bestimmung der Gatekeeper (deutsch: Torwächter)<sup>20</sup> zuständig, sondern ebenfalls für sämtliche diese betreffenden Maßnahmen und Folgeverfahren, bis hin zur Sanktionierung von Verstößen und der Verhängung entsprechender Bußgelder.<sup>21</sup> Orientiert daran ergeben sich die weiteren Verfahrensschritte und Maßnahmen gegenüber den bereits designierten Gatekeepern.

### 1. Die Verfahrensstruktur nach dem DMA

Beim DMA soll es sich nicht um Wettbewerbsrecht im herkömmlichen Sinne handeln. Er steht nach seiner Zielsetzung und der in den Erwägungsgründen aufgeführten Einordnung, sowie der Rechtsgrundlage des Art. 114 AEUV, ergänzend neben dem bereits weitgehend harmonisierten Wettbewerbsrecht der Art. 101, 102 AEUV und den hierzu bestehenden nationalen Vorschriften.<sup>22</sup> Die Verfahrens- und Durch-

14 *Gerpott*, WuW 2021/9, S. 487.

15 So erkennbar bei *Schweitzer*, ZEuP 2021/3, S. 539 f.; *Vergnolle*, Enforcement of the DSA and the DMA: What did we learn from the GDPR?, Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/power-dsa-dma-10/> (29.10.2023).

16 Vgl. *Gerpott*, WuW 2021/9, S. 485.

17 Vgl. *Akman*, EULR 2022/1, S. 85; *Basedow*, ZEuP 2021/2, S. 220, 223 f.

18 Siehe hierzu Abschnitt E.

19 *Europäische Kommission*, Gesetz über digitale Märkte: Kommission begrüßt politische Einigung, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP\\_22\\_1978](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_22_1978) (29.10.2023).

20 Der deutsche Gesetzestext führt in Art. 2 Nr. 1 DMA den Begriff des „Torwächters“ ein. Es setzt sich aber auch in der deutschen Literatur zum DMA die Bezeichnung „Gatekeeper“ durch.

21 Kompetenz-Katalog aufgeführt bei *Gerpott*, WuW 2021/9, S. 483.

22 *Basedow*, ZEuP 2021/2, S. 221.

führungsvorschriften aus der VO (EG) 1/2003 finden somit keine Anwendung auf Fälle, die unter den DMA zu subsumieren sind.<sup>23</sup> Es gibt auch keine Verweise im Wortlaut des DMA auf die Verordnung oder Bezugnahmen auf bisher bestehende Verfahrensvorschriften. So schafft der DMA ein weitgehend eigenständiges Verfahren, das bis auf explizite Verweise in bestehende Systeme des EU-Rechts unabhängig ist.

#### *a) Benennung der Gatekeeper*

Der Kommission obliegt es zunächst, nach den in Art. 3 Abs. 1 und 2 DMA genannten Kriterien die Gatekeeper zu bestimmen. Der Benennungsakt erfolgt gem. Art. 3 Abs. 9 DMA durch den Erlass eines Benennungsbeschlusses. Im Vorfeld kann hierzu gem. Art. 16 f. DMA eine Marktuntersuchung eingeleitet werden. Mit der Einordnung eines Unternehmens oder Plattformbetreibers als Gatekeeper werden Diesem spezifische Verhaltenspflichten auferlegt, die vor allem in Art. 5 und 6 DMA festgeschrieben sind. In Art. 5 Abs. 1 DMA wird auch auf den Inhalt des Benennungsbeschlusses aus Art. 3 Abs. 9 DMA Bezug genommen. Dies ist gewissermaßen der Beginn des Durchsetzungsauftrages der Kommission in Bezug auf die sich aus dem DMA ergebenden Pflichten und Zielen.<sup>24</sup>

Bei den Ge- und Verboten und Regeln, die die Gatekeeper nach Art. 5 und 6 DMA treffen, handelt es sich um sog. *self-executing* (selbstaufführende) Normen. Denn sobald ein Unternehmen zum Gatekeeper designiert wurde, obliegt es diesem, sich (unaufgefordert) innerhalb einer gesetzten Frist um die Einhaltung der betreffenden Pflichten zu bemühen.<sup>25</sup>

#### *b) Durchsetzungsverfahren*

Kapitel V des DMA enthält die Durchsetzungsmöglichkeiten im engeren Sinne: Nach Art. 21 Abs. 1 DMA hat die Kommission die Möglichkeit zur Einleitung eines Verfahrens insbesondere für den Fall, dass die Gatekeeper ihre Pflichten aus den Art. 5 und 6 DMA oder dem Benennungsbeschluss nicht einhalten (mithin ein Fall nach Art. 29 Abs. 1 DMA vorliegt). Im weiteren Verfahren, nach erfolgten Nachprüfungen (z.B. nach Art. 23 DMA), stehen der Kommission sodann verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung, um Pflichtverstöße entgegenzuwirken. Nach Art. 24 DMA können zunächst einstweilige Maßnahmen gegenüber den Gatekeepers verhängt werden.

Um beispielsweise einstweiligen Maßnahmen (Art. 24 DMA) oder Verpflichtungszusagen der Gatekeeper (Art. 25 DMA) angemessen zur Durchsetzung zu verhelfen, hat die Kommission die Befugnis zur Überwachung und Ergreifung der je-

23 Dies zugrundelegend Zober, NZKart 2021/11, S. 611.

24 Europäische Kommission, Digital Markets Act: Commission designates six gatekeepers, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_23\\_4328](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_4328) (4.4.2024).

25 Karbaum/Schulz, NZKart 2022/3, S. 109.

weils erforderlichen Maßnahmen gem. Art. 26 Abs. 1 DMA. Einen abschließenden Maßnahmenkatalog nennt Art. 26 Abs. 1 DMA nicht; in Art. 26 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 DMA sind lediglich beispielhafte Maßnahmen aufgeführt, die die Kommission treffen kann.<sup>26</sup> Der offene Wortlaut zeigt, dass der Kommission ein Ermessensspielraum bzgl. der Durchsetzungsmodalitäten eingeräumt wird.

### *c) Nichteinhaltung und Sanktionierungsmaßnahmen*

Im Fall der Nichteinhaltung der durch die Kommission verhängten Maßnahmen greift Art. 29 DMA ein. Die Kommission kann nach Art. 29 Abs. 1 DMA einen Nichteinhaltungsbeschluss erlassen, in dem der Gatekeeper unter anderem dazu aufgefordert wird, sein dem DMA zuwiderlaufendes Verhalten einzustellen, Art. 29 Abs. 5 DMA.

Von besonderer Bedeutung sind in diesem Zusammenhang Art. 30 und 31 DMA: Der Kommission steht aufgrund dieser Normen Ermessen zur Verhängung von Geldbußen und Zwangsgeldern zu.<sup>27</sup> Strukturell ähnelt Art. 30 Abs. 1 DMA dazu nach Wortlaut und Systematik der Regelung des Art. 23 Abs. 2 VO (EG) 1/2003. Aufgrund der enthaltenen Ahndungsfunktion handelt es sich um ein recht scharfes Instrumentarium zur Durchsetzung der Einhaltung des DMA gegenüber designierten Gatekeepern.<sup>28</sup>

Dies zeigt nicht nur der Höchstbetrag der Geldbußen, sondern auch das Erfordernis, dass die Nichteinhaltung (DMA) bzw. Zuwiderhandlung (VO (EG) 1/2003) jeweils vorsätzlich oder fahrlässig erfolgen muss. Bei Zuwiderhandlungen gegen die in Art. 23 Abs. 1 VO (EG) 1/2003 aufgeführten Tatbestände darf die verhängte Geldbuße 10 % des Jahresumsatzes des vorausgegangenen Geschäftsjahres des Unternehmens nicht überschreiten. Im Unterschied dazu sieht Art. 30 DMA in Abs. 2 eine verschärzte Bußgeldhöhe von bis zu 20 % des Gesamtumsatzes des vorausgegangenen Geschäftsjahres vor. Dies für den Fall, dass eine Art wiederholter Verstoß in gleicher Weise vorliegt und soweit ein derartiger Verstoß zuvor bereits durch die Kommission festgestellt wurde.

Art. 31 DMA entspricht strukturell weitgehend Art. 24 VO (EG) 1/2003, insbesondere die Höhe eines möglichen täglichen Zwangsgeldes ist identisch.<sup>29</sup> So zeigen die ebenso detaillierten Durchführungsregeln, wie sie in der VO (EG) 1/2003 zu finden sind anschaulich, dass es sich um zwei voneinander unabhängige Durchsetzungssysteme handelt. Selbiges ergibt sich daraus, dass dem Verfahren nach dem DMA in einem integrierten System nur deklaratorische Bedeutung verbliebe. Dann hätte bereits aus Gründen der Einfachheit eine Verweisungsnorm mit Bezug auf die umfassende Anwendbarkeit der VO (EG) 1/2003 zur Erweiterung des Anwendungsbereichs genügt.

26 Podszun, in: Podszun, Digital Markets Act: DMA, Art. 26, Rn. 1.

27 Ibid., Art. 30, Rn. 3.

28 Ibid., Art. 30, Rn. 8 ff.

29 Ibid., Art. 31, Rn. 1.

## 2. Umfang und Reichweite der behördlichen Durchsetzung in den Mitgliedstaaten

Aufgrund der weitreichenden Zentralisierung der Durchsetzung des DMA bei der Kommission verbleibt für die Durchsetzung durch mitgliedstaatliche Behörden nur ein marginaler Anwendungsbereich. Nationale Behörden werden über Art. 37 DMA (*Zusammenarbeit mit nationalen Behörden*) zwar ausdrücklich in das Verfahren einbezogen,<sup>30</sup> allerdings befasst sich Art. 37 DMA zunächst mit der Zusammenarbeit der Behörden mit der Kommission im Anwendungsbereich des Durchsetzungsverfahrens der Kommission. Geregelt wird vor allem in Art. 37 Abs. 2 DMA die Möglichkeit, dass die Kommission die mitgliedstaatlichen Behörden konsultieren „kann“. Dies spricht bereits für eine Unterordnung der nationalen Behörden innerhalb des Verfahrens.

Die Initiative zur Einbeziehung nationaler Behörden ging vor allem von den Mitgliedstaaten aus.<sup>31</sup> Während des Gesetzgebungsverfahrens waren insbesondere die Art. 37 und 38 DMA Gegenstand von Diskussionen und begegneten einigem Widerstand, bevor der endgültige Wortlaut beschlussreif war.<sup>32</sup> Die Mitgliedstaaten hatten während des Verfahrens deutliche Versuche unternommen, um eine weitergehende Einbeziehung nationaler Behörden zu erreichen.<sup>33</sup>

Während Art. 37 DMA sehr grundlegend und knapp gehalten ist, enthält Art. 38 DMA detailliertere Regeln der Zusammenarbeit der Kommission mit den nationalen Behörden. Hier wird vor allem die Einbeziehung des sog. Europäischen Wettbewerbsnetzes – *European Competition Network* (ECN) – geregelt.<sup>34</sup> Dessen Beteiligung wurde als Kompromiss in den DMA aufgenommen,<sup>35</sup> nachdem den Forderungen nach verstärkter Beteiligung der Mitgliedstaaten größtenteils nicht gefolgt wurde.<sup>36</sup> Insbesondere die Absätze 2, 3 und 7 des Art. 38 DMA zeigen, dass die zentrale Rolle der Kommission durch die Zusammenarbeit nicht wirklich berührt wird: Es werden vor allem den nationalen Behörden Pflichten zur Information der Kommission auferlegt, sollten sie in einem Verfahren gegenüber einem Gate-

30 *Gappa/Käseberg*, in: Podszun (Hrsg.), Digital Markets Act: DMA, Art. 37, Rn. 1.

31 *Podszun*, in: Podszun, Digital Markets Act: DMA, Art. 37, Rn. 3.

32 *Kumkar*, RDI 2022, S. 352; siehe beispielhaft zur Position Deutschlands, Frankreichs und der Niederlande: Friends of an effective Digital Markets Act, Strengthening the Digital Markets Act and Its Enforcement, Gemeinsames Positionsstatement, [https://www.bmwk.de/Downloads/M-O/non-paper-friends-of-an-effective-digital-markets-act.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/M-O/non-paper-friends-of-an-effective-digital-markets-act.pdf?__blob=publicationFile&v=4) (4.4.2024).

33 Dargestellt bei *Colangelo*, ICLE White Paper 2022, S. 1; *Zober*, NZKart 2021/11, S. 816.

34 *Europäische Kommission*, Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, ABl. C 101/43, (24.4.2004); *Wolf/Brüggemann*, AGENDA 2025: Der Digital Markets Act und § 19a GWB, D'Kart, 19.7.2022, <https://www.d-kart.de/blog/2022/07/19/agenda-2025-der-digital-markets-act-und-§-19a-gwb/> (4.4.2024).

35 *Colangelo*, ICLE White Paper 2022, S. 28.

36 Forderungen nach verstärkter Bedeutung der nationalen Behörden auch zu entnehmen der Stellungnahme des Europäischen Ausschusses der Regionen zum Gesetz über digitale Dienste und Gesetz über digitale Märkte, ABl. C 440/67 (29.10.2021).

keeper zuständig sein.<sup>37</sup> Eine Aufspaltung der einheitlichen Anwendung des DMA soll nachdrücklich verhindert werden.<sup>38</sup>

## II. Verhältnis zum mitgliedstaatlichen (Wettbewerbs-)Recht

Auch ohne eine vertiefte Einbeziehung mitgliedstaatlicher Behörden ist die Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen bestehendem nationalen Wettbewerbsrecht und dem Verfahren nach dem DMA näher zu betrachten.<sup>39</sup> Mehrere Mitgliedstaaten haben zwischenzeitlich selbstständig auf die Bedürfnisse der Regulierung digitaler Märkte reagiert und nationale Regelungen erlassen.<sup>40</sup> Die einheitliche Regelung seitens der EU kommt hier trotz des zügigen Gesetzgebungsverfahrens etwas verspätet.

Eine besonders deutliche (materielle) Nähebeziehung weist der DMA zum deutschen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) auf. Im Zuge der 10. GWB-Novelle (auch *GWB-Digitalisierungsgesetz*), die 2021 in Kraft trat, wurde hier der § 19a GWB („Missbräuchliches Verhalten von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb“) eingeführt.<sup>41</sup> Damit wurde ein Tatbestand im nationalen Recht geschaffen, der hinsichtlich seines bisherigen und zukünftigen Anwendungsbereichs Überschneidungspotential mit dem DMA bietet.<sup>42</sup>

### 1. Regelungsgegenstände und Rechtsnatur

Der DMA regelt zuvörderst in abstrakter Weise die Pflichtenauflegung für potentielle Gatekeeper. Demgegenüber wirkt die 10. GWB-Novelle hauptsächlich im wettbewerbsrechtlichen Bereich.<sup>43</sup>

Einer der wohl bedeutendsten Unterschiede zwischen den Art. 5 und 6 DMA und § 19a GWB ist, dass die Regelungen des DMA auf eine Wirkung *de jure* gerichtet sind.<sup>44</sup> Es handelt sich bei den Unterlassens- und Verhaltenspflichten um Normen, deren Anwendung mit einem selbstvollziehenden Effekt *ex ante* erfolgt.<sup>45</sup> Die

37 Schubert, in: MünchKomm WettbewerbsR, Art. 38 DMA, Rn. 3.

38 Ibid., Rn. 1 f.

39 Paal/Kumkar, NJW 2021/12, S. 813.

40 Aufgelistet bei Colangelo, ICLE White Paper 2022, S. 23.

41 Darstellung bei Käseberg/Brenner/Fülling, WuW 2021/5, S. 270.

42 Wolf/Brüggemann, AGENDA 2025: Der Digital Markets Act und § 19a GWB, D'Kart, 19.7.2022, <https://www.d-kart.de/blog/2022/07/19/agenda-2025-der-digital-markets-act-und-§-19a-gwb/> (4.4.2024).

43 Ibid.; Karbaum, AGENDA 2025: Deutschland und der Wettbewerb auf den Digitalmärkten – Vorreiterrolle oder Abseitsstellung?, D'Kart, 29.4.2022, <https://www.d-kart.de/blog/2022/04/29/agenda-2025-deutschland-und-der-wettbewerb-auf-den-digitalmaerkten-vor-reiterrolle-oder-abseitsstellung/> (4.4.2024).

44 Colangelo, ICLE White Paper 2022, S. 3.

45 Akman, EULR 2022/1, S. 85; Wolf/Brüggemann, AGENDA 2025: Der Digital Markets Act und § 19a GWB, D'Kart, 29.4.2022, <https://www.d-kart.de/blog/2022/07/19/agenda-2025-der-digital-markets-act-und-§-19a-gwb/> (4.4.2024).

Kommission wird mit der Anwendung der Normen, nachdem sie die Gatekeeper festgelegt hat, zunächst nicht weiter befasst.

Hingegen ist § 19a GWB so ausgestaltet, dass wettbewerbswidriges Verhalten nach einer Entscheidung der Kartellbehörden *ex post* unterbunden oder bei Nichtbefolgen zusätzlich sanktioniert werden kann.<sup>46</sup> Die Wirkung tritt nicht *de jure* ein. § 19a Abs. 1 GWB ähnelt dem DMA allerdings insoweit, als vorgesehen ist, dass das Bundeskartellamt (BKA) zunächst eine Verfügung erlässt, in der festgestellt wird, dass es sich um ein Unternehmen von überragender marktübergreifender Bedeutung handelt.<sup>47</sup> Die so ermittelten Unternehmen dürften weitgehend deckungsgleich sein mit denen, die auch unter den Gatekeeper-Begriff des DMA fallen und von der Kommission designiert werden. Insgesamt geht die Kommission von etwa 10 bis 15 zu benennenden Gatekeepern aus.<sup>48</sup> In § 19a Abs. 2 GWB ist eine enumerative Aufstellung der für eine Untersagungsverfügung durch das BKA in Betracht kommenden Verhaltensweisen der Unternehmen enthalten.<sup>49</sup>

Diese Tatbestände wurden aufgrund ihrer unkonkreten Ausgestaltung – und dem damit geschaffenen Raum für Rechtsunsicherheit – kritisch bewertet.<sup>50</sup> Dem strukturell ähnlich sind Art. 5 und 6 DMA ausgestaltet – die dort genannten Verhaltensweisen werden ebenfalls abschließend aufgezählt.<sup>51</sup> Allerdings zeigt sich hier erneut der selbstausführende Charakter als Alleinstellungsmerkmal des DMA, denn es obliegt zunächst allein den Gatekeepern, ihr Verhalten entsprechend zu konkretisieren und zukünftig verordnungskonform auszurichten.<sup>52</sup> Der Abstraktheit wirken die betroffenen Gatekeeper mithin selbst entgegen.

§ 19a Abs. 2 GWB a.E. sieht darüber hinaus die Möglichkeit der Rechtfertigung des Verhaltens durch eine Beweislastumkehr zugunsten des Unternehmens vor.<sup>53</sup> Art. 5 und 6 DMA enthalten hingegen keinen Rechtfertigungstatbestand. Andernfalls könnte das möglichst effizient und daher selbstvollziehende Verfahren konterkarriert werden.<sup>54</sup> Dennoch war gerade dieser Punkt im Gesetzgebungsverfahren umstritten, denn ohne Rechtfertigungsmöglichkeiten wären von der Verordnung nicht einmal solche Verhaltensweisen ausgenommen, die keinerlei marktschädliche Folgen aufweisen.<sup>55</sup> Es fehle daher an einem individuellen Korrektiv gegenüber etwaigen „Fehleinordnungen“, das eine außergerichtliche Klärung solcher Fälle er-

46 Körber, MMR 2020/5, S. 294.

47 Paal/Kumkar, NJW 2021/12, S. 809; Paal/Kieß, ZfDR 2022/1, S. 16; Körber, MMR 2020, S. 294.

48 Madiega/Pierre, Digital Markets Act, EPRA 2022, PE 690.589, abrufbar unter: [https://www.europarl.europa.eu/ReVerfassungsbloggData/etudes/BRIE/2021/690589/EPRA\\_BRI\(2021\)690589\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/ReVerfassungsbloggData/etudes/BRIE/2021/690589/EPRA_BRI(2021)690589_EN.pdf) (4.4.2024), S. 4.

49 Körber, MMR 2020/5, S. 294.

50 Paal/Kumkar, NJW 2021/12, S. 812.

51 Tabellarische Übersicht der vergleichbaren Pflichten bei Gerpott, NZKart 2021/5, S. 276.

52 Vgl. Kumkar, RDi 2022/8, S. 350.

53 Kritisch hierzu Körber, MMR 2020, S. 294.

54 Kumkar, RDi 2022/8, S. 351 f.

55 Ibid., S. 352.

möglich.<sup>56</sup> Letztlich hat sich diese Kritik aber nicht im Gesetzeswortlaut niedergeschlagen.

### C. Zweite Durchsetzungsebene: Die Geltendmachung privater Ansprüche

Stellt sich auf der Ebene der behördlichen Durchsetzung des DMA nicht ernsthaft die Frage nach der primären Durchsetzungsinstantz, so doch umso mehr, soweit es um die Durchsetzung privater Ansprüche geht, etwa aufgrund der Verletzung von Verhaltenspflichten durch designierte Gatekeeper.<sup>57</sup> Der DMA ist diesbezüglich sehr zurückhaltend.<sup>58</sup> Im finalen Verordnungstext ist in Art. 39 DMA die Zusammenarbeit der Kommission mit den nationalen Gerichten geregelt. Daraus folgt zunächst, dass die Durchsetzung des DMA auch vor nationalen Gerichten (beispielsweise durch Wettbewerber oder Endnutzer) auf privatrechtlichem Wege möglich ist. Hinsichtlich der Art und Weise der Durchsetzung privater Interessen sorgt der Verordnungstext aufgrund fehlender Regelungen aber für Unklarheiten.<sup>59</sup>

#### I. Durchsetzungs- und Klagemöglichkeiten gegen Gatekeeper

Klagen privater Personen gegen designierte Gatekeeper sind dem Grunde nach möglich. Insbesondere von deutscher Seite wird die Notwendigkeit dessen deutlich unterstrichen.<sup>60</sup> Aufgrund der Einordnung des DMA neben dem Wettbewerbsrecht ist aber die Richtlinie 2014/104/EU,<sup>61</sup> beziehungsweise das sie umsetzende nationale Wettbewerbsrecht, auf Fälle nach dem DMA nicht anwendbar.<sup>62</sup> Ebenso wenig sind Normen des nationalen Wettbewerbsrechts ohne Weiteres auf den DMA übertragbar.<sup>63</sup> Es ist mithin auf das nationale Prozess- und Verfahrensrecht zurückzugreifen.

56 Ibid.

57 *Podszun*, Private enforcement and the Digital Markets Act: The Commission will not be able to do this alone, Verfassungsblog, 1.9.2021, <https://verfassungsblog.de/power-dsa-dma-05/> (4.4.2024).

58 Kritisch hierzu: *Amaro*, Weaving Penelope's Shroud... Some Comments on the Private Enforcement of the DMA, Competition Forum, 5.12.2022, Nr. 0042, <https://competition-forum.com/weaving-penelopes-shroud-some-comments-on-the-private-enforcement-of-the-dma/> (4.4.2024).

59 Mit Anregungen für Nachbesserungen in diesem Bereich noch während des Gesetzgebungsverfahrens, *Picht*, Private Enforcement for the DSA/DGA/DMA Package, Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/power-dsa-dma-09/> (29.10.2023).

60 *Podszun*, Private enforcement and the Digital Markets Act, Verfassungsblog, 1.9.2021, <https://verfassungsblog.de/power-dsa-dma-05/> (4.4.2024).

61 Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zu widerhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. L 349/1, 5. Dezember 2014.

62 *Basedow*, ZEuP 2021/2, S. 223.

63 Hiervon ebenfalls ausgehend *Zober*, NZKart 2021/11, S. 615.

Nachfolgender *Beispielsfall* dient der Veranschaulichung der in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen des deutschen Rechts: B ist Betreiber einer Video-Sharing-Plattform (i.S.v. Art. 2 Abs. Nr. 2 lit. d DMA), die vor allem von Arthouse- und Kurzfilmkünstlern als Online-Portfolio genutzt wird. Die Nutzung erfolgt über einen kostenpflichtigen Account. B ist kein designierter Gatekeeper. B wird in der Reichweite seiner Plattform dadurch beschränkt, dass bei Benutzung der Suchmaschine des nach Art. 3 Abs. 1 lit. b) DMA designierten Gatekeepers G, die Webseite von B – auch bei präziser Stichwortsuche – erst weit nach ähnlichen Angeboten, die von G betrieben werden oder mit G assoziiert sind, auffindbar ist. G verstößt damit gegen seine Pflichten aus Art. 5 Abs. 5 i.V.m. Art. 8 DMA. B möchte dagegen vorgehen und seine sämtlichen Ansprüche (gerichtlich) durchsetzen. In Betracht kommen Ansprüche, die auf ein Unterlassen des DMA-widrigen Verhaltens von G gerichtet sind, sowie Ansprüche auf Schadensersatz aufgrund etwaiger Gewinneinbußen und ihm entstandenen wirtschaftlichen Nachteile.

## 1. Primärrechtliche Ansprüche

Aus dem AEUV ergeben sich geschützte Rechtspositionen der Unionsbürger; es ist jedoch aufgrund der wenig differenzierten Ausgestaltung meist der Rückgriff auf Normen des Sekundärrechts oder des nationalen Rechts erforderlich.<sup>64</sup> Aufgrund von Art. 101 Abs. 2 und 102 AEUV in Verbindung mit dem nationalen Recht (bspw. mit §§ 1, 2 GWB oder § 823 Abs. 2 BGB) werden üblicherweise wettbewerbsrechtliche Ansprüche hergeleitet, die als Rechtsfolge die Nichtigkeit *ex tunc* vorsehen.<sup>65</sup> Zum unionalen Wettbewerbsrecht hat sich hierzu eine vertiefte Rechtsprechung entwickelt.<sup>66</sup> In logischer Fortführung der Abkoppelung des DMA, ist diese jedoch nicht auf den DMA übertragbar, da ansonsten erneut die Verwischung der Grenzen zum Wettbewerbsrecht droht. Zudem steht der DMA auf der Rechtsgrundlage des Art. 114 AEUV, sodass die Übertragung in dieser Hinsicht systemfremd wäre, denn Art. 114 AEUV enthält keine Grundlage für die private Anspruchsdurchsetzung.<sup>67</sup> B kann mithin keine Ansprüche unmittelbar aus dem Primärrecht ableiten.

## 2. Sekundärrechtliche Ansprüche

Fraglich ist, ob sich für B Ansprüche aus EU-Sekundärrecht ergeben. Es käme ein Anspruch unmittelbar aufgrund des DMA selbst in Betracht. In Einzelfällen kann die Herleitung eines Anspruchs unmittelbar aufgrund einer Verordnung wegen

<sup>64</sup> Vgl. Van Kreij, European Journal of Risk Regulation 2019/3, S. 444 f.

<sup>65</sup> Glöckler, Kartellrecht, Rn. 57 f. und 205.

<sup>66</sup> Bspw. EuGH, Urteil v. 20. September 2001, Rs. C-453/99, *Courage*, ECLI:EU:C:2001:465; EuGH, Urteil v. 13. Juli 2006, C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461.

<sup>67</sup> Van Kreij, European Journal of Risk Regulation 2019/3, S. 454.

ihres direkt wirkenden Charakters nach Art. 288 Abs. 1 AEUV erfolgen.<sup>68</sup> Richtigerweise kann auch davon ausgegangen werden, dass sich aufgrund der Art. 5, 6 und 7 DMA Auswirkungen zwischen privaten Nutzern und Gatekeepern ergeben können.<sup>69</sup>

Zudem enthält die Verordnung keine eigenen Verfahrensvorschriften und wird nicht durch Richtlinien(-Verweise) ergänzt.<sup>70</sup> Die Einbeziehung des DMA in ein Verfahren Privater vor nationalen Gerichten in Kombination mit bestehenden Anspruchsgrundlagen, ist somit wahrscheinlicher. Eine Geltendmachung von Ansprüchen unmittelbar aus dem DMA kommt für B mithin nicht in Betracht.

### **3. Ansprüche aus nationalem Recht**

Es kommen aber darüber hinaus Ansprüche aufgrund nationaler Anspruchsgrundlagen in Betracht. Zunächst schied die Anwendung sämtlicher Anspruchsgrundlagen nach dem GWB aufgrund der Abkoppelung des DMA vom vorhandenen Wettbewerbsrecht aus. Gleichzeitig lag keine planwidrige Regelungslücke vor,<sup>71</sup> sodass die Bildung einer Analogie zu den GWB-Ansprüchen nicht möglich ist.

Hier zeigt sich auch ein deutlicher Gegensatz zur parallelen Verordnung des DSA, denn dessen Durchsetzung wird explizit geregelt, wobei dort gerade die private Durchsetzung in den Vordergrund gerückt wird.<sup>72</sup>

#### *a) „Nachbesserungen“ in Deutschland – die 11. GWB-Novelle*

Es kann mit den bisher verfügbaren Instrumenten des mitgliedstaatlichen Rechts versucht werden, eine Lösung zugunsten verletzter Individualinteressen zu finden. Gewichtige Gegengründe sind für ein derartiges Vorgehen bislang nicht erkennbar. Nicht in allen Mitgliedstaaten findet eine Aufbereitung der dogmatischen Feinheiten und potentiellen Lücken des DMA aber gleichermaßen Beachtung. In den Niederlanden etwa ist die private Durchsetzung (im Wettbewerbsrecht) grundsätzlich eher am Rande von Bedeutung.<sup>73</sup> Im deutschen Recht hingegen wurde vor einigen Jahren der Trend erkennbar, die individuelle Durchsetzbarkeit des Wettbewerbsrechts durch gesetzgeberische Eingriffe und Ergänzungen sukzessive zu verbessern und zu vereinfachen.<sup>74</sup> Nicht zuletzt deshalb wurde in der 9. GWB-Novelle hierauf

68 Dies für den DMA befürwortend *Schläfke/Schuler*, in: Schmidt/Hübener (Hrsg.), § 13, Rn. 47.

69 Vgl. *Schläfke/Schuler*, in: Schmidt/Hübener (Hrsg.), § 13, Rn. 48.

70 *De Strel/Feasey/Krämer/Monti*, CERRE, Recommendations Paper – Enforcement and institutional arrangements, abrufbar unter: [https://cerre.eu/wp-content/uploads/2021/05/CERRE\\_FOURTH-ISSUE-PAPER\\_DMA\\_European-Parliament-Council-recommendations\\_May-2021.pdf](https://cerre.eu/wp-content/uploads/2021/05/CERRE_FOURTH-ISSUE-PAPER_DMA_European-Parliament-Council-recommendations_May-2021.pdf) (4.4.2024), S. 17.

71 *Albrecht*, GWR 2022, S. 183.

72 *Wagner/Eifert/Metzger/Schweitzer*, CMLR 2021/4, S. 1018 f.

73 *Mulder/Jonkheer*, TRL 2022.

74 *Hempel*, in: BeckOK Kartellrecht, § 33a GWB, Rn. 1; *Glöckler*, Kartellrecht, Rn. 207.

ein Fokus gelegt und die zentralen Anspruchsgrundlagen für einen individuellen Kartellschadensersatzanspruch in den §§ 33 (Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch), 33a (Anspruch auf Schadensersatz, bei vorsätzlichen Verstoß i.S.d. Art. 33 Abs. 1 GWB) GWB (a.F.) neu strukturiert und vereinfacht.<sup>75</sup> Seither wird die individuelle Rechtsdurchsetzung im Wettbewerbsrecht kontinuierlich gestärkt.

In diese Gesetzgebungsentwicklung fügt sich ein, dass kurz nach der Fertigstellung des DMA ein neues Gesetz zur gezielten Nachbesserung entworfen wurde: Die 11. GWB-Novelle zunächst im Referentenentwurf vom September 2022 (11. GWB-E).<sup>76</sup> Der Entwurf wurde am 6. Juli 2023 durch den Bundestag verabschiedet.<sup>77</sup> Das Gesetz gliedert sich in mehrere Themenbereiche, wobei hier nur die Angliederung an den DMA in den Blick genommen wird.

Besonders stechen die Erklärungen zum Entwurf hervor, in denen explizit darauf verwiesen wird, dass dem nationalen Gesetzgeber Spielräume gegeben sind, um die Durchsetzung des DMA auf nationaler Ebene zu formen.<sup>78</sup> Dies bezieht sich auf Art. 38 Abs. 7 DMA, insbesondere dessen Satz 1, wonach die nationalen Behörden weiterhin nach nationalem Recht bei Verstößen gegen den DMA zuständig sein können.<sup>79</sup> Es handelt sich somit um den Versuch, die gezeigten Lücken im DMA zu schließen und insbesondere den deutschen Gerichten ein Instrument an die Hand zu geben, mit dem eine bessere private Durchsetzung gewährleistet werden kann.<sup>80</sup>

Zunächst wird in § 32g Abs. 1 11. GWB-E (Untersuchung von möglichen Verstößen gegen die Verordnung (EU) 2022/1925) den nationalen Wettbewerbsbehörden eine Grundlage geschaffen, um in Fällen des möglichen Verstoßes gegen Art. 5, 6 oder 7 DMA Ermittlungen und Untersuchungen durchzuführen. Über diese ist so dann aufgrund von § 32g Abs. 3 11. GWB-E die Kommission zu unterrichten. Hierin liegt mithin zunächst eine klarere Strukturierung der Aufgaben der nationalen Behörden. So wird die Lücke des DMA (bzw. die bewusste Nichtaufnahme) bezüglich der Befugnisse nationaler Wettbewerbsbehörden adressiert. Dabei sehen die Autoren diese Regelung als Klarstellung dessen, was den nationalen Behörden nach dem DMA ohnehin als Maximum ihrer Befugnisse zugestanden wird.<sup>81</sup> Weiterhin wird durch die Änderungen in § 50 Abs. 2 Satz 1 GWB-E das Bundeskartellamt

75 Ibid.

76 *Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz*, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen (Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz), 15. September 2022.

77 Deutscher Bundestag, BT-Plenarprotokoll 20/115, 6. Juli 2023, S. 14182 ff.

78 *Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz*, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen (Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz), 15. September 2022, S. 1, 15.

79 Rohner, WuW 2023/8, S. 388.

80 Vgl. Podszun/Rohner, Neue Befugnisse für das Bundeskartellamt – Die 11. GWB-Novelle, Stellungnahme, S. 30 ff.; zu den Möglichkeiten privater Klagen nach der 11. GWB-Novelle auch Galle/Dressel, EuZW 2024/3, S. 108 ff.

81 *Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz*, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen (Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz), 15. September 2022, S. 17.

klärstellend zur ausschließlich zuständigen Behörde für Fälle erklärt, die nach dem DMA die Kooperation mit der Kommission erfordern.<sup>82</sup>

Es sticht zudem die Erläuterung hinsichtlich der Änderungsvorschläge zum DMA hervor: Dort wird wiederholt darauf verwiesen, dass mit den Änderungen zahlreiche Normen der Kartellschadensersatzrichtlinie für die Durchsetzung des DMA im nationalen Recht für anwendbar erklärt werden.<sup>83</sup> Dies ist vor dem Hintergrund der Ähnlichkeit des DMA mit dem Wettbewerbsrecht nachvollziehbar, wirft bei näherer Betrachtung aber wieder die Frage nach einem potentiellen Systemkonflikt auf: Denn mit dem DMA war die Anknüpfung an bestehende Durchsetzungsverfahren – wie der Normtext zeigt – nicht beabsichtigt und es ist daher bedenklich, wenn der DMA nach nationalem Recht *de facto* zu Wettbewerbsrecht im engeren Sinne gemacht wird.

*b) Schadensersatz- und Unterlassungsanspruch gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V.m.  
§ 1004 BGB analog i. V.m. Art. 5 und 6 DMA*

Grundsätzlich kommt für B auch ein Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch nach dem allgemeinen Deliktsrecht aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1004 BGB analog i.V.m. Art. 5 und 6 DMA,<sup>84</sup> sowie gegebenenfalls in Verbindung mit Art. 114 AEUV<sup>85</sup> in Betracht.<sup>86</sup>

§ 823 Abs. 2 BGB setzt voraus, dass der Anspruchsgegner rechtswidrig und schuldhaft ein Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB verletzt hat.<sup>87</sup> Es ist mithin die Einordnung der Art. 5 und 6 DMA als Schutzgesetz erforderlich. Als Schutzgesetz kommt jede „Rechtsnorm“ i.S.v. § 2 EGBGB (1) in Betracht.<sup>88</sup> Hiervon erfasst werden auch Normen des EU-Rechts. Weiterhin muss das Gesetz seinem Charakter nach eine Ge- oder Verbotsnorm (2) sein und, über den Schutz der Allgemeinheit hinausgehend, den Schutz von Individualinteressen (3) zum Gegenstand haben.<sup>89</sup>

Die Art. 5 und 6 DMA sind aufgrund ihres Wortlauts als Ge- beziehungsweise Verbotsnormen einzuordnen: So heißt es in Art. 5 Abs. 1 DMA „Der Torwächter hält alle Verpflichtungen [...] ein,“ sowie in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 DMA „Der Torwächter darf [...] keine nicht öffentlich zugänglichen Daten verwenden.“

82 Ibid., S. 36.

83 Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen (Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz), 15. September 2022, S. 17 f.

84 So angeregt etwa von Karbaum, AGENDA 2025: Deutschland und der Wettbewerb auf den Digitalmärkten – Vorreiterrolle oder Abseitsstellung?, D’Kart, <https://www.d-kart.de/blog/2022/04/29/agenda-2025-deutschland-und-der-wettbewerb-auf-den-digitalmaerkten-vorreiterrolle-oder-abseitsstellung/> (29.10.2023); Zober, NZKart 2021/11, S. 614.

85 Angelehnt an den Ansatz des BGH in BGH, Urteil v. 28. Juni 2011, KZR 75/10 (ORWI).

86 Knapp hierzu Albrecht, GWR 2022, S. 183.

87 Teichmann, in: Jauernig BGB, § 823 BGB, Rn. 40 ff.

88 Staudinger, in: Schulze u.A. (Hrsg.), § 823 BGB, Rn. 143.

89 Staudinger, in: Schulze u.A. (Hrsg.), § 823 BGB, Rn. 145 f.; m.w.N. BGH, 10.1991, II ZR 204/90, NJW 1992, S. 242.

Weiterhin müssen die potentiellen Schutzgesetze den Schutz von Individualinteressen (zumindest auch) bezoeken.<sup>90</sup> Da es sich bei Art. 5 und 6 DMA nicht um wettbewerbsrechtliche Normen handelt, kann der bereits durch die Rechtsprechung<sup>91</sup> herausgearbeitete Charakter von Art. 101 Abs. 1 und Art. 102 AEUV als Schutzgesetze i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB,<sup>92</sup> nicht übertragen werden.<sup>93</sup> Als Verordnung entfaltet der DMA aber unmittelbare und damit auch individuell betreffende Wirkung. Dies spricht für die Einordnung als Schutzgesetz.<sup>94</sup>

Allerdings gibt es zur Verbindung von § 823 Abs. 2 BGB und Normen des Unionsrechts eine undurchsichtige Rechtsprechungslinie: Einerseits zieht das Unionsrecht keine starren Grenzen hinsichtlich des Individualschutzes und der Durchsetzung privater Interessen auf der Basis von Unionsrecht, andererseits ist nicht abschließend vorhersehbar, wie die Entscheidung bezüglich einzelner Normen zu treffen ist.<sup>95</sup> Angelehnt an den *effet utile*, i.S.d. „praktischen Wirksamkeit“ des Unionsrechts, kann vorliegend der Schutzgesetzcharakter des DMA nicht pauschal verneint werden.<sup>96</sup>

Für diese Betrachtungsweise spricht überdies, dass gegenwärtig wenig erfolgversprechende Alternativen zur Durchsetzung des DMA bereitstehen und das Risiko einer Überforderung der Kommission als „Einzelkämpferin“ mit bedacht werden sollte.<sup>97</sup> Auch in der einschlägigen Literatur wird bisher davon ausgegangen, dass es sich um Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB handeln wird.<sup>98</sup> Im Beispielsfall könnte B mithin mit Aussicht auf Erfolg versuchen, vor den nationalen Gerichten Ansprüche auf Unterlassung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1004 BGB analog i.V.m. Art. 5 und 6 DMA und Schadensersatz in der nach den §§ 249 ff. BGB zu ermittelnden Höhe geltend zu machen.

Neben Art. 5 und 6 DMA könnte als Schutzgesetz Art. 114 AEUV in Betracht kommen und so eine noch nähere Anlehnung an die bestehende Rechtsprechung des BGH<sup>99</sup> zum Schutzgesetzcharakter wettbewerbsrechtlicher Vorschriften des AEUV versucht werden. Allerdings handelt es sich bei Art. 114 AEUV nicht um eine Vorschrift, die (zumindest auch) den Schutz von Individualinteressen bezoeken. In Anbetracht der genannten Möglichkeit der Einbeziehung von Art. 5

90 Wagner, in: MünchKomm, BGB, § 823 BGB, Rn. 562.

91 Vgl. BGH, Urteil v. 12. Mai 1998, KZR 23/96 (*Depotkosmetik*); BGH, Urteil v. 28. Juni 2011, KZR 75/10 (ORWI).

92 Wagner, in: MünchKomm BGB, § 823 BGB, Rn. 544.

93 Vgl. Albrecht, GWR 2022, S. 183.

94 M.w.N. Wagner, in: MünchKomm BGB, § 823 BGB, Rn. 544.

95 Wagner, in: MünchKomm, BGB, § 823 BGB, Rn. 541, 542.

96 Mayer, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim EUV Art. 19, Rn. 57.

97 Vgl. *European Competition Network – ECN*, Joint paper of the heads of the national competition authorities of the European Union: How national competition agencies can strengthen the DMA, S. 6 f., abrufbar unter: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Others/DMA\\_ECN\\_Paper.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Others/DMA_ECN_Paper.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (4.4.2024).

98 Schläfke/Schuler, in: Schmidt/Hübener (Hrsg.), § 13, Rn. 64.

99 BGH, Urteil v. 12. Mai 1998, KZR 23/96 (*Depotkosmetik*); BGH, Urteil v. 28. Juni 2011, KZR 75/10 (ORWI).

und 6 DMA besteht für einen „Umweg“ über Art. 114 AEUV zudem keine Notwendigkeit, denn regelmäßig wird eine Betroffenheit von Individualinteressen unmittelbar auf eine Missachtung von Normen des DMA rückführbar sein.<sup>100</sup>

c) Anspruch gem. §§ 3, 3a UWG i.V.m. §§ 8, 10 UWG

Schließlich käme ein Anspruch nach § 3 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) i.V.m. § 3a UWG i.V.m. §§ 8, 10 UWG wegen Rechtsbruchs, gerichtet auf Unterlassen und/oder Schadensersatz in Betracht. Außerhalb des GWB bietet § 3a UWG eine Möglichkeit, mit der private Wettbewerber die Einhaltung bestimmter Verhaltensweisen, beziehungsweise ein Unterlassen erreichen können.<sup>101</sup> Die rechtliche Einordnung der Norm bleibt umstritten, dennoch gilt § 3a UWG als unionsrechtskonform in Fällen, in denen direkt gegen Normen des Unionsrechts verstossen wird.<sup>102</sup> Da es nicht zwingend einer wettbewerbsrechtlichen Norm als Grundlage des Verstoßes bedarf, könnte § 3a UWG auch im Anwendungsbereich des DMA angewandt werden. Ein Problem zeigt sich jedoch gegebenenfalls aufgrund der Weite der Art. 5 und 6 DMA, denn die dortigen Verhaltenspflichten müssten zuvor durch die Kommission hinreichend konkretisiert werden. Die tatsächliche Geltendmachung von Verletzungshandlungen könnte aufgrund dieser Intransparenz erschwert werden.<sup>103</sup>

§ 3a UWG ist einschlägig, wenn „[ein] Verstoß gegen eine Markerverhaltensregelung [vorliegt], der geeignet ist, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen“,<sup>104</sup> und gleichzeitig i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG eine geschäftliche Handlung vorliegt.<sup>105</sup> Im vorliegenden Beispielsfall ist davon auszugehen, dass G entgegen der Verhaltenspflichten handelt, sodass das Merkmal der Unlauterkeit (vgl. § 3 Abs. 1 UWG) erfüllt ist. Um eine geschäftliche Handlung handelt es sich, wenn „[d]as Verhalten einer Person mit der Förderung des Absatzes oder Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt.“<sup>106</sup> Diese Definition lässt weite Spielräume für darunter zu fassende Handlungen.<sup>107</sup> Die wie im Fall von G planmäßige nachrangige Einsortierung von Wettbewerbern hinter eigenen Angeboten hängt objektiv mit

100 Schläfke/Schuler, in: Schmidt/Hübener (Hrsg.), § 13, Rn. 65.

101 Niebel/Kerl, in: BeckOK UWG, § 3a UWG, Rn. 1 ff.

102 Ibid., Rn. 8.

103 Holtmannspöter et al., Soziale Marktwirtschaft in der digitalen Zukunft, Foresight-Bericht; „Strategischer Vorausschauprozess zu wirtschaftlichen Perspektiven der Digitalisierung“, abrufbar unter: [https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/F/foresight-abschlusskonferenz-abschlussbericht-lang.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=20](https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/F/foresight-abschlusskonferenz-abschlussbericht-lang.pdf?__blob=publicationFile&v=20) (4.4.2024), S. 190; Leistner, SSRN Electronic Journal 2021, S. 8.

104 Schaffert, in: MünchKomm Lauterkeitsrecht, § 3a UWG, Rn. 563.

105 Ibid.

106 Schaffert, in: MünchKomm Lauterkeitsrecht, § 3a UWG, Rn. 48.

107 Bähr, in: MünchKomm Lauterkeitsrecht, § 2 UWG, Rn. 23 f.

dem Absatz eigener Dienstleistungen zusammen und kann eine geschäftliche Handlung i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG sein.

Ein Verstoß gegen § 3a UWG bezüglich Art. 5 und 6 DMA kommt somit vorliegend ebenfalls in Betracht.<sup>108</sup> Die Rechtsfolgen von Verstößen gegen § 3a UWG bestimmen sich im Zusammenhang mit dem Unlauterkeitstatbestand des § 3 UWG, insbesondere nach §§ 8 und 10 UWG, mithin Unterlassen oder Schadensersatz. Im vorliegenden Fall könnte B erwirken, dass G die benachteiligenden Suchmaschinenergebnisse berichtigt, sowie den B entstandenen Schaden ersetzt. Die Schadenshöhe bemisst sich erneut nach den §§ 249 bis 254 BGB.<sup>109</sup>

## D. Dritte Durchsetzungsebene: Die gerichtliche Durchsetzung

### I. Beteiligung des EuGH

Art. 39 DMA beinhaltet die Zentralnorm zur Regelung der Beteiligung aller Gerichte. Vorrangig geregelt wird die Beteiligung der nationalen Gerichte. Lediglich Art. 39 Abs. 5 Satz 4 DMA nimmt Bezug auf die bestehende Möglichkeit eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV in Fällen, in denen ein nationales Gericht den EuGH zur Rechtsauslegung anruft. Art. 39 Abs. 5 Satz 4 DMA ist nach seinem Regelungsinhalt deklaratorisch, denn auch ohne die ausdrückliche Nennung des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 Abs. 3 AEUV im DMA steht den nationalen Gerichten die Vorabentscheidung zur Klärung der richtigen Auslegung des Unionsrechts in nationalen Gerichtsverfahren zur Verfügung.<sup>110</sup> Art. 39 Abs. 5 Satz 4 DMA stellt dieses entsprechend seines Ziels einer einheitlichen unionsweiten Rechtsanwendung nochmals klar. Dazu bestehen die im AEUV vorgesehenen Möglichkeiten zur Anrufung des EuGH.

Die Überprüfung einzelner Entscheidungen der Kommission durch den EuGH oder die Vorlage einzelner Rechtsfragen im Vorabentscheidungsverfahren nimmt meist einen langen Zeitraum in Anspruch. Wird dies andernorts bereits moniert, so könnte es für den DMA konterkarierende Wirkung zu dessen ursprünglichem Zweck entfalten. Der DMA stützt sich maßgeblich auf die Kürze der Zeit, in der seine Vorgaben für rechtssichere Klärung der Probleme mit Gatekeeper-Plattformen sorgen sollen. Wenn aber jede kleinere und größere Rechtsfrage zunächst der gerichtlichen Klärung bedarf, könnte dieses Ziel verfehlt werden.

Gerade aber weil durch die fehlende Anknüpfung des DMA an das Wettbewerbsrecht nicht auf die bestehende Rechtsprechung des EuGH zurückgegriffen werden kann, bietet das Vorabentscheidungsverfahren gleichzeitig eine Chance zur Klärung aufkommender Rechtsfragen auch für zukünftige Verfahren. Die lange Verfahrensdauer könnte also hingenommen werden, um größere Rechtssicherheit in der Anwendung des DMA zu erreichen.

<sup>108</sup> So auch Albrecht, GWR 2022, S. 182 f.

<sup>109</sup> Eichelberger, in: BeckOK UWG, § 9 UWG, Rn. 62 ff.

<sup>110</sup> Karpenstein, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EU-Recht, Art. 267 AEUV, Rn. 2.

## II. Beteiligung nationaler Gerichte

Die nationalen Gerichte erhalten aus Art. 39 Abs. 5 DMA *e contrario* die primäre Zuständigkeit zur gerichtlichen Durchsetzung des DMA, sofern sich auf nationaler Ebene entsprechende Fälle ergeben.<sup>111</sup> Allerdings ist die Zuständigkeit der Gerichte stets im Zusammenspiel mit den Befugnissen der Kommission zu sehen.<sup>112</sup>

### 1. Zentralnorm Art. 39 DMA

Nach Struktur und Wortlaut kann Art. 39 DMA ausgehend von dessen Abs. 5 betrachtet werden. Dieser entspricht inhaltlich im Wesentlichen dem 92. Erwägungsgrund und wurde schon während des Gesetzgebungsverfahrens als bedeutsame Norm eingeschätzt.<sup>113</sup> Wie für die nationalen Behörden in Art. 1 Abs. 7 DMA, handelt es sich bei Abs. 5 um eine Kollisionsnorm, die klarstellt, dass die nationalen Gerichte keine Entscheidungen treffen werden, die zu denen der Kommission im Widerspruch stehen.<sup>114</sup> Weiterhin treffen die nationalen Gerichte keine Entscheidungen, die von der Kommission beabsichtigten Beschlüssen nach dem DMA zuwiderlaufen könnten. Hier zeigt sich, welche Art des Kooperationsverhältnisses der DMA vorsieht, denn die Gerichte müssten stets über alle laufenden und in der Vorbereitung befindlichen Verfahren und Beschlussachsen der Kommission informiert sein und zudem – gem. Art. 39 Abs. 5 Satz 3 DMA – prüfen, ob das Verfahren aufgrund potentieller Konflikte auszusetzen ist.<sup>115</sup> Sofern es Konflikte gäbe, wäre während der Aussetzungsperiode die Konsultation der Kommission geboten.

Abs. 1 enthält das Gegenstück zu Abs. 5 Satz 2 und 3; die Gerichte sollen in Verfahren, die den DMA betreffen, von der Kommission die Stellungnahmen und Auskünfte erfragen dürfen, derer es bedarf, um dem Ziel einer kommissionskonformen Entscheidung gerecht zu werden.<sup>116</sup> Es ist aber weder eine Pflicht zum Ersuchen um Auskunft noch eine Pflicht zur Auskunftserteilung durch die Kommission normiert. Es wird sich zeigen, in wie vielen Verfahren letztlich auf Auskünfte der Kommission zurückgegriffen werden wird.

Besonders interessant sind Abs. 3 und 4, denn der Kommission steht danach die Möglichkeit zu, nach eigenem Ermessen zu laufenden nationalen Gerichtsverfahren Stellung zu nehmen und als *amicus curiae* (mündlich) vorzutragen. Der Beitritt zum Verfahren steht der Kommission „von Amts wegen“ zu, ist also der Verfahrenshoheit der nationalen Gerichte entzogen. Allerdings werden die Gerichte nicht an die Beiträge der Kommission gebunden.<sup>117</sup> Wie wirkungsvoll sich die Kommission in

111 Kumkar, RDi 2022/8, Rn. 20.

112 Vgl. ibid, Rn. 21.

113 Ibid., Rn. 20 f.

114 Eine ähnliche Formulierung findet sich im Wettbewerbsrecht in Art. 16 Abs. 1 und 2 VO 1/2003 EG.

115 Brösamle/Etz, in: Schmidt/Hübener (Hrsg.), § 11, Rn. 34 f.

116 Ibid., Rn. 32 f.

117 Ibid., Rn. 33.

laufende Verfahren einbringen kann, bleibt offen. Es handelt sich bei dieser Vorschrift nicht um eine Erfindung des DMA. Die Kommission kann bisher etwa auf der Grundlage des Art. 29 Abs. 2 VO 2015/1589 EU<sup>118</sup> nationalen Gerichtsverfahren beitreten. Hierzu bedarf es aber der Erlaubnis der nationalen Gerichte. In diesem Zusammenhang hat sich gezeigt, dass die Kommission als *amicus curiae* in Verfahren zum Beihilfenrecht bis zum Jahr 2021 eher selten nationalen Gerichtsverfahren beigetreten ist.<sup>119</sup> Dies berücksichtigend ist fraglich, ob die Kommission von diesem Recht häufiger Gebrauch machen wird, wenn die Hürde einer Erlaubnis der nationalen Gerichte wegfällt. Dem Ziel einheitlicher Anwendung und Auslegung des DMA, kann der Verfahrensbeitritt – durch die Verdeutlichung der Rechtsansichten der Kommission - aber Vorschub leisten.

## 2. Zuständigkeit der nationalen Gerichte

Die sachliche und örtliche Zuständigkeitszuweisung der nationalen Gerichte wird durch den DMA nicht berührt. In Deutschland ergibt sich die ausschließliche Zuständigkeit der Landgerichte für Fälle auch nach dem DMA aufgrund von § 87 GWB und über § 72 GWB werden die Vorschriften der ZPO für anwendbar erklärt. Am Beispiel des deutschen Rechts könnten Rückschlüsse auf die gerichtliche Zuständigkeit für Fälle nach dem DMA gezogen werden: So wurde bei der Umsetzung der 10. GWB-Novelle die gerichtliche Zuständigkeit neu geregelt und insbesondere der bisherige § 73 GWB um Abs. 5 ergänzt. Dieser gliedert den neu eingefügten § 19a GWB in die Beschwerde nach dem GWB ein.<sup>120</sup> Dabei wird der Instanzenzug für Beschwerden nach §§ 19a, 73 Abs. 5 GWB verkürzt; der BGH ist die erste und letzte Instanz und für alle Verfahren betreffend § 19a GWB unmittelbar zuständig.<sup>121</sup> Hingegen ist für andere Beschwerdeverfahren nach § 73 GWB zunächst das Oberlandesgericht zuständig und erst in zweiter Instanz der BGH für Beschwerdeverfahren.

Die Verkürzung des Instanzenzuges nimmt den Beschwerdeführern einerseits die Möglichkeit, Entscheidungen vor der nächsten Instanz mittels Revision oder Berufung anzugreifen.<sup>122</sup> Auf der anderen Seite wird durch die Verkürzung des Instanzenzuges die Verfahrensdauer bis zu einem letztinstanzlichen Urteil verkürzt.<sup>123</sup> Dies dürfte i.S.d. Zielsetzung des DMA sein. Mit der Umsetzung der 11. GWB-No-

118 Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates vom 13. Juli 2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. L 248/9, 24. September 2015.

119 Vgl. Aufstellung bei *Europäische Kommission*, Amicus curiae observations – State Aid, [https://competition-policy.ec.europa.eu/state-aid/national-courts/amicus-curiae-observations\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/state-aid/national-courts/amicus-curiae-observations_en) (4.4.2024).

120 *Rombach*, in: BeckOK Kartellrecht, § 73 GWB, Rn. 38.

121 *Kruse*, WuW 2021/12, S. 695.

122 *Ibid.*, S. 696.

123 *Kruse*, WuW 2021/12, S. 696; *Kübling*, Tackling Big Tech, Verfassungsblog, 19.1.2021, <https://verfassungsblog.de/tackling-big-tech/> (4.4.2024).

velle treten nunmehr ähnliche Ergänzungen des § 73 Abs. 5 GWB zur Eingliederung des DMA in das deutsche Verfahrens- und Prozessrecht in Kraft.

## E. Durchsetzungsmodelle im Vergleich

Die Einbeziehung der Durchsetzungsmechanismen anderer europäischer Verordnungen könnte langfristig zu Verbesserungen der Anwendung des DMA beitragen.<sup>124</sup> Dies insbesondere, da die Kommission bereits von „weichen“ Möglichkeiten zur Fortentwicklung der einheitlichen Anwendung und Auslegung Gebrauch macht.<sup>125</sup> Bezugnehmend auf die Ausarbeitung des BKA,<sup>126</sup> ist daher zu fragen: Gibt es andere gleich effektive oder besser geeignete Durchsetzungsmodelle?

Die Durchsetzungsmodelle können anhand des Grades der der Kommission zugewiesenen Durchsetzungs- und Entscheidungskompetenz abgegrenzt werden. Der EU-Gesetzgeber hat Verordnungen geschaffen, denen das übergeordnete Ziel der Vereinheitlichung der Rechtsanwendung gemein ist. Gerade ähnliche Regelungsgegenstände und Normstrukturen haben ein hohes Vergleichspotential.<sup>127</sup> Die Auswahl der Vergleichsverordnungen erfolgte daher bezugnehmend auf den Regelungsgegenstand des DMA, mithin wurden Verordnungen des Wettbewerbsrechts, sowie Verordnungen zu Themen fortschreitender Digitalisierung ausgewählt.

### I. Parallelle Kompetenzverteilung – die Kartellverfahrensverordnung

Die Kartellverfahrensverordnung (VO (EG) 1/2003) wird seit über 15 Jahren praktisch angewandt und ist bereits etabliert.<sup>128</sup> Aufgrund ihrer jeweiligen Regelungsgegenstände, dem Kartellverfahrensrecht einerseits, und einem Wettbewerbsrecht *sui generis* mit eigenem Verfahrensrecht andererseits, besteht zwischen der (VO (EG) 1/2003) und dem DMA die größte Schnittmenge.<sup>129</sup>

Allerdings folgt die Kartellverfahrensverordnung einem anderen Ansatz als der DMA, woraus sich eine abweichende Rolle der Kommission ergibt. Der in der VO (EG) 1/2003 gewählte – im Grunde dezentral gedachte – parallele Ansatz

124 Ebenfalls einen vergleichenden Ansatz zugrundelegend: *Monti/De Strel, Improving EU Institutional Design to better supervise Digital Platforms*, [https://cerre.eu/wp-content/uploads/2022/01/20220117\\_CERRE\\_Report\\_Improving-EU-Institutional-Design\\_Final.pdf](https://cerre.eu/wp-content/uploads/2022/01/20220117_CERRE_Report_Improving-EU-Institutional-Design_Final.pdf) (4.4.2024), S. 8 f.

125 Vgl. hierzu *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission, Leitfaden zur Anwendung des Verweisungssystems nach Artikel 22 der Fusionskontrollverordnung auf bestimmte Kategorien von Vorhaben, ABl. C 113/1 (31.3.2021).

126 *Arbeitskreis Kartellrecht*, Hintergrundpapier, 3. Oktober 2021, s. oben Fn. 9, S. 46 f.

127 So wurde bereits im Impact Assessment zum DMA auf Vergleichsverordnungen Bezug genommen. *Europäische Kommission*, Commission Staff Working Document – Impact Assessment Report Annexes Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in digital sector (Digital Markets Act), SWD(2020) 363 final, 15. Dezember 2020, S. 34 ff.

128 Anwendbarkeit der Verordnung ab dem 1.5.2004, gem. Art. 45 VO (EG) 1/2003.

129 So auch *Schweitzer*, ZEuP 2021/3, S. 517.

der Kompetenzverteilung zwischen der Kommission und den mitgliedstaatlichen Institutionen sorgte bei Einführung der Verordnung für Skepsis und Kritik.<sup>130</sup> In dieser initialen Wahrnehmung der VO (EG) 1/2003 zeigt sich eine weitere Parallele zum DMA.

Die Kritik bezog sich auf die Vereinbarkeit der Verordnung mit den EG-Verträgen und die Anwendung innerhalb der Mitgliedstaaten.<sup>131</sup> Angestoßen wurde die parallele Ausgestaltung aufgrund einer Überforderungslage der Kommission hinsichtlich der Anmeldung von Vereinbarungen durch Unternehmen nach der Genehmigungssystematik der Vorgängerregelung.<sup>132</sup> Art. 4 VO (EG) 1/2003 enthält vorangestellt eine generelle Zuständigkeitszuweisung an die Kommission für die Anwendung und Durchsetzung der Art. 81 und 82 EG (heute Art. 101 und 102 AEUV). Sodann werden in den Art. 4 bis 6 VO (EG) 1/2003 die Zuständigkeiten der Kommission und der mitgliedstaatlichen Behörden und Gerichten abschließend geregelt.<sup>133</sup>

Dabei ist Art. 5 VO (EG) 1/2003 die für mitgliedstaatliche Wettbewerbsbehörden maßgebliche Ermächtigungsgrundlage.<sup>134</sup> So wird den nationalen Behörden über Art. 5 VO (EG) 1/2003 die Ermächtigung zu einer umfassenden Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV erteilt.<sup>135</sup> In diesem Artikel wird das dezentrale Anliegen der Verordnung am deutlichsten hervorgehoben.<sup>136</sup> Nach Art. 5 VO (EG) 1/2003 erhalten die Mitgliedstaaten ähnliche Zuständigkeiten und Befugnisse, wie die Kommission sie aus den folgenden Art. 7 bis 9 VO (EG) 1/2003 ableiten kann.<sup>137</sup> Diese Stärkung der mitgliedstaatlichen Behörden neben der Kommission ist in der praktischen Anwendung der Verordnung wahrnehmbar.<sup>138</sup>

Zwar ist die VO (EG) 1/2003 von einer verstärkten Dezentralisierung geprägt,<sup>139</sup> das Zuständigkeitsystem ist aber insgesamt eher parallel ausgestaltet<sup>140</sup> und wird inzwischen in der Praxis zumeist zugunsten der Zuständigkeit der Kommission an-

130 Dreher/Kulka, in: Dreher/Kulka (Hrsg.), Wettbewerbs- und Kartellrecht, Rn. 636.

131 Vgl. Pace, EuZW 2004/10, S. 301.

132 Jaeger, in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder/Seeliger (Hrsg.), Frankfurter Kommentar Kartellrecht, VO 1/2003, Art. 1, Rn. 4.

133 Ibid., Art. 4, Rn. 3.

134 Van der Hout, in: Berg/Mäsch (Hrsg.), Deutsches und Europäisches Kartellrecht, Art. 5 VO 1/2003, Rn. 8; Jaeger, in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder/Seeliger (Hrsg.), Frankfurter Kommentar Kartellrecht, VO 1/2003, Art. 5, Rn. 1 f.

135 Van der Hout, in: Berg/Mäsch (Hrsg.), Deutsches und Europäisches Kartellrecht, Art. 5 VO 1/2003, Rn. 1.

136 Jaeger, in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder/Seeliger (Hrsg.), Frankfurter Kommentar Kartellrecht, VO 1/2003, Art. 5, Rn. 1.

137 Jaeger, in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder/Seeliger (Hrsg.), Frankfurter Kommentar Kartellrecht, VO 1/2003, Art. 5, Rn. 8.

138 Europäische Kommission, Zehn Jahre Kartellrechtsdurchsetzung auf der Grundlage der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 – Ergebnisse und Ausblick; COM(2014) 453 final, S. 4.

139 Dreher/Kulka, in: Dreher/Kulka (Hrsg.), Wettbewerbs- und Kartellrecht, Rn. 639.

140 Jaeger, in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder/Seeliger (Hrsg.), Frankfurter Kommentar Kartellrecht, VO 1/2003, Art. 4, Rn. 1.

gewendet.<sup>141</sup> Eine vollständige Parallelität wurde also nicht erreicht. Art. 6 VO (EG) 1/2003 regelt dazwischen die Zuständigkeit der nationalen Gerichte. Zunächst war die Natur dieser Vorschrift umstritten; allerdings hat Art. 6 VO (EG) 1/2003 nach inzwischen herrschender Ansicht lediglich deklaratorischen Charakter,<sup>142</sup> denn die nationale gerichtliche Zuständigkeit liegt ohnehin in der Kompetenz der Mitgliedstaaten.

Die Normen zur Kompetenzverteilung werden ergänzt durch Vorschriften der Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den nationalen Behörden.<sup>143</sup> Zudem wurde anlässlich der VO (EG) 1/2003 das ECN gegründet und die ergänzende Richtlinie (EU) 2019/1 (ECN+ Richtlinie) erlassen, um die Funktionsfähigkeit der Verordnung und die Wirksamkeit der Durchsetzung zu erhöhen.<sup>144</sup> In deren Erwähnungsgrund 2 ist nochmals die Parallelität bei der öffentlich-rechtlichen Durchsetzung der Verordnung durch die nationalen Behörden und die Kommission explizit hervorgehoben.

Zehn Jahre nach Inkrafttreten der Verordnung hat die Kommission in einem Bericht dazu Bilanz gezogen, wie die Verordnung zur Harmonisierung beigetragen hat und ob ihre Anwendung insgesamt bisher erfolgreich verlaufen ist. Dabei wurde festgestellt, dass mit der Verordnung eine „Verbreiterung“ des Anwendungsbereichs eingeführt wurde, die insgesamt positive Resultate gebracht hat und einer kohärenten Anwendung des Kartellrechts nicht entgegensteht.<sup>145</sup> Ebenfalls positiv angemerkt wurde, dass die nationalen Gerichte verstärkt in die Durchsetzung einbezogen wurden.<sup>146</sup>

Welche Erkenntnisse lassen sich aus der Anwendung der VO 1/2003 für den DMA gewinnen? Die parallele Ausgestaltung der Verordnung ist praktisch nur teilweise gelungen, die Kommission nimmt die stärkere Rolle ein. Gerade die spätere Stärkung der Verordnung durch eine Richtlinie könnte bei sich abzeichnenden Schwachstellen in der Anwendung des DMA aber eine sinnfällige Ergänzung sein.

## **II. Verweisungssystem – Art. 22 Fusionskontrollverordnung**

Die Fusionskontrollverordnung (FKVO), VO (EG) 139/2004, bietet eine weitere Durchsetzungs-Variante an: Ein System, das sowohl die Verweisung von Fällen an die Kommission (vgl. Art. 22 VO (EG) 139/2004), wie auch umgekehrt durch die Kommission an die mitgliedstaatlichen Behörden (vgl. Art. 4 Abs. 4 VO (EG)

141 *Europäische Kommission*, Zehn Jahre Kartellrechtsdurchsetzung auf der Grundlage der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 – Ergebnisse und Ausblick; COM(2014) 453 final, S. 3 f.

142 M.w.N. Jaeger, in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder/Seeliger (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, VO 1/2003, Art. 6, Rn. 2.

143 Glöckler, Kartellrecht, Rn. 197.

144 Ibid., Rn. 194 f., 200.

145 *Europäische Kommission*, Zehn Jahre Kartellrechtsdurchsetzung auf der Grundlage der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 – Ergebnisse und Ausblick; COM(2014) 453 final, S. 4.

146 Ibid., S. 8 f.

139/2004) vorsieht. Gegenstand der Verordnung ist die Kontrolle von Zusammenschlüssen in der EU.

Die Zentralnorm ist Art. 22 VO (EG) 139/2004, der auf Initiative der Mitgliedstaaten die Verlagerung der Verordnungsdurchsetzung an die Kommission mittels Verweisungsmöglichkeit regelt.<sup>147</sup> Danach kann die Kommission den Antrag eines oder mehrerer Mitgliedstaaten annehmen, um einen Zusammenschluss ohne unionsweite Bedeutung (der normalerweise nicht von Art. 1 VO (EG) 139/2004 erfasst und demnach durch die Mitgliedstaaten zu prüfen wäre) selbst nach den Voraussetzungen der VO (EG) 139/2004 zu behandeln. Nach Art. 22 Abs. 3 UA 3 VO (EG) 139/2004 wird sodann die Kommission für das anschließende Verfahren zuständig und trifft eine Entscheidung ohne Rückgriff auf das mitgliedstaatliche Wettbewerbsrecht. Für Zusammenschlüsse mit unionsweiter Bedeutung gilt dies ohnehin gem. Art. 21 Abs. VO (EG) 139/2004. Die so geschaffene Mehrstufigkeit des Verweisungssystems zeigt, dass dieses verstärkt auf Einzelfall-Entscheidungen zugeschnitten ist und dementsprechend flexiblere Lösungsmöglichkeiten bieten kann, als ein stärker pauschalierendes System. Die Komplexität dieses Systems zeigt sich auch darin, dass die Kommission zu Art. 22 VO (EG) 139/2004 im Jahr 2021 eine detaillierte (wenn auch nicht rechtlich bindende) Mitteilung über dessen Anwendung veröffentlicht hat.<sup>148</sup>

So wird im Unterschied zum Verfahren nach dem DMA deutlich: Der DMA soll mit *self-executing* Normen ein träges, individualisiertes Verfahren verhindern. Es stünde dem Grundgedanken der Verfahrensverkürzung entgegen, wenn zuerst ein Verfahren zur Zuständigkeitsermittlung zu durchlaufen wäre.

Die Entwicklung neuer Marktmachtstrukturen durch Gatekeeper-Plattformen hat unionsweite Auswirkungen, die zudem häufig irreversibel sind. Sind Wettbewerber von einem Markt verdrängt und ist eine Monopolisierung eingetreten, kann dies nicht durch ein geändertes Verhalten der marktmächtigen Gatekeeper rückgängig gemacht werden.<sup>149</sup> Zusätzlich sind die Sachverhalte flexibel und bieten ein hohes Veränderungspotential.<sup>150</sup> Demgegenüber vollziehen sich Zusammenschlüsse nicht spontan aufgrund der Popularität eines Wettbewerbers auf dem (digitalen) Markt und verfügen daher über ein geringeres Entwicklungspotential. Erforderlich ist aber ein genauer Überprüfungsprozess, bevor ein Zusammenschluss zugelassen und vollzogen werden kann.

147 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission, Leitfaden zur Anwendung des Verweisungssystems nach Artikel 22 der Fusionskontrollverordnung auf bestimmte Kategorien von Vorhaben, ABl. C 113/1, (31.3.2021).

148 Ibid.

149 *Monopolkommission der Bundesregierung*, XXIII. Hauptgutachten der Monopolkommission, Wettbewerb 2020, abrufbar unter: [https://monopolkommission.de/images/HG\\_23/HGXXIII\\_Gesamt.pdf](https://monopolkommission.de/images/HG_23/HGXXIII_Gesamt.pdf) (4.4.2024), Rn. 86 ff.

150 *De Street/Feasey/Krämer/Monti*, CERRE, Recommendations Paper – Making the Digital Markets Act more resilient and effective, abrufbar unter: [https://cerre.eu/wp-content/uploads/2021/05/CERRE\\_-DMA\\_European-Parliament-Council-recommendations\\_FULL-PAPER\\_May-2021.pdf](https://cerre.eu/wp-content/uploads/2021/05/CERRE_-DMA_European-Parliament-Council-recommendations_FULL-PAPER_May-2021.pdf) (4.4.2024), S. 71.

Hinsichtlich der Beteiligung der Kommission nach Art. 22 VO (EG) 139/2004 gibt es einen weiteren Ansatz: Im Jahr 2021 unterzog die Kommission das geltende Wettbewerbsrecht einer ausführlichen Überprüfung in Bezug auf die bisherige praktische Anwendung.<sup>151</sup> Im Ergebnis wurde einerseits eine gute Funktionsfähigkeit der FKVO festgestellt, jedoch ebenso, dass das Verfahren der Vereinfachung bedarf.<sup>152</sup> Zudem kommt die Untersuchung zu dem Ergebnis, dass auch in Fällen, in denen Zusammenschlüsse unterhalb der Erheblichkeitsschwelle (Art. 1 VO (EG) 139/2004) der Verordnung liegen, neben dem Verweisungssystem in den Kompetenzbereich der Kommission fallen sollen. Es ist mithin festzuhalten, dass sich auch innerhalb der FKVO eine zunehmende Zentralisierung in die Richtung der Kommission vollzieht.

Der DMA wird über Art. 14 DMA mit der FKVO verknüpft.<sup>153</sup> Denn obwohl das System des DMA neben den bisherigen Wettbewerbsvorschriften steht, wird die Kommission über geplante Zusammenschlüsse i.S.v. Art. 3 VO (EG) 139/2004 auch unterhalb der Schwelle der Verordnung gem. Art. 14 Abs. 1 DMA informiert, so weit die Zusammenschlüsse Unternehmen aus dem digitalen Sektor betreffen.<sup>154</sup> Es wird mit dieser Verknüpfung gewissermaßen ein „Ping-Pong-Spiel“ zwischen beiden Systemen geschaffen. Sachverhalte, die Zusammenschlüsse betreffen, werden von der Kommission erfasst und Informationen gebündelt, im nächsten Schritt an die Mitgliedstaaten weitergegeben und diese somit indirekt zur Stellung eines Verweisungsantrags i.S.d. Art. 22 FKVO animiert.<sup>155</sup> Es handelt sich hierbei indes um einen rechtlichen Umweg, da die Rechtsgrundlage des DMA, Art. 114 AEUV, keine Grundlage zur Änderung der FKVO bieten kann.<sup>156</sup>

Die verglichenen Verordnungen bilden die Reaktion auf unterschiedliche Regulierungsbedürfnisse des jeweils betroffenen Marktes ab. Ein mehrschichtiges System wie das der FKVO lenkt zwar die Verantwortung der Kommission um, muss sich aber gleichzeitig der Herausforderung einer gewissen immanenten Trägheit und Fragmentierungsgefahr stellen. Besonderes auf die Trägheit hat die Kommission mit einer Mitteilung zur Anwendung eines vereinfachten Verfahrens für einige Zusammenschlüsse reagiert.<sup>157</sup> Dies wiederum unterstreicht die Vorzüge der Aufnahme von selbstausführenden *ex ante*-Tatbeständen im DMA, denn ein Mehr an Verfahrensvereinfachung ist nur schwer umsetzbar.

151 *Europäische Kommission*, Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control, SWD(2021) 66 final, 26. März 2021.

152 Ibid., S. 75.

153 Achleitner, NZKart 2022/7, S. 363.

154 Herbers, in: Podszun Digital Markets Act, Art. 14, Rn. 9.

155 Achleitner, NZKart 2022/7, S. 363.

156 Ibid.

157 *Europäische Kommission*, Bekanntmachung der Kommission über die vereinfachte Behandlung bestimmter Zusammenschlüsse gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 160/1 (11.5.2022).

### III. Dezentrale Durchsetzung

#### 1. Teilweise Dezentralisierung im Digital Services Act

Ein dezentral ausgerichtetes System liegt dem DSA zugrunde. Bereits in den Erwagungsgründen 109 ff. und insbesondere in Erwägungsgrund 113 wird die Aufspaltung der Durchsetzungskompetenzen dargestellt, die in den Art. 49 ff. VO (EU) 2022/2065 ausdifferenziert werden. Die Kompetenzverteilung beteiligt insgesamt vier Akteure:<sup>158</sup> Die zuständigen mitgliedstaatlichen Behörden, die Digital Service Coordinators (DSC), das European Digital Services Board (EDSB) und schließlich die Kommission.<sup>159</sup> Gerade dieser plurale Ansatz wird bisweilen als undurchsichtig kritisiert.<sup>160</sup> Von zentraler Bedeutung innerhalb dieses Gefüges sind die Behörden der Mitgliedstaaten, denn diese sind nach Art. 49 Abs. 1 VO (EU) 2022/2065 für die Durchsetzung maßgeblich zuständig. Die weiteren Akteure werden jeweils innerhalb des Stufenaufbaus an der Durchsetzung beteiligt. So wird auf nationaler Ebene eine Behörde als unabhängiger DSC gem. Art. 49 Abs. 1 VO (EU) 2022/2065 bestimmt nach den Anforderungen des Art. 50 VO (EU) 2022/2065. Die Funktion dieser Behörde besteht gem. Art. 49 Abs. 2 VO (EU) 2022/2065 darin, alle Fragen die Durchsetzung betreffend auf nationaler Ebene zu beantworten und gleichzeitig als Schnittstelle zur einheitlichen Anwendung der Verordnung innerhalb der gesamten EU beizutragen. Vorwiegend nach Art. 51 VO (EU) 2022/2065 werden die DSC mit eigenen Ermittlungsbefugnissen ausgestattet.

Die Kommission nimmt demgemäß eine weniger präsente Rolle ein und erhält über Art. 56 Abs. 2 ff. VO (EU) 2022/2065 aufgelistet ihre Durchsetzungsbefugnisse. Darüber hinaus sieht Art. 56 Abs. 3 VO (EU) 2022/2065 die Durchsetzung in einigen weiteren Fällen vor. Mit dem DSA soll vor allem der Verbreitung nicht legaler Inhalte über große und sehr große Plattformen unterbunden werden.<sup>161</sup> Es handelt sich um eine Materie, die – ähnlich zum DMA – eine kurzfristige Reaktionsfähigkeit seitens der durchsetzenden Instanzen erfordert. Gleichzeitig soll die Harmonisierung einer stark fragmentierten Thematik erreicht werden.<sup>162</sup>

158 Müller, MMR 2022, S. 1010.

159 Ibid.

160 Vergnolle, Enforcement of the DSA and the DMA: What did we learn from the GDPR?, Verfassungsblog, 3.9.2021, <https://verfassungsblog.de/power-dsa-dma-10/> (4.4.2024).

161 Gielen/Uphues, EuZW 2021/14, S. 632.

162 Ibid., S. 633.

## 2. Nationale Aufsichtsbehörden in der Datenschutzgrundverordnung

Systematisch entlang der Autonomie der Mitgliedstaaten ausgerichtet ist die europäische Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO)<sup>163</sup>, VO (EU) 2016/679.<sup>164</sup> Nach deren Art. 51 ff. kommt den mitgliedstaatlichen Aufsichtsbehörden die federführende Rolle der Durchsetzung der Verordnung und der Kontrolle der Einhaltung ihrer Bestimmungen zu.<sup>165</sup> So sind die Aufsichtsbehörden für die einheitliche Anwendung der Verordnung zuständig.

Der Verordnung liegt ein Mehrebenensystem zugrunde: Einerseits tragen die Mitgliedstaaten alleine die Pflicht und Verantwortung zur Durchsetzung der Verordnung entsprechend Art. 57 Abs. 1 lit. a VO (EU) 2016/679 AEUV und richten hierzu gem. Art. 52 VO (EU) 2016/679 unabhängige Behörden ein.<sup>166</sup> Weiterhin gewährt Art. 58 Abs. 1 VO (EU) 21016/679 den Behörden der Mitgliedstaaten weitreichende Untersuchungsbefugnisse. Dennoch wird die Kommission aufgrund der regelmäßig wiederkehrenden Berichte und Analysen in die Anwendung der Verordnung einbezogen, gem. Art. 97 VO (EU) 2016/679.<sup>167</sup>

Da es ebenfalls das übergeordnete Ziel der VO (EU) 2016/679 ist, die einheitliche Rechtsanwendung innerhalb der Union voranzubringen, musste der Gesetzgeber ein eigenes System schaffen. Mit der dezentral ausgerichteten Durchsetzungssystematik wurde hier ein gänzlich anderer Weg als in den vorgenannten Verordnungen und dem DMA gewählt.<sup>168</sup> Die DSGVO überlagert in ihrem Anwendungsbereich die bisherigen nationalen Gesetze, ist Nachfolgeverordnung zur Europäischen Datenschutzrichtlinie RL (EG) 95/46 und gewährt den Mitgliedstaaten trotzdem einigen Regelungsspielraum.<sup>169</sup> Insbesondere stehen die Mitgliedstaaten in der Verantwortung zur Einrichtung der Aufsichtsbehörden nach Art. 51 VO (EU) 2016/679. Diesen Aufsichtsbehörden kommt die zentrale Bedeutung in Bezug auf die Einhaltung und öffentliche Durchsetzung der Verordnung zu.<sup>170</sup> Gleichzeitig schafft die Verordnung eine neue europäische Einrichtung, den sog. Europäischen Datenschutz Ausschuss – (ESDA) in den Art. 68 ff. VO (EU) 2016/679. Dieser besteht als unabhängige Institution und wird aus den mitgliedstaatlichen Aufsichtsbehörden gebil-

163 Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. L 119/1, 4. Mai 2016.

164 *Vergnolle*, Enforcement of the DSA and the DMA: What did we learn from the GDPR?, Verfassungsblog, 3.9.2021, <https://verfassungsblog.de/power-dsa-dma-10/> (4.4.2024).

165 Vgl. *Nguyen*, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), DS-GVO, Art. 51, Rn. 1.

166 *Nguyen*, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), DS-GVO, Art. 52, Rn. 1 f.

167 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Datenschutz als Grundpfeiler der Teilhabe der Bürgerinnen und Bürger und des Ansatzes der EU für den digitalen Wandel – zwei Jahre Anwendung der Datenschutz-Grundverordnung, COM(2020) 264 final.

168 *Vergnolle*, Enforcement of the DSA and the DMA: What did we learn from the GDPR?, Verfassungsblog, 3.9.2021, <https://verfassungsblog.de/power-dsa-dma-10/> (4.4.2024).

169 *Nguyen*, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), DS-GVO, Art. 51, Rn. 1 ff.

170 *Ibid.*

det und besetzt. Den Aufsichtsbehörden obliegt es sodann nach Art. 63 ff. VO (EU) 2016/679 für die einheitliche Durchsetzung der Verordnung auch auf multinationaler Ebene zu sorgen und das Kohärenzverfahren ordnungsgemäß durchzuführen.<sup>171</sup> Dabei ist die Zusammenarbeit mit der Kommission möglich, diese ist aber nicht die entscheidende Institution. Es stehen ihr lediglich einzelne Befugnisse zu, gem. Art. 64 Abs. 2 VO (EU) 2016/679, wonach die Prüfung einer Sache durch den Ausschuss auch von der Kommission verlangt werden kann. Der ESDA ist als EU-Institution unabhängig und lediglich für die Durchsetzung von EU-Recht zuständig und nicht dazu ermächtigt, ins Recht der Mitgliedstaaten hinein die Durchsetzung zu beeinflussen.<sup>172</sup>

DMA und DSGVO haben ihre Schwerpunkte jeweils in digitalen Rechtsgebieten, deren hohes Entwicklungspotential eine einheitliche Regulierung vor Herausforderungen stellt.<sup>173</sup> Zudem steht der DMA als Gesetz im digitalen Bereich unter dem Eindruck der aus dem Umgang mit der DSGVO gewonnenen – insbesondere den negativen – Erfahrungen.<sup>174</sup> Darunter fallen etwa die stark divergierenden Sanktionen, die unter der DSGVO in den Mitgliedstaaten verhängt wurden.<sup>175</sup> Sinnbildlich „spiegeln“ diese die Konsequenz, mit der die staatlichen Behörden die Verordnung durchgesetzt haben. Dabei ergibt sich diese Divergenz vor allem aufgrund des sog. *one-stop-shop*-Prinzips der Art. 56 Abs. 6 und 60 Abs. 1 VO (EU) 2016/679. Innerhalb des Anwendungsbereichs der DSGVO ist vorgesehen, dass jeweils eine mitgliedstaatliche Behörde für den jeweiligen Marktteilnehmer ausschließlich und umfassend zuständig ist.<sup>176</sup> Wo Mitgliedstaaten zögerlich oder ineffektiv mit den Durchsetzungsinstrumentarien umgehen, müssen Marktteilnehmer bei Verstößen gegen die Verordnung weniger (scharfe) Konsequenzen fürchten. Wäre dieses Prinzip dem DMA zugrunde gelegt worden, so hätte die Gefahr bestanden, dass es einen „Trend“ bei der Ansiedlung potentieller Gatekeeper gibt, um in den Zuständigkeitsbereich einer Gatekeeper-freundlichen oder kapazitätsarmen nationalen Behörde zu fallen – ähnlich der Auswahl der europäischen Standorte von Apple Inc. und Amazon.com Inc.<sup>177</sup> Dies dürfte eine gewichtige Erwägung gegen dieses Prinzip im DMA-Entwurf gewesen sein.

171 Polenz, in: DSGVO, Art. 51 Aufsichtsbehörde, Rn. 19.

172 Hellmich, in: Taeger/Gabel (Hrsg.), DSGVO – BDSG – TTDSG, Art. 68 DSGVO, Rn. 1.

173 De Street/Feasey/Krämer/Monti, CERRE, Recommendations Paper – Making the Digital Markets Act more resilient and effective, S. 71.

174 Vergnolle, Enforcement of the DSA and the DMA: What did we learn from the GDPR?, Verfassungsblog, 3.9.2021, <https://verfassungsblog.de/power-dsa-dma-10/> (4.4.2024).

175 Ibid.

176 Polenz, in: Simitis/Hornung/Spiecker (Hrsg.), Datenschutzrecht, Art. 60 DSGVO, Rn. 1.

177 Zu diesem Risiko Wagner/Rubmann, ZD-Aktuell 2019, 06546.

#### **IV. Bewertung**

Aus den betrachteten dezentralen Verordnungen präsentiert sich die starke Rolle der Mitgliedstaaten zugleich als Vor- und Nachteil. Wird ihnen große Autonomie zugestanden, können sie auf landesspezifische Umstände flexibel reagieren und so eine hohe Durchsetzungseffizienz erreichen. Sobald sich aber in der Anwendung eine Fragmentierung zeigt, wird es mit den Mitteln der Kommission schwierig, entgegenzuwirken. Neben Mitteilungen zur Anwendung der Verordnung, bliebe nur die Möglichkeit, einen nachfolgenden weiteren Rechtsakt zur Harmonisierung zu schaffen.

Zuletzt ist ein großer Nachteil dezentraler Modelle, dass die Kapazitäten zur Rechtsdurchsetzung in den Mitgliedstaaten stark variieren. Als Mittelweg bieten sich teilzentrale Modelle an. Sie haben den Vorteil einer ausgewogenen Kompetenzverteilung. Sie binden daher seitens der EU, wie auch in den Mitgliedstaaten weniger Kapazitäten. Zudem gibt es mit der Kartellverfahrensverordnung ein Beispiel, das – insbesondere aufgrund der nachzeitigen Ergänzung durch die ECN+-Richtlinie, RL (EU) 2019/1 – gute Ergebnisse erzielt. Allerdings zeigt sich auch hier eine Tendenz zur Zentralisierung. Zudem birgt eine „Mittelweglösung“ bereits auf der Zuständigkeitebene Konfliktpotential und kann so zeitliche Verzögerungen begünstigen.

Letztlich ist festzustellen, dass das Ziel der einheitlichen Rechtsanwendung mit einem zentralen Modell wie dem des DMA durchaus überzeugend verfolgt werden kann.

#### **F. Fazit und Ausblick**

Mit der Einleitung der Verfahren gegen *Alphabet*, *Apple* und *Meta* hat die Kommission den DMA auf die nächste Ebene praktischer Erprobung gehoben.<sup>178</sup> Parallel dazu werden weiter Marktuntersuchungen durchgeführt, um zukünftig weitere Gatekeeper benennen zu können.

Gegen die *Meta*-Plattform *Facebook* läuft gleichzeitig ein Untersuchungsverfahren des BKA, in dem erstmalig § 19a GWB in einem Anwendungsfall geprüft wird.<sup>179</sup> Die Ergebnisse der laufenden Verfahren können mit Spannung erwartet werden.

<sup>178</sup> Europäische Kommission, Kommission leitet Verfahren gegen Alphabet, Apple und Meta gemäß dem Gesetz über digitale Märkte ein, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip\\_24\\_1689](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_24_1689) (3.4.2024).

<sup>179</sup> Bundeskartellamt, Für Meta (vormals Facebook) gelten neue Regeln – Bundeskartellamt stellt „überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb“ fest, Pressemitteilung 4. Mai 2022, abrufbar unter: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2022/04\\_05\\_2022\\_Facebook\\_19a.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2022/04_05_2022_Facebook_19a.html) (4.4.2024).

Innerhalb der Kommission liegt die Verantwortung zur Durchführung des DMA bei der Generaldirektion Wettbewerb und der Generaldirektion Connect.<sup>180</sup> Ange deutet wurde bereits das Risiko, dass die personellen Kapazitäten der Kommission mit dem DMA an Grenzen stoßen könnten.<sup>181</sup> Sollte die Zahl der designierten Gatekeeper aber deutlich oberhalb dessen liegen, was von der Kommission vorher gesehen wurde, bestünde das Risiko der Überforderung der Kommission. An dieser Stelle können sich sodann neue Fragen zur Rolle der Kommission bei der Verordnungs durchsetzung stellen.

## Bibliographie

- ACHLEITNER, RANJANA ANDREA, *Digital Markets Act beschlossen: Verhaltenspflichten und Rolle nationaler Wettbewerbsbehörden*, Neue Zeitschrift für Kartellrecht (NZKart), 2022, Heft 7, S. 359–366
- AKMAN, PINAR, *Regulating competition in digital platform markets: a critical assessment of the framework and approach of the EU Digital Markets Act*, European Law Review (EULR), 2022, Jg. 47, Heft 1, S. 85–114
- ALBRECHT, ROLF, *Digital Markets Act kommt – Regulierung von Plattformen und Auswirkungen auf Unternehmen*, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (GWR), 2022, S. 181–184
- BACHER, KLAUS; HEMPEL, ROLF; WAGNER-VON PAPP, FLORIAN, *Beck'scher Online-Kommentar Kartellrecht*, 9. Auflage, 2023
- BASEDOW, JÜRGEN, *Das Rad neu erfunden: Zum Vorschlag für einen Digital Markets Act*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP), 2021, Heft 2, S. 217–226
- BERG, WERNER; MÄSCH, GERALD, *Deutsches und Europäisches Kartellrecht*, 4. Auflage, Hürth, 2022
- CALLIESS, CHRISTIAN; RUFFERT, MATTHIAS (Hrsg.), *EUV/AEUV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Grundrechtecharta*, 6. Auflage, München, 2022
- COLANGELO, GIUSEPPE, *The Digital Markets Act and EU Antitrust Enforcement: Double & Triple Jeopardy*, ICLE (International Center for Law & Economics), White Paper, 23.3.2022
- DREHER, MEINRAD; KULKA, MICHAEL, *Wettbewerbs- und Kartellrecht*, 11. Auflage, München, 2021

180 Europäische Kommission, The Digital Markets Act, [https://digital-markets-act.ec.europa.eu/index\\_de](https://digital-markets-act.ec.europa.eu/index_de) (4.4.2024).

181 De Street/Feasey/Krämer/Monti, CERRE, Recommendations Paper – Enforcement and institutional arrangements, abrufbar unter: [https://cerre.eu/wp-content/uploads/2021/05/CERRE\\_FOURTH-ISSUE-PAPER\\_DMA\\_European-Parliament-Council-recommendations\\_May-2021.pdf](https://cerre.eu/wp-content/uploads/2021/05/CERRE_FOURTH-ISSUE-PAPER_DMA_European-Parliament-Council-recommendations_May-2021.pdf) (4.4.2024), S. 12.

- FRITZSCHE, JÖRG; MÜNKER, REINER; STOLLWERCK, CHRISTOPH; (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 17. Auflage, München, 2022
- GERPOTT, TORSTEN J., *Neue Pflichten für große Betreiber digitaler Plattformen – Vergleich von § GWB § 19a GWB und DMA-Kommissionsvorschlag*, Neue Zeitschrift für Kartellrecht (NZKart), 2021, Heft 5, S. 273–279
- GERPOTT, TORSTEN J., *Wer reguliert zukünftig Betreiber großer Online-Plattformen? Aufsichtssysteme in den Vorschlägen der Europäischen Kommission für Gesetze über digitale Märkte und über digitale Dienste*, Wirtschaft und Wettbewerb (WuW), 2021, Heft 9, S. 481–487
- GIELEN, NICO; UPHUES, STEFFEN, *Digital Markets Act und Digital Services Act*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW), 2021, Heft 14, S. 627–637
- GLÖCKLER, JOCHEN, *Kartellrecht – Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, 3. Auflage, Stuttgart, 2021
- GOLA, PETER; HECKMANN, DIRK (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz: DS-GVO / BDSG*, 3. Auflage, München, 2022
- GUERSENT, OLIVIER, *The Commission's proposal for a Digital Markets Act*, Wirtschaft und Wettbewerb (WuW), 2021, Jg. 71, Heft 2, S. 69
- HABERSACK, MATHIAS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 7, 8. Auflage, München, 2020
- HEERMANN, PETER W.; SCHLINGLOFF, JOCHEN (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht*, Band 1, 3. Auflage, München, 2019
- HERBERS, BJÖRN, *Der Digital Markets Act (DMA) kommt – neue Dos and Don'ts für Gatekeeper in der Digitalwirtschaft*, Recht Digital (RDi), 2022, Heft 6, S. 252–259
- JAEGER, WOLFGANG; KOKOTT, JULIANE; POHLMANN, PETRA (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, 106. Aktualisierung, Köln, 2023
- KARBAUM, CHRISTIAN; SCHULZ, MAX, „*Antitrust Litigation 2.0 – Private Enforcement beim DMA?*“, Neue Zeitschrift für Kartellrecht (NZKart), 2022, Heft 3, S. 107–112
- KÄSEBERG, THORSTEN; BRENNER, TOBIAS; FÜLLING, DANIEL, *Das GWB-Digitalisierungsgesetz im Überblick*, Wirtschaft und Wettbewerb (WuW), 2021, Heft 5, S. 269–275
- KERBER, WOLFGANG, *Datenrechtliche Aspekte des Digital Markets Act*, Zeitschrift für Datenschutz (ZD), 2021, Heft 10, S. 544–548
- KÖRBER, TORSTEN, „*Digitalisierung“ der Missbrauchsauflösung durch die 10. GWB-Novelle*“, MultiMedia und Recht (MMR), 2020, Heft 5, S. 290–295

- KRUSE, JOHANNES, *Die Rechtswegverkürzung nach § 73 Abs. 5 GWB – „Vorhang zu und alle Fragen offen“*, Wirtschaft und Wettbewerb (WuW), 2021, Heft 12, S. 695–699
- KUMKAR, J. LEA KATHARINA, *Der Digital Markets Act nach dem Trilog-Verfahren*, Recht Digital (RDi), 2022, Heft 8, S. 347–354
- LAMADRID DE PABLO, ALFONSO; BAYÓN FERNÁNDEZ; NIEVES, *Why the Proposed DMA Might Be Illegal under Article 114 TFEU, and How to Fix It*, Journal of European Competition Law & Practice (JECLAP), 2021, Jg. 12, Heft 7, S. 576–589
- LEISTNER, MATTHIAS, *The Commission’s vision for Europe’s Digital Future: Proposals for the Data Governance Act, the Digital Markets Act and the Digital Services Act – A critical primer*, SSRN Electronic Journal, 2021, abrufbar unter: <https://ssrn.com/abstract=3789041> (4.4.2024)
- MEYER, JÜRGEN; HÖLSCHEIDT, SVEN (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 5. Auflage, Baden-Baden, 2019
- MÜLLER, KLAUS, *Künftige Plattformregulierung und effektive Durchsetzung in Deutschland*, Multimedia und Recht (MMR), MMR-Beilage, 2022, S. 1007–1011
- NETTESHEIM, MARTIN (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV*, 79. Ergänzungslieferung, München, 2023
- PAAL, BORIS P.; KIEß, FABIAN, *Digitale Plattformen im DSA-E, DMA-E und GWB § 19a GWB*, Zeitschrift für Digitalisierung und Recht (ZfDR), 2022, Heft 1, S. 1–34
- PAAL, BORIS P.; KUMKAR, LEA J. KATHARINA, *Wettbewerbschutz in der Digitalwirtschaft*, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 2021, Heft 12, S. 809–815
- PACE, LORENZO FEDERICO, *Die Dezentralisierungspolitik im EG-Kartellrecht – Sind Art. 3 II, 6 der VO 1/2003 rechtmäßig?*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW), 2004, Heft 10, S. 301–305
- PODSZUN, RUPPRECHT (Hrsg.), *Digital Markets Act – Gesetz über digitale Märkte*, Baden-Baden, 2023
- ROHNER, TRISTAN, *Die 11. GWB-Novelle – Überblick und offene Fragen*, Wirtschaft und Wettbewerb (WuW), 2023, Heft 8, S. 386–389
- SÄCKER, FRANZ JÜRGEN; MEIER-BECK, PETER (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht*, 4. Auflage, München, 2023
- SCHMIDT, JENS PETER; HÜBENER, FABIAN (Hrsg.), *Das neue Recht der digitalen Märkte – Digital Markets Act (DMA)*, Baden-Baden, 2023
- SCHULZE, REINER; DÖRNER, HEINRICH; EBERT, INA (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 11. Auflage, Baden-Baden, 2021

- SCHWEITZER, HEIKE, *The Art to Make Gatekeeper Positions Contestable and the Challenge to Know What Is Fair: A Discussion of the Digital Markets Act Proposal*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEUP), 2021, Heft 3, S. 503–544
- SIMITIS, SPIROS; HORNUNG, GERRIT; DÖHMANN GEN. SPIECKER, INDRA (Hrsg.), *Datenschutzrecht – DSGVO mit BDSG*, 1. Auflage, Baden-Baden, 2019
- STÜRNER, ROLF (Hrsg.), *Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch*, 18. Auflage, München, 2021
- SYDOW, GERNOT; MARSCH, NIKOLAUS (Hrsg.), *DS-GVO/BDSG, Datenschutz-Grundverordnung | Bundesdatenschutzgesetz*, 3. Auflage, Baden-Baden, 2022
- TAEGER, JÜRGEN; GABEL, DETLEV, *DSGVO – BDSG – TTDSG*, 4. Auflage, Frankfurt, 2022
- VAN KREIJ, LAURENS, *Towards a Comprehensive Framework for Understanding EU Enforcement Regimes*, European Journal of Risk Regulation (EJRR), 2019, Jg. 10, Heft 3, S. 439–457
- WAGNER, BERND; RUHMANN, MAURICE, *Irland: Das One-Stop-Shop-Verfahren*, Zeitschrift für Datenschutz (ZD)–Aktuell, 2019, 06546
- WAGNER, GERHARD; EIFERT, MARTIN; METZGER, AXEL; SCHWEITZER, HEIKE, *Taming the giants: The DMA/DSA package*, Common Market Law Review (CMLR), 2021, Jg. 58, Heft 4, S. 987–1028
- ZOBER, MARCEL, *Durchsetzung des DMA-E und dessen Verhältnis zum Kartellrecht*, Neue Zeitschrift für Kartellrecht (NZKart), 2021, Heft 11, S. 611–617



© Theresa Mainusch