

Empfehlungen für einen effektiven und effizienten Digital Markets Act

Sondergutachten 82

Gutachten der Monopolkommission
gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB

2021

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	4
Kurzfassung.....	5
Kapitel 1	
Einleitung und Überblick.....	8
Kapitel 2	
Ziele des DMA.....	12
2.1 Bestreitbarkeit digitaler Märkte.....	13
2.2 Fairness in digitalen Märkten	14
Kapitel 3	
Gatekeeper als Normadressaten	17
3.1 Gatekeeper	17
3.2 Ausgestaltung eines Ökosystem-Kriteriums.....	18
3.3 Begrenzung des DMA auf ökosystemspezifische Problemlagen	20
Kapitel 4	
Systematik der Artikel 5 und 6 DMA.....	22
4.1 Ausgestaltung als konkrete Per-se-Regeln	22
4.2 Ausweitung des Regulierungsdialogs auf sämtliche Verhaltenspflichten der Art. 5 und Art. 6 DMA.....	25
4.3 Individualisierung der Ge- und Verbote für bestimmte Plattformdienste?.....	27
4.4 Einheitliche Systematik für die Kernprobleme in Ökosystemen sinnvoll.....	29
Kapitel 5	
Bewertung ausgewählter Verhaltenspflichten in Artikel 5 und 6 DMA.....	33
5.1 Selbstbevorzugung wirksam abstellen.....	35
5.1.1 Selbstbevorzugung in Doppelrolle abstellen	36
5.1.2 Selbstbevorzugung durch Voreinstellungen zentraler Plattformdienste untersagen	37
5.1.3 Koppeln und Bündeln auf Betriebssystemen und in App-Stores abstellen	38
5.1.4 Selbstbevorzugung umfassender untersagen.....	41
5.2 Datenzugang durch Datenportabilität und Interoperabilität gewährleisten	43
Kapitel 6	
Notwendigkeit einer Effizienzeinrede.....	47
6.1 Grundsätzliche Erwägungen zum Bedarf einer Effizienzeinrede im DMA.....	47
6.2 Regelungen zur sachlichen Rechtfertigung im Kartellrecht	49
6.3 Ausgestaltung einer Effizienzeinrede im DMA.....	53
6.3.1 Materiell-rechtliche Voraussetzungen der Geltendmachung von Effizienzvorteilen	53

6.3.2	Verfahrensrechtliche Aspekte	55
6.3.2.1	Keine Selbsteinschätzung der Normadressaten	55
6.3.2.2	Erfordernis einer individuellen Freistellungsentscheidung.....	57
6.4	Formulierungsvorschlag für eine Vorschrift zur Effizienzeinrede.....	59

Kapitel 7

Fazit und Empfehlungen	61
------------------------------	----

Vorwort

Anlass für das vorliegende Sondergutachten der Monopolkommission ist der Vorschlag eines Digital Markets Act der Europäischen Kommission vom Dezember 2020, der den bestehenden Wettbewerbsschutz in digitalen Märkten ergänzen soll. Die Monopolkommission befasst sich in diesem aus eigenem Ermessen erstellten Gutachten mit ausgewählten Aspekten des Verordnungsvorschlags und benennt Empfehlungen für Nachschärfungen. Bereits zuvor hat sich die Monopolkommission in verschiedenen Stellungnahmen zum Wettbewerb im Digitalbereich geäußert und zwar insbesondere im Sondergutachten 68, im XXIII. Hauptgutachten und zuletzt im achten Policy Brief.

Im Zusammenhang mit der Vorbereitung dieses Gutachtens wurden Gespräche mit Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern einzelner Unternehmen und Verbände geführt. Außerdem gab es vielfältige Kontakte und Gespräche zwischen den zuständigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Monopolkommission und Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie. Die Monopolkommission dankt allen Beteiligten für ihre Mitwirkung.

Die Monopolkommission bedankt sich bei ihren wissenschaftlichen Mitarbeitern Herrn Dr. Thiemo Engelbracht, Herrn Christian Hildebrandt und Herrn Dr. Torben Stühmeier, welche die Stellungnahme der Monopolkommission federführend betreut haben, sowie bei Herrn Dr. Marc Bataille und Herrn Dr. Thomas Weck für ihre Mitwirkung.

Bonn, im Oktober 2021



Jürgen Kühling



Pamela Knapp



Dagmar Kollmann



Thomas Nöcker



Achim Wambach

Kurzfassung

K1. In der Digitalwirtschaft haben sich neben einzelnen Plattformdiensten ganze Ökosysteme herausgebildet, in denen – bspw. durch die gemeinsame Nutzung von Daten aus verschiedenen Märkten – jedes weitere Angebot an Diensten bzw. Produkten zusätzliche Komplementaritäten innerhalb des digitalen Ökosystems schafft und zugleich die Position des betreffenden Anbieters stärkt. Strukturelle ökonomische Effekte, die Marktkonzentrationen begünstigen, in Kombination mit Behinderungspraktiken auf der Leistungsseite sowie Ausbeutungspraktiken auf der Bezahlungsseite bewirken erhebliche Wettbewerbsprobleme, die die Offenheit digitaler Märkte nachhaltig gefährden können. Die Beurteilung dieser Wettbewerbsprobleme nach den bestehenden EU-Wettbewerbsregeln ist mit Blick auf marktübergreifende Ökosysteme allerdings besonders komplex und der Zeitpunkt für ein rechtzeitiges Eingreifen besonders schwer zu bestimmen. Der Umstand, dass gerade die Ausbildung von digitalen Ökosystemen ein den Wettbewerb dauerhaft schädigendes Verhalten ermöglicht, spricht jedenfalls dafür, die Bestimmungen zur Durchsetzung der Wettbewerbsregeln speziell mit Blick auf die besonderen Merkmale von Ökosystemen zu ergänzen.

K2. Die Ziele des DMA bestehen darin, bestreitbare und faire digitale Märkte, auf denen Gatekeeper-Unternehmen tätig sind, zu gewährleisten. Aus ökonomischer Sicht ist die Bestreitbarkeit digitaler Märkte dann gefährdet, wenn Zutrittsbarrieren zu existierenden Diensten und/oder Eintrittsbarrieren zu zukünftigen Diensten vorliegen. Aus rechtlicher Perspektive ist die Bestreitbarkeit nicht mehr gegeben, wenn der Wettbewerb im Sinne der europäischen Rechtsprechung „ausgeschaltet“ wird. Daher empfiehlt die Monopolkommission, das Ziel der Bestreitbarkeit darauf auszurichten, dass unabhängig davon, ob der Wettbewerb „im Entstehen“ ist, „im Markt“ oder „um den Markt“ stattfindet, die Angreifbarkeit der Position des Gatekeepers in digitalen Märkten gewährleistet wird. Aus Sicht der Monopolkommission sollte das Ziel der Bestreitbarkeit so verstanden werden, dass Unternehmen, die keine Gatekeeper sind, Markteintritts- und Expansionsbarrieren in digitalen Märkten überwinden können. Das Ziel der Fairness soll Fälle adressieren, in denen Gatekeeper-Unternehmen Bedingungen vorgeben können, die sich im Falle offener und funktionierender Märkte nicht durchsetzen ließen. Fairness soll sich damit auf das bilaterale Verhältnis zwischen dem Gatekeeper und den gewerblichen Nutzern beziehen. Aus ökonomischer Sicht bleibt bei diesem Konzept aber unklar, welcher Bewertungsmaßstab dem Fairness-Ziel zugrunde liegt. Aus rechtlicher Perspektive kommt es darauf an, dass die gewerblichen Nutzer wegen ihrer Abhängigkeit gegenüber einem Gatekeeper-Unternehmen besonders schutzbedürftig sind, aber nicht auf die Gründe für die Abhängigkeiten. Daher empfiehlt die Monopolkommission, das Ziel der Fairness auf die wirtschaftliche Abhängigkeit von gewerblichen Nutzern gegenüber einem Gatekeeper und damit auf die asymmetrische Verhandlungsmacht zugunsten des Gatekeepers auszurichten. Aus Sicht der Monopolkommission sollte das Ziel der Fairness so verstanden werden, dass die gewerblichen Nutzer eines Gatekeepers nicht durch den Gatekeeper benachteiligt werden. Die Ziele des DMA sollten damit die Bestreitbarkeit im Sinne von Behinderungsproblemen und die Fairness im Sinne von Ausbeutungsproblemen in Bezug auf gewerbliche Nutzer adressieren.

K3. Normadressaten des DMA sind Unternehmen (Gatekeeper), die als Betreiber von zentralen Plattformdiensten tätig sind und dabei einen erheblichen Einfluss auf den Binnenmarkt haben, gewerblichen Nutzern als wichtiges Zugangstor zu Endnutzerinnen und Endnutzern dienen und eine gefestigte und dauerhafte Position innehaben oder diese absehbar in naher Zukunft erlangen. Dieser Ansatz birgt jedoch das Risiko, zu wenige oder zu viele und gegebenenfalls die falschen Unternehmen zu erfassen, da nur auf die schiere Größe und Reichweite und nicht auf die Gatekeeper-Macht abgestellt wird. Ein solches Gatekeeper-Unternehmen verknüpft die digitale Wertschöpfungskette durch Plattformdienste, die die Kontrolle über Schlüsselkomponenten eines Ökosystems ausüben können, z. B. App-Store, Betriebssystem, Sprachassistent, Suchmaschine und Webbrowser. So sollten die Multi-Plattform-Integration, bei der ein Ökosystem aus mehreren – auch über Datenbestände – verlinkten bzw. zusammenhängenden und komplementären Plattformdiensten desselben Betreibers besteht, und die Doppelrolle eines Plattformökosystembetreibers in den Fokus rücken. In beiden Fallgruppen entstehen signifikante Komplementaritäten sowohl zwischen den Plattformdiensten und/oder den Akteuren des Ökosystems als auch betreiberseitig bei der Zusammenführung und Weiterverarbeitung von Daten und bei der (Weiter-) Entwicklung von (neuen) Produkten bzw. Diensten, die eine Hebelung der wirtschaftlichen Macht in andere Bereiche und damit eine Erweiterung

des Ökosystems ermöglichen. Daher empfiehlt die Monopolkommission die Aufnahme eines Ökosystem-Kriteriums, bei dem ein Betreiber zentraler Plattformdienste als Gatekeeper benannt wird, wenn er ein Produkt- und/oder Akteur-basiertes Ökosystem orchestriert und dabei die Fähigkeit besitzt, Eintrittsbarrieren zu erhöhen und/oder sein Ökosystem in neue Bereiche zu erweitern. Dieses Kriterium ist dann als erfüllt anzusehen, wenn eine Multi-Plattform-Integration mit mindestens zwei zentralen Plattformdiensten oder eine Doppelrolle durch den Betreiber gegeben ist. Die Aufnahme dieses Ökosystem-Kriteriums hätte zur Folge, dass der Kreis der Adressaten des DMA auf Unternehmen begrenzt wird, von denen besonders große Gefahren für den Wettbewerb ausgehen. Es ermöglicht zudem einen effektiveren Einsatz der Ressourcen zur Durchsetzung des DMA.

K4. Im Unterschied zum allgemeinen Kartellrecht setzt der DMA bei den Verhaltenspflichten der Art. 5 und 6 auf Per-se-Regeln. Die Vorschriften umschreiben das verbotene bzw. gebotene Verhalten vergleichsweise konkret und verzichten zudem auf eine Prüfung der Auswirkungen des entsprechenden Verhaltens auf den Wettbewerb im Einzelfall. Damit kann einerseits eine größere Rechtstreue der Normadressaten erzielt und andererseits im Fall eines dennoch notwendigen Verfahrens wegen eines Verstoßes dieses schneller zum Abschluss gebracht werden. Insbesondere wegen des im DMA vorgesehenen Mechanismus zur Aktualisierung der Verhaltenspflichten im Anschluss an eine Marktuntersuchung erscheint der DMA auch flexibel mit Blick auf zusätzliche, derzeit nicht absehbare Praktiken, die seinen Zielen zuwiderlaufen könnten. Der im DMA vorgesehene Regulierungsdialo g sollte auf sämtliche Verhaltenspflichten des DMA ausgeweitet werden. Auch bei den Verhaltenspflichten des Art. 5 DMA kann es im Einzelfall zu Unsicherheiten bei der Auslegung der Regeln kommen. Zudem könnten damit sowie mit der Einführung einer Effizienzeinrede – dazu unten K9 – etwaige Probleme bei der Umsetzung der Verhaltenspflichten aufgefangen werden, die daraus resultieren, dass diese für sämtliche der von dem DMA adressierten Arten von Plattformdiensten gelten. Auf eine Individualisierung der Verhaltenspflichten selbst, die sich an den einzelnen Geschäftsmodellen orientiert, kann dann verzichtet werden. Es sollte demnach ein einheitlich ausgestalteter Artikel 5 (neu) DMA geschaffen werden, der Per-se-Regeln enthält, die sämtlich dem Dialogverfahren sowie einer Effizienzeinrede zugänglich sind. Die hier erfolgenden Vorschläge sind mit Blick auf die Balance aus Flexibilität und Vollzugseffizienz durch ihre Kombination vorzugswürdig gegenüber dem Vorschlag der „Friends of an effective Digital Markets Act“, den DMA um eine Möglichkeit für den Erlass maßgeschneiderter Abhilfemaßnahmen zu ergänzen.

K5. Ökosystembetreiber weisen eine Reihe von Effizienzen zugunsten von Endnutzerinnen und Endnutzern auf. Insbesondere aus der Zusammenführung von Daten aus unterschiedlichen Diensten können bestehende Angebote immer weiter verbessert und neue Dienste entlang der Präferenzen der Endnutzerinnen und Endnutzer entwickelt werden. Doch den ökosystemspezifischen Effizienzen steht eine immer engere Bindung der Endnutzerinnen und Endnutzer und der gewerblichen Nutzer an das gesamte Ökosystem entgegen. Dadurch steigen die Kosten einer parallelen Nutzung anderer Dienste außerhalb des Ökosystems (Lock-in) und Multihoming wird erschwert.

K6. Somit können die Plattformdienstbetreiber den Markteintritt für potenzielle Wettbewerber in vielen Bereichen des Ökosystems behindern bzw. in diesen Märkten bereits tätige Wettbewerber verdrängen. An diesen ökosystemspezifischen Problemen sollte der DMA nach Auffassung der Monopolkommission ansetzen und mögliche Effizienzvorteile gegenüber einem potenziellen Schaden für den Wettbewerb abwägen.

K7. Insbesondere sollte der DMA um ein umfassenderes Selbstbevorzugungsverbot ergänzt werden. Die Selbstbevorzugung eigener Dienste ist ein zentrales Instrument der Ökosystembetreiber, um ihre wirtschaftliche Macht im gesamten Ökosystem auszuweiten und das gesamte Ökosystem immer weiter zu verschließen. Zwar adressiert der DMA bereits unterschiedliche Formen der Selbstbevorzugung wie bspw. die Kopplung und Bündelung zentraler Plattformdienste oder eine Selbstbevorzugung beim Ranking. Die Monopolkommission plädiert jedoch darüber hinaus dafür, das Selbstbevorzugungsverbot auch auf andere Dienste – vorbehaltlich einer Effizienzeinrede (dazu unten K9) – auszuweiten, die bisher nicht durch die Liste der zentralen Plattformdienste erfasst sind. So können etwa auch die Kopplung eines Musikstreamingdienstes oder von Premiuminhalten (z. B. Sportrechte) an zentrale Plattformdienste des Ökosystembetreibers geeignet sein, das gesamte Ökosystem weiter zu verschließen. Marktverschließende Effekte könnten somit schneller verhindert werden.

K8. Die Monopolkommission begrüßt zudem die Verhaltenspflichten zur Datenportabilität und -interoperabilität und sieht darin potenziell wichtige Instrumente, um die Wechselanreize der Endnutzerinnen und Endnutzer zu erhöhen und Multihoming zu erleichtern. Sie sieht jedoch noch Klärungsbedarf hinsichtlich technischer, ökonomischer und rechtlicher Fragen. Insbesondere ist noch zu klären, welche Daten und Schnittstellen von den Verhaltenspflichten erfasst werden sollten, um eine Balance der Interessen der Zugangspetenten einerseits und der Innovationsanreize der Gatekeeper andererseits zu wahren. Bis zur Klärung dieser Fragen sollte sich der DMA zunächst auf ökosystemspezifische Problemlagen begrenzen.

K9. Der DMA enthält keine Möglichkeit für die Unternehmen, ein Verhalten, das gegen die Verhaltenspflichten der Art. 5 und 6 DMA verstößt, zu rechtfertigen, obwohl es im Einzelfall möglicherweise hinreichende Effizienzvorteile für die Verbraucherinnen und Verbraucher erzeugt. Dadurch kann es zu Wohlfahrtsverlusten kommen. Das Kartellrecht kennt dagegen eine solche Effizienzverteidigung. Die Regelungen aus dem EU-Wettbewerbsrecht können grundsätzlich auch für die Entwicklung einer Effizienzeinrede im DMA herangezogen werden. Allerdings sind dabei sowohl in materiell-rechtlicher als auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht einige Besonderheiten zu beachten. So wäre bei der Frage, welche Arten von Effizienzen berücksichtigungsfähig sind, die Dauerhaftigkeit eines Verbrauchervorteils von maßgeblicher Bedeutung. Vor allem mögliche Produktinnovationen könnten in digitalen Märkten zu solchen potenziell dauerhaften Verbesserungen für die Verbraucherinnen und Verbraucher führen. Entsprechend den Zielen des DMA, die Bestreitbarkeit und Fairness digitaler Märkte zu schützen, sollte zudem ausgeschlossen sein, dass das Verhalten der Unternehmen zu einer nachhaltigen Vermachtung dieser Märkte führen kann. Anders als im Kartellrecht, wo die Unternehmen weitgehend selbst einschätzen, ob ihr Verhalten hinreichend effizient und deshalb zulässig ist, sollte bei der Effizienzeinrede im DMA eine Freistellung durch die Europäische Kommission erforderlich sein. Die Unternehmen müssten eine solche Freistellung ausdrücklich beantragen und dabei nachweisen, dass ihr Verhalten zu deutlichen Vorteilen für die Verbraucherinnen und Verbraucher führt, ohne dass die Bestreitbarkeit und die Fairness der digitalen Märkte erheblich eingeschränkt werden. Bis zu einer etwaigen Freistellungsentscheidung blieben die Unternehmen an die Verhaltenspflichten der Art. 5 und 6 DMA gebunden. Zudem sollte eine Fiktion dergestalt zur Anwendung kommen, dass ein Freistellungsantrag, dem innerhalb einer Prüffrist von sechs Monaten nicht ausdrücklich stattgegeben wird, als abgelehnt gilt. Dadurch würden den Unternehmen zum Zwecke der Entlastung der Europäischen Kommission Anreize gesetzt, nur solche Freistellungsanträge zu stellen, die tatsächlich Aussicht auf Erfolg haben.

Kapitel 1

Einleitung und Überblick

1. Dieses Sondergutachten befasst sich mit dem Vorschlag für eine Verordnung über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte bzw. Digital Markets Act – DMA), den die Europäische Kommission am 15. Dezember 2020 vorgestellt hat.¹ Hintergrund des Verordnungsvorschlags sind Probleme, die sich bei der Durchsetzung der EU-Wettbewerbsregeln und insbesondere von Art. 102 AEUV in der Digitalwirtschaft gezeigt haben. Die Verfahren kommen nach verbreitetem Eindruck zu spät, dauern grundsätzlich zu lange und haben bisher auch nicht zu einer spürbaren (Wieder-) Belebung des Wettbewerbs beitragen können. Diese Durchsetzungsprobleme sind auf Besonderheiten der Digitalwirtschaft zurückzuführen, in der Unternehmen, die digitale Plattformen betreiben, ganze „Ökosysteme“ aufgebaut haben.

2. Digitale Plattformen vermitteln zwischen unterschiedlichen Nutzergruppen und ermöglichen es den jeweiligen Nutzerinnen und Nutzern, direkt miteinander zu interagieren, zu kommunizieren und Transaktionen durchzuführen. Digitale Märkte können zur Konzentration neigen² und Plattformbetreiber können eine dauerhafte Marktmacht erlangen.³ Dies kann der Fall sein, wenn die Nutzer in hohem Maße von einem Plattformdienst abhängig sind und die Position des Plattformdienstes von potenziellen Wettbewerbern nicht in Frage gestellt werden kann.⁴ Zu den Faktoren, die dies begünstigen, gehören unter anderem positive und signifikante Netzwerkeffekte, die Bereitstellung verschiedener Dienstleistungen für dieselben relevanten Nutzergruppen und ein exklusiver Zugang zu relevanten Daten.

3. Neben einzelnen digitalen Plattformdiensten haben sich inzwischen aber auch ganze Ökosysteme herausgebildet, die sich aus zwei oder mehreren komplementären Diensten zusammensetzen und aus mehreren Gründen erfolgreich sind: Angebotsseitig sind Verbundvorteile bei der Entwicklung unterschiedlicher Dienste und Funktionalitäten von Bedeutung, die dadurch entstehen, dass dafür relativ homogene Inputfaktoren benötigt werden. So können beispielsweise datengetriebene Verbundvorteile durch eine Kombination von Nutzer- und Nutzungsdaten aus unterschiedlichen Quellen und deren marktübergreifender Verwendung generiert werden. Nachfrageseitig finden sich ebenfalls Verbundvorteile bei Endnutzerinnen und Endnutzern, die dadurch erzielt bzw. erhöht werden können, dass unterschiedliche Dienste und Produkte vom selben Anbieter angeboten und auch genutzt werden. So stärkt jedes weitere Dienste- bzw. Produktangebot desselben Anbieters seine Position und generiert zusätzliche Komplementaritäten innerhalb des digitalen Ökosystems. Komplementarität in diesem Zusammenhang bedeutet, dass die Nutzung mehrerer Produkte bzw. Dienste einen Mehrwert liefert. Um sich im Nutzen zu ergänzen, müssen diese Produkte bzw. Dienste also aufeinander abgestimmt sein, da sie von den Nutzerinnen und Nutzern gemeinsam nachgefragt werden. So kann mit mehreren Diensten, die durch denselben Betreiber angeboten werden, ein digitales Ökosystem entstehen.

4. Die Monopolkommission hat im XXIII. Hauptgutachten herausgearbeitet, dass die Probleme bei der Durchsetzung der bestehenden Wettbewerbsregeln im Wesentlichen mit zwei Merkmalen der in der Digitalwirtschaft verbreiteten Geschäftsmodelle zusammenhängen. Ein Merkmal ist, dass Plattformunternehmen – abhängig von Netzwerkeffekten und anderen Faktoren – Marktmacht aufbauen und dadurch Märkte zum Kippen bringen kön-

¹ EU-Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte), SEC (2020) 437 final, 15. Dezember 2020 (nachfolgend: DMA – Digital Markets Act).

² Vgl. Evans, D. S./Schmalensee, R., *The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms*, *Competition Policy International* 3 (1), 2007, S. 151–179.

³ EuGH, Urteil vom 13. Februar 1979, 85/76 – Hoffmann-La Roche, Slg. 1979, 461, Rz. 91 (st. Rspr.); dazu Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Baden-Baden 2015, Tz. 493.

⁴ Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, Wettbewerb 2020, Baden-Baden 2020, Tz. 55 mit Verweis auf BGH, Urteil vom 8. Oktober 2019, KZR 73/17 – Werbeblocker III, Ls. b und Rz. 23 ff., 28 ff.; in ähnliche Richtung Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, *Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen*, Endbericht vom 29. August 2018, S. 42 f.

nen. Das kann ihnen Möglichkeiten eröffnen, den Zutritt zu den Märkten, auf denen sie tätig sind, dauerhaft zu erschweren und ihre Marktmacht in weitere Märkte zu hebeln.⁵ Ein weiteres Merkmal von Plattformgeschäftsmodellen ist, dass die Unternehmen Informationsvorteile gegenüber den Behörden und anderen Marktteilnehmern erlangen, da sie die Daten der Nutzerinnen und Nutzer mehrerer Plattformenten zusammenführen und dadurch ein überlegenes Wissen über die Marktverhältnisse aufbauen können.⁶

5. Eine Veränderung von (digitalen) Wertschöpfungsketten ist mit dem Betrieb verschiedener Plattformdienste und ggf. weiterer Dienste durch einen Konzern möglich, bei dem Daten aus verschiedenen Märkten zusammengeführt werden und der dadurch in der Lage ist, ein digitales Ökosystem zu entwickeln und dieses fortwährend zu erweitern. Dazu zählen Konzerne wie Alibaba, Amazon, Apple, Alphabet (Google), Facebook, Microsoft und Tencent. Diese expandieren bereits seit Jahren aus unterschiedlichen Kerngeschäften heraus in neue Bereiche, die vordergründig nicht viel miteinander zu tun haben. Ihnen ist gemein, dass die Akkumulation großer und vielfältiger Datenmengen immer neue Diversifizierungs- und Expansionsmöglichkeiten eröffnet, die eine Verknüpfung der digitalen Wertschöpfungskette durch einzelne Dienste ermöglicht, welche die Kontrolle über Schlüsselkomponenten eines Ökosystems ausüben, z. B. App-Stores, Authentifizierungsdienste, Betriebssysteme, Sprachassistenten, Suchmaschinen und Webbrowser. Hinzu kommt, dass eine strategische und frühzeitige Besetzung neuer Bereiche nicht nur eine langfristige Absicherung der eigenen Position ermöglichen kann, sondern diese Option aufgrund einer überlegenen Informationsbasis einfacher und schneller identifizierbar wird.

6. Zunächst ist festzuhalten, dass die hier relevanten Geschäftspraktiken wettbewerbsrechtlich positiv zu beurteilen sein können, wenn sie den Endnutzerinnen und Endnutzern zugutekommen. Jedoch erweist sich die Trennung zwischen vorteilhaften und schädlichen Geschäftspraktiken als schwierig. Viele der relevanten Verhaltensweisen weisen aber ein Muster auf, das wie folgt charakterisiert werden kann: Strukturelle ökonomische Effekte, die Marktkonzentrationen begünstigen, bewirken in Kombination mit Behinderungspraktiken auf der Leistungsseite (Bestreitbarkeitsproblem) in Verbindung mit Ausbeutungspraktiken auf der Bezahlungsseite (Fairnessproblem) erhebliche Wettbewerbsprobleme, die die Offenheit digitaler Märkte nachhaltig gefährden können. So haben die betreffenden Unternehmen im Ökosystemkontext insbesondere Anreize, die Endnutzerinnen und Endnutzer immer enger an die eigenen Kerndienste zu binden und die (teilweise konkurrierenden) gewerblichen Nutzer zu benachteiligen.

7. Die Europäische Kommission hat in den Jahren 2019 und 2020 zur besseren Durchsetzung der Wettbewerbsregeln gegenüber großen Plattformunternehmen eine Änderung der Beweislast in Wettbewerbsverfahren geprüft, um zunächst die angesprochenen behördlichen Informationsnachteile zu überwinden.⁷ Daneben hat sie einen neuen Rechtsakt ins Auge gefasst, mit dem Monopolisierungsstrategien in der Digitalwirtschaft besser begegnet werden und der bestimmte Plattformunternehmen als Betreiber von Ökosystemen („Gatekeeper“) klaren Verboten und Verpflichtungen unterwerfen sollte.⁸ Im Sommer 2020 hat sie öffentliche Konsultationen zu einem neuen Wettbewerbsinstrument und zu einem Gesetzgebungspaket für digitale Dienstleistungen eingeleitet.⁹ Im Hinblick

⁵ Vgl. EU-Kommission, Beschluss vom 18. Juli 2018, AT.40099 – Google Android; dazu Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 382 ff.

⁶ Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 51 ff.; Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, Abschlussbericht, 9. September 2019, S. 17 ff.; Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 57 mit Fn. 25 und Tz. 382 mit Fn. 179; EuGH, Urteil vom 13. Februar 1979, 85/76 – Hoffmann-La Roche, Slg. 1979, 461, Rz. 91 (st. Rspr.); dazu Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 493.

⁷ Espinoza/Fleming, Margrethe Vestager eyes toughening ‘burden of proof’ for Big Tech, Financial Times vom 30. Oktober 2019; Crofts/Hirst, Vestager pledges to tame tech’s ‘dark side’ in second EU mandate, MLex vom 27. November 2019.

⁸ Crofts, “Tipping” tech markets warrant new antitrust tool, Vestager says, MLex vom 24. April 2020.

⁹ EU-Kommission, Proposal for a regulation: New competition tool, <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-New-competition-tool>; Proposal for a regulation: Digital Services Act package: ex ante regulatory instrument of very large online platforms acting as gatekeepers, <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12418-Digital-Services-Act-package-ex-ante-regulatory-instrument-of-very-large-online-platforms-acting-as-gatekeepers>, Abruf jeweils am 4. Juni 2020.

auf die Sicherstellung der Bestreitbarkeit und Fairness digitaler Märkte sind die vorausgegangenen Überlegungen der Europäischen Kommission schließlich in den Digital Markets Act (DMA) gemündet.

8. Der DMA soll speziell die mit Ökosystemen zusammenhängenden Probleme adressieren. So begründet die Europäische Kommission den DMA damit, dass im digitalen Sektor

„große Plattformen entstanden [sind], die von den Merkmalen des Sektors wie z. B. starken Netzwerkeffekten profitieren und oft in ihre eigenen Ökosysteme eingebunden sind. [...] Einige wenige große Plattformen fungieren vermehrt als Zugangstore oder Gatekeeper zwischen gewerblichen Nutzern und Endnutzern und verfügen über eine gefestigte und dauerhafte Position, die oft das Ergebnis von Systemen rund um ihre zentralen Plattformdienste sind, wodurch bestehende Marktzutrittschranken noch verstärkt werden. [...] Dies führt zu einer starken Abhängigkeit vieler gewerblicher Nutzer von diesen Gatekeepern und in einigen Fällen zu unlauterem Verhalten gegenüber diesen gewerblichen Nutzern. Zudem hat dies negative Auswirkungen auf die Bestreitbarkeit der betreffenden zentralen Plattformdienste.“¹⁰

9. Um die bei der Anwendung von Art. 101/102 AEUV bestehenden Durchsetzungsprobleme zu lösen, insbesondere eine Verfahrensbeschleunigung zu erreichen, verzichtet der DMA auf eine Marktabgrenzung, die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung, eine Prüfung der Auswirkungen der adressierten Verhaltensweisen im Einzelfall sowie die Möglichkeit der Effizienzeinrede und erscheint somit im Ausgangspunkt konsequent. Der DMA definiert als Adressaten sogenannte „Gatekeeper“ auf der Basis von festgelegten Kriterien. Diese Gatekeeper (deutsch: Torwächter) werden sodann festgelegten Verhaltenspflichten unterworfen. Eine einzelfallbezogene Ausnahme von den Regelungen des DMA soll ausschließlich durch eine Entscheidung der Europäischen Kommission möglich sein. Damit kommt es im Vergleich mit dem bestehenden Wettbewerbsrecht nicht nur zu einer Beweiserleichterung in Bezug auf die Feststellung des Normadressaten, sondern auch zu einer relativ weitreichenden Verschiebung der Handlungsverantwortung in Bezug auf die gesetzlichen Pflichten. Denn die Europäische Kommission muss für die Anwendung des DMA keinen Verstoß im Einzelfall mehr nachweisen, sondern die Gatekeeper müssen vielmehr unabhängig vom Einzelfall die laufende Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben sicherstellen.

10. Die Verhaltensvorgaben des DMA decken sich inhaltlich in weitem Umfang mit den als Verbote formulierten Verhaltensvorgaben der bestehenden Art. 101/102 AEUV. Der DMA sieht allerdings weder eine Prüfung der Auswirkungen noch eine Abwägung von negativen und positiven Effekten der Verhaltenspflichten vor. Eine einzelfallbezogene Ausnahme von den Regelungen des DMA soll zudem ausschließlich durch eine Entscheidung der Europäischen Kommission möglich sein, der bei der Frage, ob sie eine Ausnahme gewährt, ein weites Ermessen zukommt. Die Ausnahmetatbestände sind dabei hinsichtlich der Frage, unter welchen Bedingungen eine Ausnahme in Betracht kommt, restriktiv gefasst (vgl. Art. 8 f. DMA). Der DMA führt somit nicht nur zu Vereinfachungen gegenüber den bestehenden Wettbewerbsregeln, sondern birgt wegen seiner Starrheit auch das Risiko einer überschießenden Regulierung in sich. Deshalb wird es maßgeblich darauf ankommen, wie der DMA praktisch durchgesetzt wird.

11. Angesichts der Funktion des DMA, die Durchsetzung des bestehenden Wettbewerbsschutzes zu ergänzen, orientiert sich der DMA eng an der bisherigen Entscheidungspraxis, obwohl diese wenig effektiv gewesen ist. Ein wesentlicher Grund für die verbreitet beklagte geringe Effektivität der Entscheidungspraxis ist aus Sicht der Monopolkommission, dass die Europäische Kommission einzelne Plattformdienste bisher isoliert und insbesondere nicht im Kontext des jeweiligen Ökosystems betrachtet. Die Beurteilung ist mit Blick auf marktübergreifende Ökosysteme besonders komplex und der Zeitpunkt für ein rechtzeitiges Eingreifen besonders schwer zu bestimmen. Bei der Beurteilung des Verhaltens von Plattformunternehmen in Ökosystemen müssen stärker als bisher die Faktoren berücksichtigt werden, die dazu führen, dass die Endnutzerinnen und Endnutzer zunehmend enger an die eigenen Kerndienste gebunden und die (teilweise konkurrierenden) gewerblichen Nutzer benachteiligt werden. Andernfalls verbleiben für die durch den DMA adressierten Plattformunternehmen Anreize, sich auch zukünftig wettbewerbs-

¹⁰ EU-Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte), SEC (2020) 437 final, 15. Dezember 2020, S. 1.

widrig zu verhalten. Denn selbst wenn die Europäische Kommission das Verhalten auf einzelnen Plattformseiten abstellt, verbleiben dem Plattformunternehmen die Vorteile eines vorausgehenden wettbewerbswidrigen Verhaltens für sein gesamtes Geschäft im Ökosystem. Davon abgesehen muss einerseits die Situation innerhalb eines Ökosystems (Intra-Ökosystem-Perspektive) und andererseits die Situation zwischen Ökosystemen (Inter-Ökosystem-Perspektive) betrachtet werden, um zu einer aussagekräftigen Gesamtbetrachtung und zu funktionierenden Lösungen zu gelangen.¹¹ So gilt es, neben den Bereichen, in denen Gatekeeper-Plattformdienste eine zentrale Rolle spielen, insbesondere auch angrenzende Bereiche in den Fokus zu nehmen.

12. Der Umstand, dass gerade die Ausbildung von Ökosystemen ein den Wettbewerb dauerhaft schädigendes Verhalten ermöglicht, spricht jedenfalls dafür, die Bestimmungen zur Durchsetzung der bestehenden Wettbewerbsregeln speziell mit Blick auf die besonderen Merkmale von Ökosystemen zu ergänzen. Die Monopolkommission untersucht in diesem Gutachten näher, ob der DMA mit Blick darauf im derzeit laufenden Gesetzgebungsverfahren nachgeschärft werden sollte. In den folgenden Kapiteln befasst sich die Monopolkommission deshalb mit den Zielen und den Gatekeepern als den Normadressaten des DMA. Sie geht zunächst der Frage nach, welche Rolle den Zielen des DMA, insbesondere der Bestreitbarkeit und der Fairness in digitalen Märkten zukommt (Kapitel 2). Anschließend erörtert sie, was ein Gatekeeper als Normadressat des DMA ist und ob der Anwendungsbereich des DMA durch die Einführung eines Ökosystem-Kriteriums auf Problemlagen im Kontext von Ökosystemen begrenzt werden sollte (Kapitel 3). Des Weiteren behandelt das Sondergutachten die Systematik der im DMA vorgesehenen Verhaltenspflichten für Gatekeeper (Kapitel 4), ausgewählte Verhaltenspflichten (Kapitel 5) und die Frage einer Ergänzung des DMA um eine Effizienzeinrede (Kapitel 6) bevor es mit einem Fazit und Empfehlungen (Kapitel 7) schließt.

¹¹ Autorité de la Concurrence / Consumer and Markets Authority, The Economics of Open and Closed Systems, Dezember 2014, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/387718/The_economics_of_open_and_closed_systems.pdf.

Kapitel 2

Ziele des DMA

13. Die Ziele der vorgeschlagenen Neuregelung werden in Art. 1 Abs. 1 DMA festgelegt und bestehen darin, bestreitbare und faire digitale Märkte, auf denen Gatekeeper tätig sind, zu gewährleisten. Diese Zielsetzung wird in der Begründung des Verordnungsvorschlags näher erläutert. Danach haben Gatekeeper mit ihrer Tätigkeit große Auswirkungen auf digitale Märkte und kontrollieren den Zugang zu diesen in erheblichem Maße.¹² Dies führe zu einer starken Abhängigkeit gewerblicher Nutzer von diesen Gatekeepern wie auch zu unlauterem Verhalten gegenüber gewerblichen Nutzern durch Gatekeeper. Dies wiederum erschwere die Bestreitbarkeit der zentralen Plattformdienste. In der Darlegung des Rahmens des Vorschlags wird zu den mehrjährigen strategischen Zielen des Verordnungsvorschlags Folgendes ausgeführt:¹³

„Allgemeines Ziel dieser Initiative ist ein reibungsloses Funktionieren des Binnenmarkts durch die Förderung eines wirksamen Wettbewerbs auf den digitalen Märkten und insbesondere einer fairen und bestreitbaren Umgebung für Online-Plattformen. Das Ziel fügt sich in die strategische Ausrichtung, die in der Mitteilung „Gestaltung der digitalen Zukunft Europas“ festgelegt ist.“

Die Einzelziele lauten dabei wie folgt:

„Reaktion auf Marktversagen, für bestreitbare und wettbewerbsorientierte digitale Märkte zu sorgen und somit mehr Innovation und eine größere Auswahl für Verbraucher zu erreichen; Regulierung unlauteren Verhaltens von Gatekeepern; Mehr Kohärenz und Rechtssicherheit zur Sicherung des Binnenmarktes.“

14. Demzufolge sind „Bestreitbarkeit“ und „Fairness“ in digitalen Märkten die beiden übergeordneten Ziele des Verordnungsvorschlags, um Kohärenz und Rechtssicherheit und einen funktionierenden digitalen Binnenmarkt zu gewährleisten. So sollen wirtschaftliche Ungleichgewichte zwischen grenzüberschreitend tätigen Gatekeepern und anderen Plattformunternehmen sowie unlautere Geschäftspraktiken von Gatekeepern adressiert werden, damit negative Folgen wie eine geringere Bestreitbarkeit von digitalen Märkten verhindert bzw. reduziert werden.

15. Große Plattformunternehmen, die ein Ökosystem betreiben oder Teil eines solchen sind, können verschiedene Wettbewerbsprobleme verursachen, die die Offenheit digitaler Märkte nachhaltig gefährden können. Sie können beispielsweise Wettbewerber behindern, indem sie die Märkte, auf denen sie tätig sind, gegen den Wettbewerb abschotten, z. B. durch geschlossene Systeme und Inkompatibilitäten mit Diensten, Anwendungen und Endgeräten anderer Anbieter. Sie können basierend auf einem exklusiven Zugang zu relevanten Ressourcen und Technologien einen Wettbewerbsvorteil erzielen, der es ihnen ermöglicht, ihre wirtschaftliche Macht in weitere Bereiche zu hebeln und dort ein Kippen des neuen Marktes zu bewirken, z. B. von einem Suchmaschinendienst hin zu einem Sprachassistentendienst. Sie können mit Bündelungs- und Kopplungspraktiken Multihoming- und Switching-Verhalten der Nutzerinnen und Nutzer reduzieren, um dadurch ihre eigene Position auszubauen, z. B. durch das ausschließliche Angebot eines Produktbündels aus Hardware und Software. Sie können Marktverschließungen bewirken, indem sie sich selbst bevorzugen, z. B. durch Vorinstallation und Voreinstellung eigener Dienste. Sie können aufgrund einer hohen Finanzkraft für längere Zeit auf Gewinne verzichten, um neue Bereiche möglichst schnell zu besetzen und dadurch Wettbewerber zu verdrängen, z. B. bei Sprachassistentendiensten. Sie können ihre Bewertungs-, Empfehlungs- und Rankingsysteme dazu einsetzen, die Auswahlentscheidungen der Endnutzerinnen und Endnutzer zu ihren eigenen Gunsten zu beeinflussen, z. B. durch die vorrangige Anzeige eigener Apps im App-Store. Sie können als Regelsetzer ihre überproportional starke Verhandlungsposition gegenüber den (abhängigen) Nutzergruppen im Rahmen von Anpassungen ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBs) zu ihren eigenen

¹² EU-Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte), SEC (2020) 437 final, 15. Dezember 2020, S. 1-3.

¹³ EU-Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte), SEC (2020) 437 final, 15. Dezember 2020, S. 65.

Gunsten durchsetzen und damit eine Verfälschung des Wettbewerbs auf der Plattform bewirken, z. B. hinsichtlich Provision, Haftung, Datenerhebung und Datennutzung.

2.1 Bestreitbarkeit digitaler Märkte

16. Durch das Ziel der Aufrechterhaltung der Bestreitbarkeit digitaler Märkte im DMA sollen niedrigere Preise, mehr Auswahl für Endnutzer, Produktivitätsgewinne und Innovation sichergestellt werden.¹⁴ Dies soll durch einen anpassbaren Rahmen geschehen, in dem Verpflichtungen für Gatekeeper ggf. modifiziert oder neu geschaffen werden können. Marktzutrittsbarrieren können dabei in Form von (1) Zutrittsbarrieren zu existierenden Diensten und (2) Eintrittsbarrieren zu zukünftigen Diensten (disruptive Innovation) vorliegen.

17. Aus ökonomischer Sicht können Zutrittsbarrieren zu existierenden Diensten durch das Vorhandensein von Größen- und Verbundvorteilen sowie nutzergruppenübergreifender Externalitäten und Netzwerkeffekte bestehen, da mehr Nutzer auf einer Seite des Plattformdienstes tendenziell zu mehr Nutzern auf der anderen Seite führen und umgekehrt. Diese positiven Netzwerkeffekte sind oft die wichtigsten Zugangsbarrieren zu digitalen Märkten.¹⁵ Das Sammeln und Verwerten von (personenbezogenen) Daten ermöglicht eine Nutzer-Rückkopplungsschleife und auch eine Monetarisierungs-Rückkopplungsschleife, die die Eintrittsbarrieren für Dritte erhöhen.¹⁶ Darüber hinaus können datengetriebene Netzwerkeffekte die Identifizierung neuer Märkte und eine Expansion in andere Bereiche ermöglichen und zugleich eine Festigung der eigenen Position im Kerngeschäft bewirken.¹⁷ Viele Plattformdienste in digitalen Märkten werden zudem mit einem Preis von Null angeboten, z. B. Suchmaschinendienste, Soziale Netzwerkdienste, Sprachassistentendienste, Webbrowserdienste. Bei diesen entgeltfreien Plattformdiensten sind die Eintrittsstrategien dann im Ergebnis begrenzter. Sie können sich auf Produkt- und Qualitätsdifferenzierungs-, nicht jedoch auf Preisdifferenzierungsstrategien fokussieren.

18. Eintrittsbarrieren zu zukünftigen Diensten können mit Blick auf die Innovationsfähigkeit aus ökonomischer Sicht ebenfalls eine wichtige Rolle spielen. In der digitalen Wirtschaft hängt die Innovationsfähigkeit wesentlich von der Datensammlung und Datennutzung, hohen Rechenleistung und dem Wagniskapitaleinsatz ab. Jedoch sind die Arten der Innovationsfähigkeit und ihre Rolle bei der Produktinnovation komplex und unsicher, insbesondere wenn der Innovationsprozess nicht klar strukturiert ist. Entscheidend ist daher, welche Plattformdienste die Innovationskapazitäten kontrollieren und wie hoch die Barrieren für den Eintritt in Innovationsmärkte und -räume sind.

19. Aus der rechtlichen Perspektive betrachtet ist das Ziel der Bestreitbarkeit digitaler Märkte ein Teilziel des allgemeinen Schutzziels des Unionsrechts, den Binnenmarkt als ein System unverfälschten Wettbewerbs zu schützen.¹⁸ Demnach ist Bestreitbarkeit nicht mehr gegeben, wenn der Wettbewerb im Sinne der europäischen Rechtsprechung „ausgeschaltet“ wird.¹⁹ Die Gewährleistung von Bestreitbarkeit ist insbesondere in der digitalen Wirtschaft wichtig, um ein dauerhaftes Kippen von Märkten zugunsten eines Plattformbetreibers zu verhindern. Im

¹⁴ EU-Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte), SEC (2020) 437 final, 15. Dezember 2020, S. 66.

¹⁵ Shapiro/Varian *“precisely because various users find it so difficult to coordinate to switch to an incompatible technology, control over a large installed base of users can be the greatest asset (a platform) can have”*, 1999, S. 185.

¹⁶ Lerner *“The Role of 'Big Data' in Online Platform Competition”*, 2014, verfügbar unter SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2482780>.

¹⁷ Eisenmann/Parker/Van Alstyne, *“Platform Envelopment”*, *Strategic Management Journal* 32(12), 2011, S. 1270-1285.

¹⁸ Art. 3 Abs. 3 S. 1, 51 EUV i. V. m. Protokoll Nr. 27 zu den Verträgen; vgl. dazu EuGH, Urteil vom 13. Dezember 1991, 18/88 – RTT/GB-Inno-BM, Slg. 1991, I-5941, ECLI:EU:C:1991:474, Rz. 25, wonach ein *„System nicht verfälschten Wettbewerbs, wie es der Vertrag vorsieht, [...] nur gewährleistet werden [kann], wenn die Chancengleichheit der einzelnen Wirtschaftsteilnehmer sichergestellt ist.“*

¹⁹ EuGH, Urteil vom 21. Februar 1973, 6/72 – Europemballage Corporation und Continental Can Company, Slg. 1973, 215, ECLI:EU:C:1973:22, Rz. 29; siehe auch EU-Kommission, Mitteilung - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. C 45 vom 24. Februar 2009, S. 7, Tz. 30: *“Wettbewerb [wird] ausgeschaltet, indem alle bzw. fast alle bestehenden Quellen tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerbs zum Versiegen gebracht werden.“*

Ökosystemkontext kommt hinzu, dass der Betreiber des Ökosystems mehrere Angebote aufeinander abstimmt und bündelt, was Auswirkungen auf die Bestreitbarkeit mehrerer Einzelmärkte zugleich haben kann. Anders als das Wettbewerbsrecht schützt der DMA die Bestreitbarkeit digitaler Märkte allerdings für sich genommen und unabhängig von der Beurteilung der im Einzelfall bestehenden Marktverhältnisse.²⁰

20. Die Monopolkommission empfiehlt, das Ziel der Bestreitbarkeit in Erwägungsgrund 79 oder in einem neuen Erwägungsgrund 80 klarer zu beschreiben.²¹ Das Ziel sollte darauf ausgerichtet sein, dass unabhängig davon, ob der Wettbewerb „im Entstehen“ ist, „im Markt“ oder „um den Markt“ stattfindet, die Angreifbarkeit der Position des Gatekeepers in digitalen Märkten gewährleistet wird.²² Die Monopolkommission empfiehlt daher, das Ziel der Bestreitbarkeit in Erwägungsgrund 79 oder 80 (neu) DMA wie folgt zu beschreiben:

„Bestreitbarkeit soll bedeuten, dass Unternehmen, die keine Gatekeeper sind, Markteintritts- und Expansionsbarrieren in digitalen Märkten überwinden können.“

2.2 Fairness in digitalen Märkten

21. Mit dem Ziel der Fairness geht der DMA über ursprüngliche Überlegungen der Europäischen Kommission hinaus, die darauf ausgerichtet waren, Gefährdungen des Wettbewerbs oder einem Fehlen von Wettbewerb zu begegnen. Allerdings nahm die Europäische Kommission bereits in ihren ersten Folgenabschätzungen zu diesen Überlegungen auf den Aspekt der Fairness Bezug.²³ Mit dem Ziel der Fairness scheint der DMA damit an ein Konzept anzuknüpfen, das in der schon geltenden Platform-to-Business-Verordnung von Bedeutung ist.²⁴ Danach ist

„[f]ür das Verbraucherwohl [...] ein wettbewerbsfähiges, faires und transparentes Online-Ökosystem, in dem sich Unternehmen verantwortungsvoll verhalten, ausschlaggebend. Mit der Sicherstellung von Transparenz und Vertrauen in die Online-Plattformwirtschaft in den Beziehungen zwischen den Unternehmen könnte indirekt dazu beigetragen werden, auch das Vertrauen der Verbraucher in die Online-Plattformwirtschaft zu erhöhen.“²⁵

22. Aus ökonomischer Sicht bleibt bei diesem Konzept aber unklar, welcher Bewertungsmaßstab dem Fairness-Ziel zugrunde liegt. Grundsätzlich kann Fairness mit Verteilungs- oder Gerechtigkeitserwägungen gleichgesetzt werden.²⁶ Zu den verschiedenen Vorstellungen von Fairness gehören exogene Rechte (z. B. eine Person = eine Stimme), Kompensation (z. B. Bereitstellung eines Ersatzgrundstücks wegen einer erforderlichen Zugtrasse) und Beloh-

²⁰ Vgl. auch Erwägungsgrund 10 des DMA: „Diese Verordnung verfolgt ein Ziel, das das im Wettbewerbsrecht verankerte Ziel, den unverfälschten Wettbewerb auf jeglichen Märkten zu schützen, ergänzt, aber sich davon unterscheidet. Sie soll sicherstellen, dass Märkte, auf denen Gatekeeper tätig sind, bestreitbar und fair sind und bleiben – ungeachtet der tatsächlichen, wahrscheinlichen oder angenommenen Auswirkungen des unter diese Verordnung fallenden Verhaltens eines Gatekeepers auf einem Markt.“

²¹ Verhaltenspflichten, die der Bestreitbarkeit digitaler Märkte dienen sollen, sind insbesondere Art. 5 lit. b DMA sowie Art 6 Abs. 1 lit. b, c, e, j DMA.

²² Vgl. Crawford/Crémer/Dinielli/Fletcher/Heidhues/Schnitzer/Scott-Morton/Seim, Fairness and Contestability in the Digital Markets Act, Yale Tobin Center for Economic Policy, Digital Regulation Project Policy Discussion Paper No. 3, Juli 2021.

²³ Siehe die jeweiligen Inception Impact Assessments. Das neue Wettbewerbsinstrument (New Competition Tool – NCT) wurde entwickelt, um erkannte Lücken in den derzeitigen EU-Wettbewerbsregeln zu schließen, die auf der Grundlage der Erfahrungen der Kommission mit der Durchsetzung der EU-Wettbewerbsregeln auf digitalen (und anderen) Märkten ermittelt wurden. Danach sollte das NCT dazu beitragen, „fair and undistorted competition in the internal market“ sicherzustellen. Damit sollte es das Digital Services Act package ergänzen, das seinerseits „fair and contestable markets“ schützen sollte.

²⁴ Verordnung (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten, ABl. L 186 vom 11. Juli 2019, S. 57.

²⁵ Erwägungsgrund 3 der Verordnung (EU) 2019/1150.

²⁶ Gerechtigkeitserwägungen werden in den "Better Regulation Guidelines" der Europäischen Kommission ausdrücklich als Grund für regulatorische Eingriffe anerkannt. Vgl. European Commission. "Better Regulation Guidelines", https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how/better-regulation-guidelines-and-toolbox_en.

nung im Verhältnis zum Einsatz (z. B. Anwendung des Shapley-Werts).²⁷ Laut der Europäischen Kommission sollen faire Konditionen zu einer gleichmäßigeren Verteilung von Umsätzen, Gewinnen und Cashflows zwischen den Plattformdiensten und so zu mehr Innovation und erhöhter Konsumentenwohlfaht führen.²⁸

23. Mit Fairness im Vorschlag des DMA sind Fälle adressiert, in denen die wirtschaftliche Abhängigkeit von gewerblichen Nutzern gegenüber einem Gatekeeper und eine asymmetrische Verhandlungsmacht zugunsten des Gatekeepers es diesem in ökonomisch relevanter Weise ermöglichen, Bedingungen vorzugeben, die sich im Falle offener und funktionierender Märkte nicht durchsetzen ließen. Die Auferlegung einer Pflicht zur Gewährleistung von Fairness bezieht sich somit auf das bilaterale Verhältnis zwischen dem Gatekeeper und den gewerblichen Nutzern. Aus ökonomischer Sicht ist zu kritisieren, dass der DMA mit Blick auf den Begriff „Fairness“ vage bleibt und Verhaltensweisen ohne erkennbare ökonomische Unterlegung als unfair definiert, die das im bilateralen Verhältnis bestehende Ungleichgewicht ausnutzen und durch die der Gatekeeper gegenüber gewerblichen Nutzern einen Vorteil erhält, der in Anbetracht seiner Leistung für gewerbliche Nutzer „unverhältnismäßig“ wäre (vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. a DMA, Art. 7 Abs. 6 DMA). Alternativ sollen aber auch Einschränkungen der Bestreitbarkeit als unfair gelten (Art. 10 Abs. 2 lit. b DMA). Aus rechtlicher Sicht tritt Fairness zur „besonderen Verantwortung“ von Plattformunternehmen hinzu, soweit diese im Wettbewerb über eine beherrschende Stellung verfügen. Die Gewährleistung von Fairness soll damit mittelbar dem Verbraucherwohl durch ein verantwortungsvolles und vertrauenswürdiges Verhalten von Plattformunternehmen dienen.

24. Aus ökonomischer Sicht ist weiter festzuhalten, dass die Per-se-Regeln von Art. 5 und Art. 6 DMA erkennbar auf das Abstellen schädlicher und ineffizienter Geschäftspraktiken von Gatekeeper-Plattformdiensten abzielen und damit der Sicherstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen in der EU dienen. Dennoch wäre es aus ökonomischer Sicht problematisch, wenn die Regulierung von Geschäftspraktiken im DMA im Ergebnis darauf ausgerichtet würde, die Aufteilung der Gewinne entlang der Wertschöpfungskette zu lenken.²⁹ Denn was ein fairer Preis ist, hängt auch von der Perspektive ab, z. B. gewerbliche Nutzer, Endnutzerinnen und Endnutzer, Gatekeeper und Anbieter komplementärer Dienste. Der Fokus des DMA mit dem Ziel der Fairness scheint allerdings auf vertikalen „Platform-to-Business“-Geschäftsbeziehungen zu liegen, um niedrige Vergütungen, die Auferlegung von unverhältnismäßigen Vertragsbedingungen oder aber die Drohung eines willkürlichen einseitigen Aufkündigens zu beenden. Im Kontext von Ökosystemen kann ein solches vertikales Fairness-Konzept in der Tat sinnvoll sein, sofern es richtig definiert und angewendet wird.

25. Im bestehenden Wettbewerbsrecht ist Fairness für die missbrauchsrechtliche Beurteilung des Verhaltens beherrschender Unternehmen speziell in Ausbeutungssituationen anerkannt.³⁰ Hier führt der Begriff der „Fairness“ dazu, dass die Behörde einen Bewertungsspielraum erhält. Innerhalb solcher Spielräume ist die behördliche Bewertung nur begrenzt gerichtlich überprüfbar.³¹ Der Fairnessmaßstab erweitert damit im Verfahren die Handlungsmöglichkeiten der Behörde im Verhältnis zu den verfahrensbetroffenen Unternehmen. Speziell im Ökosystemkontext kann das Fairnessziel allerdings weitergehend darauf bezogen werden, dass Gatekeeper die im bilateralen Verhältnis bestehenden Abhängigkeiten auf einzelnen Plattformseiten nicht zum Nachteil der Nutzerinnen und Nutzer ausnutzen sollen. Bei einem solchen Verständnis käme es für die Fairnessbeurteilung darauf an, dass die gewerblichen Nutzer wegen ihrer Abhängigkeit besonders schutzbedürftig sind, aber nicht auf die Gründe für die Abhängigkeiten. Diese könnten darauf zurückzuführen sein, dass Informationsvorteile des Ökosystembetreibers existieren und sich durch Netzwerkeffekte und weitere plattformspezifische Faktoren die Bindung an zentrale

²⁷ Moulin, „Fair Division and Collective Welfare“, 2004, MIT Press, Cambridge.

²⁸ EU-Kommission, „Digital Markets Act Impact Assessment Support Study – Annexes“, 14. Dezember 2020, S. 74.

²⁹ Verhaltenspflichten, die der Fairness in digitalen Märkten dienen sollen, sind insbesondere Art. 5 lit. a, b DMA sowie Art. 6 Abs. 1 lit. a, h, j, k DMA.

³⁰ EuGH, Urteil vom 14. Februar 1978, 27/76 – United Brands, Slg. 1978, 207, ECLI:EU:C:1978:22, Rz. 252-253.

³¹ EuG, Urteil vom 21. April 2005, T-28/03 – Holcim, ECLI:EU:T:2005:139, Rz. 95.

Plattformdienste und das Ökosystem erhöht. Dennoch könnte die Beurteilung der Abhängigkeit je nach ihren Gründen unterschiedlich ausfallen.

26. Aus Sicht der Monopolkommission sollte „Fairness“ die wirtschaftliche Abhängigkeit von gewerblichen Nutzern gegenüber einem Gatekeeper und damit die asymmetrische Verhandlungsmacht zugunsten des Gatekeepers adressieren. Das Ziel der Fairness sollte entsprechend in Erwägungsgrund 79 oder in einem neuen Erwägungsgrund 80 DMA klarer beschrieben werden. Die Monopolkommission empfiehlt daher, das Ziel der Fairness in Erwägungsgrund 79 oder 80 (neu) DMA wie folgt zu beschreiben:

„Fairness soll bedeuten, dass die gewerblichen Nutzer eines Gatekeepers nicht durch den Gatekeeper benachteiligt werden.“

27. Aus wettbewerbspolitischer Sicht sollte die Europäische Kommission die Anwendung des DMA darauf ausrichten, speziell bei ökosystembezogenen Problemen zu intervenieren. Die Ziele des DMA sollten infolgedessen so verstanden werden, dass nur ökosystembezogene Fragen der Bestreitbarkeit im Sinne von Behinderungsproblemen und Fairness im Sinne von Ausbeutungsproblemen in Bezug auf gewerbliche Nutzer durch den DMA adressiert werden. Eine so verstandene Zielsetzung kann es erfordern, die Regelungen im DMA zu Gatekeepern als Adressaten der Neuregelung und zu den Verhaltenspflichten, die die Gatekeeper zu erfüllen haben, im Gesetzgebungsverfahren zum DMA nachzuschärfen. Dazu nimmt die Monopolkommission in den folgenden Kapiteln dieses Sondergutachtens im Einzelnen Stellung.

Kapitel 3

Gatekeeper als Normadressaten

28. Normadressaten des DMA sind digitale Plattformen, die als Erbringer von zentralen Plattformdiensten („core platform services“) über eine Gatekeeper-Position verfügen. Der Gatekeeper-Status wird Unternehmen nach Art. 2 Abs. 1 DMA als „Betreiber von zentralen Plattformdiensten“ zugewiesen, die im Verordnungsvorschlag enumerativ aufgeführt werden (Art. 2 Abs. 2 DMA).³² Der Verordnungsvorschlag definiert „Gatekeeper“ auf der Basis von Art. 3 Abs. 1 DMA, sodass dieser a) einen erheblichen Einfluss auf den Binnenmarkt hat, b) einen zentralen Plattformdienst betreibt, der gewerblichen Nutzern als wichtiges Zugangstor zu Endnutzerinnen und Endnutzern dient und c) eine gefestigte und dauerhafte Position innehat oder diese absehbar in naher Zukunft erlangen wird. Dazu müssen bestimmte quantitative Kriterien (Art. 3 Abs. 2 DMA) oder qualitative Kriterien (Art. 3 Abs. 6 DMA) erfüllt sein.³³ Dieser Ansatz birgt jedoch das Risiko, zu wenige oder zu viele und dabei gegebenenfalls die falschen Unternehmen auf Basis der Vermutungsschwellenwerte des Art. 3 Abs. 2 DMA zu erfassen, da nur auf die schiere Größe und Reichweite abgestellt wird.³⁴ Hinzu kommt, dass von Ökosystemen besondere Gefährdungen für den Wettbewerb ausgehen, die über diejenigen Gefährdungslagen bei einfachen digitalen Plattformdiensten hinausgehen.³⁵ So stellt sich die Frage, ob dieses Risiko durch ein zusätzliches Kriterium, das die Besonderheiten von Ökosystemen aufgreift, vermindert werden kann.

3.1 Gatekeeper

29. In der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur handelt es sich bei einem „Gatekeeper“ um einen Akteur, der den Informationsfluss und den Zugang zu Informationen und zu den Nutzerinnen und Nutzern kontrolliert und die digitale Umgebung strukturiert.³⁶ Demnach kann eine digitale Plattform etwa dann ein Gatekeeper-Plattformdienst sein, wenn es ihr gelingt, den Zugang zu den Endnutzerinnen und Endnutzern zu kontrollieren und es dadurch für gewerbliche Nutzer mangels Multihoming- oder Switching-Verhaltens relevanter Gruppen von Endnutzerinnen und Endnutzern (nahezu) alternativlos wird, wenn sie diese Endkundinnen und Endkunden erreichen möchten. Der Grad der Kontrolle hängt somit von den Anreizen und der Fähigkeit der Nutzergruppen (Gewerbliche Nutzer und Endnutzerinnen und Endnutzer des Plattformdienstes) zum Multihoming und zum Wechsel

³² Demnach sind zentrale Plattformdienste Online-Intermediationsdienste, Online-Suchmaschinen, Soziale-Netzwerke, Videoteilungs-Plattformdienste, nummernunabhängige interpersonelle Telekommunikationsdienste, Betriebssysteme, Cloud-Computingdienste, und Werbedienste.

³³ Die quantitativen Kriterien des Art. 3 Abs. 2 DMA für einen Betreiber zentraler Plattformdienste umfassen a) einen EWR-Jahresumsatz von mind. EUR 6,5 Mrd. in den letzten drei Geschäftsjahren oder eine durchschnittliche Marktkapitalisierung oder ein entsprechender Marktwert des Unternehmens, dem er angehört, im vergangenen Geschäftsjahr von mindestens EUR 65 Mrd. und dass er in mind. drei Mitgliedsstaaten einen zentralen Plattformdienst betreibt; b) wenn er einen zentralen Plattformdienst betreibt, der im vergangenen Geschäftsjahr mehr als 45 Mio. in der Union niedergelassene oder aufhältige monatlich aktive Endnutzer und mehr als 10.000 in der Union niedergelassene jährlich aktive gewerbliche Nutzer hatte; c) wenn er die unter b) genannten Schwellenwerte in jedem der vergangenen drei Geschäftsjahre erreicht hat.

Die qualitativen Kriterien des Art. 3 Abs. 6 DMA für einen Betreiber zentraler Plattformdienste sind a) die Größe des Betreibers zentraler Plattformdienste; b) die Zahl der gewerblichen Nutzer; c) die Marktzutrittsschranken; d) die Skalen- und Verbundeffekte; e) die Bindung von gewerblichen Nutzern und Endnutzern; f) sonstige strukturelle Marktmerkmale.

³⁴ Der Unterschied könnte beispielsweise in der (Nicht-) Erfassung von einfachen digitalen Plattformdiensten wie Hotelbuchungsportaldiensten, Musikstreamingdiensten etc. liegen.

³⁵ Nach dem Bericht des EU-Parlament-Berichterstatters Andreas Schwab zum DMA (vgl. Draft Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council Contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act), 2020/0374(COD), 1. Juni 2021 („Bericht für das Europäische Parlament“), abrufbar unter https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/IMCO-PR-692792_EN.pdf, Abruf am 7. Juni 2021) sollen Unternehmen „mindestens zwei zentrale Plattformdienste“ mit je 45 Millionen aktiven monatlichen Nutzern betreiben müssen, um als Gatekeeper zu gelten.

³⁶ Lynskey „Regulating Platform Power“ LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017, 2017, S. 9-10.

ab und steigt mit dem Anteil der Nutzerinnen und Nutzer, die Singlehoming betreiben.³⁷ Damit erfordert eine Gatekeeper-Position nicht notwendigerweise einen hohen Marktanteil, sondern lediglich einen hohen Grad der Kontrolle über den Zugang zu einer relevanten Gruppe von Nutzerinnen und Nutzern und wird daher nicht erst bei monopolistischen, sondern bereits bei oligopolistischen Strukturen relevant.

30. Gatekeeper-Plattformdienste können so verstanden werden, dass sie eine strukturelle bzw. systemische Kontrolle in Ökosystemen über den Zugang zu Informationen und Dienstleistungen sowie die Funktionalität und Positionierung in Rankings und Empfehlungssystemen haben. Aus wettbewerbsökonomischer Sicht werden Gatekeeper dann problematisch, wenn sie a) eine beständige wirtschaftliche Macht durch eine Gatekeeper-Funktion bei zentralen Diensten, Produkten, Inhalten, Inputs und/oder Vermögenswerten generieren, b) dadurch hohe Informationsasymmetrien zwischen dem Plattformdienst und den Nutzergruppen sowie zu den (potenziellen) Wettbewerbern aufbauen und c) dadurch wiederum (potenziell) irreversible Effekte für den Wettbewerb durch nachfrageseitig starke direkte und indirekte Netzwerkeffekte, angebotsseitig hohe Größen- und Verbundvorteile, hohe Barrieren für Zutritt und Expansion sowie signifikante datengetriebene Effekte entstehen, die im Ergebnis d) eine Erweiterung des Ökosystems durch Hebelung wirtschaftlicher Macht in andere Bereiche ermöglichen und begünstigen.

3.2 Ausgestaltung eines Ökosystem-Kriteriums

31. Unabhängig von der gesetzlichen Definition im DMA weisen Gatekeeper-Plattformdienste und Ökosysteme aus ökonomischer Sicht eingrenzbar Merkmale auf. Der Aufbau von digitalen Ökosystemen kann insbesondere solchen Unternehmen gelingen, die breit aufgestellt sind (sog. Konglomerate). Dies kann auf Faktoren wie organisches Wachstum, Überkapazitäten³⁸, Modularität³⁹, Wiederverwendung digitaler Ressourcen, Multimarktkontakte, Quersubventionierung und Start-Up-Finanzierung bzw. Übernahmeaktivitäten zurückzuführen sein. Bei den betreffenden Unternehmen stehen Hardware, Software und/oder Dienste in einem kompatiblen und komplementären Verhältnis zueinander und sind auch über Datenbestände miteinander verknüpft und können dadurch produkte-, dienstleistungs-, märkte- oder sektorübergreifend angeboten werden.

32. Plattformwettbewerb entsteht durch Differenzierung der Kernfunktionalitäten eines Plattformdienstes und des Kundenerlebnisses, also durch die unterschiedliche Art und Weise, wie das System orchestriert wird. Dabei leitet der Betreiber (Orchestrator) eines Ökosystems seinen Wettbewerbsvorteil entweder aus der Art und Weise ab, wie die Produkte oder Dienste interagieren und/oder aus der Art und Weise, wie die Daten kombiniert werden, was es ihm ermöglichen kann, durch einen „Lock-in“-Effekt die Plattformnutzerinnen und -nutzer zu binden. In den Wirtschaftswissenschaften wird dazu grundsätzlich zwischen Produkt- und Akteur-basierten Ökosystemen unterschieden⁴⁰:

- „Multi-Produkt-Ökosysteme“: Hier wird eine Reihe von miteinander kompatiblen und sich gegenseitig verstärkenden Produkten oder Dienstleistungen angeboten, die zusammen ein (neuartiges) Paket oder eine attraktive Lösung ergeben, z.B. Betriebssystem + App-Store + Webbrowser + Sprachassistent;

³⁷ Armstrong/Wright "Two-sided Markets, Competitive Bottlenecks and Exclusive Contracts." *Economic Theory* 32(2), 2007, S. 353-380.

³⁸ Überkapazität bedeutet in diesem Zusammenhang, dass Nachfrageschwankungen sowie eine mögliche strukturelle Veränderung der Dienstenutzung durch das Vorhalten zusätzlicher Kapazität begegnet wird, um die unternehmerische Flexibilität zur strategischen Erweiterung sicherzustellen.

³⁹ Modularität bedeutet hier, dass eine Plattform über Schnittstellen (z. B. APIs) mit anderen Komponenten (z. B. Anwendungen, Diensten, Plattformen) verknüpft ist und diese technische Architektur Synergien bei der Weiterentwicklung und der Skalierung generiert, welche wiederum den Aufbau und die Erweiterung eines Ökosystems begünstigen.

⁴⁰ Jacobides/Cennamo/Gawer, "Towards a theory of ecosystems", *Strategic Management Journal* 39(8), 2018, S. 2255-2276.

- „*Multi-Akteur-Ökosysteme*“: Hier wird eine Plattform für eine Reihe von Partnern und Anbietern komplementärer Dienste bereitgestellt und damit Komplementaritäten⁴¹ generiert, um einen Mehrwert für Endnutzerinnen und Endnutzer zu erzeugen, z. B. im Zusammenspiel aus App-Store-Anbieter und Entwicklerinnen und Entwicklern von Apps.

33. Große Internetkonzerne kombinieren oftmals beide Arten von Ökosystemen miteinander. Hier dienen Daten einerseits als Input, wodurch Größenvorteile bei Produktentwicklungen generiert werden, und andererseits als Input und Output, wodurch zahlreiche Komplementaritäten in der Datenweiterverarbeitung generiert werden. Diese Akkumulation und Weiterverarbeitung großer und vielfältiger Datenmengen eröffnet fortlaufend weitere Diversifizierungs- und Expansionsmöglichkeiten. Dem entspricht auch die Beobachtung der Verknüpfung der digitalen Wertschöpfungskette durch Gatekeeper-Plattformdienste, die die Kontrolle über Schlüsselkomponenten eines Ökosystems ausüben können, z. B. App-Stores, Authentifizierungsdienste, Betriebssysteme, Sprachassistenten, Suchmaschinen und Webbrowser.

34. Plattformdienste innerhalb eines Ökosystems können eine solche Gatekeeper-Position einnehmen. Beispielsweise bieten Alphabet (Google) und Apple als Ökosystemanbieter mehrere in sich kompatible und komplementäre Produkte bzw. Dienste an (z. B. Betriebssystem, AppStore, Webbrowser, Sprachassistent, Kartendienst), die im Einzelfall auch einen Gatekeeper-Plattformdienst (innerhalb des Ökosystems) bilden können (z. B. Apple AppStore/Google PlayStore; Apple iOS/Google Android). Zu einer Gatekeeper-Position eines Plattformdienstes kann die Kontrolle über den Zugang zu Informationen, Inhalten, Produkten, Dienstleistungen, Inputs, Vermögenswerten sowie über Funktionalität und Positionierung in Rankings führen (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. b DMA). Plattformdienste (z. B. Betriebssystem, AppStore, Webbrowser, App) können im Einzelfall zu einem Gatekeeper-Plattformdienst im ökonomischen Sinne werden, wenn sie eine hohe Anzahl an Nutzerinnen und Nutzern in allen Nutzergruppen des zentralen Plattformdienstes (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. a DMA) sowie eine beständige wirtschaftliche Macht des Plattformdienstes (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. c DMA) aufweisen und eine relevante Gruppe von Nutzerinnen und Nutzern aufgrund von Singlehoming-Verhalten nur über diesen erreicht werden kann (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. b DMA).⁴²

35. Zur Bestimmung und Untersuchung eines solchen Gatekeepers werden gemäß Art. 3 Abs. 2 und 6 DMA mehrere quantitative und qualitative Indikatoren herangezogen, z. B. Anzahl registrierter und aktiver Nutzer (je Monat); Anzahl Plattformbesuche; Plattformnutzungszeit; Menge gesammelter Daten; räumliche Reichweite; Haupteinnahmequelle; Anzahl Transaktionen; Umsatz Dritter über die Plattform; Wachstumstreiber; Innovationskraft. Es bleibt jedoch unklar, wie die Europäische Kommission diese Indikatoren nutzen und bewerten wird.

36. Eine Besonderheit von Gatekeeper-Plattformdiensten im ökonomischen Sinne gegenüber anderen digitalen Plattformdiensten mit hoher Nutzerzahl ist, dass sie Teil eines Ökosystems sind und basierend auf der Unterscheidung zwischen Multi-Produkt-Ökosystemen und Multi-Akteur-Ökosystemen daher auch durch die beiden folgenden eingrenzenden Merkmale charakterisiert werden können:

- „*Multi-Plattform-Integration*“, d. h. hier besteht ein Ökosystem aus mehreren – auch über Datenbestände – verlinkten bzw. zusammenhängenden und komplementären Plattformdiensten desselben Betreibers; oder
- „*Doppelrolle*“ des Plattformdienstbetreibers, d. h. hier besteht ein Plattformökosystem.

⁴¹ Komplementarität in diesem Zusammenhang bedeutet, dass mindestens zwei Akteure oder Produkte/Dienste gemeinsam wirken müssen, um einen Nutzen bzw. Mehrwert zu erzielen. Um sich im Nutzen zu ergänzen, müssen diese Akteure oder Produkte/Dienste also aufeinander abgestimmt sein, da sie von den Nutzerinnen und Nutzern gemeinsam nachgefragt werden.

⁴² Easley/Guo/Krämer, „From Net Neutrality to Data Neutrality: A Techno-Economic Framework and Research Agenda“, Information Systems Research 29(2), 2018, S. 253-272.

Ein Beispiel für die erste Fallgruppe ist die Integration von Betriebssystem, App-Store, Webbrowser, App. Als Beispiele für die zweite Fallgruppe sind Situationen anzuführen, in denen a) ein Betreiber eines digitalen Marktplatzes gleichzeitig auch Anbieter von Waren/Dienstleistungen ist (Teil einer Gruppe von Nutzerinnen und Nutzern des Plattformdienstes) und damit in Konkurrenz zu Dritten tritt; b) ein Betreiber eines App-Stores gleichzeitig auch Entwickler bzw. Anbieter von Apps ist (Teil einer Gruppe von Nutzerinnen und Nutzern des Plattformdienstes) und damit in Konkurrenz zu Dritten tritt; c) ein Entwickler eines Betriebssystems gleichzeitig auch Hersteller von Endgeräten ist (Teil einer Gruppe von Nutzerinnen und Nutzern des Plattformdienstes) und damit in Konkurrenz zu Dritten tritt.⁴³

37. In beiden Fallgruppen entstehen signifikante Komplementaritäten sowohl zwischen den Plattformdiensten und/oder den Akteuren des Ökosystems als auch betreiberseitig bei der Zusammenführung und Weiterverarbeitung von Daten und bei der (Weiter-) Entwicklung von (neuen) Produkten bzw. Diensten, die eine Hebelung der wirtschaftlichen Macht in andere Bereiche und damit eine Erweiterung des Ökosystems ermöglichen (Platform-Envelopment).⁴⁴ Zugleich steigen damit die Eintrittsbarrieren zu diesen Bereichen für Dritte an.

3.3 Begrenzung des DMA auf ökosystemspezifische Problemlagen

38. Ein Ökosystem-Kriterium ausgehend von der „Multi-Plattform-Integration“ von Ökosystemen und der „Doppelrolle“ von Plattformökosystemen in den DMA aufzunehmen, wäre daher zielführend. Dadurch würde sichergestellt, dass nur solche Plattformdienste einen Gatekeeper-Status im Sinne von Art. 3 DMA erhalten können, bei denen konglomerate Effekte des Ökosystems angemessen berücksichtigt sind. Dadurch würde auch sichergestellt, dass die Fähigkeit der vom DMA erfassten zentralen Plattformdienste, den Zugang zu spezifischen Anwendungen und Diensten auf anderen Ebenen der digitalen Wertschöpfungskette zu restringieren, gezielt adressiert werden kann. Eine Anwendung des DMA auf ökosystemspezifische Problemlagen würde den Normadressatenkreis sachlich klarer begrenzen und so auch die Komplementarität des DMA zum Wettbewerbsrecht, insbesondere Art. 102 AEUV, nachvollziehbar machen.

39. Vor diesem Hintergrund spricht sich die Monopolkommission dafür aus, in einen neuen Art. 3 Abs. 1 lit. d DMA als vierte kumulativ notwendige Bedingung zunächst ein wie folgt ausgestaltetes Ökosystem-Kriterium aufzunehmen:

Ein Betreiber zentraler Plattformdienste wird als Gatekeeper benannt, wenn er...

„d) ein Produkt- und/oder Akteur-basiertes Ökosystem orchestriert und dabei die Fähigkeit besitzt, Eintrittsbarrieren zu erhöhen und/oder sein Ökosystem in neue Bereiche zu erweitern.“

Sodann sollten die beiden Indikatoren der Multi-Plattform-Integration und der Doppelrolle in einen neuen Art. 3 Abs. 2 lit. d DMA wie folgt eingefügt werden:

Es wird davon ausgegangen, dass ein Betreiber zentraler Plattformdienste...

„d) das Kriterium nach Absatz 1 Buchstabe d erfüllt, wenn er die unter Buchstabe a und b genannten Schwellenwerte sowie Buchstabe c erfüllt und eine Multi-Plattform-Integration mit mindestens zwei zentralen Plattformdiensten oder eine Doppelrolle durch den Betreiber gegeben ist.“

40. Durch ein solches Ökosystem-Kriterium würde ein Unternehmen, das beispielsweise einen Online-Vermittlungsdienst anbietet, nicht mehr durch den DMA erfasst werden, insofern es nicht mindestens einen weiteren zentralen Plattformdienst (innerhalb eines Ökosystems) anbietet oder eine Doppelrolle innehat. Die Aufnahme eines solchen Ökosystem-Kriteriums hätte zur Folge, dass der Kreis der Adressaten des DMA auf Unter-

⁴³ Vgl. Erwägungsgründe 43 und 52 des DMA. Eine problematische Doppelrolle kann im Einzelfall auch eine Mehrfachrolle beinhalten.

⁴⁴ Eisenmann/Parker/Van Alstyne, „Platform Envelopment“, *Strategic Management Journal* 32(12), 2011, S. 1270-1285.

nehmen begrenzt wird, von denen besonders große Gefahren für den Wettbewerb ausgehen. Zudem bestünde ein gewisser Spielraum bei der Anpassung der Vermutungsschwellenwerte des Art. 3 Abs. 2 DMA, die – sofern geboten – auch abgesenkt werden könnten. Dieses Ökosystem-Kriterium würde zudem einen effektiveren Einsatz der Ressourcen⁴⁵ zur Durchsetzung des DMA ermöglichen.

41. Des Weiteren erweist sich die Liste der zentralen Plattformdienste in Art. 2 Abs. 2 DMA aus Sicht der Monopolkommission als uneinheitlich und als unvollständig und sollte daher wie folgt angepasst werden:

- a) Ergänzung um Webbrowserdienste: Diese sind zentrale Plattformdienste (innerhalb von Ökosystemen) und können eine Gatekeeper-Rolle (im ökonomischen Sinne) einnehmen, da sie die Kontrolle sämtlicher Funktionen, Rechte und Konfigurationsmöglichkeiten der Webanwendungen ermöglichen, die über einen Webbrowserdienst genutzt werden; und
- b) Explizite Benennung der Online-Vermittlungsdienste des Art. 2 Abs. 2 lit. a DMA: Diese bilden gem. Art. 2 Abs. 2 VO (EU) 2019/1150 eine sehr weite (Sammel-)Kategorie. Im Sinne der Rechtssicherheit für Unternehmen und der Tatsache, dass alle anderen zentralen Plattformdienste explizit benannt werden, sollte dies auch für diese „Kategorie“ gelten, z. B. explizite Auflistung von „Online-Marktplätze für den elektronischen Geschäftsverkehr“ und „Sprachassistentendienste“.

⁴⁵ Mit Blick auf den Einsatz der (begrenzten) Ressourcen zur Durchsetzung des DMA haben sich auch die „Friends of an effective Digital Markets Act“ in zwei Positionspapieren geäußert, in denen die Wirtschaftsminister aus Deutschland, Frankreich und den Niederlanden unter anderem vorschlagen, dass die Europäische Kommission durch nationale Behörden unterstützt werden sollte: Friends of an effective Digital Markets Act, Strengthening the Digital Markets Act and its Enforcement, Erstes Positionspapier vom 27. Mai 2021, <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/M-O/non-paper-friends-of-an-effective-digital-markets-act.html>, Abruf am 17. September 2021; Zweites Positionspapier vom 9. September 2021, <https://www.permanentrepresentations.nl/permanent-representations/pr-eu-brussels/documents/publications/2021/09/9/strengthening-the-digital-markets-act-and-its-enforcement>, Abruf am 17. September 2021.

Kapitel 4

Systematik der Artikel 5 und 6 DMA

42. In den folgenden Abschnitten befasst sich die Monopolkommission mit der Systematik der Art. 5 und 6 DMA. Dabei bewertet sie die Ausgestaltung der Vorschriften als konkrete Per-se-Regeln (Abschnitt 4.1), die grundsätzlichen Unterschiede bei der Anwendung der Verhaltenspflichten in Art. 5 DMA einerseits und Art. 6 DMA andererseits (Abschnitt 4.2), eine mögliche Individualisierung der Ge- und Verbote für bestimmte Plattformarten (Abschnitt 4.3) und inwiefern eine einheitliche Systematik aus ökonomischer Sicht die Kernprobleme im Ökosystemkontext zielführend adressieren kann (Abschnitt 4.4).

4.1 Ausgestaltung als konkrete Per-se-Regeln

43. Der DMA enthält in den Art. 5 und 6 insgesamt 18 einzelne Pflichten, die den Normadressaten ein bestimmtes Verhalten ungeachtet dessen Auswirkungen im Einzelfall untersagen bzw. zu einem solchen verpflichten („Per-se-Regeln“).⁴⁶ Die Art. 5 und 6 DMA beruhen zu einem Großteil auf der kartellrechtlichen Fallpraxis zu den Art. 101 und 102 AEUV und konkretisieren insoweit die in diesen Vorschriften enthaltenen abstrakten Ge- und Verbote. Damit bestehen zunächst die beiden folgenden generellen Unterschiede zwischen den Art. 5 und 6 DMA und den Art. 101 und 102 AEUV. Zum einen setzt die Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV grundsätzlich die Feststellung negativer Auswirkungen auf den Wettbewerb im Einzelfall voraus.⁴⁷ Zwar gibt es bei als besonders schädlich erachteten Verhaltensweisen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken statt sie nur zu bewirken (Art. 101 AEUV), oder prima facie missbräuchlich sind (Art. 102 AEUV), Erleichterungen für den Nachweis eines Verstoßes. Diese findet jedoch nur bei solchen Verhaltensweisen Anwendung, die ihrer Natur nach wettbewerbswidrig sind. Die entsprechenden Fallgruppen werden tendenziell eng ausgelegt,⁴⁸ was insbesondere auch in Bezug auf eher neuartige Verhaltensweisen im Kontext digitaler Märkte gelten dürfte. Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass die Art. 101 und 102 AEUV jeweils eine Generalklausel enthalten, die durch Regelbeispiele ergänzt werden. Durch ihre abstrakte Formulierung erfassen die Generalklauseln eine Vielzahl unterschiedlicher Verhaltensweisen.⁴⁹

44. Im Rahmen der im Januar dieses Jahres in Kraft getretenen 10. GWB-Novelle hat mit § 19a GWB eine das allgemeine Missbrauchsverbot ergänzende Vorschrift Eingang in das deutsche Kartellrecht gefunden, die – wie der DMA – ebenfalls speziell Wettbewerbsprobleme in der Digitalökonomie adressiert. § 19a GWB richtet sich an Plattformunternehmen, denen das Bundeskartellamt eine „überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb“ beimisst. Bei der Struktur ihrer Verhaltenspflichten geht die Vorschrift einen Mittelweg zwischen den Art. 101 und 102 AEUV einerseits sowie den Art. 5 und 6 DMA andererseits: § 19a Abs. 2 Satz 1 GWB enthält sieben Fallgruppen mit Verhaltenspflichten, die sich überwiegend (mit Ausnahme der Nrn. 5 und 6) jeweils aus einem eher abstrakt formulierten Verbot sowie konkretisierenden Regelbeispielen zusammensetzen und eine (drohende) Wettbewerbsbeschränkung voraussetzen. Letzteres ergibt sich teilweise bereits aus dem Wortlaut der

⁴⁶ Erwägungsgrund 10 des DMA: „[Diese Verordnung] soll sicherstellen, dass Märkte, auf denen Gatekeeper tätig sind, bestreitbar und fair sind und bleiben – ungeachtet der tatsächlichen, wahrscheinlichen oder angenommenen Auswirkungen des unter diese Verordnung fallenden Verhaltens eines Gatekeepers auf einem Markt.“

⁴⁷ Hinzu tritt die Möglichkeit für die Unternehmen, ein vom Anwendungsbereich der Art. 101 und 102 AEUV erfasstes Verhalten zu rechtfertigen, insbesondere weil es die Wettbewerbsbeschränkung ausgleichende Effizienzen generiert. Vgl. auch Erwägungsgrund 9 des DMA. Die Ergänzung des DMA um eine Effizienzeinrede in Bezug auf Praktiken, die – isoliert betrachtet – gegen die Verhaltenspflichten der Art. 5 und 6 DMA verstoßen, soll erst in 0 thematisiert werden. Zur Normadressatenstellung, die statt auf Marktbeherrschung (Art. 102 AEUV) auf einen Gatekeeper-Status setzt, bereits Kapitel 3.

⁴⁸ Zu Art. 101 AEUV: EuGH, Urteil vom 2. April 2020, C-228/18 – Budapest Bank, ECLI:EU:C:2020:265, Rz. 51 ff.; Urteil vom 11. September 2014, C-67/13 P – Cartes Bancaires, ECLI:EU:C:2014:2204, Rz. 58. Zu Art. 102 AEUV: EuGH, Urteil vom 6. September 2017, C-413/14 P – Intel, ECLI:EU:C:2017:632, Rz. 133 ff.

⁴⁹ Im Unterschied hierzu werden die Verhaltenspflichten der Art. 5 und 6 DMA in diesem Gutachten als „Per-se-Regeln“ bezeichnet, obwohl vorgeschlagen wird, sämtliche der dortigen Ge- und Verbote der Spezifizierung in einem Dialogverfahren (dazu noch Abschnitt 4.2) sowie der Effizienzeinrede zugänglich zu machen (dazu noch 0).

Vorschrift (Nrn. 2 bis 5), im Übrigen jedenfalls aus dem Umstand, dass die Verhaltenspflichten des § 19a Abs. 2 Satz 1 GWB nicht unmittelbar gelten, sondern seitens des Bundeskartellamtes im Einzelfall separat „aktiviert“ werden müssen.⁵⁰

45. Die grundsätzliche Entscheidung des DMA für die Einführung von – gegenüber den Art. 101 und 102 AEUV konkreteren – Per-se-Regeln ist zu begrüßen. Die im Kartellrecht vorgesehene Prüfung der Auswirkungen eines Verhaltens im Einzelfall kann dessen Durchsetzung deutlich erschweren. So hat sich die Verfolgung missbräuchlicher Verhaltensweisen in der Plattformwirtschaft in der Vergangenheit wiederholt als vergleichsweise langwierig und komplex erwiesen,⁵¹ was allerdings auch an den verfahrensrechtlichen Anforderungen an den Nachweis eines Verstoßes liegen dürfte.⁵² Dagegen dürften konkrete Per-se-Regeln zu einer einfacheren Rechtsdurchsetzung beitragen. So besteht für die Normadressaten nicht nur eine größere Sicherheit dahingehend, welches Verhalten ge- und verboten ist; etwaige Zuwiderhandlungen gegen die Verhaltenspflichten lassen sich auch einfacher nachweisen. Damit kann einerseits eine größere Rechtstreue der Normadressaten erzielt werden und andererseits im Fall eines dennoch notwendigen Verfahrens wegen eines Verstoßes dieses schneller zum Abschluss gebracht werden.⁵³

46. Die Unterscheidung zwischen einer Ex-ante-Regulierung (Art. 5 und 6 DMA) und einer Ex-post-Kontrolle (Art. 101 und 102 AEUV), von der teilweise zu lesen ist,⁵⁴ ist in dieser Allgemeinheit allerdings unzutreffend. Weder nach Art. 5 und 6 DMA noch nach Art. 101 und 102 AEUV müssen sich die Normadressaten ein bestimmtes Verhalten vorab genehmigen lassen.⁵⁵ In beiden Fällen geht es aber um mehr (DMA) oder weniger (Kartellrecht) konkrete Regeln, die ex ante zu einem bestimmten Verhalten verpflichten und im Fall einer (vermuteten) Zuwiderhandlung ex post zur Einleitung eines behördlichen Verfahrens sowie zu ihrer Abstellung und/oder Sanktionierung führen können.⁵⁶

47. Naturgemäß birgt der Verzicht auf eine Prüfung der Auswirkungen im Einzelfall das Risiko eines Overenforcement, da den Normadressaten unter Umständen ein unschädliches Verhalten untersagt wird bzw. sie zu einem Verhalten, dessen es nicht bedürfte, verpflichtet werden. Dennoch scheint die Ausgestaltung der Art. 5 und 6 DMA als Per-se-Regeln gerechtfertigt. Eine (leicht) überschießende Rechtsdurchsetzung ist angesichts der teils defizitären Anwendung des Kartellrechts im Digitalbereich und der in Teilen bereits eingetretenen oder jedenfalls drohenden Vermachtung digitaler Märkte vertretbar. Dagegen ginge der Mehrwert der konkretisierten Verhaltenspflichten gegenüber den Generalklauseln der Art. 101 und 102 AEUV teilweise verloren, wenn eine Einzelfallprüfung der Auswirkungen erforderlich wäre.⁵⁷ Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Verhaltenspflichten der Art. 5 und 6 DMA zu einem Großteil aus der Fallpraxis zu Art. 101 und 102 AEUV hervorgegangen sind,⁵⁸ sie also bereits prak-

⁵⁰ Dazu noch Tz. 57 f.

⁵¹ Dazu bereits Tz. 0, 9 ff. Erwägungsgrund 5 des DMA: „[Die Artikel 101 und 102 AEUV] werden zudem erst im Nachhinein durchgesetzt und erst nach einer umfassenden Untersuchung oft sehr komplexer Fakten in konkreten Fällen.“

⁵² Ausführlich dazu Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 97 ff.

⁵³ Vgl. auch de Streel A. u. a., The European proposal for a Digital Markets Act: A first assessment, Januar 2021, S. 21, abrufbar unter <https://cerre.eu/publications/the-european-proposal-for-a-digital-markets-act-a-first-assessment/>, Abruf am 10. Mai 2021; Schweitzer, H., ZEuP 2021, 503, 531. Allgemein zu den Vor- und Nachteilen von konkreten Per-Se-Regeln (*rules*) und Generalklauseln (*standards*) in Bezug auf die Digitalökonomie vgl. Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, a. a. O., S. 25., Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 hat sich für die Einführung einer Plattformverordnung mit Per-se-Regeln ausgesprochen; a. a. O., S. 25, 49 ff.

⁵⁴ Erwägungsgrund 5 des DMA; vgl. das Zitat in Fn. 51. Vgl. auch Gielen, N./Uphues, S., EuZW 2021, 627, 629.

⁵⁵ Die Europäische Kommission kann dem Normadressaten aber gemäß Art. 7 Abs. 2 DMA aufgeben, die Verhaltenspflichten aus Art. 6 DMA in einer möglichst wirksamen Weise umzusetzen; dazu noch Tz. 51 f.

⁵⁶ Vgl. auch Schweitzer, H., ZEuP 2021, 503, 531 mit Fn. 112.

⁵⁷ Kritisch dagegen Zimmer, D./Göhl, J.-F., ZWeR 2021, 29, 53 f.

⁵⁸ Dazu bereits Tz. 43.

tisch erprobt sind und sich insofern für Regeln eignen, die über einen vergleichsweise kleinen Wertungsspielraum verfügen.⁵⁹ Zudem könnten etwaige unbillige Ergebnisse durch die Schaffung der Möglichkeit für die Normadressaten, ihr Verhalten zu rechtfertigen, vermieden werden.⁶⁰

48. Dem DMA dürfte trotz der in den Art. 5 und 6 abschließend aufgezählten konkreten Verhaltenspflichten auch nicht die nötige Flexibilität mit Blick auf zusätzliche, den Zielen des DMA zuwiderlaufenden Verhaltensweisen fehlen. Zunächst enthält der DMA in Art. 11 Abs. 1 ein – in seiner Reichweite allerdings recht unklares – Umgehungsverbot in Bezug auf die in Art. 5 und 6 DMA bereits vorgesehenen Verhaltenspflichten. Demnach muss der Gatekeeper die dortigen Pflichten „wirksam und vollständig“ erfüllen und darf ihre Umsetzung nicht durch Verhaltensweisen des Unternehmens, dem der Gatekeeper angehört, „untergraben“ werden. Vor allem aber kann die Europäische Kommission die Ge- und Verbote der Art. 5 und 6 DMA nach Maßgabe der Art. 10, 17, 37 DMA mittels delegierter Rechtsakte im Sinne des Art. 290 AEUV aktualisieren und damit auf künftige, derzeit noch nicht zu antizipierende schädliche Praktiken großer digitaler Plattformen reagieren. Man mag zwar einwenden, dass das Verfahren zur Aktualisierung der Art. 5 und 6 DMA aufwendig ist. So ist insbesondere eine vorherige Marktuntersuchung seitens der Europäischen Kommission, die bis zu 24 Monate dauern kann, erforderlich, Art. 10, 17 DMA.⁶¹ Dies könnte zur Folge haben, dass nicht nur die Verhaltenspflichten selbst,⁶² sondern auch deren Aktualisierung der tendenziell schnelllebigen Digitalökonomie mit ihren sich häufig ändernden Geschäftsmodellen lediglich nachlaufen. Allerdings ist die in Art. 10 DMA vorgesehene Übertragung der Befugnis zur Aktualisierung der Art. 5 und 6 DMA seitens des Ordnungsgebers auf die Europäische Kommission durchaus weitgehend.⁶³ Es ist insofern naheliegend, dass der Erlass eines delegierten Rechtsaktes durch die Europäische Kommission die Einhaltung bestimmter Verfahrensschritte voraussetzt und das Für und Wider ergänzender Regelungen sorgfältig abgewogen werden.⁶⁴

⁵⁹ Kritisch Körber, T., NZKart 2021, 436, 437 mit dem Hinweis darauf, dass es sich häufig um noch laufende bzw. nicht rechtskräftig entschiedene Fälle handelt.

⁶⁰ Dazu noch O.

⁶¹ Kritisch deshalb Haus, F./Weusthof, A.-L., WuW 2021, 318, 321; Podszun, R./Bongartz, P./Langenstein, S., EuCML 2021, 60, 66. Unklar ist nach dem von dem Berichterstatter für das Europäische Parlament, Andreas Schwab, vorgelegten Bericht zu dem Vorschlag des DMA der Europäischen Kommission, ob auf eine vorherige Marktuntersuchung verzichtet werden soll. So ist dort vorgesehen, zwar die Aktualisierung der Verhaltenspflichten gemäß Art. 10 in Art. 17, aber nicht das Erfordernis einer Marktuntersuchung gemäß Art. 17 in Art. 10 zu streichen; vgl. Draft Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council Contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act), 2020/0374(COD), 1. Juni 2021 (“Bericht für das Europäische Parlament”), S. 59, abrufbar unter https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/IMCO-PR-692792_EN.pdf, Abruf am 7. Juni 2021. Grundsätzlich sieht der Bericht für das Europäische Parlament aber eine Verkürzung der Frist für die Durchführung der Marktuntersuchung, die auch mit Blick auf die Aktualisierung der Liste der Normadressaten relevant ist, von 24 Monaten auf 18 Monate vor; a. a. O., S. 59.

⁶² De Stree, A. u. a., The European proposal for a Digital Markets Act: A first assessment, Januar 2021, S. 21, a. a. O.

⁶³ Vgl. auch Haus, F./Weusthof, A.-L., WuW 2021, 318, 321; Zimmer, D./Göhl, J.-F., ZWeR 2021, 29, 49 f. Art. 290 Abs. 1 AEUV beschränkt die Möglichkeit einer Delegation an die Europäische Kommission zur Anpassung eines Basisrechtsaktes auf seine nicht wesentlichen Vorschriften. Fraglich ist allerdings, ob es sich bei den Art. 5 und 6 DMA um solche nicht wesentlichen Vorschriften des DMA handelt. Der EuGH legt den Begriff der Wesentlichkeit grundsätzlich eng aus; vgl. nur Gellermann in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl., München 2018, Art. 290 AEUV Rn. 7. Zu den Bedenken, die in diesem Zusammenhang dennoch mit Blick auf Art. 10 DMA erhoben werden, vgl. Podszun, R./Bongartz, P./Langenstein, S., EuCML 2021, 60, 65; Ukrow, J., Die Vorschläge der EU-Kommission für einen Digital Services Act und einen Digital Markets Act, 2021, S. 43, abrufbar unter https://emr-sb.de/wp-content/uploads/2021/01/Impulse-aus-dem-EMR_DMA-und-DSA.pdf, Abruf am 27. Mai 2021.

⁶⁴ Diese Erwägungen sowie das Erfordernis der Einführung einer entsprechenden Generalklausel (dazu sogleich) sprechen auch gegen den Vorschlag, dass die Europäische Kommission ein „neuartiges“ Verhalten zumindest vorläufig bis zum Abschluss der Marktuntersuchung mittels einstweiliger Maßnahmen untersagen können soll; so aber Podszun, R./Bongartz, P./Langenstein, S., EuCML 2021, 60, 66; ähnlich Haus, F./Weusthof, A.-L., WuW 2021, 318, 321.

49. Daneben wird die ergänzende Einfügung einer Generalklausel sowie von Regelbeispielen diskutiert.⁶⁵ Eine Generalklausel könnte als Auffangtatbestand dienen, soweit ein Verhalten nicht in den Anwendungsbereich eines speziellen Ge- bzw. Verbotstatbestands fällt, und ebenfalls zu einer flexiblen Handhabung des DMA beitragen. Sie würde aber vor allem neben den eine solche Vorschrift verdeutlichenden Regelbeispielen,⁶⁶ nicht jedoch neben Per-se-Regeln tatsächlich sinnvoll erscheinen. So wären die Per-se-Regeln des DMA weitgehend überflüssig, wenn die entsprechenden Verhaltensweisen stets auch von einer Generalklausel erfasst wären. Dagegen setzt der DMA, wie vorstehend beschrieben, bewusst auf einen Katalog konkreter Verhaltenspflichten. Regelbeispiele konkretisieren den Anwendungsbereich einer Generalklausel zwar ebenfalls. Sie hätten jedoch lediglich Indizwirkung für die Verwirklichung einer bestimmten Regelung, sodass – allgemeinen Grundsätzen folgend – die Voraussetzungen des Grundtatbestands stets erfüllt sein und bei jeder Anwendung geprüft werden müssten.⁶⁷ Folglich würden die einzelfallunabhängige Geltung des jeweiligen Ge- bzw. Verbots sowie die damit einhergehende Rechtssicherheit für die Normadressaten des DMA durch die Einfügung einer Generalklausel und von Regelbeispielen eher geschwächt.

50. Demnach begrüßt die Monopolkommission die im DMA vorgesehene Ausgestaltung der Verhaltenspflichten der Art. 5 und 6 als (vergleichsweise konkrete) Per-se-Regeln.

4.2 Ausweitung des Regulierungsdialogs auf sämtliche Verhaltenspflichten der Art. 5 und Art. 6 DMA

51. Sowohl Art. 5 als auch Art. 6 DMA sind unmittelbar geltende Vorschriften (self-executing). Insbesondere bedarf es – anders als etwa bei § 19a GWB – keiner vorherigen gesonderten Aktivierung durch eine behördliche Verfügung. Vielmehr bestimmt Art. 7 Abs. 1 DMA, dass der Normadressat Maßnahmen ergreift, welche die Einhaltung der Verpflichtungen aus den Art. 5 und 6 DMA sicherstellen. Dies muss spätestens sechs Monate nach Abschluss des Verfahrens zur Benennung als Gatekeeper erfolgen, Art. 3 Abs. 8 DMA.⁶⁸ Zwar ist im DMA ein sog. Regulierungsdialog zwischen der Europäischen Kommission und dem Normadressaten vorgesehen, in dessen Rahmen die Umsetzung der Verhaltenspflichten des Art. 6 DMA, nicht aber jene des Art. 5 DMA, spezifiziert werden kann, Art. 7 Abs. 2 DMA. Allerdings ist insoweit keine Verständigung über das „Ob“, sondern nur eine solche über das „Wie“ der Umsetzung möglich. Deshalb ist es naheliegend, bei der derzeitigen Ausgestaltung der Regelkataloge sowohl des Art. 5 als auch des Art. 6 DMA von black lists – im Unterschied zu grey lists – zu sprechen.⁶⁹

52. Das Dialogverfahren wird gemäß Art. 7 Abs. 2 i. V. m. Art. 18 DMA auf Initiative der Europäischen Kommission oder gemäß Art. 7 Abs. 7 DMA auf Antrag eines Normadressaten eingeleitet.⁷⁰ Die Europäische Kommission prüft

⁶⁵ Vgl. dazu – mit im Einzelnen unterschiedlichen Überlegungen – Basedow, J., ZEuP 2021, 217, 220; Gielen, N./Uphues, S., EuZW 2021, 627, 630; Haucap, J./Schweitzer, H., Die Fesselung der Tech-Giganten: Die deutsche GWB-Novelle und der Vorschlag der Europäischen Kommission für einen „Digital Markets Act“ im Vergleich, böll.brief – Grüne Ordnungspolitik, Mai 2021, S. 11 f., 16, abrufbar unter <https://www.boell.de/de/2021/05/21/die-fesselung-der-tech-giganten>, Abruf am 9. August 2021; Haus, F./Weusthof, A.-L., WuW 2021, 318, 321.

⁶⁶ So auch die Struktur der Art. 101 und 102 AEUV, §§ 19 und 19a GWB.

⁶⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 2. April 2009, C-260/07 – Pedro IV Servicios, ECLI:EU:C:2009:215, Rz. 82 (zu Art. 101 AEUV). Bei § 19 GWB soll im Fall der Verwirklichung eines Regelbeispiels des Abs. 2 das Tatbestandsmerkmal des Missbrauchs im Sinne der Generalklausel des Abs. 1 nach teilweise vertretener Auffassung indes stets zu bejahen sein; vgl. Weyer in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. IV, 99. Erg.-Lfg. 03/2021, § 19 GWB Rn. 64, 81.

⁶⁸ Der Bericht für das Europäische Parlament sieht eine Verkürzung dieser Frist von sechs Monaten auf vier Monate vor; (vgl. Draft Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council Contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act), 2020/0374(COD), 1. Juni 2021 („Bericht für das Europäische Parlament“), S. 38, abrufbar unter https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/IMCO-PR-692792_EN.pdf, Abruf am 7. Juni 2021).

⁶⁹ Podszun, R./Bongartz, P./Langenstein, S., EuCML 2021, 60, 64. Abweichend de Stree, A. u. a., The European proposal for a Digital Markets Act: A first assessment, Januar 2021, S. 6, 16 f., 19, 21, a. a. O.; Gielen, N./Uphues, S., EuZW 2021, 627, 629.

⁷⁰ Der Bericht für das Europäische Parlament sieht eine Pflicht zur Begründung des Normadressaten vor, inwiefern die von ihm beabsichtigten Maßnahmen die Umsetzung der Verhaltenspflichten des Art. 6 DMA gewährleisten; a. a. O., S. 50.

in dem Verfahren, ob der Normadressat die Verhaltenspflichten des Art. 6 DMA wirksam eingehalten hat, und ordnet anderenfalls konkrete Umsetzungsmaßnahmen an. Ihre vorläufige Beurteilung sowie die insoweit voraussichtlich zu treffenden Maßnahmen gibt die Europäische Kommission innerhalb von drei Monaten nach Einleitung des Verfahrens bekannt, Art. 7 Abs. 4 DMA.⁷¹ Einen entsprechenden Beschluss erlässt die Europäische Kommission innerhalb von sechs Monaten nach Einleitung des Verfahrens, Art. 7 Abs. 2 DMA.⁷² Die Einleitung des Regulierungsdialo­gs hat keine aufschiebende Wirkung; die Normadressaten sind mithin verpflichtet, die Verhaltenspflichten bereits vor und während eines Dialogverfahrens umzusetzen. In der verfahrensbeendenden Entscheidung kann dem Normadressaten aber eine bestimmte Form der Umsetzung vorgegeben werden.

53. Eine Unterscheidung zwischen den Art. 5 und 6 DMA dergestalt, dass die Möglichkeit der Spezifizierung ausschließlich für die Verhaltenspflichten des Art. 6 DMA besteht, sollte aufgegeben werden. Die Europäische Kommission legt in dem DMA selbst nicht dar, warum ein Regulierungsdialo­g nicht auch in den Fällen des Art. 5 DMA durchgeführt werden könnte. Sie verweist in ihrer Folgenabschätzung zu dem DMA auf die Ausfüllungsbedürftigkeit der in Art. 6 DMA geregelten Fälle. Während die Verhaltenspflichten des Art. 5 DMA so hinreichend konkret seien, dass sie ohne weitere Auslegung angewendet werden könnten, könne es verschiedene Möglichkeiten für die Normadressaten geben, die Verhaltenspflichten des Art. 6 DMA umzusetzen.⁷³ Im Rahmen des Regulierungsdialo­gs könne demzufolge sichergestellt werden, dass eine Umsetzung auf möglichst wirksame Weise erfolgt. Dagegen spricht aber, dass es auch bei der Umsetzung von Art. 5 DMA zu Schwierigkeiten bei der Auslegung der Ge- und Verbote kommen kann.⁷⁴ Dies gilt umso mehr, als sämtliche Verhaltenspflichten der Art. 5 und 6 DMA auf jeden Normadressaten des DMA und damit für unterschiedliche Arten von Plattformen Anwendung finden.⁷⁵ Es scheint deshalb gerechtfertigt, das Dialogverfahren grundsätzlich auch für die Verhaltenspflichten des Art. 5 DMA zu öffnen.⁷⁶ Dies wäre letztlich unschädlich, da das Dialogverfahren zum einen bereits nicht genutzt werden müsste, sofern sich die Verhaltenspflichten des Art. 5 DMA in ihrer praktischen Anwendung tatsächlich als hinreichend konkret erweisen sollten. Zum anderen hat das Dialogverfahren keine aufschiebende Wirkung, sodass es die Durchsetzung der Verhaltenspflichten für den Fall seiner Inanspruchnahme jedenfalls nicht verzögern würde.

54. Zugunsten einer Beschränkung des Regulierungsdialo­gs auf die Verhaltenspflichten des Art. 6 DMA könnte zwar theoretisch noch – alternativ oder kumulativ – vorgebracht werden, dass die Pflichten des Art. 5 DMA Verhaltensweisen adressieren, die als regelmäßig besonders schädlich gelten. Dagegen könnte es in den in Art. 6 DMA geregelten Fällen eher zu überwiegenden Effizienzen kommen. Dann erschiene es aber naheliegender, für Fälle der letztgenannten Kategorie nicht nur das „Wie“, sondern auch das „Ob“ der Umsetzung einer Verhaltensvorgabe zum Gegenstand des Dialogverfahrens zu machen. Ohnehin sollte der DMA nach hier vertretener Auffassung um

⁷¹ Im Bericht für das Europäische Parlament ist eine Verkürzung dieser Frist von drei Monaten auf zwei Monate sowie ein mit der Bekanntgabe der vorläufigen Beurteilung der Europäischen Kommission verbundener Markttest vorgesehen; a. a. O., S. 49.

⁷² Dem Bericht für das Europäische Parlament zufolge soll diese Frist von sechs Monaten auf vier Monate verkürzt werden; a. a. O., S. 48 f.

⁷³ EU-Kommission, Digital Markets Act – Impact Assessment support study: Annexes, 14. Dezember 2020, S. 57 ff., 59, abrufbar unter <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/2a69fd2a-3e8a-11eb-b27b-01aa75ed71a1/language-en>, Abruf am 12. Mai 2021; Commission Staff Working Document, Impact Assessment Report, Accompanying the document Proposal for a Digital Markets Act, SWD(2020) 363 final, Part 1/2, 15. Dezember 2020, Tz. 399. Vgl. auch Haucaj, J./Schweitzer, H., Perspektiven der Wirtschaftspolitik 2021, 17, 23; Podszun, R./Bongartz, P./Langenstein, S., EuCML 2021, 60, 64; Zimmer, D./Göhl, J.-F., ZWeR 2021, 29, 41, 44.

⁷⁴ Basedow, J., ZEuP 2021, 217, 220; Körber, T., NZKart 2021, 436, 437 f.; Podszun, R./Bongartz, P./Langenstein, S., EuCML 2021, 60, 65; Schweitzer, H., ZEuP 2021, 503, 531. Dagegen wird in dem Bericht für das Europäische Parlament vorgeschlagen, mehrere Verhaltenspflichten, die nach dem DMA der Europäischen Kommission in Art. 6 enthalten sind, Art. 5 zuzuordnen mit der Begründung, dass die jeweilige Vorgabe nicht ausfüllungsbedürftig erscheint; a. a. O., S. 43 f.

⁷⁵ Dazu sogleich Tz. 56.

⁷⁶ So auch Schweitzer, H., ZEuP 2021, 503, 531; ähnlich Podszun, R./Bongartz, P./Langenstein, S., EuCML 2021, 60, 65 („a very quick and less formal Art. 7-procedure“).

die Möglichkeit einer Effizienzrechtfertigung für sämtliche Verhaltenspflichten ergänzt werden.⁷⁷ Teilweise wird zwar vertreten, dass eine Effizienzeinrede nur für solche Verhaltenspflichten gelten solle, die weniger eingriffsin-
tensive Verhaltensweisen adressieren, bei denen ausgleichende Effizienzen naheliegender seien.⁷⁸ Hierfür würde sprechen, dass bei der Europäischen Kommission geringere Kosten für die Prüfung der Effizienzeinrede anfielen.⁷⁹ Allerdings ist eine eindeutige, vom Einzelfall unabhängige Unterteilung in mehr (black list) oder weniger eingriffsin-
tensive (grey list) Verhaltensweisen aus ökonomischer Sicht kaum möglich. Deshalb sollten höhere Prüfkosten zugunsten einer stärkeren Einzelfallgerechtigkeit in Kauf genommen und bei sämtlichen Verhaltenspflichten eine Effizienzeinrede zugelassen werden.

55. Die Monopolkommission empfiehlt, die Möglichkeit der Spezifikation im Dialogverfahren auch für die derzeit in Art. 5 DMA geregelten Verhaltenspflichten vorzusehen.

4.3 Individualisierung der Ge- und Verbote für bestimmte Plattformdienste?

56. Sämtliche Verhaltenspflichten gelten grundsätzlich für jeden Normadressaten des DMA. Damit müssen zum Teil sehr verschiedene Arten von Plattformen, die gemäß Art. 2 Nr. 2 DMA dem Begriff des „zentralen Plattformdienstes“ unterfallen,⁸⁰ die pauschalen Ge- und Verbote der Art. 5 und 6 DMA beachten. Zwar kann nach Maßgabe des Art. 7 DMA ein Regulierungsdialog zwischen der Europäischen Kommission und dem Normadressaten über die Umsetzung einer Verhaltensvorgabe stattfinden. Wie im vorangegangenen Abschnitt dargestellt, ist dieses Dialog-
verfahren aber (1) auf das „Wie“ der Umsetzung beschränkt, ist (2) die Verhaltensvorgabe gleichwohl unmittelbar anwendbar und (3) findet es (wie derzeit vorgesehen) nur bei den Verhaltenspflichten des Art. 6 DMA Anwendung.

57. Dagegen ist die neue Vorschrift des § 19a GWB insofern spezifischer, als das Bundeskartellamt den dortigen Normadressaten jeweils individuell aufgeben kann bzw. muss, welche Regelungen des § 19a Abs. 2 Satz 1 GWB für sie gelten. Die Untersagungsverfügung des Bundeskartellamtes, die bereits Abhilfemaßnahmen mit Wirkung für die Zukunft enthalten kann, knüpft dabei stets an ein bestimmtes tatsächliches Verhalten eines Unternehmens an. Ein Tätigwerden des Bundeskartellamtes liegt in seinem pflichtgemäßen Ermessen und setzt grundsätzlich eine Erstbegehungs- oder Wiederholungsgefahr voraus, sofern nicht ausnahmsweise ein früheres Eingreifen geboten ist.⁸¹ Dadurch könnte die in § 19a Abs. 2 Satz 1 GWB vorgesehene Verfügung für ein hohes Maß an Rechtssicherheit bei den betroffenen Unternehmen sorgen, während der pauschale Ansatz des DMA Mehraufwand bei den Normadressaten verursachen könnte. Denn diese müssen zunächst in den einzelnen Verhaltenspflichten der Kataloge der Art. 5 und 6 DMA diejenigen Vorschriften identifizieren, die für ihre Tätigkeit überhaupt (potenziell) relevant sind. Zudem könnten – und das erscheint ungleich wichtiger – einzelne der in den Art. 5 und 6 DMA adres-

⁷⁷ Dazu noch O.

⁷⁸ Cabral L. u. a., The EU Digital Markets Act – A Report from a Panel of Economic Experts, 2021, S. 10 f., a. a. O. Zurückhaltender de Streeck A. u. a., The European proposal for a Digital Markets Act: A first assessment, Januar 2021, S. 22, a. a. O.: „Such defence should only be possible for the grey list obligations provided that the black list only contains obligations which are always harmful.“ Zimmer, D./Göhl, J.-F., ZWeR 2021, 29, 55: „Lediglich für solche Verhaltensweisen, bei denen sich aus ökonomischer Sicht mit Sicherheit feststellen lässt, dass sie in jedem Anwendungsfall überwiegend negative Wohlfahrtswirkungen haben, könnte man über einen generellen Ausschluss der Effizienzrechtfertigung nachdenken.“

⁷⁹ Dazu noch Tz. 154.

⁸⁰ Hierzu zählen: a) Online-Vermittlungsdienste, b) Online-Suchmaschinen, c) Online-Dienste sozialer Netzwerke, d) Video-Sharing-Plattform-Dienste, e) nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste, f) Betriebssysteme, g) Cloud-Computing-Dienste, h) Werbedienste.

⁸¹ Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen (GWB-Digitalisierungsgesetz), BT-Drs. 19/23492 vom 19. Oktober 2020, S. 75.

sierten Verhaltensweisen mal mehr und mal weniger schädlich sein, abhängig davon, welche Art eines zentralen Plattformdienstes vorliegt.⁸²

58. Dennoch dürfte die fehlende Individualisierung der Verhaltenspflichten der Art. 5 und 6 DMA letztlich nicht schwer wiegen, sondern gegenüber alternativen Regelungen in vielerlei Hinsicht vorteilhaft sein. Zunächst erscheint der beschriebene Mehraufwand für die Unternehmen überschaubar. Bei den Normadressaten des DMA handelt es sich um große Unternehmen, denen es zugemutet werden kann, in den Katalogen der Art. 5 und 6 DMA die für sie (potenziell) relevanten Pflichten zu identifizieren. Ohnehin dürften die meisten Verhaltenspflichten für alle zentralen Plattformdienste gelten. Nur teilweise adressieren die Verhaltenspflichten Verhaltensweisen bestimmter Plattformarten bzw. ist der begrenzte Adressatenkreis nur ausnahmsweise bereits aus ihrem Wortlaut ersichtlich.⁸³ Hinzu kommt, dass die Regeln des DMA durch ihre weitgehend konkreten Formulierungen ohnehin mindestens ähnlich klar sind wie etwa die Pflichten des § 19a Abs. 2 Satz 1 GWB, deren Aktivierung zudem von der Ermessensausübung des Bundeskartellamtes abhängt. Der Ansatz mit den hinsichtlich der Normadressaten grundsätzlich pauschalen Per-se-Regeln passt auch zu dem Ziel der Europäischen Kommission, die Rechtsdurchsetzung in der Digitalwirtschaft mit dem DMA zu beschleunigen.⁸⁴ Eine separate Aktivierung einzelner Regelungen wäre auf Behördenseite indes ressourcenintensiver und würde den Aktivitäten der Normadressaten möglicherweise dann stets nur ein Stück weit nachlaufen, wenn sich die Verfügung, wie dies bei § 19a GWB der Fall ist, auf ein bestimmtes tatsächliches Verhalten der Unternehmen beziehen würde und gegebenenfalls aktualisiert werden müsste.

59. Möglicherweise könnte dies vermieden und dennoch eine stärkere Individualisierung der Verhaltenspflichten im DMA erreicht werden, indem für die einzelnen Plattformarten jeweils Gruppen mit den für sie relevanten Per-se-Regeln geschaffen werden.⁸⁵ Dann müssten die Normadressaten ihr Verhalten einerseits nur an einer geringe(re)n Anzahl von Vorschriften ausrichten. Andererseits könnten die Verhaltenspflichten bei den Normadressaten dergestalt unterschiedlich wirken, dass ein Verhalten, das der einen Plattformart zu Recht untersagt ist, weil es bei ihr regelmäßig zu schädlichen Auswirkungen führt, bei einer anderen Plattformart überwiegend vorteilhaft wirkt. Die Möglichkeit für das Bundeskartellamt, einzelne Regelungen des § 19a Abs. 2 Satz 1 GWB zu aktivieren, erlaubt dagegen ein zielgerichtetes Eingreifen lediglich in Bezug auf solche Plattformen, bei denen die betreffende Verhaltensweise im Einzelfall als schädlich erachtet wird.⁸⁶

60. Der Mehrwert einer solchen Gruppenbildung dürfte jedoch begrenzt sein. So ist zunächst problematisch, dass die Plattformen in neue Geschäftsbereiche „hineinwachsen“ können und deshalb (potenziell) ohnehin einem Großteil der Verhaltenspflichten der Art. 5 und 6 DMA unterfallen. Dabei ist es gerade ein Merkmal der Digitalwirtschaft, dass die Unternehmen ihre Geschäftsmodelle fortlaufend anpassen und ihr Angebot an Dienstleistungen vergleichsweise schnell erweitern. Sofern die adressierten Verhaltensweisen bei den einzelnen Plattformarten möglicherweise unterschiedlich wirken, könnten etwaige unbillige Ergebnisse tendenziell durch eine Verständigung zwischen der Europäischen Kommission und dem Unternehmen über eine dem jeweiligen Geschäftsmodell entsprechende Umsetzung im Dialogverfahren nach Art. 7 DMA aufgefangen werden.⁸⁷ Auch insoweit wäre die

⁸² Insgesamt kritisch gegenüber dem „one size fits all“-Ansatz des DMA Körber, T., NZKart 2021, 436, 438; Schweitzer, H., ZEuP 2021, 503, 534 ff.

⁸³ Art. 6 Abs. 1 lit. c, e (= Betriebssysteme), lit. j (= Online-Suchmaschinen) und lit. k (= Online-Vermittlungsdienste) DMA.

⁸⁴ Dazu bereits Tz. 9.

⁸⁵ Vgl. hierzu etwa die Gegenüberstellung der Verhaltenspflichten und die Fallübersicht mit den Wettbewerbsverfahren gegen einzelne (Plattform-) Unternehmen bei Caffarra, C./Scott Morton, F., The European Commission Digital Markets Act: A translation, 2021, abrufbar unter <https://voxeu.org/article/european-commission-digital-markets-act-translation>, Abruf am 14. Mai 2021.

⁸⁶ Vgl. auch – mit dem Hinweis auf die Möglichkeit des Bundeskartellamtes, nach § 19a GWB „maßgeschneiderte Auflagen zu erlassen“ – Haucap, J./Schweitzer, H., Perspektiven der Wirtschaftspolitik 2021, 17, 23.

⁸⁷ Vgl. auch – allerdings mit weiteren Vorschlägen zur Ausgestaltung des Dialogverfahrens – de Streel, A. u. a., The European proposal for a Digital Markets Act: A first assessment, Januar 2021, S. 22, a. a. O.

hier vorgeschlagene Ausweitung des Regulierungsdialogs auf die Fälle des Art. 5 DMA hilfreich.⁸⁸ Zudem sollte der DMA um die Möglichkeit einer Effizienzrechtfertigung ergänzt werden. Diese könnte zur Freistellung von Verhaltensweisen bestimmter Plattformen führen, die zwar – isoliert betrachtet – gegen eine Per-se-Regel verstoßen, aber im Einzelfall hinreichend positive Auswirkungen haben.⁸⁹

61. Vor diesem Hintergrund sieht die Monopolkommission keinen Bedarf für eine plattformspezifische Individualisierung der Verhaltenspflichten der Art. 5 und 6 DMA.

4.4 Einheitliche Systematik für die Kernprobleme in Ökosystemen sinnvoll

62. Im Verordnungsvorschlag wird mal ein Geschäftsmodell (z. B. Art. 5 lit. g, 6 Abs. 1 lit. g DMA), mal ein spezifischer Plattformdienst (z. B. Art. 6 Abs. 1 lit. c, j DMA) und mal eine Verhaltensweise (z. B. Art. 5 lit. a, 6 Abs. 1 lit. e DMA) adressiert. Zielführender ist es, wenn einheitliche Verhaltenspflichten Gatekeeper-Geschäftspraktiken adressieren, die im Ökosystemkontext aus ökonomischer Sicht besonders problematisch sind. Darunter sind Probleme zu verstehen, die in Verbindung mit der Multi-Plattform-Integration und/oder der Doppelrolle entstehen (siehe dazu auch Abschnitt 3.2). Diese Kernprobleme stehen zum einen im Zusammenhang mit Verhaltensweisen, die eine Erhöhung von Eintrittsbarrieren (in das Ökosystem) bewirken können und zum anderen mit Verhaltensweisen, die eine Hebelung wirtschaftlicher Macht in neue Bereiche (Erweiterung des Ökosystems) bezwecken können. Dazu zählen Verhaltensweisen der Selbstbevorzugung einschließlich der Bündelung/Kopplung wie auch der Datenzusammenführung und die Verhinderung bzw. Erschwerung von Datenzugängen, Datenportabilität, vertikaler Interoperabilität (Kompatibilität) und Multihoming bzw. Switching. Unter einer einheitlichen Systematik soll ein neuer Art. 5 DMA verstanden werden, der die bisherigen Regeln der Art. 5 und 6 DMA vereint und Per-se Regeln enthält, die mit einem Dialogverfahren und der Möglichkeit einer Effizienzeinrede ausgestaltet sind, um möglichst viele Umgehungsstrategien seitens der Gatekeeper zu vermeiden und ein schnelleres Verfahren realisieren zu können.

63. Praktiken der Selbstbevorzugung sind für Gatekeeper umsatzförderlich, wenn sie eine horizontale oder vertikale Integration mehrerer Produkte bzw. Dienste innerhalb eines Ökosystems vornehmen. Es ist für sie anreizkompatibel, die eigenen Produkte bzw. Dienste bevorzugt anzubieten. Allerdings kann dies den Wettbewerb nachhaltig verzerren (z. B. bei einer Doppelrolle) oder wie im Falle einer Kopplung/Bündelung sogar den Wettbewerb im gesamten Ökosystem ausschalten (z. B. bei einer Multi-Plattform-Integration). So erfolgt beispielsweise die Auslieferung und Nutzung bestimmter Betriebssysteme mit vorinstallierter Software wie Webbrowserdienst, Sprachassistentendienst und Suchmaschinendienst. Einerseits erzeugt dies anbieterseitige und nachfrageseitige Verbundvorteile. Andererseits werden dadurch Dienste und Anwendungen Dritter nicht alternativ vorgeschlagen, und dies führt zur Wettbewerbsverzerrung. Wenn Gatekeeper solche Praktiken einsetzen, gibt es Fälle, in denen Endnutzerinnen und Endnutzer von solchen Praktiken zentraler Plattformdienste profitieren können. So kann das Bündeln wichtiger Funktionalitäten innerhalb eines Ökosystems effizient sein. Allerdings dürfen Anbieter komplementärer Dienste und Dritte dabei nicht ausgeschlossen oder schwer erreichbar werden. Eine Selbstbevorzugung kann auch beispielsweise im Rahmen von Rankings und Empfehlungssystemen wie auch der Voreinstellung eigener Dienste erfolgen und sämtliche Dritte im Wettbewerb benachteiligen. Dies kann eine Form der Behinderung darstellen, die insbesondere bei Gatekeepern aufgrund ihrer wirtschaftlichen Macht per se untersagt werden sollte.

64. Praktiken der Datenzusammenführung durch Gatekeeper sind einerseits integraler Bestandteil digitaler Plattformdienste – sowohl im Falle der Multi-Plattform-Integration als auch der Doppelrolle – da Daten durch den Betrieb eigener Dienste anfallen wie auch über Dienste Dritter gesammelt und weiterverarbeitet werden können. Andererseits führen zahlreiche Komplementaritäten in der Datenzusammenführung zu einer Erhöhung der Eintrittsbarrieren für Dienste Dritter und können eine verschließende Wirkung entfalten. Eine permanente Datenzusammenführung großer und vielfältiger Datenmengen eröffnet fortlaufend Diversifizierungs- und Expansionsmög-

⁸⁸ Dazu bereits Tz. 53 f. Vgl. aber Tz. 56 zu den übrigen Limitierungen des Dialogverfahrens.

⁸⁹ Dazu noch 0.

lichkeiten und kann nicht nur zu Wettbewerbsvorteilen bei der (Weiter-) Entwicklung von (neuen) Produkten bzw. Diensten für Gatekeeper führen, sondern auch die Hebelung der wirtschaftlichen Macht in andere Bereiche und damit eine Erweiterung des Ökosystems begünstigen. So kann beispielsweise bei einem sozialen Netzwerkdienst die zentralisierte Datenzusammenführung effizient sein, wenn sie auf der Basis einer freiwilligen und informierten Einwilligung der Nutzerinnen und Nutzer ein besseres Matching und individualisierte Plattformleistungen im Sinne der Nutzergruppen ermöglicht. Es können aber beispielsweise auch Online-Marktplätze nicht öffentlich zugängliche Daten, die durch Tätigkeiten von gewerblichen Nutzern generiert oder bereitgestellt werden, im Wettbewerb mit diesen gewerblichen Nutzern verwenden und es kann dadurch eine systematische Benachteiligung entstehen. Daher sollten Verhaltenspflichten den Wettbewerbern die gemeinsame Nutzung zusammengeführter Daten der zentralen Plattformdienste der Gatekeeper per se ermöglichen.

65. Praktiken zur Verhinderung bzw. Erschwerung des Datenzugangs durch Gatekeeper können auf der einen Seite gerechtfertigt sein, wenn es sich um proprietäre Daten beispielsweise aus Forschung und Entwicklung handelt. Auf der anderen Seite können bestimmte Daten für eine effektive Bereitstellung eines digitalen Plattformdienstes essenziell sein (z. B. Trainingsdaten zur Verbesserung von Algorithmen) und einen uneinholbaren Qualitätsunterschied zwischen einem zentralen Plattformdienst – sowohl bei einer Multi-Plattform-Integration als auch einer Doppelrolle – und Diensten Dritter generieren, wenn kein Datenzugang gewährt wird. Um in diesen Fällen einen effektiven Wettbewerb in horizontaler wie auch vertikaler Hinsicht aufrecht zu erhalten, kann daher eine Teilung relevanter Daten geboten sein. Dabei ist zu berücksichtigen, ob die relevanten Daten erst in Kollaboration mit Diensten und Anwendungen Dritter entstehen, sodass eine Partizipation an den gemeinsam generierten Daten innerhalb des Ökosystems ohnehin angemessen sein kann. So können beispielsweise Online-Suchmaschinen oder Sprachassistentendienste gewerblichen Nutzern einen permanenten Echtzeitzugang zu relevanten Programmierschnittstellen (APIs) bereitstellen und dadurch die Nutzung aggregierter oder nicht-aggregierter Daten ermöglichen. Aufgrund der Komplexität der Datenzugangsthematik sollte in einem ersten Schritt ein Echtzeit-Zugang zu den Nutzerkonten (d. h. Nutzer- und Nutzungsdaten) der zentralen Plattformdienste der Gatekeeper per se ermöglicht werden. In der Folge könnte dann im Einzelfall über den Zugang zu weiteren relevanten Daten beispielsweise über Schnittstellen entschieden werden.

66. Praktiken der Verhinderung bzw. Erschwerung der Datenportabilität durch Gatekeeper stellen ein Kernproblem in Ökosystemen dar, weil sie das Wechselverhalten und die parallele Nutzung mehrerer Plattformdienste durch gewerbliche Nutzer sowie Endnutzerinnen und Endnutzer beeinträchtigen können und dadurch die Stellung des Gatekeepers stärken, der sich dadurch auszeichnet, dass seine zentralen Plattformdienste für gewerbliche Nutzer erforderlich sind, um die Endnutzerinnen und Endnutzer erreichen zu können. So liegt ein ungelöstes Problem darin, dass zwar die Datenschutz-Grundverordnung (EU) 2016/679 eine Portabilität personenbezogener Daten vorsieht und beispielsweise soziale Netzwerkdienste Möglichkeiten zum Datenexport bereitstellen. Allerdings gibt es keine allgemein verbindlichen Standards zu Datentypen und maschinenlesbaren Datenformaten. Die Möglichkeit zum Datenimport wird dann oftmals bei anderen Plattformdiensten nicht angeboten oder sie ist auf Datentypen und Datenformate begrenzt, die nicht kompatibel mit den bereits exportierten Daten sind. Von derartigen Friktionen profitieren Gatekeeper aufgrund ihrer wirtschaftlichen Macht in erheblichem Maße. Daher sollten Verhaltenspflichten nutzerfreundliche Funktionen zur effektiven Übertragbarkeit von (personenbezogenen) Daten per se vorschreiben.

67. Praktiken zur Verhinderung bzw. Erschwerung der vertikalen Interoperabilität (Kompatibilität) durch Gatekeeper stellen ein Kernproblem dar, weil sie die systemübergreifende Kompatibilität von Anwendungen und Diensten beeinträchtigen und dadurch Wettbewerber und Anbieter komplementärer Dienste innerhalb eines Ökosystems unangemessen benachteiligen können. Beispielsweise kann die Verweigerung des Zugangs zu der NFC-Schnittstelle von Smartphones für dritte Anbieter von digitalen Zahlungsdiensten dazu führen, dass nur der Zahlungsdienst des Gatekeepers darüber den Zugang zu den Endkundinnen und Endkunden erhält und das Verhalten auf diese Weise eine verschließende Wirkung entfaltet. Zugleich können Sicherheits- und Datenschutzerwägungen eine solche Verhaltensweise rechtfertigen. Des Weiteren sollten auch Dienste und Anwendungen Dritter bei mobilen Endgeräten wie Smartphones und Tablets nicht ausschließlich über den in das Betriebssystem integrierten

Store für Software-Anwendungen des Gatekeepers installiert werden können, sondern auch der Download und die Installation über andere Kanäle wie den Webbrowser möglich sein. Im Sinne einer solchen vertikalen Interoperabilität zwischen Betriebssystem/Store für Software-Anwendungen und mobilen Apps sowie Desktop-Webanwendungen sollten Anwendungen und Dienste Dritter daher über sämtliche Kanäle installierbar und effektiv nutzbar gemacht werden, um die Offenheit digitaler Märkte sicherzustellen. Grundsätzlich sollten solche Praktiken von Gatekeepern aufgrund ihrer wirtschaftlichen Macht per se untersagt werden.

68. Praktiken zur Verhinderung bzw. Erschwerung von Multihoming und Switching durch Gatekeeper stellen ein Kernproblem in Ökosystemen dar – sowohl bei der Multi-Plattform-Integration als auch der Doppelrolle – weil eine Situation von Singlehoming in der Nutzergruppe der Endnutzerinnen und Endnutzer zu einer starken Abhängigkeit von gewerblichen Nutzern gegenüber einem Gatekeeper und einer asymmetrischen Verhandlungsmacht zugunsten des Gatekeepers führt, wenn die gewerblichen Nutzer diese Endnutzerinnen und Endnutzer erreichen wollen. So besteht beispielsweise bei Sprachassistentendiensten zum einen eine Schutzbedürftigkeit der gewerblichen Nutzer gegenüber dem Gatekeeper, und zum anderen sind ein ausgeprägtes Wechselverhalten (Switching) sowie die parallele Nutzung (Multihoming) mehrerer solcher Dienste durch Endnutzerinnen und Endnutzer zentral für die Aufrechterhaltung des Wettbewerbsdrucks. Daher sollten die Möglichkeiten der Endnutzerinnen und Endnutzer, zwischen verschiedenen Anwendungen und Diensten sowohl innerhalb eines Ökosystems als auch zwischen Ökosystemen zu wechseln oder diese parallel zu nutzen, nicht auf technischem Wege durch Gatekeeper beschränkt werden. Eine entsprechende Verhaltenspflicht sollte es Gatekeepern aufgrund ihrer wirtschaftlichen Macht per se untersagen, Multihoming bzw. Switching zu begrenzen.

69. Insgesamt zeigt sich, dass die Kernprobleme in Ökosystemen aufgrund der besonders starken Stellung der Gatekeeper Per-se-Regeln rechtfertigen und entsprechend einheitliche Verhaltenspflichten, die diese Kernprobleme adressieren, sinnvoll sind. Insofern sollten die Verhaltenspflichten alle zentralen Plattformdienste unabhängig vom verfolgten Geschäftsmodell erfassen. Im Ergebnis erscheint eine Ausweitung des Dialogverfahrens einschließlich der Möglichkeit einer Effizienzeinrede auf alle Verhaltenspflichten auch aus ökonomischer Sicht angemessen. Aus Sicht der Monopolkommission ist es daher zielführend, einen einheitlich ausgestalteten Artikel 5 (neu) DMA zu schaffen, der Per-se-Regeln enthält, die dem Dialogverfahren sowie einer Effizienzeinrede zugänglich sind. Dies hat den Vorteil, dass alle Verhaltenspflichten gleichermaßen unmittelbar Anwendung finden und zugleich die Anpassung einer oder die Ausnahme von einer spezifischen Verhaltenspflicht im Einzelfall möglich ist, um etwaige Kollateralschäden begrenzen zu können.

70. Unter der Bezeichnung „Friends of an effective Digital Markets Act“ haben Deutschland, Frankreich und die Niederlande jüngst ein zweites gemeinsames Positionspapier mit Vorschlägen zur Anpassung des DMA veröffentlicht.⁹⁰ Dort wird unter anderem eine Vorschrift vorgeschlagen, die den Erlass maßgeschneiderter Abhilfemaßnahmen ermöglichen soll, um die Bestreitbarkeit und Fairness der digitalen Märkte zu schützen (Art. 16a DMA-E – Market investigation into tailor-made remedies to safeguard markets’ contestability and fairness).⁹¹ Die Europäische Kommission soll den Normadressaten eine im Einzelfall angemessene und erforderliche Umsetzung der folgenden, auf Prinzipien basierenden Verhaltenspflichten vorschreiben können: a) Plattformzugang, b) datenbezogene Eingriffe, c) faire Geschäftsbeziehungen und d) freie Auswahlmöglichkeiten für Endnutzerinnen und Endnutzer sowie für gewerbliche Nutzer. Der Erlass der Abhilfemaßnahme soll voraussetzen, dass das in Rede stehende Verhalten weder durch die Verhaltenspflichten der Art. 5 und 6 DMA noch durch das EU-Wettbewerbsrecht ausreichend und rechtzeitig adressiert werden kann. Ein dementsprechendes Bedürfnis für eine Abhilfemaßnahme soll in einer vorherigen Marktuntersuchung festgestellt werden müssen, die längstens zwölf Monate dauert, aber um bis zu sechs Monate verlängert werden kann.

⁹⁰ Das erste gemeinsame Positionspapier vom 27. Mai 2021 enthält bereits verschiedene Überlegungen, von denen neben dem nachfolgend behandelten Vorschlag für maßgeschneiderte Abhilfemaßnahmen auch der Vorschlag für eine ergänzende Zuständigkeit der nationalen Wettbewerbsbehörden bei der Durchsetzung des DMA in dem zweiten gemeinsamen Positionspapier weiter ausgearbeitet ist. Dazu bereits Fn. 45.

⁹¹ Friends of an effective DMA, Zweites Positionspapier, a. a. O., S. 3 f.

71. Die Monopolkommission stimmt mit den „Friends of an effective Digital Markets Act“ insofern überein, als die Verhaltenspflichten der Art. 5 und 6 DMA allein nicht ausreichen könnten, um sämtliche denkbaren Praktiken, welche die Bestreitbarkeit und Fairness der digitalen Märkte gefährden, zu erfassen. Die vorgeschlagene Möglichkeit, maßgeschneiderte Abhilfemaßnahmen zu erlassen, die sich an auf Prinzipien basierenden Verhaltenspflichten orientieren, gewährleistet zudem – ähnlich dem EU-Wettbewerbsrecht – ein hohes Maß an Flexibilität. Dagegen hat der vom DMA gewählte Ansatz mit den Per-se-Regeln neben der besseren Vorhersehbarkeit für die Normadressaten insbesondere den Vorteil einer schnellen sowie weniger ressourcenintensiven behördlichen Durchsetzung.⁹² Der DMA dürfte mit der bereits in Art. 10 DMA vorgesehenen Möglichkeit, den Katalog der Verhaltenspflichten nach der Durchführung einer längstens 24 Monate dauernden Marktuntersuchung zu aktualisieren, auch durchaus flexibel bzw. „zukunftssicher“ sein.⁹³ Eine plattformsspezifische Umsetzung der Verhaltenspflichten ist zudem im Rahmen des sechsmonatigen Regulierungsdialogs gemäß Art. 7 DMA möglich; dieser sollte aber für sämtliche Verhaltenspflichten zugänglich gemacht werden.⁹⁴ Mit Blick auf das Risiko der Gefährdung von Innovationen durch im Einzelfall zu weitgehende Verhaltenspflichten, auf das auch in dem zweiten Positionspapier hingewiesen wird,⁹⁵ erscheint die Einführung einer Effizienzverteidigung vorzugswürdig.⁹⁶

⁹² Dazu bereits Tz. 45.

⁹³ Dazu bereits Tz. 48.

⁹⁴ Dazu bereits Tz. 60.

⁹⁵ Friends of an effective DMA, Zweites Positionspapier, a. a. O., S. 1.

⁹⁶ Dazu bereits Tz. 47 und ausführlich noch 0.

Kapitel 5

Bewertung ausgewählter Verhaltenspflichten in Artikel 5 und 6 DMA

72. Den nach Art. 3 DMA designierten Gatekeepern werden in Bezug auf die zentralen Plattformdienste in Art. 5 DMA und Art. 6 DMA Verhaltenspflichten auferlegt. Der DMA umfasst einerseits Verhaltenspflichten, die darauf abzielen, den Wettbewerb in und um die digitalen Märkte offen zu halten. Hierzu zählen vor allem Verpflichtungen des Datenzugangs durch Datenportabilität und Interoperabilität. Andererseits umfasst er eine Reihe von Verhaltenspflichten, die speziell ökosystemspezifische Problemlagen adressieren. Diese liegen insbesondere darin, dass die Plattformdienstbetreiber durch die Komplementaritäten bei der Verarbeitung von Daten und der (Weiter-)Entwicklung von (neuen) Produkten bzw. Diensten in der Lage sind, ihre wirtschaftliche Macht ausgehend von einem zentralen Plattformdienst in andere bzw. neue Bereiche zu hebeln (Platform-Envelopment) und diese zu verschließen. Der DMA greift solche Strategien der Absicherung und Ausweitung der eigenen wirtschaftlichen Position in mehreren Normen auf. Hierzu zählen die Untersagung von Strategien der Selbstbevorzugung sowie der Kopplung und Bündelung zentraler Plattformdienste und anderer Dienste.

73. Der DMA vermischt somit plattform- und ökosystemspezifische Problemlagen und Verhaltenspflichten. In den meisten Fällen werden jedoch plattformspezifische Verhaltenspflichten Auswirkungen auf das Ökosystem haben, da zentrale Plattformdienste und andere Dienste innerhalb des Ökosystems über unterschiedliche Komplementaritäten miteinander verbunden sind.⁹⁷ Zudem dürfte sich in der Praxis selten trennen lassen, ob sich die wirtschaftliche Macht der Gatekeeper aus einzelnen zentralen Plattformdiensten oder aus dem Ökosystem (oder Teilen davon) heraus ergibt. Insofern scheint die Vermischung von plattform- und ökosystemspezifischen Problemlagen und Verhaltenspflichten dem Ziel des DMA zu entsprechen, die Bestreitbarkeit und Fairness digitaler Märkte möglichst umfassend zu schützen.

74. Nachfolgend sollen die Verhaltenspflichten einer ökonomischen Analyse unterzogen werden, um ihre Wirkung auf die angestrebten Ziele des DMA zu untersuchen. Auf der einen Seite könnte der Ansatz des DMA mit den als Per-se-Regeln ausgestalteten Verhaltenspflichten die Rechtsdurchsetzung beschleunigen. Auf der anderen Seite könnte er einem unproblematischen bzw. effizienten Verhalten der Gatekeeper entgegenstehen. Die den Verhaltenspflichten implizit zugrundeliegenden Schadenstheorien (theories of harm) sollten also so belastbar sein, dass sie mögliche ökonomische Effizienzen überwiegen. Eine Überregulierung könnte ansonsten zu ökonomischen Ineffizienzen und zur Verringerung von Innovationsanreizen führen.

75. Ein Kern des Geschäftsmodells der Gatekeeper beruht darauf, Daten zu sammeln, zu aggregieren und kommerziell zu verwerten.⁹⁸ Je mehr Endnutzerinnen und Endnutzer einen Plattformdienst verwenden, desto mehr Daten können erhoben werden, um Algorithmen zu trainieren und zu verbessern, z. B. um die Relevanz der Suchergebnisse einer Suchmaschine oder die Qualität der Antwort eines Sprachassistenten zu erhöhen, was wiederum mehr Endnutzerinnen und Endnutzer anzieht (Nutzer-Rückkopplungseffekt). Das wirkt sich auch auf den anderen Marktseiten mehrseitiger Plattformen aus. So können Werbekunden ihre Anzeigen zielgenauer platzieren, wodurch die Plattformbetreiber höhere Werbeerlöse erzielen können. Diese Mittel können wiederum zur Verbesserung des Plattformdienstes investiert werden, wodurch die datengetriebenen Netzwerkeffekte weiter verstärkt werden (Monetarisierungs-Rückkopplungseffekt).⁹⁹

76. Länger im Markt etablierte Plattformdienstbetreiber profitieren von diesen datengetriebenen Netzwerkeffekten in besonderem Maße, da sie über eine größere Anzahl an Endnutzerinnen und Endnutzern und somit über ein Mehr an Daten verfügen als ihre Wettbewerber. Liegen ausgeprägte datengetriebene Netzwerkeffekte vor, profi-

⁹⁷ Zum Ökosystem-Kriterium siehe Kapitel 3.2.

⁹⁸ Stucke, M.E. /Grunes, A.P., *Big Data and Competition Policy*, Oxford University Press, 2016.

⁹⁹ Krämer, J./Schnurr, D./Broughten Micova, S., *The Role of Data for Digital Markets Contestability: Case Studies and Data Access Remedies*, CERRE Report, September 2020.

tieren die etablierten Plattformdienstbetreiber von ihrer frühen Startposition (sog. „First-mover-Vorteil“) und können im Zeitablauf beständig Marktanteile hinzugewinnen, sodass der Markt zugunsten der etablierten Unternehmen „kippen“ kann (sog. Tipping). Diese Monopolisierungstendenzen wirken dann, wenn kleinere Unternehmen keine hinreichende Masse an nutzergenerierten Daten erzeugen können, um ihre eigenen Algorithmen zu trainieren, um so zum etablierten Unternehmen aufzuschließen. Die datengetriebenen Netzwerkeffekte können somit eine Marktzutrittsschranke darstellen und in der Folge die Bestreitbarkeit der Märkte mindern. In einem Ökosystemkontext wirken Netzwerkeffekte mehrfach auf mehreren Plattformdiensten und verfestigen somit die Position des Ökosystembetreibers als Ganzes.

77. Wenn die auf einem Markt gewonnenen nutzergenerierten Daten auch in weiteren Märkten wertvoll sind,¹⁰⁰ können die Plattformdienstbetreiber diese zu ihren Gunsten wirkenden Netzwerkeffekte und somit auch die wirtschaftliche Macht in weitere Bereiche entlang eines Ökosystems übertragen (leveraging). Dadurch können die Plattformdienstbetreiber weitere Endnutzerinnen und Endnutzer hinzugewinnen, sofern diese den bisherigen Dienst nicht genutzt haben. Die Datenbreite nimmt zu, was die datengetriebenen Netzwerkeffekte weiter verstärkt.

78. Können die Ökosystembetreiber zudem das Verhalten der Endnutzerinnen und Endnutzer über die Dienste und Kontexte hinweg erfassen, nimmt auch die Datentiefe zu.¹⁰¹ Insbesondere aus der Zusammenführung von Daten aus unterschiedlichen Plattformdiensten können Informationen gewonnen werden, die nicht nur zur Verbesserung und Personalisierung bestehender, sondern auch zur Entwicklung neuer Produkte und Dienste genutzt werden können. Die Plattformen profitieren von Verbundvorteilen, da die Daten, die bei dem ursprünglichen Plattformdienst anfallen, zur Entwicklung vielfältiger Dienste verwendet werden können. Das führt dazu, dass die Entwicklung und Erstellung mehrerer Produkte oder Dienste innerhalb eines Unternehmens günstiger ist als in getrennten Unternehmen. Daten, die bei einem Dienst generiert wurden, können die Grenzkosten von Innovationen in anderen Plattformdiensten senken.¹⁰² Insofern ergeben sich aus den datengetriebenen Netzwerkeffekten Effizienzvorteile der Gatekeeper, die in mehrere Bereiche des Ökosystems hinein wirken.

79. Können diese Angebote aufgrund der steigenden Datentiefe immer weiter personalisiert werden und kann auf verschiedene Angebote innerhalb des Ökosystems mit einem Nutzerkonto zugegriffen werden, so sinken auf der einen Seite die Transaktionskosten. Diesen ökosystemspezifischen Effizienzen und etwaigen anderen Effizienzen steht auf der anderen Seite eine immer engere Bindung der Endnutzerinnen und Endnutzer an die Angebote des Ökosystembetreibers entgegen. Dadurch steigen die Kosten einer parallelen Nutzung anderer Dienste außerhalb des Ökosystems (Lock-in), und Multihoming wird erschwert. Somit können die Plattformdienstbetreiber den Markteintritt für potentielle Wettbewerber auch in anderen Märkten des Ökosystems erschweren bzw. in diesen Märkten bereits tätige Wettbewerber verdrängen.¹⁰³ Insofern muss der DMA ökosystemspezifische Wettbewerbsprobleme gegenüber möglichen Effizienzen abwägen.

80. Hier setzt der DMA mit einer Reihe von Verhaltenspflichten an, die potenziell geeignet sind, die Lock-in-Effekte aufzubrechen und Multihoming sowohl von Endnutzerinnen und Endnutzern als auch von gewerblichen Nutzern zu erleichtern. Diese Verhaltenspflichten beinhalten einerseits Verbote von Strategien zur Absicherung und Ausweitung der eigenen Stellung im Ökosystem (Art. 5 lit. c DMA, Art. 6 Abs. 1 lit. a-d, k DMA) und andererseits Vorgaben, um einen Datenzugang durch Datenportabilität (Art. 6 Abs. 1 lit. h, i DMA) und Interoperabilität (Art. 6 Abs. 1 lit. c, f DMA) zu gewähren.

¹⁰⁰ Prüfer und Schottmüller sprechen in diesem Fall von verbundenen Märkten; vgl. Prüfer, J./Schottmüller, C., *Competing with Big Data*, erscheint in: *Journal of Industrial Economics*.

¹⁰¹ Krämer, J./Schnurr, D./Broughten Micova, S., *The Role of Data for Digital Markets Contestability: Case Studies and Data Access Remedies*, CERRE Report, September 2020.

¹⁰² Prüfer, J./Schottmüller, C., *Competing with Big Data*, erscheint in: *Journal of Industrial Economics*.

¹⁰³ Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, *Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft*, a. a. O., S. 19.

81. Diese Verhaltenspflichten werden im Folgenden ökonomisch bewertet. Hierzu werden wettbewerbliche Schadenstheorien in einem Ökosystemkontext etwaigen ökonomischen Effizienzen gegenübergestellt, um hieraus Empfehlungen zur Anpassung des DMA abzuleiten.

5.1 Selbstbevorzugung wirksam abstellen

82. Nachdem Gatekeeper ihre wirtschaftliche Position auf einem zentralen Plattformdienst gefestigt haben, besteht die Gefahr, dass sie diese Position auch mit nicht leistungswettbewerblichen Mitteln absichern, ausbauen oder in andere Bereiche erweitern. Aus kartellrechtlichen Missbrauchsverfahren bekannte Strategien sind insbesondere verschiedene Formen der Selbstbevorzugung. Das Potenzial zur Selbstbevorzugung ergibt sich aus der Doppelrolle und der Multi-Plattform-Integration der Ökosystembetreiber.¹⁰⁴ Die Gatekeeper betreiben häufig nicht nur mehrere komplementäre Plattformdienste, sondern sie sind oftmals auch in einer Doppelrolle mit einem einzelnen Plattformdienst als Regelsetzer (Plattformdienstbetreiber) wie auch als gewerblicher Nutzer des zentralen Plattformdienstes aktiv. Amazon tritt beispielsweise selbst als Händler auf seinem Marketplace auf. Apple und Google betreiben neben den mobilen Betriebssystemen (Apple iOS und Google Android) eigene Softwareanwendungen und App-Stores (Google Play Store und Apple App Store) auf den Betriebssystemen.

83. Diese vertikalen oder hybriden Strukturen können auf der einen Seite zu Effizienzvorteilen führen. Liegen ausgeprägte Verbundvorteile in der Datennutzung vor, so kann es für ein Unternehmen kosteneffizient sein, zu einem Ökosystem zu expandieren.¹⁰⁵ Grundsätzlich ist es auch üblich, dass Unternehmen ihre eigenen Produkte bewerben und gegenüber denen ihrer Konkurrenten bevorzugen. In vielen Fällen kann eine Selbstbevorzugung ein geeignetes Mittel sein, Skalen- und Verbundeffekte auszunutzen, insbesondere, wenn starke Netzwerkeffekte vorliegen und Unternehmen erst noch eine kritische Masse an Endnutzerinnen und Endnutzern gewinnen müssen. Auch für Endnutzerinnen und Endnutzer kann ein integriertes Angebot zu Transaktionskostensparnissen führen, wenn sie ein Angebot „aus einer Hand“ bekommen, bei dem die Funktionen komplementär aufeinander abgestimmt sind.

84. Auf der anderen Seite bieten die vertikalen oder hybriden Strukturen jedoch verschiedene Potenziale zur Behinderung der Wettbewerber, die der DMA in mehreren Normen adressiert. Die Ökosystembetreiber nehmen häufig eine Gatekeeper-Rolle über den Zugang zu Endnutzerinnen und Endnutzern ein. Bevorzugen diese ihre eigenen Produkte oder Dienste auf nachgelagerten Märkten oder in anderen Märkten des Ökosystems gegenüber Drittanbietern, können sie den Wettbewerb dort erheblich schädigen.

85. Die folgende Analyse adressiert mehrere Formen der Selbstbevorzugung aus abgeschlossenen und laufenden Verfahren. Diese Strategien ergeben sich aus der Doppelrolle und aus der Multi-Plattform-Integration der Ökosystembetreiber. In der Doppelrolle können Ökosystembetreiber Wettbewerber auf den Produktmärkten behindern, indem sie ihre eigenen Angebote prominenter platzieren.¹⁰⁶ Als Betreiber mehrerer Plattformdienste können die Ökosystembetreiber zudem ihre eigenen Plattformdienste auf anderen Plattformdiensten voreinstellen¹⁰⁷ und mit anderen Plattformdiensten koppeln und bündeln¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Zur Definition der Doppelrolle und der Multi-Plattform-Integration siehe Tz. 36 ff.

¹⁰⁵ Siehe Tz. 77. Zu weiteren Effizienzvorteilen von Konglomeraten in digitalen Märkten siehe Bourreau, M./de Stree, A., Digital Conglomerates and EU Competition Policy, SSRN Working Paper, 2019.

¹⁰⁶ Siehe bspw. EU-Kommission, Beschluss vom 27. Juni 2017, AT.39740 – Google Search (Shopping) und das förmliche kartellrechtliche Verfahren der EU-Kommission gegen Amazon (AT.40462), Pressemitteilung vom 20. November 2020, IP/20/2077, abrufbar unter https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2077, Abruf am 14. Juli 2021.

¹⁰⁷ Siehe bspw. EU-Kommission, Beschluss vom 18. Juli 2018, AT.40099 – Google Android.

¹⁰⁸ Siehe bspw. das förmliche kartellrechtliche Verfahren der EU-Kommission gegen Apple (AT.40437), Pressemitteilung vom 30. April 2021, IP/21/2061, abrufbar unter https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_21_2061, Abruf am 12. August 2021.

5.1.1 Selbstbevorzugung in Doppelrolle abstellen

86. Gatekeeper können Selbstbevorzugung betreiben, indem sie Endnutzerinnen und Endnutzer auf ihre eigenen Angebote lenken. Suchmaschinen, App-Stores oder Marktplatzbetreiber bspw. können ihre Algorithmen so programmieren, dass ihre eigenen oder von ihnen monetarisierten Dienste und Produkte prominenter gelistet werden als jene von Drittanbietern.¹⁰⁹ Der DMA adressiert diese Form der Selbstbevorzugung in Art. 6 Abs. 1 lit. d DMA, indem er Gatekeepern untersagt, *„Dienstleistungen und Produkte, die vom Gatekeeper selbst oder von einem Dritten angeboten werden, der ein und demselben Unternehmen angehört, beim Ranking gegenüber ähnlichen Dienstleistungen oder Produkten Dritter zu bevorzugen,“* und sie verpflichtet *„das Ranking anhand fairer und diskriminierungsfreier Bedingungen vor(zu)nehmen[.]“*¹¹⁰

87. Weiterhin können Gatekeeper in ihrer Doppelrolle eine Selbstbevorzugung betreiben, indem sie Dritten den Zugang zu Nutzerdaten beschränken und sich diese zum eigenen Vorteil vorbehalten. Das ist Gegenstand zweier laufender Missbrauchsverfahren gegen Amazon und Google. Die Europäische Kommission beanstandet, dass Amazon sich systematisch auf nicht öffentliche Geschäftsdaten unabhängiger Verkäufer stützt, die auf seinem Marktplatz verkaufen, und zwar zum Vorteil des eigenen Einzelhandelsgeschäfts, das in direktem Wettbewerb mit diesen Drittverkäufern steht. Außerdem leitete die Europäische Kommission eine Untersuchung ein, bei der es um die mögliche Bevorzugung von Amazons eigenen Einzelhandelsangeboten und denen von Marktplatzverkäufern geht, die Amazons Logistik- und Lieferdienste in Anspruch nehmen.¹¹¹ In einem weiteren Verfahren prüft die EU-Kommission, ob Google die Möglichkeiten von Werbetreibenden, Verlegern und konkurrierenden Online-Werbedienstvermittlern beschränkt, auf Daten zur Nutzeridentität oder zum Nutzerverhalten zuzugreifen, während den Google-eigenen Werbevermittlungsdiensten diese Daten zur Verfügung stehen.¹¹²

88. Der DMA greift dieses Potenzial der Selbstbevorzugung in Art. 6 Abs. 1 lit. a DMA auf, welcher es Gatekeepern untersagt, *„nicht öffentlich zugängliche Daten, die durch Tätigkeiten von gewerblichen Nutzern ihrer zentralen Plattformdienste, einschließlich der Tätigkeiten von Endnutzern dieser gewerblichen Nutzer, generiert oder von diesen gewerblichen Nutzern ihrer zentralen Plattformdienste oder von den Endnutzern dieser gewerblichen Nutzer bereitgestellt werden, im Wettbewerb mit diesen gewerblichen Nutzern zu verwenden[.]“* Selbstbevorzugungsstrategien sind generell für den Wettbewerb bedeutsam, da sie dazu geeignet sind, die wirtschaftliche Macht der zentralen Plattformdienste in andere Bereiche zu hebeln und den Wettbewerb dort zu verzerren. Zudem ergeben sich im Bereich der digitalen Märkte Komplementaritäten in der Datensammlung, -zusammenführung und -verwertung. Daten über das Verhalten von Endnutzerinnen und Endnutzern können in verschiedenen Kontexten über Plattformdienste hinweg erfasst werden, welche die datengetriebenen Netzwerkeffekte der Gatekeeper und somit ihre wirtschaftliche Macht weiter verstärken.¹¹³

89. Werden Endnutzerinnen und Endnutzer systematisch auf die Angebote der Gatekeeper gelenkt, behindert das den Wettbewerb in diesen Bereichen. Die Ökosystembetreiber haben eine Gatekeeper-Funktion über den Zugang zu Endnutzerinnen und Endnutzern, sodass Wettbewerbern der Zugang zu diesen erschwert wird. Im Fall Google Shopping hat die Europäische Kommission zum Beispiel festgestellt, dass Endnutzerinnen und Endnutzer eher auf

¹⁰⁹ Etwa wurde im Fall Google Shopping der Europäischen Kommission festgestellt, dass Google sein Shopping-Tool gegenüber denen der Wettbewerber bevorzugt hat; vgl. EU-Kommission, Beschluss vom 27. Juni 2017, AT.39740 – Google Search (Shopping).

¹¹⁰ Unter „Ranking“ ist nach dem Erwägungsgrund 49 des DMA *„jedwede relative Hervorhebung zu verstehen, auch das Anzeigen, die Beurteilung, das Verlinken oder die Sprachausgabe von Ergebnissen.“*

¹¹¹ Vgl. EU-Kommission, Pressemitteilung vom 20. November 2020, IP/20/2077, abrufbar unter https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2077, Abruf am 14. Juli 2021.

¹¹² Vgl. EU-Kommission, Pressemitteilung vom 22. Juni 2021, IP/21/3143, abrufbar unter https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_21_3143, Abruf am 12. August 2021.

¹¹³ Siehe Tz. 78.

Links klicken, die auf der allgemeinen Suchergebnisseite besonders sichtbar sind.¹¹⁴ Dadurch steigen die Kosten der Wettbewerber, um Kundinnen und Kunden zu erreichen, sodass die Selbstbevorzugung hier neben dem unmittelbaren wettbewerbsverzerrenden Effekt einen zusätzlichen „raising-rivals“-cost“-Effekt¹¹⁵ hat.

90. Wettbewerbsbehinderungen können auch dann eintreten, wenn Plattformdienstbetreiber mit einer Doppelrolle nicht-öffentliche Daten über die Tätigkeit von Drittverkäufern zum eigenen Vorteil nutzen. Durch den privilegierten Marktüberblick können die Gatekeeper Marktunsicherheiten auf ihrer Seite verringern, sodass keine gleichen Wettbewerbsbedingungen (level playing field) mehr vorherrschen. Fürchten Wettbewerber zudem eine rasche Imitation ihrer umsatzstarken Produkte, werden Innovations- und Investitionsanreize gemindert. Das wiederum reduziert den Innovationsdruck aufseiten der Gatekeeper, sodass die gesamten Innovationsanreize in den Märkten und die Qualität der Produkte nachlassen. Das Auswerten von Nutzerdaten ist zudem ein wichtiges Instrument zur Ausnutzung datengetriebener Netzwerkeffekte.¹¹⁶ Werden Wettbewerbern Nutzerdaten vorenthalten, können diese ihre Algorithmen und Technologien nicht in dem Maße verbessern wie die Gatekeeper.

91. Eine Selbstbevorzugung in der Doppelrolle kann jedoch auch Effizienzen hervorrufen, z. B. weil die Ökosystembetreiber den Markt besser überblicken und schnell auf Veränderungen im Markt reagieren können.¹¹⁷ Ein Marktplatzbetreiber kann zum Beispiel anhand der von ihm erhobenen Umsatzzahlen Trends erkennen und sein eigenes Angebot auf dem Marktplatz entsprechend der Nachfrage anpassen. Des Weiteren kann es auch im Sinne der Endnutzerinnen und Endnutzer vorteilhaft sein, ein integriertes Angebot an Diensten und Produkten des Ökosystembetreibers präsentiert zu bekommen, die komplementär aufeinander abgestimmt sind.

92. Diese Effizienzvorteile können in den meisten Fällen auch ohne Selbstbevorzugung gehoben werden, sodass wenig Grund besteht, Wettbewerber in der Doppelrolle zu behindern. Daher sieht die Monopolkommission die Verhaltenspflichten der Art. 6 Abs. 1 lit. a und d DMA als geeignet an, ein „level playing field“ herzustellen.

5.1.2 Selbstbevorzugung durch Voreinstellungen zentraler Plattformdienste untersagen

93. Gatekeeper wählen häufig eigene zentrale Plattformdienste als Voreinstellungen (Default) auf anderen zentralen Plattformdiensten. Betreiber der Betriebssysteme wählen zum Beispiel die eigenen App-Stores als Voreinstellung auf dem Betriebssystem oder die eigene Suchmaschine als Voreinstellung im Webbrowser. Zudem sichern sich Gatekeeper über Exklusivvereinbarungen Default-Einstellungen eigener Dienste auf Plattformdiensten anderer Anbieter.¹¹⁸ Art. 6 Abs. 1 lit. b DMA gibt Endnutzerinnen und Endnutzern zwar die Möglichkeit, voreingestellte Softwareanwendungen zu deinstallieren, sofern diese nicht technisch notwendig sind, sieht jedoch kein Verbot von Voreinstellungen vor. Auf der einen Seite können Voreinstellungen Transaktionskosten der Nutzerinnen und Nutzer einsparen, da sie keine aktive Entscheidung über die Wahl der bevorzugten Dienste treffen müssen. Auf der anderen Seite schränken Voreinstellungen die Fähigkeiten der Nutzerinnen und Nutzer ein, überhaupt eine informierte Entscheidung zu treffen¹¹⁹ und lenken sie im Interesse des zentralen Plattformdienstes (Nudging). Studien

¹¹⁴ EU-Kommission, Beschluss vom 27. Juni 2017, AT.39740 – Google Search (Shopping). Auch in ihrer Pressemitteilung zu dem neu eingeleiteten Missbrauchsverfahren der Europäischen Kommission gegen Amazon (AT.40703) stellt die Kommission fest, dass es für Marktplatz-Verkäufer von entscheidender Bedeutung ist, in der „buy box“ angezeigt zu werden, da hierüber der größte Teil aller Verkäufe generiert wird; siehe EU-Kommission, Pressemitteilung vom 20. November 2020, IP/20/2077, a. a. O.

¹¹⁵ Vgl. Salop, S./Scheffman, D., Raising Rivals' Costs, *American Economic Review* 73(2), Papers and Proceedings, 1983, S. 267–271; Salop, S./Scheffman, D., Cost-Raising Strategies, *Journal of Industrial Economics* 36(1), 1987, S. 19–34.

¹¹⁶ Siehe Tz. 44.

¹¹⁷ Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, a. a. O., S. 53.

¹¹⁸ Nach Angaben von Bonatti u. a. zahlt Google Apple zwischen USD 8 und 10 Mrd. pro Jahr, um als Suchmaschine auf dem iOS-Betriebssystem voreingestellt zu sein. Siehe Bonatti u. a., More competitive search through regulation, Policy Discussion Paper No. 2, Yale Tobin Center for Economic Policy, 2021.

¹¹⁹ Jachimowicz, J. u. a., When and why defaults influence decision: A meta-analysis of default effects, *Behavioural Public Policy*, 3(2), 2019, S. 159-186.

zeigen, dass Verbraucherinnen und Verbraucher Voreinstellungen selten ändern.¹²⁰ Das gilt insbesondere dann, wenn sie die voreingestellten Dienste in mehreren Kontexten des Ökosystems verwenden, sodass die Voreinstellungen mehrfach geändert werden müssten.

94. Voreinstellungen sind somit dazu geeignet, die wirtschaftliche Macht der Gatekeeper in die voreingestellten Bereiche zu hebeln und den Wettbewerb dort zu verschließen. Dadurch werden signifikante Marktzutrittsbarrieren für Wettbewerber errichtet, und der Zugang zu Verbraucherinnen und Verbrauchern wird erschwert. Wettbewerber können somit nur unzureichend von den datengetriebenen Netzwerkeffekten profitieren und haben entsprechend geringe Möglichkeiten, ihre Anwendungen zu verbessern und zu expandieren.¹²¹ Die Gatekeeper können durch Voreinstellungen eigener zentraler Plattformdienste den Wettbewerbs- und Innovationsdruck in diesen Bereichen vermindern. Dadurch lässt langfristig die Qualität der Dienste und Produkte nach, und Endnutzerinnen und Endnutzer werden durch geringere Auswahlmöglichkeiten geschädigt.

95. Netzwerkeffekte und Default-Einstellungen können zudem zu einer Form von Pfadabhängigkeit führen, wenn Verbraucherinnen und Verbraucher die voreingestellten Softwareanwendungen auf mehreren Endgeräten oder Diensten des Ökosystembetreibers nutzen. Dadurch können die Ökosystembetreiber mehr Daten über voreingestellte Dienste generieren, sodass sowohl die Datenbreite als auch die Datentiefe zunehmen, wodurch die datengetriebenen Netzwerkeffekte weiter verstärkt werden können und die wirtschaftliche Macht des Ökosystembetreiber weiter gefestigt werden kann.¹²²

96. Vor diesem Hintergrund empfiehlt die Monopolkommission, Voreinstellungen zugunsten zentraler Plattformdienste grundsätzlich zu verbieten. Art. 5 DMA sollte daher um die folgende Verhaltenspflicht ergänzt werden:

„Der Gatekeeper muss in Bezug auf jeden seiner zentralen Plattformdienste im Sinne des Artikels 3 Absatz 7 davon absehen, eigene zentrale Plattformdienste vorinzustellen.“

Eingehalten wäre diese Norm etwa dann, wenn ein Betreiber zentraler Plattformdienste statt einer Voreinstellung zahlreiche Auswahlmöglichkeiten bei der Webbrowser- und Suchmaschineneinstellung für Endnutzerinnen und Endnutzer vorsieht.¹²³

5.1.3 Koppeln und Bündeln auf Betriebssystemen und in App-Stores abstellen

97. Gatekeeper machen zum Teil die Nutzung eines zentralen Plattformdienstes (z. B. eines App-Stores) von der Nutzung eines anderen zentralen Plattformdienstes (z. B. eines Betriebssystems) oder anderer Plattformdienste des Gatekeepers (z. B. eines Webbrowsers) abhängig.¹²⁴ Der DMA untersagt generell solche Kopplungen und Bündelungen mehrerer zentraler Plattformdienste eines Gatekeepers in Art. 5 lit. f DMA. In Art. 6 Abs. 1 lit. c DMA legt er einen zusätzlichen Fokus auf Kopplungs- und Bündelungsstrategien von Betriebssystemen und von App-Stores, da diese eine besondere Intermediärs-Rolle zwischen verschiedenen Nutzergruppen haben.¹²⁵ Die folgenden Aus-

¹²⁰ Siehe Bonatti u. a., More competitive search through regulation, Policy Discussion Paper No. 2, Yale Tobin Center for Economic Policy, 2021.

¹²¹ Siehe Tz. 76.

¹²² Siehe Tz. 79.

¹²³ Die Begrenzung auf zentrale Plattformdienste dient in erster Linie der Durchsetzung des DMA. Sollten wettbewerbsschädigende Wirkungen von Voreinstellungen auch bei anderen Diensten überwiegen, können diese im Zuge einer Marktuntersuchung gemäß Art. 17 DMA in die Liste der zentralen Plattformdienste aufgenommen werden. Als Teil einer kartellrechtlichen Abhilfemaßnahme verlangte die Europäische Kommission von Google z. B., eine Auswahl des Standard-Suchanbieters anzubieten, indem ein „Auswahlbildschirm“ mit verschiedenen allgemeinen Suchanbietern bei der Ersteinrichtung angezeigt wird. Vgl. EU-Kommission, Beschluss vom 18. Juli 2018, AT.40099 – Google Android.

¹²⁴ Siehe hierzu EU-Kommission, Beschluss vom 18. Juli 2018, AT.40099 – Google Android.

¹²⁵ In Abschnitt 4.3 spricht sich die Monopolkommission dafür aus, dass die Verhaltenspflichten des DMA allgemein und nicht nur für bestimmte Plattformdienste gelten sollen.

führungen untersuchen potenziell wettbewerbsschädigende Effekte, die sich aus dieser Rolle ergeben. Auf das generelle Kopplungs- und Bündelungsverbot auch anderer zentraler Plattformdienste wird in Abschnitt 5.1.4 eingegangen.

98. Betriebssysteme haben eine Gatekeeper-Funktion beim Zugang zu Softwareanwendungen, App-Stores eine Gatekeeper-Funktion beim Zugang zu mobilen Softwareanwendungen auf mobilen Endgeräten. App-Stores nehmen dabei die Rolle eines Intermediärs zwischen Endnutzerinnen und Endnutzern einerseits und App-Entwicklern andererseits ein. Die vertikal integrierten Ökosystembetreiber treten dort wiederum selbst als App-Anbieter auf und konkurrieren mit Drittanbietern auf dem Betriebssystem und in den App-Stores, von denen sie Zugangspreise für die Nutzung des App-Stores und weiterer Dienste erheben.¹²⁶

99. Sobald sich Endnutzerinnen und Endnutzer für ein Endgerät entschieden haben, sind sie an ein Betriebssystem und einen App-Store¹²⁷ gebunden.¹²⁸ Diese Lock-in-Effekte wirken auch aufseiten der Entwickler, die jeweils auf beiden Betriebssystemen (Apple iOS und Google Android) und in beiden App-Stores (Apple App Store und Google Play Store) präsent sein müssen, um Endkundinnen und -kunden zu erreichen.¹²⁹ Dadurch entsteht weiteres Behinderungspotenzial durch Kopplungs- und Bündelungsstrategien.

100. Der DMA adressiert dieses Behinderungspotenzial in Art. 6 Abs. 1 lit. c DMA, der Gatekeeper verpflichtet, *„die Möglichkeit [zu] schaffen, Software-Anwendungen Dritter und von Dritten betriebene Stores für Software-Anwendungen, die Betriebssysteme des Gatekeepers nutzen oder mit diesen interoperieren, zu installieren und effektiv zu nutzen und auf diese Software-Anwendungen bzw. Stores auf anderem Wege als über die zentralen Plattformdienste des Gatekeepers zuzugreifen.“* Nach Art. 6 Abs. 1 lit. k DMA müssen gewerbliche Nutzer Zugang zu den App-Stores der Gatekeeper anhand fairer und diskriminierungsfreier allgemeiner Bedingungen erhalten.

101. Sobald Endnutzerinnen und Endnutzer Apps über einen App-Store bezogen haben, können weitere Lock-in-Effekte bei sog. In-App-Käufen entstehen. Dort können zusätzliche Inhalte (u. a. weitere Level innerhalb eines Computerspiels) oder Abonnements (u. a. monatliche Abonnements eines Musik-Streaming-Diensts) nach der Installation der App gegen eine Zahlung freigeschaltet werden. App-Store-Betreiber binden App-Entwickler vertraglich, hauseigene Systeme zur Zahlungsabwicklung zu verwenden, wodurch App-Entwickler und Endnutzerin-

¹²⁶ Der Transaktionspreis für alle Käufe im Google Play Store (Apps und In-App-Käufe) beträgt 30 Prozent des Preises, den der Kunde oder die Kundin bezahlt (siehe <https://support.google.com/paymentscenter/answer/7159343?hl=en>, Abruf am 14. Juli 2021). Apple erhebt ebenfalls einen Preis von 30 Prozent für App- und In-App-Käufe, die sich für kleine Entwickler (die im Jahr weniger als USD 1 Mio. erwirtschaften) auf 15 Prozent reduziert (siehe <https://www.apple.com/newsroom/2020/11/apple-announces-app-store-small-business-program/>, Abruf am 14. Juli 2021).

¹²⁷ Das gilt für Apple-Endgeräte, da Apple ein Herunterladen von Apps außerhalb des Apple App-Stores (side-loading) auf seinem iOS-Betriebssystem technisch unterbindet und keine alternativen App-Stores auf seinem Betriebssystem zulässt. Auf Android-Endgeräten sind zwar auch andere App-Stores zugelassen (wie etwa der Samsung-Galaxy App-Store und der Amazon App-Store), jedoch wickelt Google über 90 Prozent aller Android-Apps über seinen Play Store ab; siehe https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_18_4581, Abruf am 14. Juli 2021. Ein side-loading wird zwar nicht technisch unterbunden, jedoch erheblich erschwert. Endnutzerinnen und Endnutzern werden Warnhinweise angezeigt, dass durch das Herunterladen von Dateien außerhalb des Play Stores Schäden auf dem Gerät verursacht werden können. Um ein Herunterladen zu ermöglichen, müssen sie erst die Sicherheitseinstellungen ihres Gerätes ändern.

¹²⁸ Die Lock-in-Effekte ergeben sich neben den finanziellen Kosten des Endgeräthewechsels auch aus der Bindung an das Ökosystem des Betriebssystem-Betreibers. Siehe hierzu Tz. 79.

¹²⁹ Apps, die für Apple iOS geschrieben wurden, können nicht auf einem Android-Gerät ausgeführt werden, und umgekehrt. Die Betriebssysteme sind in unterschiedlichen Programmiersprachen geschrieben, und jede App muss separat geschrieben werden, um mit dem zugrundeliegenden Betriebssystem kompatibel zu sein. Daher müssen die meisten populären Apps für beide Betriebssysteme entwickelt werden. Das gilt insbesondere für Apps, die eine Interaktion zwischen Endnutzerinnen und Endnutzer ermöglichen, z. B. Social Media-, Dating- oder Online-Gaming-Apps.

nen und Endnutzer weiter an den App-Store gebunden werden, und schränken App-Entwickler in der Möglichkeit ein, Endnutzerinnen und Endnutzer über kostengünstigere Alternativen zu informieren.¹³⁰

102. Nach Art. 5 lit. c DMA dürfen gewerbliche Anbieter ihre Dienste und Produkte auch außerhalb der Kanäle des Gatekeepers bewerben und Transaktionen mit Endkundinnen und Endkunden, die über den zentralen Plattformdienst des Gatekeepers akquiriert wurden, außerhalb der zentralen Plattformdienste des Gatekeepers tätigen. In-App-Zahlungen können somit um den Gatekeeper herumgeleitet und direkt über den Anbieter der App abgewickelt werden, auch wenn Endkundinnen und Endkunden diese Apps über den App-Store des Gatekeepers bezogen haben. Kopplung und Bündelung von Produkten und Diensten können grundsätzlich zu Effizienzvorteilen führen. Nutzerinnen und Nutzer sparen Transaktionskosten, wenn sie bereits ein Portfolio an Produkten und Diensten angeboten bekommen. Diese stehen häufig in einer komplementären Beziehung, sodass weitere Effizienzen durch Verbundvorteile entstehen, etwa wenn der Zahlungsdienst des Ökosystembetreibers für verschiedene Dienste verwendet werden kann. Ferner können durch die Verknüpfung der Daten der gebündelten und gekoppelten Dienste datengetriebene Netzwerkeffekte gestärkt werden, die zur Weiter- und Neuentwicklung von Diensten und Produkten beitragen.¹³¹

103. Jedoch sind Kopplungs- und Bündelungsstrategien auch dazu geeignet, Nutzerinnen und Nutzer langfristig an das Ökosystem zu binden, wodurch der Marktzutritt in die Bereiche des Ökosystems immer weiter erschwert wird. Der DMA adressiert diese marktverschließenden Effekte vor allem im Hinblick auf Betriebssysteme und App-Stores. Dort werden unterschiedlichen Nutzergruppen potenziell durch Kopplungs- und Bündelungspraktiken geschädigt.

104. Vertikal integrierte App-Store-Betreiber können die Lock-in-Effekte gegenüber Drittanbietern von Apps ausnutzen und höhere Zugangspreise (für App und In-App-Käufe) verlangen, als sie sich im Wettbewerb ergeben würden. Dadurch verringern sich die Einnahmen der Drittanbieter, sollten sie diese Zugangspreise nicht vollständig an die Verbraucherinnen und Verbraucher weiterreichen können und letztere infolge des höheren Preises teilweise vom Kauf absehen.

105. Alternative Anbieter von App-Stores und anderer Softwareanwendungen werden geschädigt, da die Ökosystembetreiber ihre wirtschaftliche Macht durch die Bündelung ihrer Dienste und Produkte an die zentralen Plattformdienste in diese Bereiche hebeln und den Wettbewerb dort behindern. Zuletzt werden auch gewerbliche Anbieter alternativer Zahlungsabwicklungen für In-App-Käufe geschädigt. App-Entwickler werden durch eine vertragliche Kopplung an die Zahlungsdienste der App-Store-Betreiber gebunden, wodurch alternativen Anbietern der Zugang zu den Märkten verwehrt wird.

106. Der damit einhergehende schwächere Wettbewerbsdruck kann dazu führen, dass Innovationen bei der Entwicklung neuer Apps oder der Weiterentwicklung bestehender Apps unterbleiben, wodurch die Auswahl für die Verbraucherinnen und Verbraucher geringer ist, als sie sich unter intensiverem Wettbewerb ergeben würde. Verbraucherinnen und Verbrauchern werden potenziell kostengünstigere Absatzwege außerhalb der App-Stores vorenthalten. Einerseits könnten die Preise der Softwareanwendungen und Apps sinken, da ein intensiverer Wettbewerb zu geringeren Preisen (für App- und In-App-Käufe) führt und diese an die Verbraucherinnen und Verbraucher weitergegeben werden.

107. Auf der anderen Seite gehen den Gatekeepern dadurch Einnahmen im Sekundärmarkt verloren, die sie durch höhere Zugangspreise im Primärmarkt oder durch einen höheren Preis für die Nutzung des Betriebssystems für die Originalgeräte-Hersteller (Original Equipment Manufacturer (OEM)) zu kompensieren versuchen könn-

¹³⁰ Siehe hierzu die laufenden kartellrechtlichen Verfahren der Europäischen Kommission gegen Apple (AT.40716, AT.40437, AT.40652).

¹³¹ Siehe Tz 78.

ten.¹³² Inwieweit die OEM diese Kosten in Form höherer Preise für die Endgeräte an die Endkundinnen und Endkunden weitergeben können, hängt vom Wettbewerb auf dem Produktmarkt ab. Ist der Wettbewerb intensiv, werden sie weniger Preiserhöhungen durchsetzen können, sodass hier in erster Linie Umsatzrückgänge auf Seiten der OEM zu erwarten sind. Ist der Wettbewerb hingegen weniger intensiv, können Endnutzerinnen und Endnutzer durch höhere Preise für die Endgeräte geschädigt werden.

108. Die Möglichkeiten der Kompensation in Form höherer App-Preise hängen daneben davon ab, ob Verbraucherinnen und Verbraucher Apps auch über andere Wege als den Apps-Stores der Gatekeeper beziehen können (sog. side-loading). Je mehr Auswahlmöglichkeiten bestehen, desto weniger sind die Gatekeeper in der Lage, hohe Preise für App-Entwickler und infolgedessen hohe Preise für Endnutzerinnen und Endnutzer durchzusetzen, da App-Entwickler ihre Apps in Stores mit günstigeren Zugangspreisen anbieten werden.

109. Ein side-loading von Apps wird in Apples iOS-Betriebssystem technisch unterbunden und in Google Android technisch erschwert.¹³³ Dieses wird mit Sicherheitsvorkehrungen begründet, die ein App-Store-Betreiber unternimmt, bevor er eine App zulässt. Dadurch sei die Gefahr von Schadsoftware und von unrechtmäßigem Zugriff von Drittanbieter-Apps auf die Funktionen der Endgeräte (bspw. die Kamera oder das Mikrofon) erheblich reduziert.¹³⁴ Da ein solcher Schutz auch im Sinne der Verbraucherinnen und Verbraucher ist, sind diese Sicherheitsvorkehrungen grundsätzlich zu begrüßen. Es überzeugt jedoch nicht, dass die Sicherheitsvorkehrungen nur durch eine technische Unterbindung aller side-loading-Alternativen möglich sein sollen. Auch alternative App-Store-Anbieter könnten solche Sicherheitsvorkehrungen treffen, und Gatekeeper könnten entsprechend nur jene Anbieter mit hohen Sicherheitsstandards auf ihren Systemen zulassen.

110. Die Verhaltenspflicht des Art. 6 Abs. 1 lit. c DMA, Gatekeeper grundsätzlich zu verpflichten, Zugriff auf Anwendungen über andere Kanäle als die des Gatekeepers zu erlauben, ist daher zu begrüßen. Hierdurch wird ein intensiverer Preiswettbewerb ermöglicht. Eine zusätzliche Regulierung der Zugangskonditionen gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. k DMA kann notwendig sein. Ein Ausschluss von Anbietern sollte grundsätzlich möglich sein, jedoch nach sachgemäßen Kriterien erfolgen. Die Europäische Kommission kann nach Art. 24 Abs. 2 DMA zur Überwachung der Verhaltenspflichten aus den Art. 5 und 6 DMA auch unabhängige externe Sachverständiger und Prüfer heranziehen. Diese sollten im Zweifelsfalle beurteilen, ob ein Ausschluss sicherheitstechnisch gerechtfertigt ist. Die Monopolkommission begrüßt aus den oben dargelegten Gründen die Regelung des Art. 5 lit. c DMA, die eine vertragliche Kopplung der In-App-Käufe unter dem Vorbehalt einer Effizienzrede untersagt.

5.1.4 Selbstbevorzugung umfassender untersagen

111. Der DMA adressiert bereits wesentliche Formen der Selbstbevorzugung der Ökosystembetreiber in der Doppelrolle und bzgl. der Multi-Plattform-Integration. In der Doppelrolle untersagt der Art. 6 Abs. 1 lit. d DMA es den Ökosystembetreibern, Dienstleistungen und Produkte im Ranking zu bevorzugen. Unter „Ranking“ soll jedwede „relative Hervorhebung“ zu verstehen sein. Zudem soll das Verbot, „[u]m sicherzustellen, dass diese Verpflichtung wirksam ist und nicht umgangen werden kann, [...] auch für jede Maßnahme gelten, die die gleiche Wirkung wie eine Differenzierung oder Vorzugsbehandlung beim Ranking hat.“¹³⁵ Der DMA enthält somit zusätzlich ein Umgehungsverbot, indem er auch Verhaltensweisen untersagt, die die gleiche Wirkung auf den Wettbewerb haben wie eine Selbstbevorzugung im Ranking. Insoweit verweist der DMA ergänzend darauf, dass die Leitlinien, welche die

¹³² In der ökonomischen Theorie wird dieses als Wasserbett-Effekt bezeichnet, s. bspw. Genakos, C./Valletti, T., Testing the waterbed effect in mobile telecommunications, *Journal of the European Economic Association* 9(6), 2011, S. 1114-1142.

¹³³ Vgl. Fn. 127.

¹³⁴ Siehe https://www.apple.com/privacy/docs/Building_a_Trusted_Ecosystem_for_Millions_of_Apps.pdf, Abruf am 14. Juli 2021.

¹³⁵ Siehe Erwägungsgrund 49 des DMA.

Europäische Kommission im Zusammenhang mit Art. 5 Verordnung (EU) 2019/1150 erlassen hat,¹³⁶ auch die Um- und Durchsetzung des Art. 6 Abs. 1 lit. d DMA erleichtern sollen.¹³⁷

112. Der DMA enthält somit bereits ein umfassendes Selbstbevorzugungsverbot der Ökosystembetreiber in ihrer Doppelrolle in Art. 6 Abs. 1 lit. d. Dieses ergibt sich durch die weite Auslegung des Begriffs des Rankings und durch das Umgehungsverbot der Selbstbevorzugung im Erwägungsgrund 49 DMA. Sollte sich dennoch in der Praxis zeigen, dass eine Selbstbevorzugung in der Doppelrolle auch durch andere Formen möglich ist, die nicht unter das Selbstbevorzugungsverbot des Art. 6 Abs. 1 lit. d DMA fallen, kann die EU-Kommission diese gemäß Art. 10 Abs. 1 DMA in die Liste der Verhaltenspflichten aufnehmen. Insofern sieht die Monopolkommission die Regelungen bezüglich der Selbstbevorzugung in der Doppelrolle als geeignet an, die Ziele des DMA zu erreichen. Ergänzungsbedarf sieht sie bezüglich der Selbstbevorzugung durch die Multi-Plattform-Integration.

113. Bezüglich der Multi-Plattform-Integration adressiert der DMA in Art. 5 lit. f ein generelles Kopplungsverbot mehrerer zentraler Plattformdienste, welches grundsätzlich aus den in Abschnitt 5.1.3 dargelegten Gründen zu begrüßen ist. Allerdings können erhebliche wettbewerbsschädigende Wirkungen auch bei einer Kopplung und Bündelung anderer Dienste als den zentralen Plattformdiensten eintreten, auf die Art. 5 lit. f. DMA beschränkt ist.

114. Die Kopplung eines Music-Streaming-Dienstes an das Ökosystem ist zum Beispiel durch die derzeitige Regelung des DMA nicht umfasst, da Music-Streaming-Dienste nicht Teil der Liste der zentralen Plattformdienste des Art. 2 Abs. 2 DMA sind. Prinzipiell können andere Dienste zwar über das Updating-Verfahren des Art. 17 DMA in die Liste der zentralen Plattformdienste aufgenommen werden. Allerdings können bis dahin marktverschließende Effekte bereits eingetreten sein, sodass die Verhaltenspflicht des Art. 5 lit. f DMA dann nur noch eine schwache Wirkung zeigt und Endkundinnen und Endkunden noch enger an das gesamte Ökosystem gebunden sind. Die gleichen Erwägungen gelten auch mit Blick auf die Möglichkeit der Aktualisierung der Verhaltenspflichten.¹³⁸

115. Die Selbstbevorzugung eigener Dienste ist ein zentrales Instrument der Ökosystembetreiber, ihre wirtschaftliche Macht im gesamten Ökosystem auszuweiten und das gesamte Ökosystem immer weiter zu verschließen. Daher plädiert die Monopolkommission an dieser Stelle für ein umfassenderes Selbstbevorzugungsverbot, während sie an den anderen Stellen konkrete Formulierungen für vorzugswürdig hält. Der DMA sollte daher um die folgende Verhaltenspflicht ergänzt werden:

„Der Gatekeeper muss in Bezug auf jeden seiner zentralen Plattformdienste im Sinne des Artikels 3 Absatz 7 davon absehen, Dienstleistungen und Produkte, die vom Gatekeeper selbst oder von einem Dritten angeboten werden, der ein und demselben Unternehmen angehört, gegenüber ähnlichen Dienstleistungen oder Produkten Dritter zu bevorzugen.“

Eine vergleichbare Vorschrift findet sich in § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB, aufgrund derer das Bundeskartellamt Unternehmen mit „überragender marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb“ untersagen kann, die eigenen Angebote gegenüber denen der Wettbewerber zu bevorzugen. Insofern könnte die vorgeschlagene An-

¹³⁶ EU-Kommission, Leitlinien zur Transparenz des Rankings gemäß der Verordnung (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. C 424 vom 8. Dezember 2020, S. 1.

¹³⁷ Erwägungsgrund 49 des DMA. In Art. 2 Nr. 8 Verordnung (EU) 2019/1150 wird der Begriff des Rankings für die Zwecke dieser Verordnung wiederum definiert als „die relative Hervorhebung von Waren und Dienstleistungen, die über Online-Vermittlungsdienste angeboten werden, oder die Relevanz, die Suchergebnissen von Online-Suchmaschinen zugemessen wird, wie von Anbietern von Online-Vermittlungsdiensten bzw. von Anbietern von Online-Suchmaschinen organisiert, dargestellt und kommuniziert, unabhängig von den für diese Darstellung, Organisation oder Kommunikation verwendeten technischen Mitteln[.]“ Die Verordnung (EU) 2019/1150 enthält selbst kein Verbot der Selbstbevorzugung beim Ranking, verpflichtet Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten aber zur Offenlegung ihrer Ranking-Parameter, Art. 5 Verordnung (EU) 2019/1150, und zur Erläuterung einer etwaigen „differenzierten Behandlung“ von (konzern-) eigenen Angeboten einerseits und Angeboten von dritten gewerblichen Nutzern andererseits, Art. 7 Verordnung (EU) 2019/1150.

¹³⁸ Dazu bereits Tz. 48.

passung des Verbots der Selbstbevorzugung im DMA zu einer Harmonisierung der jeweiligen Verhaltenspflichten beitragen.

116. Mit Ausnahme der Ausweitung des Kopplungsverbots auf weitere Dienste, würde ein umfassendes Selbstbevorzugungsverbot die einzelnen in den vorherigen Abschnitten dargelegten Formen der Selbstbevorzugung beinhalten. Sollte ein umfassendes Selbstbevorzugungsverbot umgesetzt werden, könnten die jeweiligen Einzelnormen der Art. 5 lit. f DMA, Art. 6 Abs. 1 lit. c, Art. 6 Abs. 1 lit. d und das in Tz. 96 vorgeschlagene Verbot der Voreinstellungen entfallen. Dieses umfassende Verbot kann zwar in einigen Fällen überschießend sein und etwaige Effizienzen der Selbstbevorzugung verhindern. Auf der anderen Seite kann es jedoch marktverschließende Effekte bereits ex ante unterbinden und so die Bestreitbarkeit des gesamten Ökosystems erhalten. Sollten aus Sicht der Ökosystembetreiber bei einzelnen Diensten Effizienzvorteile überwiegen, verbleibt ihnen die Möglichkeit der Effizienzeinrede.¹³⁹

5.2 Datenzugang durch Datenportabilität und Interoperabilität gewährleisten

117. Wie in Abschnitt 5.1 dargestellt, stellt der Zugang zu Daten einen wichtigen Wettbewerbsparameter und Input zur Neu- und Weiterentwicklung von Diensten und Produkten in den digitalen Märkten dar. Wettbewerbsrelevante Daten unterliegen häufig der exklusiven Kontrolle der Gatekeeper. Diese können die Daten nutzen, um Algorithmen zu trainieren und ihre Dienstleistungen somit in einer besseren Qualität anzubieten, während Wettbewerber diese Möglichkeiten nicht oder nur in unzureichendem Maße haben. In einem Ökosystem können v. a. personenbezogene Daten zudem über mehrere Kontexte hinweg gesammelt werden. Dadurch können die Dienste immer weiter personalisiert werden, wodurch Endnutzerinnen und Endnutzer sowie gewerbliche Nutzer an das Ökosystem gebunden und die Märkte immer weiter verschlossen werden.

118. Darüber hinaus können Daten eines zentralen Plattformdienstes genutzt werden, um komplementäre Dienste in angrenzenden Märkten des Ökosystems anzubieten. Das betrifft vor allem Gatekeeper mit einer Doppelrolle. So können bspw. App-Store-Betreiber die dort generierten Daten für einen Marktüberblick nutzen, um selbst vielversprechende Apps zu entwickeln. Auch können diese und andere Daten genutzt werden, um selbst Nebendienstleistungen (z. B. Identifizierungs- und Zahlungsdienste) zu den zentralen Plattformdiensten anzubieten.

119. Liegen neben den datengetriebenen Netzwerkeffekten auch positive direkte Netzwerkeffekte vor, steigt der Nutzen des Konsums eines Dienstes oder Produktes direkt mit der Anzahl anderer Endnutzerinnen und Endnutzer. Das ist insbesondere bei sozialen Netzwerken und interpersonellen Kommunikationsdiensten der Fall. Daher reicht es für neue oder bereits existierende Wettbewerber der Gatekeeper häufig nicht aus, eine bessere Qualität oder bessere Konditionen zu bieten.

120. Auf der einen Seite profitieren Endnutzerinnen und Endnutzer somit von den direkten und datengetriebenen Netzwerkeffekten. Auf der anderen Seite jedoch stellen sie erhebliche Wechselkosten und damit eine erhebliche Marktzutrittsschranke für Wettbewerber dar. Das wirft die grundsätzliche Frage auf, ob und wie eine exklusive Kontrolle der Daten durch die Gatekeeper zu begrenzen ist und welche Formen des Datenzugangs Wettbewerber benötigen, um die Bestreitbarkeit der Märkte zu sichern.¹⁴⁰

121. Im Wesentlichen lassen sich drei Regime von Datenzugangsrechten unterscheiden.¹⁴¹ Erstens sind Endnutzerinnen und Endnutzer sowie gewerbliche Nutzer durch ihre eigene Tätigkeit im Ökosystem der Gatekeeper an der Generierung von Daten selbst beteiligt. Der DMA greift dies durch Datenzugangsrechte in Form der Datenportabilität in Art. 6 Abs. 1 lit. h und i DMA auf. Zweitens sind gewerbliche Nutzer zwar nicht selbst an der Generierung der Daten beteiligt, benötigen jedoch Zugang zu den Daten der Gatekeeper, um Dienstleistungen auf dem Betriebssystem

¹³⁹ Dazu noch O.

¹⁴⁰ Siehe hierzu vertieft Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, a. a. O., S. 35.

¹⁴¹ Siehe hierzu auch Schweitzer, H. u. a., Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, Endbericht vom 29. August 2018, S. 130.

tem der Gatekeeper anzubieten. Der DMA adressiert dies durch Verpflichtungen zur vertikalen Interoperabilität in Art. 6 Abs. 1 lit. c und f DMA. Schließlich können bestimmte Daten so wesentlich und exklusiv sein, dass Wettbewerber Zugang zu diesen Daten der Gatekeeper benötigen, um ihre Algorithmen zu trainieren, damit sie ein wettbewerbsfähiges Angebot zu den Angeboten der Gatekeeper machen können. Dies wird durch den DMA in Art. 6 Abs. 1 lit. j DMA nur für den zentralen Plattformdienst der Online-Suchmaschinen adressiert.¹⁴²

122. Wettbewerb zwischen den Plattformdiensten soll durch ein Recht auf Datenportabilität gefördert werden. Dabei werden Zugangsansprüche von Endnutzerinnen und Endnutzern und gewerblichen Nutzern zu denen durch die eigene Tätigkeit generierten Daten in Art. 6 Abs. 1 lit. h DMA definiert. Gewerbliche Nutzer sowie von einem gewerblichen Nutzer zugelassene Dritte sollen hierzu gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. i DMA einen „kostenlosen, effektiven, hochwertigen und permanenten Echtzeitzugang erhalten, der die Nutzung von aggregierten oder nicht aggregierten Daten ermöglicht, die im Zusammenhang mit der Nutzung der relevanten zentralen Plattformdienste durch diese gewerblichen Nutzer und die Endnutzer, die die Produkte oder Dienste dieser gewerblichen Nutzer in Anspruch nehmen, bereitgestellt oder generiert werden“. Der Zugang zu den durch die eigene Nutzung generierten Daten soll dabei in einem strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren Format gewährt werden, sodass diese über hochwertige Programmierschnittstellen (API) in Echtzeit übertragen werden können.¹⁴³ Die Übertragung kann dabei direkt durch die gewerblichen Nutzer – z.B. durch Download und Upload der Daten – oder durch Dritte erfolgen.

123. Wettbewerb auf den zentralen Plattformdiensten soll insbesondere durch eine vertikale Interoperabilität zu den Funktionen der zentralen Plattformdienste gefördert werden. Art. 6 Abs. 1 lit. c DMA verpflichtet die Gatekeeper zur Schaffung von Interoperabilität der Softwareanwendungen und App-Stores von Drittanbietern zum Betriebssystem der Gatekeeper, sofern die Integrität des Betriebssystems hierdurch nicht gefährdet wird. Art. 6 Abs. 1 lit. f DMA verpflichtet die Gatekeeper zur vertikalen Interoperabilität mit denselben Betriebssystemen, Hardware- oder Software-Funktionen, die der Gatekeeper für die Erbringung von Nebendienstleistungen zur Verfügung hat oder verwendet. Die Gewährung einer vertikalen Interoperabilität der Dienste der Wettbewerber mit den Betriebssystemen der Gatekeeper in Art. 6 Abs. 1 lit. c und lit. f DMA steht im Zusammenhang mit den Verboten, Dienste der Gatekeeper an die Betriebssysteme zu binden. Art. 6 Abs. 1 lit. f DMA verpflichtet Gatekeeper alternativen Anbietern von Nebendienstleistungen¹⁴⁴ (z. B. Zahlungsanbieter oder Anbieter von Identifikationsdiensten) Zugang zu denselben Betriebssystemen, Hardware- oder Software-Funktionen zu gewähren, die der Gatekeeper für die Erbringung von Nebendienstleistungen zur Verfügung hat oder verwendet.¹⁴⁵ Eine Verpflichtung zur vertikalen Interoperabilität ist nach Ansicht der Monopolkommission ein geeignetes Instrument, um Wettbewerb auf den zentralen Plattformmärkten zu fördern. Im derzeitigen Vorschlag des Art. 6 Abs. 1 lit. c DMA ist jedoch offen, ob eine Verpflichtung zur vertikalen Interoperabilität mit dem Betriebssystem auch greift, wenn ein Gatekeeper selbst keinen vergleichbaren Dienst auf seinem Betriebssystem betreibt. In diesen Fall sollte ein wettbewerbsschädliches Verhalten der Gatekeeper weniger wahrscheinlich sein.

124. Die Verhaltenspflichten zur Datenportabilität (Art. 6 Abs. 1 lit. h, i DMA) zielen darauf ab, für mehr Wettbewerb zwischen zentralen Plattformdiensten zu sorgen.¹⁴⁶ Übertragen Endnutzerinnen und Endnutzer sowie ge-

¹⁴² Dort werden Betreiber von Online-Suchmaschinen verpflichtet, einen Datenzugang zu Ranking-, Such-, Klick- und Anzeigedaten in Bezug auf unbezahlte und bezahlte Suchergebnisse zu gewähren.

¹⁴³ Siehe Erwägungsgrund 54 des DMA.

¹⁴⁴ Nebendienste werden in Art. 2 Nr. 14 und 15 DMA spezifiziert.

¹⁴⁵ Siehe hierzu das laufende kartellrechtliche Verfahren der Europäischen Kommission gegen Apple im Zusammenhang mit Apple Pay (AT.40452); s. o. Fn. 130.

¹⁴⁶ Ein Recht auf Übertragbarkeit von personenbezogenen Daten, die eine Person einem Verantwortlichen bereitgestellt hat, ist bereits in Art. 20 DSGVO geregelt. Art. 6 Abs. 1 lit. h DMA geht darüber hinaus und fordert insbesondere eine Übertragung in Echtzeit. Gatekeeper sollen diese durch geeignete technische Maßnahmen sicherstellen, indem sie beispielsweise hochwertige Programmierschnittstellen einrichten (Erwägungsgrund 54 des DMA). Vgl. auch die Empfehlung 11 der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 für eine Pflicht marktbeherrschender Plattformen, ihren Endnutzerinnen und Endnutzern „die Portabilität der

werbliche Nutzer ihre Daten zu den Wettbewerbern der Gatekeeper, können erstere von datengetriebenen Netzwerkeffekten und direkten Netzwerkeffekten profitieren. Da gewerbliche Nutzer jeweils nur die durch ihre eigene Tätigkeit generierten Daten auf den jeweiligen zentralen Plattformdiensten portieren dürfen, bleibt offen, welchen wettbewerblichen Wert die Datenportierung des Art. 6 Abs. 1 lit. i des DMA in der Praxis haben wird, da der Wert der Daten oft kontextspezifisch ist und sich erst aus der Verwertung ergibt.¹⁴⁷

125. Voraussetzung dafür, dass Wettbewerber von datengetriebenen und direkten Netzwerkeffekten profitieren, sind hinreichende Anreize für die Endnutzerinnen und Endnutzer, zu einem Wettbewerber des Gatekeepers zu wechseln. Der DMA adressiert diese Anreize dadurch, dass er Maßnahmen auferlegt, um Wechselkosten zu reduzieren. Daten sollten in einem „strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren Format“¹⁴⁸ in Echtzeit exportiert werden können. Voraussetzung hierzu sind ferner Schnittstellen bei den Wettbewerbern, die auch einen einfachen und standardisierten Datenimport ermöglichen. Die Wechselkosten können weiter reduziert werden, wenn gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. i DMA auch Drittanbieter die Datenportierung vornehmen können. Insgesamt sind die Regelungen des DMA als geeignet anzusehen, die Datenportabilität zu erleichtern, Wechselkosten der Nutzerinnen und Nutzer zu senken und somit den Wettbewerb um zentrale Plattformmärkte zu fördern.¹⁴⁹

126. Im derzeitigen Vorschlag des DMA impliziert der Echtzeitdatenzugang des Art. 6 Abs. 1 lit. h DMA jedoch, dass Endnutzerinnen und Endnutzer nach wie vor ein Benutzerkonto beim Gatekeeper benötigen, von dem aus die Daten in Echtzeit zu den Wettbewerbern übertragen werden. Die Wechselanreize wären im Falle einer horizontalen Interoperabilität noch größer. Dort könnten Wettbewerber über Schnittstellen (APIs) im Auftrag von Endnutzerinnen und Endnutzer auf die Systeme der Gatekeeper zugreifen, ohne dass diese über ein Nutzerkonto bei den Gatekeepern verfügen müssen. Im derzeitigen Vorschlag sieht der DMA eine solche horizontale Interoperabilität nur bei den Nebendiensten vor (Art. 6 Abs. 1 lit. f DMA), jedoch nicht bei den Kerndiensten der zentralen Plattformdienste.¹⁵⁰

127. Bei allen Fragen des Datenzugangs bleibt zu klären, welche Daten bzw. welche Schnittstellen (APIs) durch die Verpflichtungsmaßnahmen erfasst werden sollen. Hier sollte zwischen den Interessen der Zugangspetenten und den Innovationsanreizen der Gatekeeper abgewogen werden.¹⁵¹ Bei einer Verpflichtung über alle Daten und APIs

Nutzer- und Nutzungsdaten in Echtzeit und in einem interoperablen Datenformat zu ermöglichen sowie die Interoperabilität mit Komplementärdiensten zu gewährleisten“; Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, a. a. O., S. 55.

¹⁴⁷ Siehe hierzu auch Krämer, J./Senellart, P./de Streel, A., Making data portability more effective for the digital economy, Cerre report, Brüssel, 2020. Cabral u. a. (2021) und Krämer u. a. (2020) diskutieren hier eine Rolle eines Data Trusts. Dritte könnten ihren Algorithmus zur Analyse der Daten an den Data Trust übermitteln, der den Algorithmus dann in ihrem Namen auf den Rohdaten der Gatekeeper ausführt. Der Drittanbieter würde den trainierten Algorithmus zurückerhalten, aber die Rohdaten selbst nie sehen. Dies könnte einen Teil der Probleme lösen, da die Daten in ihrem Kontext verbleiben, jedoch bleiben technische Fragen nach wie vor offen; vgl. Cabral u. a., The EU Digital Markets Act, Publications Office of the European Union, Luxemburg, 2021, S. 22.

¹⁴⁸ Siehe Erwägungsgrund 54 des DMA.

¹⁴⁹ Zudem verbleiben noch Umsetzungsfragen im Detail, da u. a. Eigentumsrechte an Daten betroffen sein können, wenn personenbezogene Daten von Dritten hochgeladen wurden, bspw. die Telefonnummer einer dritten Person. Siehe hierzu <https://www.eff.org/deeplinks/2020/07/legislative-path-interoperable-internet>, Abruf am 14. Juli 2021].

¹⁵⁰ Potenzielle Anwendungsfälle könnten sich bei sozialen Netzwerken und nummernunabhängigen interpersonellen Kommunikationsdiensten ergeben. Aufgrund der starken direkten Netzwerkeffekte sind Nutzerinnen und Nutzer dort an die etablierten zentralen Plattformdienste gebunden, falls sie ihr Netzwerk nicht auch über Dienste von Wettbewerbern erreichen. Insgesamt erscheinen Anwendungsfälle außerhalb der sozialen Netzwerke und interpersonellen Kommunikationsdienste aber begrenzt, so auch Krämer, J./Schnurr, D./Broughton Micova, S., The Role of Data for Digital Markets Contestability: Case Studies and Data Access Remedies, CERRE Report, September 2020, S. 98 ff.

¹⁵¹ Zudem sind weitere Fragen von Datensicherheit und Datenschutz zu klären. Zentrale Plattformdienste könnten Gefahren ausgesetzt sein, wenn sie zur Interoperabilität mit Anbietern geringerer Sicherheitsstandards verpflichtet sind. Art. 6 Abs. 1 lit. c DMA erkennt diese Sicherheitsbedenken vor dem Hintergrund der Zugangsverpflichtung von Drittanbieter-Software oder Apps-Stores Dritter auf den Betriebssystemen der Gatekeeper an. Inwieweit dieses auch für eine Interoperabilitätsverpflichtung gelten könnte, scheint offen. Zudem erfordert eine Interoperabilität, dass Plattformen viele (personenbezogene) Daten austauschen, sodass Kon-

der zentralen Plattformdienste hinweg können Innovationsanreize der Gatekeeper gemindert werden, wenn diese Daten mit den Wettbewerbern geteilt werden müssen. Die Daten sollten so essenziell sein, dass ein wettbewerbsfähiges Angebot ohne Zugang zu diesen Daten nicht möglich ist. Der DMA spezifiziert diesen essenziellen Charakter nur im Falle von Click-and-Query Daten bei Online-Suchmaschinen (Art. 6 Abs. 1 lit. j DMA), jedoch nicht im Zusammenhang mit Datenportabilitäts- oder Interoperabilitätsverpflichtungen. Welche Daten bei anderen zentralen Plattformdiensten diesen essenziellen Charakter haben, dürfte nur im Einzelfall zu beantworten sein.

128. Ob solche Verpflichtungen im Einzelfall durch den DMA oder durch eine sektorspezifische Regulierung adressiert werden sollten, gilt es noch zu entscheiden. Auch bezüglich der Umsetzung besteht aus Sicht der Monopolkommission noch Klärungsbedarf, sodass eine Verpflichtung zur horizontalen Interoperabilität erst nach der Klärung von technischen, ökonomischen und rechtlichen Fragen in einem späteren Schritt überdacht werden könnte.

129. Zunächst sollte der DMA auf die Adressierung ökosystemspezifischer Problemlagen begrenzt werden. Die Monopolkommission empfiehlt hier insbesondere ein umfassendes Verbot der Selbstbevorzugung der Ökosystembetreiber. Dieses beinhaltet ein Verbot der relativen Hervorhebung eigener Dienste, Voreinstellungen eigener Dienste auf den zentralen Plattformdiensten und ein Kopplungs- und Bündelungsverbot zentraler Plattformdienste mit anderen Diensten und Produkten der Gatekeeper.

Kapitel 6

Notwendigkeit einer Effizienzeinrede

130. In diesem Kapitel untersucht die Monopolkommission, ob der DMA um eine Effizienzeinrede ergänzt werden und wie diese ausgestaltet sein sollte. Hierzu wird zunächst der Bedarf für eine Effizienzeinrede diskutiert (Abschnitt 6.1), bevor die Möglichkeiten im Kartellrecht, ein Verhalten zu rechtfertigen, im Überblick dargestellt (Abschnitt 6.2) und sodann konkrete Vorschläge für eine entsprechenden Regelung im DMA gemacht werden (Abschnitte 6.3 und 6.4).

6.1 Grundsätzliche Erwägungen zum Bedarf einer Effizienzeinrede im DMA

131. Der DMA adressiert Verhaltensweisen bestimmter zentraler Plattformdienste, die aufgrund ihrer Gatekeeper-Stellung wettbewerbsschädliche Effekte haben können.¹⁵² Ein bedeutender Unterschied der im DMA enthaltenen Verhaltensvorschriften zu den Regelungen des allgemeinen Kartellrechts ist, dass der DMA Per-se-Regeln zu mehr oder weniger konkret beschriebenen Verhaltensweisen enthält, deren Wirkungen im Einzelfall nicht untersucht werden. Tatsächlich können von den meisten im DMA adressierten Verhaltensweisen jedoch theoretisch sowohl wettbewerbsschädigende Wirkungen als auch ökonomische Vorteile ausgehen. Die möglichen einzelnen Vorteile werden gelegentlich auch als (positive) Effizienzen bezeichnet. Wie in Kapitel 5 bei der Analyse einzelner Verhaltenspflichten des DMA herausgearbeitet wurde, kann es sich dabei um zahlreiche unterschiedliche und teils ökosystemspezifische Effekte handeln.¹⁵³ Ein häufiger auftretendes Beispiel für Effizienzen in Ökosystemen sind Transaktionskostenvorteile, die dadurch entstehen, dass der Nutzer ein integriertes Produkt über mehrere Dienste erhält, ohne eine Auswahl treffen oder Zwischenschritte in Anspruch nehmen zu müssen. Im Rahmen eines Per-se-Verbotes einzelner Verhaltensweisen ohne Effizienzprüfung würde demzufolge angenommen, dass die negativen Effekte der von dem Verbot erfassten Verhaltensweisen grundsätzlich überwiegen. Es würde nicht mehr überprüft, ob zumindest im Einzelfall eine verbotene Verhaltensweise mehr Vorteile als Nachteile auslöst (und somit insgesamt als „effizient“ zu bezeichnen wäre).

132. Der Vorschlag der Europäischen Kommission für einen DMA ist demzufolge so konzipiert, dass theoretisch eine Situation eintreten kann, dass mit der Vorschrift auch Verhaltensweisen untersagt werden, deren Vorteile auf Seiten der Nutzerinnen und Nutzer überwiegen. Denn nach dem vorliegenden Entwurf kann ein Normadressat, der den Verhaltenspflichten der Art. 5 und 6 DMA zuwiderhandelt, sich kaum dadurch exkulpieren, dass sein Verhalten effizient ist. Im Zusammenhang mit der Benennung eines Unternehmens als Gatekeeper, und mithin als Normadressat des DMA, wird die Berücksichtigung von Effizienzvorteilen sogar ausdrücklich ausgeschlossen.¹⁵⁴ Der DMA sieht lediglich vor, eine Verpflichtung der Art. 5 und 6 DMA auszusetzen, wenn anderenfalls die Rentabilität der Geschäftstätigkeit des Normadressaten in der Union gefährdet würde (Art. 8 DMA), oder von einer solchen zu befreien, wenn zwingende Gründe des öffentlichen Interesses dies gebieten (Art. 9 DMA). Der Bericht für das Europäische Parlament empfiehlt diesbezüglich keine grundsätzlichen Anpassungen.¹⁵⁵

¹⁵² Zur Rolle eines Gatekeepers und der Frage, wann es sich um ein (marktübergreifendes) Ökosystem handelt, siehe Kapitel 3.

¹⁵³ Siehe zu Effizienzen: Wirkung und Abwägungsbedarf in Ökosystemen aufgrund umfassenderer Datennutzung: Tz. 78 und 79; zu Effizienzen bei der Selbstbevorzugung generell: Tz. 83, in der Doppelrolle: Tz. 91; bei Voreinstellungen: Tz. 93; bei der Kopplung und Bündelung: Tz. 102, beim Datenzugang: Tz. 118 f.

¹⁵⁴ Erwägungsgrund 23 des DMA: „Rechtfertigungen auf Basis wirtschaftlicher Gründe, durch die nachgewiesen werden soll, dass ein bestimmtes Verhalten eines Betreibers zentraler Plattformdienste Effizienzgewinne hervorbringt, sollten nicht berücksichtigt werden, da dies für die Benennung als Gatekeeper nicht relevant ist.“ Vgl. auch Erwägungsgrund 9 des DMA zum Verhältnis des DMA zum Kartellrecht.

¹⁵⁵ Lediglich in Art. 8 Abs. 2 Satz 1 DMA ist eine Klarstellung dahingehend vorgesehen, dass die Europäische Kommission infolge der Überprüfung der Aussetzung einer Verhaltensvorgabe die Aussetzung ganz oder teilweise aufheben kann; vgl. Bericht für das Europäische Parlament, a. a. O., S. 50 f.

133. Dies erscheint auf den ersten Blick auch folgerichtig, da der DMA mit der Ausgestaltung der Verhaltensvorschriften als Per-se-Regeln vor allem eine umfassendere und schnellere Rechtsdurchsetzung anstrebt.¹⁵⁶ Eine Befassung mit Effizienzvorteilen im Fall eines Verstoßes gegen die Art. 5 und 6 DMA könnte befürchten lassen, dass die Durchsetzung des DMA erheblich erschwert würde. Naheliegender wäre, dass die oftmals schwierige Erfassung und rechtliche Einordnung kleinerer und größerer Effizienzwirkungen die Behörden und Gerichte stark beschäftigt und damit eine beabsichtigte – im Vergleich mit dem bestehenden Schutz durch das Kartellrecht höhere – Schutzwirkung für neue und kleinere digitale Wettbewerber erheblich verzögert oder gar egalisiert werden könnte. In ihrer Folgenabschätzung zum DMA begründet die Europäische Kommission den Verzicht auf eine Effizienzeinrede vergleichsweise knapp und im Wesentlichen mit dem Hinweis auf negative Erfahrungen mit einem solchen Instrument in anderen Rechtsbereichen.¹⁵⁷

134. In einer Vielzahl der Beiträge zum DMA wird das Fehlen einer Effizienzeinrede dagegen kritisiert.¹⁵⁸ Auch die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 hat in ihrer Empfehlung für eine Plattformverordnung auf EU-Ebene die Einführung von Per-se-Regeln unter den Vorbehalt der sachlichen Rechtfertigung gestellt.¹⁵⁹ Tatsächlich könnte die allenfalls begrenzte Möglichkeit für eine Rechtfertigung eines gemäß der Art. 5 und 6 DMA als schädlich erachteten Verhaltens zu Wohlfahrtsverlusten führen. So könnten die Unternehmen von Verhaltensweisen Abstand nehmen (müssen), die zwar negative Folgen für die Bestreitbarkeit und die Fairness der Märkte haben, aber zugleich Innovationen hervorbringen, deren Vorteile die negativen Wirkungen auf- oder sogar überwiegen. Während der Ausgestaltung der einzelnen Ge- und Verbote bereits eine allgemeine Abwägung ihrer Auswirkungen durch die Europäische Kommission zugrunde liegen dürfte, könnte die Ergänzung des DMA um eine Effizienzeinrede somit für eine größere Einzelfallgerechtigkeit sorgen.

135. Bei der Beantwortung der Frage, ob eine Effizienzeinrede in den DMA aufgenommen werden sollte, müssen verschiedene Möglichkeiten zur Ausgestaltung des DMA in Betracht gezogen werden. Aus diesen lassen sich Rückschlüsse darüber ziehen, welches Gewicht den vorgetragenen Einwänden in der Praxis zukäme. In diesem Zusammenhang ist zunächst relevant, welches Potenzial durch die im DMA enthaltenen Verhaltenspflichten dafür geschaffen wird, dass es ohne Effizienzeinrede zu einem (unerwünschten) Verbot effizienter Verhaltensweisen kommen könnte. Je mehr solche Situationen zu erwarten sind, desto größer ist der Bedarf, diese Situation durch eine konkrete Effizienzregelung zu adressieren.

136. Hierzu ist zunächst festzustellen, dass der DMA in der Form des Verordnungsvorschlags der Europäischen Kommission auf stark generalisierende Vorschriften verzichtet und stattdessen vergleichsweise konkrete Verhaltensweisen spezifischer zentraler Plattformdienste aufgreift. Die Verhaltenspflichten beruhen zudem weitgehend auf kartellrechtlichen Verfahren, in denen die schädlichen Wettbewerbswirkungen bereits diskutiert und teilweise zumindest auch behördlich bestätigt wurden. Allerdings kann daraus nicht gefolgert werden, dass die Übertragung

¹⁵⁶ Dazu bereits Tz. 9.

¹⁵⁷ *“Finally, it is also worth noting that gatekeepers frequently raise arguments concerning the efficiencies that their practices bring about as a way to counterbalance and justify their potential negative effects. These arguments – raised not only in the OPC [Open Public Consultation] but also in numerous past and ongoing investigations (in fields such as antitrust, consumer protection or privacy) – are often one-sided and do not seem to match the evidence underlying this Impact Assessment including the calls for regulation raised by an overwhelming majority of respondents to the OPCs. Such efficiency-related defenses have also been rejected by the Courts as being unfounded [Verweis auf EuG, Urteil vom 17. September 2007, T-201/04 – Microsoft, ECLI:EU:T:2007:289, Rz. 1091 ff.]”* Vgl. EU-Kommission, Commission Staff Working Document, Impact Assessment Report, Accompanying the document Proposal for a Digital Markets Act, a. a. O., Tz. 158.

¹⁵⁸ Cabral, L. u. a., The EU Digital Markets Act – A Report from a Panel of Economic Experts, 2021, S. 10 f., a. a. O.; de Stree, A. u. a., The European proposal for a Digital Markets Act: A first assessment, Januar 2021, S. 22 f., a. a. O.; Haucap, J./Schweitzer, H., Perspektiven der Wirtschaftspolitik 2021, 17, 23; Haus, F./Weusthof, A.-L., WuW 2021, 318, 323; Körber, T., NZKart 2021, 436, 439; Polley, R./Konrad, F. A., WuW 2021, 198, 204 f.; Schweitzer, H., ZEuP 2021, 503, 537 f.; Zimmer, D./Göhl, J.-F., ZWeR 2021, 29, 54 ff. Dagegen Reyna, A., Why the DMA is much more than competition law (and should not be treated as such), 16. Juni 2021, abrufbar unter <https://chillingcompetition.com/2021/06/16/why-the-dma-is-much-more-than-competition-law-and-should-not-be-treated-as-such-by-agustin-reyna/>, Abruf am 17. Juni 2021.

¹⁵⁹ Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, a. a. O., S. 25, 51.

auf zukünftige neue Fälle stets hinreichend zielgenau sein wird, zumal die Definition der Verhaltensweisen im DMA zahlreiche Auslegungsfragen eröffnet, die auch zu einer breiteren Anwendung auf bisher nicht vollständig berücksichtigte bzw. noch nicht absehbare Sachverhalte führen könnte. Gerade eine mögliche Vorfeldwirkung der Verbote auf neue oder veränderte digitale Geschäftsmodelle, die auch eine neue Effizienzabwägung erfordern, ist nahelegend. Zudem wird in Kapitel 5 festgestellt, dass die Pflichten mit der Konzentration auf einzelne bekannte Sachverhalte noch nicht weit genug greifen, um dem Ziel, die Bestreitbarkeit und Fairness der Märkte vor dem Hintergrund der wettbewerblichen Probleme im Zusammenhang mit Ökosystemen zu schützen, gerecht zu werden. Würde die Schutzwirkung etwa – wie von der Monopolkommission in Abschnitt 5.1.4. vorgeschlagen – durch eine Ausweitung des Anwendungsbereichs beim Selbstbevorzugungsverbot noch verstärkt, stiege mit der (insgesamt positiven) umfassenderen Schutzwirkung auch die Gefahr, dass die Regelungen in Einzelfällen zu weit greifen und hier effizientes Verhalten verhindert wird. Dem könnte jedoch mit der Möglichkeit einer Effizienzeinrede begegnet werden.

137. Anstelle einer einzelfallbezogenen Effizienzverteidigung könnte die Gefahr unerwünschter Verbote effizienter Verhaltensweisen auch durch Anpassungen bei der in Kapitel 4 untersuchten Systematik der Verhaltensvorschriften gemindert werden. In der Systematik des DMA liegende Alternativen mit Auswirkung auf das Potenzial ungewollter Verbote sind vor allem in einer Änderung der Regeln zu suchen, die steuern, wann diese zur Anwendung kommen. Allerdings überzeugen diese Möglichkeiten, die Anwendungssystematik anzupassen, nach Auffassung der Monopolkommission, nicht. So könnte die Anwendbarkeit einzelner Verhaltenspflichten zwar eindeutiger auf einzelne zentrale Plattformdienste begrenzt werden. Allerdings zeigt die Analyse in Abschnitt 4.4 auch, dass hiermit zugleich eine sinkende Schutzwirkung verbunden wäre. Einen anderen systematischen Ansatz verfolgt auch die im deutschen Kartellrecht jüngst aufgenommene Vorschrift in § 19a GWB, nach der das Bundeskartellamt den Normadressaten einzelne der § 19a Abs. 2 Satz 1 GWB geregelte Verhaltensweisen gezielt untersagen kann. Allerdings weicht der Ansatz des DMA von jenem des § 19a GWB insofern ab, als diese Vorschrift ein gesondertes behördliches Eingreifen voraussetzt.¹⁶⁰

138. Vor diesem Hintergrund sieht die Monopolkommission gewichtige Gründe für die Ergänzung des DMA um eine einzelfallbezogene Effizienzrechtfertigung. Zu prüfen ist jedoch, wie eine solche Effizienzrechtfertigung umgesetzt werden kann und welche Wirkungen damit auf die Erreichung der Ziele des DMA verbunden sind. Wesentlich ist dabei vor allem, dass die Effizienzrechtfertigung dem Ziel, die Bestreitbarkeit und die Fairness digitaler Märkte durch eine beschleunigte Rechtsdurchsetzung zu schützen, nicht grundsätzlich entgegenstehen darf.

6.2 Regelungen zur sachlichen Rechtfertigung im Kartellrecht

139. Im Kartellrecht ist eine sachliche Rechtfertigung, die ein – isoliert betrachtet – verbotenes Verhalten doch gestattet, grundsätzlich vorgesehen. Auf das Kartellrecht wird in der fachöffentlichen Diskussion zum DMA im Zusammenhang mit der Ergänzung einer Effizienzeinrede teilweise – eine Orientierung an den kartellrechtlichen Regeln entweder zustimmend oder ablehnend – Bezug genommen.¹⁶¹ Dies ist auch insofern naheliegend, als es sich bei dem DMA um eine das Kartellrecht ergänzende Regulierung handelt, deren Verhaltenspflichten zu einem Großteil der kartellrechtlichen Fallpraxis zu Art. 101 und 102 AEUV nachempfunden sind. Im Kartellrecht findet sich eine Vielzahl praktisch erprobter Regelungen, auf die bei der Ausgestaltung einer Effizienzrechtfertigung im DMA zurückgegriffen werden kann.

140. Deshalb werden zunächst die Grundzüge der Möglichkeit für eine Rechtfertigung im Kartellrecht dargestellt, um daraus Empfehlungen für eine Effizienzeinrede im DMA abzuleiten. Im Einzelnen geht es insbesondere um die unionsrechtlichen Vorschriften zum Kartellverbot, zum Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stel-

¹⁶⁰ Dazu bereits Tz. 58.

¹⁶¹ Cabral, L. u. a., *The EU Digital Markets Act – A Report from a Panel of Economic Experts*, 2021, S. 10 f., a. a. O.; de Streel, A. u. a., *The European proposal for a Digital Markets Act: A first assessment*, Januar 2021, S. 22 f., a. a. O.; Körber, T., *NZKart* 2021, 436, 439; Schweitzer, H., *ZEuP* 2021, 503, 537; Zimmer, D./Göhl, J.-F., *ZWeR* 2021, 29, 55 f.

lung sowie zur Fusionskontrolle. Der Überblick über das EU-Wettbewerbsrecht wird zur weiteren Verdeutlichung der Rechtslage und für die Zwecke der späteren Bezugnahme durch einzelne Regelungen des deutschen Kartellrechts ergänzt.

141. Ein Verstoß gegen das Kartellverbot aus Art. 101 Abs. 1 AEUV ist gemäß dessen Abs. 3 freigestellt, wenn die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung durch Effizienzen aufgewogen wird. Hierfür müssen die folgenden vier Voraussetzungen verwirklicht sein: (1) Die Vereinbarung trägt zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts bei, (2) die Verbraucherinnen und Verbraucher werden an dem entstehenden Gewinn angemessen beteiligt,¹⁶² (3) den beteiligten Unternehmen werden keine Beschränkungen auferlegt, die für die Verwirklichung der Ziele nicht unerlässlich sind, und (4) es werden keine Möglichkeiten eröffnet, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten. Im deutschen Recht findet sich eine entsprechende Regelung für Verstöße gegen das Kartellverbot aus § 1 GWB in § 2 Abs. 1 GWB. Die Möglichkeit der (Einzel-) Freistellung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV wird durch eine Reihe von Gruppenfreistellungsverordnungen der Europäischen Kommission konkretisiert, gemäß derer einzelne Gruppen von Vereinbarungen pauschal freigestellt sind. Insoweit wird angenommen, dass die entsprechenden Vereinbarungen typischerweise hinreichend effizient sind.

142. Seit Inkrafttreten der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 gilt auf EU-Ebene und seit der siebten GWB-Novelle auch im deutschen Recht das Legalausnahmeprinzip. Danach ist ein Verstoß gegen Art. 101 AEUV / § 1 GWB bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV von Gesetzes wegen freigestellt, ohne dass es einer vorherigen individuellen Freistellung durch die Wettbewerbsbehörde bedürfte, Art. 1 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1/2003.¹⁶³ Mit dem Legalausnahmeprinzip einher geht der Grundsatz der Selbsteinschätzung, d. h. die Unternehmen müssen weitgehend selbst bewerten, ob ihre Zusammenarbeit den Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllt bzw. nach Art. 101 Abs. 3 AEUV (einzel- oder gruppen-) freigestellt ist. Während den Kartellbehörden die Nachweispflicht für einen tatbestandlichen Verstoß gegen das Kartellverbot obliegt, tragen die Unternehmen die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Freistellungsvoraussetzungen, Art. 2 Verordnung (EG) Nr. 1/2003.

143. Eine Entscheidung der Europäischen Kommission zur Nichtanwendbarkeit des Kartellverbots ist nur noch in Art. 10 Satz 1 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 und lediglich für Ausnahmefälle vorgesehen.¹⁶⁴ Demnach kann die Europäische Kommission von Amts wegen feststellen, dass der Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht erfüllt ist oder die Freistellungsvoraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV vorliegen. Entscheidungen zur Nichtanwendbarkeit auf Grundlage des Art. 10 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 haben in der Praxis allerdings keine Bedeutung. Mittlerweile häufiger, aber dennoch ohne großen Anwendungsbereich sind sog. Comfort Letters.¹⁶⁵ In solchen informellen Beratungsschreiben teilt die Europäische Kommission den Unternehmen mit, dass die beabsichtigte Zusammenarbeit auf Basis ihrer vorläufigen Prüfung wettbewerbslich unbedenklich ist.

144. Nach deutschem Recht kann die Kartellbehörde den Unternehmen mitteilen, dass für sie kein Anlass zum Tätigwerden besteht, da nach den ihr vorliegenden Erkenntnissen kein Kartellrechtsverstoß gegeben ist, § 32c Abs. 1 GWB. Die Entscheidung hat gemäß § 32c Abs. 1 Satz 3 GWB keine Freistellung von einem etwaigen Kartellrechtsverstoß zum Inhalt; eine solche Feststellung bleibt der Europäischen Kommission vorbehalten. Entscheidungen des Bundeskartellamtes gemäß § 32c Abs. 1 GWB sind bislang eher selten, könnten aber in Zukunft eine grö-

¹⁶² Insoweit ist zu berücksichtigen, dass (1) ein weiter Verbraucherbegriff gilt, der nicht auf Endkundinnen und Endkunden beschränkt ist, und dass (2) die Vorteile für die Verbraucherinnen und Verbraucher grundsätzlich auf dem von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Markt entstehen müssen; vgl. EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. C 101 vom 27. Januar 2004, S. 97, Tz. 84 (zu (1)) bzw. 43, 85 (zu (2)).

¹⁶³ Der Wechsel vom Prinzip der Administrativfreistellung auf das der Legalausnahme erfolgte, um die Europäische Kommission von dem grundsätzlichen Erfordernis einer individuellen Freistellung gemäß der Verordnung Nr. 17 vom 6. Februar 1962 zu entlasten.

¹⁶⁴ Erwägungsgrund 14 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003.

¹⁶⁵ EU-Kommission, Bekanntmachung über informelle Beratung bei neuartigen Fragen zu den Artikeln 81 und 82, die in Einzelfällen auftreten, ABl. C 101 vom 27. April 2004, S. 78.

ßere praktische Bedeutung erlangen. So wurde § 32c GWB im Zuge der 10. GWB-Novelle um einen Anspruch der Unternehmen auf eine Entscheidung des Bundeskartellamtes, dass kein Anlass zum Tätigwerden besteht, ergänzt, § 32c Abs. 4 Satz 2 GWB. Das Bundeskartellamt soll innerhalb von sechs Monaten über einen entsprechenden Antrag der Unternehmen entscheiden, § 32c Abs. 4 Satz 2 GWB. Ferner besteht beim Bundeskartellamt die Möglichkeit der informellen Beratung mittels sog. Vorsitzendenschreiben, die seit der 10. GWB-Novelle auch in § 32c Abs. 2 GWB kodifiziert sind.

145. Weder der Wortlaut des Missbrauchsverbots aus Art. 102 AEUV noch jener der §§ 19 ff. GWB sehen ausdrücklich eine Effizienzeinrede vor. Die Möglichkeit, ein in den Anwendungsbereich des Art. 102 AEUV fallendes Verhalten zu rechtfertigen, ist dennoch anerkannt. Dabei kann ein missbräuchliches Verhalten zum einen gerechtfertigt sein, weil es objektiv notwendig ist, und zum anderen, weil es Effizienzvorteile schafft, welche die Wettbewerbsbehinderung ausgleichen oder sogar übertreffen.¹⁶⁶ Die Rechtfertigung wegen einer objektiven Notwendigkeit betrifft etwa technische oder sicherheitsrelevante Aspekte¹⁶⁷ und soll im Folgenden außer Acht bleiben.¹⁶⁸ Die materiell-rechtlichen Voraussetzungen einer Effizienzeinrede im Rahmen des Art. 102 AEUV entsprechen grundsätzlich jenen für eine Freistellung von Art. 101 AEUV nach dessen Abs. 3.¹⁶⁹ Die Rechtfertigung der Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung dürfte aber wesentlicher restriktiver zu behandeln sein als jene einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung und nur ausnahmsweise in Betracht kommen.¹⁷⁰ Den Nachweis für das Vorliegen solcher Voraussetzungen tragen auch bei Art. 102 AEUV die Unternehmen.¹⁷¹

146. In der deutschen Missbrauchsaufsicht besteht ebenfalls die Möglichkeit der sachlichen Rechtfertigung, einschließlich der Effizienzeinrede. Die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast stellt sich jedoch differenzierter dar und ist teilweise noch nicht abschließend geklärt. Während die Behörde den Sachverhalt grundsätzlich auch hinsichtlich des Vorliegens einer sachlichen Rechtfertigung von Amts wegen ermitteln muss, sehen etwa § 19 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2, Nr. 3 und 4 GWB sowie § 20 Abs. 3 Satz 2 GWB insoweit jedenfalls eine Umkehr der materiellen Beweislast vor mit der Folge, dass verbleibende Zweifel an dem Vorliegen eines hinreichenden Rechtfertigungsgrundes zulasten der Unternehmen gehen (*non liquet*).¹⁷² Bei der neuen Vorschrift des § 19a GWB, die missbräuchliches Verhalten von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb adres-

¹⁶⁶ EuGH, Urteil vom 17. Februar 2011, C-52/09 – TeliaSonera Sverige, ECLI:EU:C:2011:83, Rz. 76; Urteil vom 15. März 2007, C-95/04 P – British Airways, ECLI:EU:C:2007:166, Rz. 86.

¹⁶⁷ Vgl. nur M. Scholz in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl., München 2020, § 22 Rn. 75 f.

¹⁶⁸ Vgl. aber Zimmer, D./Göhl, J.-F., ZWeR 2021, 29, 56, die eine Ergänzung des DMA um eine auf „Extremfälle“ beschränkte Möglichkeit der sachlichen Rechtfertigung vorschlagen (etwa Gefährdung der Sicherheit der Plattform oder von Geschäftsgeheimnissen bei Befolgung der Art. 5 und 6 DMA).

¹⁶⁹ EuGH, Urteil vom 6. Oktober 2015, C-23/14 – Post Danmark II, ECLI:EU:C:2015:651, Rz. 49; Urteil vom 27. März 2012, C-209/10 – Post Danmark I, ECLI:EU:C:2012:172, Rz. 42. Vgl. auch EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. C 45 vom 24. Februar 2009, S. 7, Tz. 30. Zu den Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV vgl. bereits Tz. 141.

¹⁷⁰ Brand in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. III, 99. Erg.-Lfg. 03/2021, Art. 102 Rn. 159, 168, 170; Fuchs in: Immen- ga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV Rn. 163. Vgl. dazu beispielhaft die Zurückweisung der Effizienzverteidigung von Google durch die Europäische Kommission in den Missbrauchsverfahren gegen das Unternehmen: EU-Kommission, Beschluss vom 20. März 2019, AT.40411 – Google Search (AdSense), Tz. 437 ff., 553 ff., 615 ff.; Beschluss vom 18. Juli 2018, AT.40099 – Google Android, Tz. 993 ff., 1155 ff., 1323 ff.; Beschluss vom 27. Juni 2017, AT.39740 – Google Serach (Shopping), Tz. 653 ff.

¹⁷¹ EuGH, Urteil vom 6. Oktober 2015, C-23/14 – Post Danmark II, ECLI:EU:C:2015:651, Rz. 48 f.; Urteil vom 27. März 2012, C-209/10 – Post Danmark I, ECLI:EU:C:2012:172, Rz. 42; EuG, Urteil vom 17. September 2007, T-201/04 – Microsoft, ECLI:EU:T:2007:289, Tz. 688, 1144.

¹⁷² Bechtold/Bosch, GWB, 9. Aufl. 2018, § 20 GWB Rn. 39; Weyer in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. IV, 99. Erg.-Lfg. 03/2021, § 19 GWB Rn. 375 (zu § 19 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 GWB); Wolf/Westermann in: Münchener Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 2, 3. Aufl. 2018, § 19 GWB Rn. 37 f., 143 (zu § 19 Abs. 2 Nr. 3 GWB) und 172 (zu § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB). Insbesondere zu den Mitwirkungspflichten der Unternehmen im kartellbehördlichen Verfahren vgl. auch Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Energie: Wettbewerb mit neuer Energie, Baden-Baden 2019, Tz. 70.

siert, bestimmt dessen Abs. 2 Satz 2 GWB sogar, dass die Darlegungs- und Beweislast für die sachliche Rechtfertigung der in Abs. 2 Satz 1 genannten Verhaltensweisen den Unternehmen obliegt. Dabei handelt es sich um eine Umkehr der Beweislast in materieller und formeller Hinsicht.¹⁷³ Im Übrigen entspricht die Rechtslage beim Missbrauchsverbot weitgehend jener beim Kartellverbot. Mithin müssen die Unternehmen sowohl nach EU- als auch nach deutschem Recht grundsätzlich selbst einschätzen, ob ihr Verhalten in den Anwendungsbereich eines Missbrauchsverbots fällt bzw. sachlich gerechtfertigt ist.¹⁷⁴

147. In der EU-Fusionskontrolle ist eine Effizienzrechtfertigung ausdrücklich geregelt. Art. 2 Abs. 1 Satz 2 lit. b Verordnung (EG) Nr. 139/2004 bestimmt, dass die Europäische Kommission bei ihrer Prüfung des Zusammenschlussvorhabens u. a. „die Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts, sofern diese dem Verbraucher dient und den Wettbewerb nicht behindert“, berücksichtigt.¹⁷⁵ Die Voraussetzungen der Vorschrift ähneln jenen des Art. 101 Abs. 3 AEUV. Die Europäische Kommission weist in ihren beiden Leitlinien zur Bewertung von Zusammenschlüssen ergänzend darauf hin, dass nur solche Effizienzvorteile Berücksichtigung finden, die (1) den Verbraucherinnen und Verbrauchern zugutekommen, (2) fusionspezifisch und (3) überprüfbar sind.¹⁷⁶ Hinsichtlich der Beteiligung der Verbraucherinnen und Verbraucher an den durch einen Zusammenschluss entstehenden Gewinnen (vorstehend (1)) verlangt die Europäische Kommission wiederum, dass die Effizienzvorteile (a) erheblich sind, (b) sich rechtzeitig einstellen und (c) gerade den Verbraucherinnen und Verbrauchern auf den von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Märkten zugutekommen.¹⁷⁷ Die Effizienzvorteile müssen von den Zusammenschlussparteien nachgewiesen werden. Die Anforderungen an die Geltendmachung von Effizienzvorteilen sind hoch. Häufig geht es um mögliche Kosten-, seltener um Qualitätsvorteile der zusammengeschlossenen Einheit. Obgleich die Europäische Kommission Effizienzvorteile zuletzt tendenziell ausführlicher geprüft hat, war die Effizienzeinrede bislang kaum entscheidungserheblich.¹⁷⁸

148. Es ist noch weitgehend unklar, ob auch die deutsche Fusionskontrolle einer Effizienzeinrede im Einzelfall zugänglich ist.¹⁷⁹ Das Bundeskartellamt hat wiederholt angedeutet, sich gegebenenfalls an den entsprechenden Voraussetzungen der EU-Fusionskontrolle zu orientieren, die grundsätzliche Frage nach der Berücksichtigung von Effizienzvorteilen in der Vergangenheit jedoch offengelassen.¹⁸⁰ Im Rahmen der Abwägungsklausel des § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GWB sind aber Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen auf einem anderen als dem von dem Zusammenschluss betroffenen Markt berücksichtigungsfähig. Zudem kann die Bundesministerin oder der Bundesminister für Wirtschaft und Energie die Erlaubnis zu einem von dem Bundeskartellamt untersagten Zusammenschlussvorhaben erteilen, wenn die Wettbewerbsbeschränkung von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen des Zusammenschlusses aufgewogen wird oder der Zusammenschluss durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist, § 42 Abs. 1 Satz 1 GWB. Die durch den Zusammenschluss bewirkten Vorteile müssen also im Unterschied zur Effizienzeinrede nicht in erster Linie den Verbraucherinnen und Verbrauchern auf dem von der

¹⁷³ Bundesregierung, Entwurf GWB-Digitalisierungsgesetz, a. a. O., S. 77 f.

¹⁷⁴ Dazu im Einzelnen bereits Tz. 142 ff.

¹⁷⁵ Zum Hintergrund der Effizienzeinrede in der Fusionskontrolle vgl. Erwägungsgrund 29 der Verordnung (EG) Nr. 139/2004.

¹⁷⁶ EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 31 vom 5. Februar 2004, S. 5, Tz. 76 ff., insb. 78; Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 265 vom 18. Oktober 2008, S. 6, Tz. 21 f., 52 ff., insb. 53, 115 ff.

¹⁷⁷ EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, a. a. O., Tz. 79.

¹⁷⁸ Vgl. dazu Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 160.

¹⁷⁹ Kritisch gegenüber der Einführung einer allgemeinen Effizienzverteidigung in der deutschen Fusionskontrolle Monopolkommission, Sondergutachten 63, Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht, Baden-Baden 2012, Tz. 33 ff.; vgl. aber speziell für Zusammenschlüsse im Krankenhaussektor XXIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 158 ff.

¹⁸⁰ Vgl. etwa BKartA, Beschluss vom 20. Juli 2020, B3-33/20 – Malteser/Diakonissen Flensburg, Tz. 402 ff.; Beschluss vom 17. Dezember 2019, B9-80/19 – Loomis/Ziemann, Tz. 458 ff.; Beschluss vom 17. Januar 2019, B5-29/18 – Miba/Zollern, Tz. 364 ff.

Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Markt zugutekommen. Zu den berücksichtigungsfähigen Gemeinwohlgründen können bei der Ministererlaubnis auch Effizienzvorteile zählen.¹⁸¹

6.3 Ausgestaltung einer Effizienzeinrede im DMA

149. Nachfolgend ist zu klären, inwiefern die dargestellten Regelungen des Kartellrechts hinsichtlich der Ergänzung des DMA um eine Effizienzeinrede fruchtbar gemacht werden kann bzw. abweichende Regeln erforderlich sind, und zwar mit Blick sowohl auf die materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Geltendmachung von Effizienzvorteilen (Abschnitt 6.3.1) als auch auf die verfahrensrechtlichen Aspekte (Abschnitt 6.3.2). Dabei erscheint es in beiderlei Hinsicht naheliegend, die Effizienzeinrede als einen Mechanismus für vereinzelte Ausnahmefälle zu konzipieren, der die Wirkung der Verhaltensregeln nicht spürbar schmälert. Dies ergibt sich unmittelbar aus dem wettbewerbpolitischen Zielen des DMA, die Bestreitbarkeit und Fairness der Märkte wirksam zu verbessern und dem Umstand, dass die Europäische Kommission in ihrem Vorschlag für den DMA dazu auf Per-se-Regeln setzt, um die Rechtsdurchsetzung zu beschleunigen. Sofern Effizienzvorteile vor diesem Hintergrund Berücksichtigung finden sollten, wäre darauf zu achten, dass die betreffenden Märkte im Einzelfall weiterhin bestreitbar und fair bleiben.

6.3.1 Materiell-rechtliche Voraussetzungen der Geltendmachung von Effizienzvorteilen

150. Hinsichtlich der inhaltlichen Anforderungen an den Vortrag von Effizienzvorteilen könnten die Regelungen des Kartellrechts entsprechend herangezogen werden. Wie im vorangegangenen Abschnitt dargelegt, stimmen die Voraussetzungen, die in den drei kartellrechtlichen Säulen – Kartellaufsicht, Missbrauchsaufsicht und Fusionskontrolle – für eine Effizienzeinrede zu erfüllen sind, weitestgehend überein. Danach muss ein Verhalten zumindest (1) die technische Entwicklung oder den wirtschaftlichen Fortschritt fördern und (2) die Verbraucherinnen und Verbraucher hieran beteiligen, während es (3) den Wettbewerb nicht vollständig ausschalten darf. Für eine Effizienzeinrede im DMA ist insoweit auf Folgendes hinzuweisen.

- (1) Bei der Frage, welche Effizienzvorteile Berücksichtigung finden, sollte im Rahmen der Abwägung der von dem Verhalten ausgehenden positiven wie negativen Wirkungen eine Berücksichtigung der Dauerhaftigkeit der erzielten Vorteile maßgeblich sein, während absehbar vorübergehend eintretende Effizienzvorteile nur ausnahmsweise Beachtung finden sollten.¹⁸² So dürfte etwa die Erzielung von vorübergehend wirkenden Senkungen der variablen Kosten zur Effizienzrechtfertigung regelmäßig nicht ausreichen, da bei marktmächtigen Unternehmen unter Umständen davon ausgegangen werden kann, dass diese die Kostenvorteile nicht weiterreichen. Dagegen könnten Effizienzvorteile in Form von Innovationen, für welche die Geschäftsmodelle der großen Digitalunternehmen gemeinhin stehen, Berücksichtigung finden. So kann etwa die Verknüpfung von unterschiedlichen Angeboten desselben Unternehmens zu Lock-in-Effekten, aber auch zu besser aufeinander abgestimmter Angeboten und Dienstleistungen für die Verbraucherinnen und Verbraucher führen. Angesichts des Umstands, dass der DMA für bestimmte Verhaltensweisen nach Prüfung der Vor- und Nachteile bewusst ausdrückliche Ge- oder Verbote vorsieht, müssen die Effizienzvorteile im Einzelfall aber einen hohen und eindeutigen Mehrwert darstellen. Die allgemeinen Vorteile eines Verhaltens – etwas der Verknüpfung von unterschiedlichen Angeboten desselben Unternehmens – sind bei der Ausgestaltung der Art. 5 und 6 DMA bereits internalisiert und bei der Abwägung mit den nachteiligen Auswirkungen dieses Verhaltens von der Europäischen Kommission als regelmäßig weniger relevant angesehen worden. Zudem wäre darauf zu achten, woher die Effizienzvorteile tatsächlich rühren: Handelt es sich (nur) um allgemeine Vorteile eines bestimmten Geschäftsmodells, die

¹⁸¹ Monopolkommission, Sondergutachten 45, Zusammenschlussvorhaben der Rhön-Klinikum AG mit dem Landkreis Rhön-Grabfeld, Baden-Baden 2006, Tz. 172: „Zusammenfassend hält die Monopolkommission Effizienzvorteile für einen Gemeinwohlgrund, der grundsätzlich geeignet ist, in die Abwägung einbezogen zu werden, wenn die zu erwartenden Effizienzen überdurchschnittlich sind und der Allgemeinheit zugute kommen.“ Vgl. auch Monopolkommission, Sondergutachten 63, a. a. O., Tz. 35.

¹⁸² Vgl. auch de Streel, A. u. a, The European proposal for a Digital Markets Act: A first assessment, Januar 2021, S. 22 f., a. a. O.; Schweitzer, H., ZEuP 2021, 503, 537; Zimmer, D./Göhl, J.-F., ZWeR 2021, 29, 55 f.

nicht – oder allenfalls mittelbar – mit einem davon unabhängigen Verstoß gegen die Verhaltenspflichten der Art. 5 und 6 DMA in Zusammenhang stehen, sollten sie nicht als relevante Effizienzvorteile gelten.¹⁸³ Zu klären wäre daher insbesondere, ob es zur Erzielung der Effizienzvorteile des Verstoßes überhaupt bedarf.¹⁸⁴

- (2) Auch bei der Effizienzeinrede im DMA sollten nur solche Vorteile Berücksichtigung finden, an denen die von dem Verstoß gegen die Verhaltenspflichten der Art. 5 und 6 DMA betroffenen Verbraucherinnen und Verbraucher beteiligt werden. Im Kartellrecht sind die Verbraucherinnen und Verbraucher in dem von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Markt maßgeblich.¹⁸⁵ Bei der Anwendung des DMA findet eine Marktabgrenzung, wie sie im Kartellrecht üblich ist, im Rahmen der Feststellung eines Verstoßes zwar nicht statt. Eine marktbezogene Betrachtung ist dem DMA aber nicht grundsätzlich fremd, wie sich an verschiedenen Stellen zeigt.¹⁸⁶ Im Übrigen könnte eine Identifizierung der von dem Verstoß betroffenen Verbraucherinnen und Verbraucher bei der Effizienzeinrede im DMA insofern flexibel gehandhabt werden, als auf eine exakte Marktabgrenzung verzichtet werden kann, sofern die Normadressaten nachweisen, dass von den Effizienzvorteilen insbesondere auch die von dem entsprechenden Verhalten betroffenen Verbraucherinnen und Verbraucher profitieren.
- (3) Entsprechend der Voraussetzung der kartellrechtlichen Effizienzeinrede, dass der Wettbewerb nicht vollständig ausgeschaltet werden darf, sollte für eine Effizienzeinrede im DMA gelten, dass diese nicht dazu führen darf, dass die digitalen Märkte durch einen Verstoß gegen die Verhaltenspflichten der Art. 5 und 6 DMA unbestreitbar oder unfair werden. Insoweit erscheint, wie bereits erwähnt, bei der Effizienzeinrede eine langfristige Sichtweise von besonderer Bedeutung.¹⁸⁷ Es geht letztlich um die Kontrolle der Marktstruktur, die in der Regel umso stärker beeinträchtigt ist, je weniger Wettbewerb herrscht. Bei der kartellrechtlichen Effizienzeinrede wird insbesondere in der Missbrauchsaufsicht und der Fusionskontrolle mit dem Verweis auf den in diesen Bereichen bereits geschwächten Wettbewerb – es geht um das missbräuchliche Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens bzw. um eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs durch einen Zusammenschluss – die besondere Bedeutung des Erhalts von Restwettbewerb betont.¹⁸⁸ Entsprechendes dürfte für eine Effizienzeinrede im DMA gelten. Die Europäische Kommission sollte einer solchen deshalb nur dann stattgeben, wenn ausgeschlossen werden kann, dass das Verhalten des Normadressaten zu einer nachhaltigen Vermachtung führt.

¹⁸³ Vgl. BKartA, Beschluss vom 22. Dezember 2015, B9-121/13 – Booking.com, Tz. 261 ff. zur Unterscheidung zwischen den allgemeinen Vorteilen der Nutzung von Hotelbuchungsportalen (etwa einer höheren Reichweite für die Hotels und geringeren Suchkosten für die Endkunden) einerseits und den eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung begründende Bestpreisklausel andererseits. Dazu auch BGH, Beschluss vom 18. Mai 2021, KVR 54/20 – Booking.com, ECLI:DE:BGH:2021:180521BKVR54.20.0, Rz. 59 (zit. nach Juris): „Das Bundeskartellamt erkennt diese Effizienzvorteile der Hotelbuchungsplattformen ausdrücklich an. Zu Recht stellt es jedoch die Kausalität der engen Bestpreisklausel für diese Effizienzvorteile in Abrede, weil sie sich nicht erst aus der Verwendung der Bestpreisklausel ergeben und ein dauerhafter und wirtschaftlich erfolgreicher Plattformbetrieb auch ohne Vereinbarung enger Bestpreisklauseln möglich ist.“

¹⁸⁴ So auch die Voraussetzung des Art. 101 Abs. 3 AEUV, dass die Wettbewerbsbeschränkung nicht unerlässlich sein darf für die Erzielung der Effizienzvorteile; dazu bereits Tz. 141. Ähnlich – unter Bezugnahme auf die EU-Fusionskontrolle und die dortige Voraussetzung, dass die Effizienzvorteile „fusionspezifisch“ sein müssen – Körber, T., NZKart 2021, 436, 439; dazu bereits Tz. 147.

¹⁸⁵ Dazu bereits Fn. 162, Tz. 147.

¹⁸⁶ Insbesondere Art. 3 Abs. 6, Art. 26 Abs. 4 UAbs. 3 DMA.

¹⁸⁷ Vgl. EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. C 101 vom 27. Januar 2004, S. 97, Tz. 105: „In der letzten Voraussetzung des Artikels 81 Absatz 3 wird die Tatsache anerkannt, dass die Rivalität zwischen Unternehmen eine wesentliche Antriebskraft für die wirtschaftliche Effizienz, einschließlich langfristiger dynamischer Effizienzsteigerungen in Form von Innovationen, ist. Mit anderen Worten, der Schutz des Wettbewerbsprozesses bleibt das eigentliche Ziel von Artikel 81 und zwar nicht nur auf kurze, sondern auch auf lange Sicht. Wenn der Wettbewerb ausgeschaltet wird, kommt der Wettbewerbsprozess zum Stillstand, und die kurzfristigen Effizienzgewinne werden von langfristigen Verlusten überlagert [...]“

¹⁸⁸ Brand in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. III, 99. Erg.-Lfg. 03/2021, Art. 102 Rn. 170.

151. Dass eine Effizienzeinrede im DMA angesichts der hohen Anforderungen an die Berücksichtigung von Effizienzvorteilen möglicherweise nur einen begrenzten Anwendungsbereich erfährt, erscheint mit der Zielsetzung des DMA, die Bestreitbarkeit und die Fairness digitaler Märkte zu schützen, vereinbar. Vielmehr zeigt gerade die zurückhaltende Anerkennung der Effizienzeinrede im Kartellrecht,¹⁸⁹ dass die Gesetzeszwecke nicht etwa leichtfertig aufgegeben werden, sondern vielmehr eine sorgfältige Abwägung der widerstreitenden Interessen stattfindet.¹⁹⁰ Zudem könnte allein die Möglichkeit, die Verhaltenspflichten des DMA in begründeten Ausnahmefällen nicht befolgen zu müssen, bei den Normadressaten für eine höhere Akzeptanz der Regeln sorgen. Dies gilt zumal bei einer Ausgestaltung der Art. 5 und 6 DMA als Per-se-Regeln, d. h. – anders als im Kartellrecht, wo es dennoch eine Effizienzeinrede gibt – ohne Prüfung der Auswirkungen der adressierten Verhaltensweisen im Einzelfall. Schließlich könnte die Befassung mit der Effizienzeinrede eines Normadressaten im Einzelfall der Europäischen Kommission auch dazu dienen, ihr Verständnis der digitalen Märkte weiter zu verbessern. Hiervon könnte sie etwa mit Blick auf die Aktualisierung der Verhaltenspflichten der Art. 5 und 6 DMA profitieren.¹⁹¹

152. Mögliche Alternativen zur Effizienzeinrede, die der Abwägungsklausel oder der Ministererlaubnis des deutschen Fusionskontrollrechts¹⁹² entsprechen würden, erscheinen weniger gut geeignet, um einen Verstoß gegen die Verhaltenspflichten der Art. 5 und 6 DMA zu rechtfertigen. Insoweit ist zunächst zu berücksichtigen, dass es sich dabei um Instrumente handelt, mit denen auf EU-Ebene keine Erfahrungen bestehen. Bei der Ministererlaubnis würde sich zudem die Frage stellen, wo diese institutionell anzusiedeln wäre, sofern man sie aufgrund ihres wirtschaftspolitischen Charakters wie im deutschen Recht getrennt von der für die Rechtsdurchsetzung eigentlich zuständigen Behörde halten möchte. Ungleich wichtiger ist indes, dass auch die inhaltlichen Voraussetzungen nur bedingt zum Ansatz des DMA passen. Denn dieser soll die Bestreitbarkeit und die Fairness gerade digitaler Märkte schützen. Dann erscheint es aber nicht sinnvoll, die dortigen Nachteile mit etwaigen strukturellen Verbesserungen auf anderen Märkten (Abwägungsklausel) oder der Wirtschaft insgesamt (Ministererlaubnis) abzuwägen. Es liegt vielmehr näher, maßgeblich auf die von dem Verstoß betroffenen Verbraucherinnen und Verbraucher abzustellen (Effizienzeinrede).¹⁹³

6.3.2 Verfahrensrechtliche Aspekte

153. Die Gestaltung des Verfahrens zur Geltendmachung von Effizienzvorteilen steht vor der Herausforderung, dass die Durchsetzung des DMA durch eine Effizienzeinrede möglichst wenig beeinträchtigt sein soll. Dies kann, wie im Folgenden argumentiert wird, letztlich nur mit einer individuellen Freistellungsentscheidung der Europäischen Kommission erreicht werden, bis zu deren Erlass die Per-se-Regeln der Art. 5 und 6 DMA für den Normadressaten uneingeschränkt gelten sollten.

6.3.2.1 Keine Selbsteinschätzung der Normadressaten

154. Eine Übertragung des im Kartellrecht geltenden Grundsatzes der Selbsteinschätzung der Unternehmen¹⁹⁴ bietet sich nicht an. Eine Selbsteinschätzung könnte zwar den Aufwand der Europäischen Kommission minimieren, da sie im Fall des Verstoßes gegen eine Verhaltensvorgabe der Art. 5 und 6 DMA nur bei Zweifeln über das Fehlen einer sachlichen Rechtfertigung tätig werden müsste. Die Prüfkosten würden dann bei den Unternehmen interna-

¹⁸⁹ Dazu bereits Tz. 145, 147.

¹⁹⁰ Vgl. dagegen die Begründung der Europäischen Kommission für den Verzicht auf eine Effizienzeinrede im DMA in Fn. 157.

¹⁹¹ Dazu bereits Tz. 48. Vgl. auch Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, a. a. O., S. 25, 51.

¹⁹² Dazu bereits Tz. 148.

¹⁹³ Vgl. Fn. 162, Tz. 147.

¹⁹⁴ Dazu bereits Tz. 142 und 146.

lisiert, die von den Bürokratiekosten für die Beantragung einer Freistellung entlastet würden.¹⁹⁵ Allerdings würde der Aufwand bei der Europäischen Kommission wiederum steigen, wenn diese tatsächlich ein Verfahren gegen die entsprechenden Unternehmen führen würde, etwa weil sie – entgegen der Einschätzung der Unternehmen – zu dem Ergebnis gelangt, dass ein bestimmtes Verhalten nicht gerechtfertigt ist.

155. Gegen eine Selbsteinschätzung spricht zudem die fehlende Rechtssicherheit der Unternehmen hinsichtlich des Bestehens einer sachlichen Rechtfertigung. Der fehlenden Rechtssicherheit dürfte zunächst kaum mit der Schaffung einer Gruppenfreistellungsverordnung – wie beim Kartellverbot¹⁹⁶ – begegnet werden können. So erscheint es von vorneherein nicht sinnvoll, bestimmte Gruppen von Verhaltensweisen zu identifizieren, die typischerweise weniger schädlich sind als andere oder eher ausgleichende Effizienzvorteile generieren.¹⁹⁷ Hinzu kommt, dass die kartellrechtlichen Gruppenfreistellungsverordnungen nur eine Ausnahme von dem Kartellverbot bezwecken. Dabei setzt ihre Anwendbarkeit u. a. voraus, dass die an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen bestimmte Marktanteilsschwellen nicht überschreiten. Dies widerspricht dem Ansatz des DMA, der einzelne Verhaltensweisen weniger, zentraler Plattformdienste adressiert.

156. Eine weitere Möglichkeit, die Rechtssicherheit für die Normadressaten bei der grundsätzlichen Geltung der Selbsteinschätzung zu erhöhen, wäre der ergänzende Einsatz von (formellen) Freistellungsentscheidungen und (informeller) Beratung durch die Europäische Kommission. Dies entspricht der derzeitigen Rechtslage im Kartellrecht.¹⁹⁸ Auch bei der Anwendung des DMA könnte die Europäische Kommission einem Unternehmen, das dies aus Gründen der Rechtssicherheit begehrt, auf Anfrage gegebenenfalls mitteilen, dass sein Verhalten wegen (mutmaßlich) ausgleichender Effizienzen von den Ge- und Verboten der Art. 5 und 6 DMA freigestellt ist bzw. ein Verstoß seitens der Behörde zumindest nicht verfolgt wird.

157. Allerdings bestehen grundsätzliche Bedenken gegenüber einer Selbsteinschätzung der Unternehmen beim DMA. Ein wesentlicher Grund hierfür ist, dass die Normadressaten das Vorliegen ausgleichender Effizienzvorteile möglicherweise überschätzen könnten mit der Folge, dass sie sich bis zu einer gegenteiligen behördlichen Äußerung nicht an die Verhaltenspflichten der Art. 5 und 6 DMA gebunden fühlen könnten (Underenforcement). Die mit dem DMA – und der darin gewählten Ausgestaltung der Verhaltenspflichten als Per-se-Regeln – angestrebte Beschleunigung der Rechtsdurchsetzung könnte dadurch infrage gestellt werden. Dieses Risiko kann durch nähere Vorgaben zu den materiell-rechtlichen Voraussetzungen einer Effizienzverteidigung allenfalls geringfügig verringert werden.¹⁹⁹ Es besteht im Kartellrecht zwar ebenfalls, und dennoch gilt dort der Grundsatz der Selbsteinschätzung. Die Situation unterscheidet sich von der dem DMA zugrundeliegenden jedoch dadurch, dass es im Kartellrecht wegen des größeren Adressatenkreises und der Verwendung von Generalklauseln deutlich mehr potenzielle Anwendungsfälle gibt. Deshalb wäre – und war – das allgemeine Erfordernis einer kartellrechtlichen Freistellungsentscheidung überaus ressourcenintensiv.²⁰⁰ Mit Blick auf den DMA sind solche Bedenken – vice versa – weniger naheliegend, da die Effizienzverteidigung von ihrer Konzeption her auf eine vergleichsweise geringe Zahl von Ausnahmefällen begrenzt bleiben dürfte; der Adressatenkreis des DMA ist es ohnehin.

¹⁹⁵ Vgl. Bundesregierung, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 15/3640 vom 12. August 2004, S. 2, 28, 43. Zu den Kosten einer Effizienzeinrede in der Fusionskontrolle vgl. auch Monopolkommission, Sondergutachten 63, a. a. O., Tz. 40.

¹⁹⁶ Dazu bereits Tz. 141.

¹⁹⁷ Dazu bereits Tz. 151.

¹⁹⁸ Dazu bereits Tz. 143 f. und 146.

¹⁹⁹ Dazu bereits Tz. 150 ff.

²⁰⁰ Dazu bereits Tz. 142.

6.3.2.2 Erfordernis einer individuellen Freistellungsentscheidung

158. Demnach spricht mehr dafür, eine Effizienzeinrede im DMA ausschließlich im Rahmen einer individuellen Freistellungsentscheidung der Europäischen Kommission zuzulassen. Diesbezüglich sollte Folgendes gelten.

159. Die Normadressaten müssten die Effizienzeinrede gegenüber der Europäischen Kommission erheben, indem sie eine Ausnahme von der Geltung der Verhaltenspflichten der Art. 5 und 6 DMA beantragen. Die Normadressaten hätten – im Gegensatz zur Situation im Kartellrecht nach der Einführung des Legalausnahmeprinzips – unabhängig von einem Verfahren wegen einer Zuwiderhandlung der Europäischen Kommission einen Anspruch auf Prüfung und – bei Vorliegen hinreichender Effizienzvorteile – Stattgabe ihrer Effizienzeinrede. Die Normadressaten müssten der Europäischen Kommission die Effizienzvorteile im vorgenannten Sinne darlegen und gegebenenfalls beweisen. Die Europäische Kommission würde die behaupteten Effizienzvorteile prüfen und insbesondere eine Abwägung mit den negativen Auswirkungen des in Rede stehenden Verstoßes vornehmen. Verbleibende Zweifel hinsichtlich des Bestehens ausgleichender Effizienzvorteile würden zulasten der Normadressaten gehen.²⁰¹

160. Da die Verhaltenspflichten der Art. 5 und 6 DMA als Per-se-Regeln ausgestaltet sind und als solche nicht den Nachweis negativer Auswirkungen eines Verstoßes im Einzelfall voraussetzen, würde sich die Europäische Kommission im Rahmen der vorbeschriebenen Abwägung erstmals mit solchen Auswirkungen befassen. Um den diesbezüglichen Aufwand für die Europäische Kommission möglichst gering zu halten und Konflikte mit dem Ansatz des DMA für die Einführung von Per-se-Regeln zu minimieren, sollte das Ergebnis der Abwägung in der Regel maßgeblich von der Bedeutung der von den Normadressaten vorgetragenen Effizienzvorteile abhängen. Anhaltspunkte, die für besonders starke bzw. geringe negative Auswirkungen eines Verhaltens der Normadressaten sprechen, sollten dennoch von der Europäischen Kommission berücksichtigt werden. Hierzu dürfte die Europäische Kommission nicht nur aufgrund ihrer Erfahrungen aus den zahlreichen kartellrechtlichen Verfahren, die sie in den letzten Jahren im Digitalbereich durchgeführt hat (und aktuell noch durchführt) und die zum Teil als Vorbild für die Verhaltenspflichten der Art. 5 und 6 DMA gedient haben, auch ohne ausführliche Prüfung in der Lage sein. Zudem verdeutlichen die in Art. 3 Abs. 6 DMA im Zusammenhang mit der Benennung eines Normadressaten aufgeführten Aspekte, dass sich die Europäische Kommission grundsätzlich auch bei der Anwendung des DMA mit den jeweiligen Marktgegebenheiten befasst.²⁰²

161. Damit sich bei der Durchsetzung des DMA durch eine – unter Umständen strategisch eingesetzte – Effizienzeinrede keine Verzögerungen ergeben,²⁰³ müssten die Normadressaten die Verhaltenspflichten bis zum Vorliegen einer (rechtskräftigen) Freistellungsentscheidung durch die Europäische Kommission umsetzen.²⁰⁴ Es gäbe also keine vorübergehende Freistellung von der Geltung der Art. 5 und 6 DMA; die Normen wären weiterhin unmittelbar anwendbar. In dem Vorschlag des DMA gilt bereits insofern Vergleichbares, als die Normadressaten die Verhaltenspflichten des Art. 6 DMA trotz eines laufenden Dialogverfahrens umsetzen müssen.²⁰⁵ Auch die Auferlegung von spezifischen Umsetzungsmaßnahmen gemäß Art. 7 Abs. 2 DMA für den Fall, dass ein Normadressat die Verhaltenspflichten des Art. 6 DMA nicht befolgt, sollte von der Effizienzeinrede unberührt bleiben und bis zum Erlass einer Freistellungsentscheidung möglich sein. Damit würde die Ergänzung des DMA um eine Effizienzeinrede, die wie hier vorgeschlagen ausgestaltet wäre, seine Durchsetzung kaum erschweren.

²⁰¹ Vgl. auch Körber, T., NZKart 2021, 436, 439; Schweitzer, H., ZEuP 2021, 503, 537 f.; Zimmer, D./Göhl, J.-F., ZWeR 2021, 29, 55. Eine derartige Verteilung der Darlegungs- und Beweislast ist der sachlichen Rechtfertigung im Kartellrecht nicht fremd; dazu bereits Tz. 142, 145-147.

²⁰² Insbesondere Art. 3 Abs. 6 lit. c (Marktzutrittsschranken), lit. e (Bindung von gewerblichen Nutzern sowie Endnutzerinnen und Endnutzern) und lit. f. (sonstige strukturelle Marktmerkmale) DMA. Vgl. auch Zimmer, D./Göhl, J.-F., ZWeR 2021, 29, 53 f. zur Nicht-Anwendung einzelner Regelungen bei fehlenden negativen Auswirkungen eines Verhaltens.

²⁰³ Dazu bereits Tz. 157.

²⁰⁴ Vgl. auch Cabral, L. u. a., The EU Digital Markets Act – A Report from a Panel of Economic Experts, 2021, S. 11, a. a. O.; Körber, T., NZKart 2021, 436, 439; Schweitzer, H., ZEuP 2021, 503, 537; Zimmer, D./Göhl, J.-F., ZWeR 2021, 29, 55.

²⁰⁵ Dazu bereits Tz. 51.

162. Ein wichtiger Aspekt des Vorschlags, die Effizienzeinrede in den DMA in Form einer individuellen Freistellungsentscheidung der Europäischen Kommission aufzunehmen, ist die Frage, wie das Verfahren effizient und zugleich rechtssicher ausgestaltet werden kann. Die Unternehmen sollten einerseits eine zeitnahe Entscheidung über Verhaltensweisen und vorgetragene Effizienzen erwarten können. Andererseits darf die vorgeschlagene Effizienzverteidigung die Kapazitäten der Europäischen Kommission nicht überdehnen, sodass womöglich Anreize gesetzt würden, das Verfahren gezielt zu überlasten, um dadurch Genehmigungen zu erzwingen bzw. die Verhaltensregeln abzuschwächen. Dazu wird zunächst vorgeschlagen, das Verfahren zur Prüfung der Effizienzeinrede durch die Europäische Kommission mit einer festen Prüffrist auszugestalten, um den Normadressaten zeitnah Rechtssicherheit zu verschaffen. Insoweit bietet sich eine Orientierung an der Frist des bereits im DMA vorgesehenen Regulierungsdialogs in Art. 7 Abs. 2 DMA an. Hiernach muss die Europäische Kommission innerhalb von sechs Monaten nach Einleitung eines Verfahrens gemäß Art. 18 DMA über das „Wie“ der Umsetzung der Verhaltenspflichten des Art. 6 DMA entscheiden.²⁰⁶ Eine Verlängerung oder Hemmung der Frist sollte in dem Verfahren zur Effizienzeinrede nicht möglich sein, da die Erfahrungen etwa in der Fusionskontrolle gezeigt haben, dass die gesetzlich vorgesehenen Fristen durch solche Regelungen in der Praxis erheblich ausgedehnt werden können.²⁰⁷

163. Denkbar ist es aber den Beginn des Fristlaufs davon abhängig zu machen, dass der Antrag der Unternehmen auf Freistellung bestimmte Mindestanforderungen erfüllt. Dann besteht zwar ein gewisses Risiko, dass es zu umfangreichen informellen Vorverfahren kommt. So ist insbesondere in der EU-Fusionskontrolle häufig zu beobachten, dass der Entwurf des Anmeldeschreibens eines Zusammenschlussvorhabens zunächst solange zwischen der Europäischen Kommission und den Unternehmen abgestimmt wird, bis das Anmeldeschreiben aus Sicht der Behörde vollständig ist. Im Vergleich zu der Anmeldung eines Zusammenschlussvorhabens – vor allem jener mittels des Formblatts CO²⁰⁸ – dürfte der hier vorgeschlagene Antrag auf eine Effizienzrechtfertigung indes regelmäßig weniger Angaben erfordern. Dementsprechend kürzer dürfte auch ein etwaiges informelles Vorverfahren ausfallen, während dieses dennoch dazu dienen könnte, dass sich die Europäische Kommission während der laufenden Prüffrist nicht mit unsubstantiierten Anträgen befassen müsste.

164. Als noch wirksamer schätzt die Monopolkommission eine Regelung ein, wonach nach Ablauf der Prüffrist eine Fiktion dergestalt zur Anwendung käme, dass das entsprechende Verhalten als „nicht freigestellt“ gilt. Demnach würde der Antrag auf Freistellung automatisch abgelehnt, sofern die Europäische Kommission innerhalb von sechs Monaten keine Entscheidung über die Effizienzeinrede trifft. Dieser Mechanismus würde sich damit genau umgekehrt zur Fusionskontrolle verhalten, wo bei Fristablauf eine Freigabe des angemeldeten Zusammenschlussvorhabens fingiert wird.²⁰⁹ Die hier vorgeschlagene Ablehnungsfiktion ist auch darauf zurückzuführen, dass die Anträge auf Freistellung im Zusammenhang mit dem DMA in Zahl und Umfang durch die Unternehmen sehr viel steuerbarer sind als Anmeldungen von Zusammenschlussvorhaben, deren Prüfung klaren Aufgreifkriterien unterliegt. Durch die Fiktion der Ablehnung eines Antrags nach sechs Monaten werden den Unternehmen Anreize gesetzt, nur solche Anträge zu stellen, die tatsächlich Aussicht auf Erfolg haben. Die Europäische Kommission wäre dann in der Lage, ihre Ressourcen vornehmlich in den komplexen Fällen einzusetzen, während sie die offensichtlich unsubstantiierten bzw. unbegründeten Freistellungsanträge weniger intensiv prüfen müsste.²¹⁰ Damit unterstreicht die Regelung den Ausnahmecharakter, den der Effizienzeinwand im DMA einnehmen sollte und der ihn von der Freigabe von Zusammenschlussvorhaben unterscheidet.

²⁰⁶ Dazu bereits Tz. 51.

²⁰⁷ Vgl. nur Kuhn in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. III, 99. Erg.-Lfg. 03/2021, Art. 10 FKVO Tz. 62 ff. Ebenfalls aus Gründen der Beschleunigung sollte es sich um eine feste Frist und nicht etwa um eine Soll-Frist – wie etwa bei § 32c Abs. 4 Satz 2 GWB (dazu bereits Tz. 144) – handeln.

²⁰⁸ Anhang I der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 1269/2013.

²⁰⁹ Art. 10 Abs. 6 Verordnung (EG) Nr. 139/2004; § 40 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 2 GWB.

²¹⁰ Die Verfahrensrechte der Unternehmen, wie der Anspruch auf rechtliches Gehör sowie das Recht auf Akteneinsicht aus Art. 41 EU-Grundrechtecharta (vgl. auch Art. 30 DMA), bleiben hiervon unberührt.

165. Eine Ablehnungsfiktion kann zwar insofern als rechtlich problematisch erachtet werden, als der (fingierte) Beschluss entgegen Art. 296 Abs. 2 AEUV nicht mit einer Begründung versehen wäre. Zudem wird auch die Möglichkeit der späteren Heilung des Begründungsmangels durch eine Nachholung der Begründung bzw. ein Nachschieben von Gründen im Unionsrecht restriktiv gehandhabt.²¹¹ Allerdings existiert in der Fusionskontrolle eine mit der hier vorgeschlagenen Ablehnungsfiktion vergleichbare Regelung, der zufolge eine Freigabe fingiert wird, falls innerhalb der Prüffrist keine behördliche Entscheidung ergangen ist.²¹² Mit Blick auf die Erhebung einer Nichtigkeitsklage gemäß Art. 263 AEUV ist es vor diesem Hintergrund unklar, ob bereits das Fehlen einer Begründung zur Anfechtbarkeit des (fingierten) Beschlusses führen würde oder ob die Entscheidung insoweit auch inhaltlich fehlerhaft sein müsste, dem Antrag auf Freistellung hier also wegen des Vorliegens hinreichender Effizienzen hätte stattgegeben werden müssen.²¹³ Von der vorgeschlagenen Ablehnungsfiktion dürften vor allem die vorstehend beschriebenen Verhaltensanreize für die Unternehmen ausgehen, keine offensichtlich unsubstantiierten oder unbegründeten Anträge auf Freistellung zu stellen. Dagegen würde die Regelung – wie auch die Freigabefiktion in der EU-Fusionskontrolle – voraussichtlich nur im Ausnahmefall tatsächlich zur Anwendung kommen. Insgesamt sprechen daher gewichtige Gründe für das Konzept einer Ablehnungsfiktion im Vergleich zu alternativen Möglichkeiten der Umsetzung einer Effizienzeinrede.

166. Die Freistellungsentscheidung sollte lediglich Wirkung für die Zukunft haben, um den Verstoß – soweit dies überhaupt möglich wäre – nicht rückwirkend zu legalisieren, etwa mit Blick auf zivilrechtliche Streitigkeiten.²¹⁴ Zudem sollte in regelmäßigen Abständen überprüft werden, ob die angenommenen Effizienzvorteile weiterhin einen Verstoß gegen die Verhaltenspflichten der Art. 5 und 6 DMA aufwiegen. Wie bei der ursprünglichen Effizienzeinrede trügen die Normadressaten die Darlegungs- und Beweislast für das Fortbestehen der Freistellungs Voraussetzungen. Bei der Abwägung der Effizienzvorteile und der Auswirkungen eines Verstoßes durch die Europäische Kommission dürfte dann u. a. auf die zwischenzeitlichen Entwicklungen in den betroffenen digitalen Märkten zurückgegriffen werden. Auch hinsichtlich des Gatekeeper-Status sieht Art. 4 Abs. 2 DMA eine Überprüfung durch die Europäische Kommission mindestens alle zwei Jahre vor; an dieser zeitlichen Vorgabe könnte sich eine Überprüfung der Effizienzvorteile orientieren.

6.4 Formulierungsvorschlag für eine Vorschrift zur Effizienzeinrede

167. Die Monopolkommission schlägt auf Grundlage der vorstehenden Ausführungen vor, den DMA um eine Vorschrift für eine Effizienzeinrede zu ergänzen, die wie folgt lauten könnte:²¹⁵

- (1) *Das Verhalten eines Gatekeepers, das eine oder mehrere der in Artikel 5 [derzeit: Artikel 5 und 6] genannten Verpflichtungen nicht erfüllt, wird mit Wirkung für die Zukunft von den Verpflichtungen freigestellt, soweit der Gatekeeper nachweist, dass das Verhalten*
 - a) *die technische Entwicklung oder den wirtschaftlichen Fortschritt fördert und*
 - b) *die Verbraucher hieran angemessen beteiligt,*
 - c) *ohne dass es die Bestreitbarkeit und Fairness digitaler Märkte in beträchtlichem Umfang gefährdet.*

²¹¹ EuGH, Urteil vom 22. Januar 2004, C-353/01 P – Mattila, ECLI:EU:C:2004:42, Rz. 31 f.; EuG, Urteil vom 7. Juni 2006, T-613/97 – Ufex u. a., ECLI:EU:T:2006:150, Rz. 67 f.; Krajewski/Rösslein in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Bd. III, 73. Erg.-Lfg. 05/2021, Art. 296 AEUV Rn. 43.

²¹² Vgl. Fn. 209.

²¹³ Vgl. entsprechend zur Drittanfechtung in der Fusionskontrolle EuGH, Urteil vom 10. Juli 2008, C-413/06 P – Impala, ECLI:EU:C:2008:392, Rz. 171 ff.; Körber in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 3, 6. Aufl. 2020, Art. 10 FKVO Rn. 43.

²¹⁴ Zur zivilrechtlichen Durchsetzung des DMA vgl. Körber, T., NZKart 2021, 436, 442 f.

²¹⁵ Bei der Formulierung der nachfolgenden Vorschrift wird in deren Abs. 1 bereits die in 0 gemachte Empfehlung berücksichtigt, einen einheitlichen Artikel 5 (neu) DMA zu schaffen; vgl. Tz. 69.

- (2) *Die Freistellung erfolgt auf Antrag des Gatekeepers. Die Kommission entscheidet über die Freistellung durch Beschluss innerhalb von sechs Monaten nach Antragstellung. Hat die Kommission innerhalb dieser Frist keinen Beschluss erlassen, gilt der Antrag als abgelehnt.*
- (3) *Der Gatekeeper weist der Kommission regelmäßig, mindestens jedoch alle zwei Jahre, nach, dass das freigestellte Verhalten die in Absatz 1 genannten Kriterien weiterhin erfüllt.*

Kapitel 7

Fazit und Empfehlungen

168. Die bisherigen wettbewerbsrechtlichen Verfahren kommen nach verbreitetem Eindruck häufig zu spät, dauern grundsätzlich zu lange und haben bisher auch nicht zu einer spürbaren (Wieder-) Belebung des Wettbewerbs in digitalen Märkten beitragen können. Die Durchsetzungsprobleme sind vor allem auf Besonderheiten der Digitalwirtschaft zurückzuführen, in der Unternehmen (sog. Gatekeeper), die digitale Plattformen betreiben, ganze Ökosysteme aufgebaut haben. Ein Ökosystemanbieter kontrolliert den Informationsfluss und den Zugang zu Informationen und den Zugang zu den Nutzerinnen und Nutzern und strukturiert die digitale Umgebung. Solche digitalen Ökosysteme, die durch einen Anbieter betrieben werden, gehen mit vielen Vorteilen einher, sie können aber auch erhebliche Wettbewerbsprobleme bewirken, die die Offenheit digitaler Märkte nachhaltig gefährden. Sie können eine erhebliche wirtschaftliche Macht aufbauen und dadurch Märkte zum Kippen bringen. Das kann ihnen Möglichkeiten eröffnen, den Zutritt zu den Märkten, auf denen sie tätig sind, dauerhaft zu erschweren und ihre wirtschaftliche Macht in weitere Märkte zu hebeln. So gilt es, neben den Bereichen, in denen Gatekeeper-Plattformdienste eine zentrale Rolle spielen, insbesondere auch angrenzende Bereiche in den Fokus zu nehmen. Aus Sicht der Monopolkommission sollte der DMA daher auf solche ökosystemspezifischen Problemlagen ausgerichtet werden, um die Offenheit digitaler Märkte auch weiterhin gewährleisten zu können.

169. Die Monopolkommission empfiehlt für einen effektiven und effizienten Digital Markets Act die folgenden Anpassungen:

- Das Ziel der Bestreitbarkeit sollte darauf ausgerichtet werden, dass unabhängig davon, ob der Wettbewerb „im Entstehen“ ist, „im Markt“ oder „um den Markt“ stattfindet, die Angreifbarkeit der Position des Gatekeepers in digitalen Märkten gewährleistet wird. Das Ziel der Bestreitbarkeit sollte in Erwägungsgrund 79 oder 80 (neu) DMA wie folgt dargelegt werden: *„Bestreitbarkeit soll bedeuten, dass Unternehmen, die keine Gatekeeper sind, Markteintritts- und Expansionsbarrieren in digitalen Märkten überwinden können.“*
- Das Ziel der Fairness sollte auf die wirtschaftliche Abhängigkeit von gewerblichen Nutzern gegenüber einem Gatekeeper und damit auf die asymmetrische Verhandlungsmacht zugunsten des Gatekeepers ausgerichtet werden. Das Ziel der Fairness sollte in Erwägungsgrund 79 oder 80 (neu) DMA wie folgt dargelegt werden: *„Fairness soll bedeuten, dass die gewerblichen Nutzer eines Gatekeepers nicht durch den Gatekeeper benachteiligt werden.“*
- Der DMA sollte daher die Bestreitbarkeit im Sinne von Behinderungsproblemen und die Fairness im Sinne von Ausbeutungsproblemen in Bezug auf gewerbliche Nutzer adressieren.
- Der bisherige Ansatz des DMA zur Identifizierung des Normadressaten birgt das Risiko, zu wenige oder zu viele und gegebenenfalls die falschen Unternehmen zu erfassen, da nur auf die schiere Größe und Reichweite und nicht auf die Gatekeeper-Macht abgestellt wird. Das Ökosystem-Kriterium hätte zur Folge, dass der Kreis der Adressaten des DMA auf Unternehmen begrenzt wird, von denen besonders große Gefahren für den Wettbewerb ausgehen. Zudem ermöglicht es einen effektiveren Einsatz der Ressourcen zur Durchsetzung des DMA. In einen neuen Art. 3 Abs. 1 lit. d DMA sollte daher als vierte kumulativ notwendige Bedingung zunächst ein wie folgt ausgestaltetes Ökosystem-Kriterium aufgenommen werden: Ein Betreiber zentraler Plattformdienste wird als Gatekeeper benannt, wenn er... *„d) ein Produkt- und/oder Akteur-basiertes Ökosystem orchestriert und dabei die Fähigkeit besitzt, Eintrittsbarrieren zu erhöhen und/oder sein Ökosystem in neue Bereiche zu erweitern.“* Sodann sollten die beiden Indikatoren der Multi-Plattform-Integration und der Doppelrolle in einen neuen Art. 3 Abs. 2 lit. d DMA wie folgt eingefügt werden: Es wird davon ausgegangen, dass ein Betreiber zentraler Plattformdienste... *„d) das Kriterium nach Absatz 1 Buchstabe d erfüllt, wenn er die unter Buchstabe a und b genannten Schwellenwerte sowie Buchstabe c erfüllt und eine Multi-Plattform-Integration mit mindestens zwei zentralen Plattformdiensten oder eine Doppelrolle durch den Betreiber gegeben ist.“*

-
- Es sollte ein einheitlich ausgestalteter Artikel 5 (neu) DMA geschaffen werden, der – wie im Vorschlag des DMA bereits vorgesehen – Per-se-Regeln enthält, die aber sämtlich dem Dialogverfahren sowie (dazu noch sogleich) einer Effizienzeinrede zugänglich sind. Dies hat den Vorteil, dass alle Verhaltenspflichten gleichermaßen unmittelbar Anwendung finden und zugleich die Anpassung einer oder die Ausnahme von einer spezifischen Verhaltenspflicht im Einzelfall möglich ist, um etwaige Kollateralschäden begrenzen zu können.
 - Das bestehende Selbstbevorzugungsverbot des DMA sollte – vorbehaltlich einer Effizienzeinrede – auch auf andere Dienste ausgeweitet werden, die bisher nicht über die Liste der zentralen Plattformdienste erfasst werden. Auch Vorinstallationen, Voreinstellungen, Kopplungen und Bündelungen zugunsten dieser Dienste sind dazu geeignet, das Ökosystem weiter zu verschließen. Der DMA sollte daher um folgende Verhaltensvorschrift ergänzt werden: *„Der Gatekeeper muss in Bezug auf jeden seiner zentralen Plattformdienste im Sinne des Artikels 3 Absatz 7 davon absehen, Dienstleistungen und Produkte, die vom Gatekeeper selbst oder von einem Dritten angeboten werden, der ein und demselben Unternehmen angehört, gegenüber ähnlichen Dienstleistungen oder Produkten Dritter zu bevorzugen.“*
 - Die Datenportierung zu Wettbewerbern sollte weiter vereinfacht werden, um Wechselkosten von Endnutzerinnen und Endnutzern weiter zu senken. Neben den bereits bestehenden und zu begrüßenden Vorschriften des DMA sollten auch Drittanbieter die Datenportierung im Auftrag der Endnutzerinnen und Endnutzer vornehmen können.
 - Der DMA sollte um eine sowohl in materiell-rechtlicher als auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht eng gefasste Effizienzeinrede ergänzt werden. Eine ausnahmsweise Freistellung von den Verhaltenspflichten der Art. 5 und 6 DMA sollte durch die Europäische Kommission nur auf Antrag der Unternehmen gewährt werden. Die Unternehmen sollten in diesem Zusammenhang nachweisen müssen, dass ihr Verhalten die technische Entwicklung oder den wirtschaftlichen Fortschritt fördert und die Verbraucherinnen und Verbraucher hieran angemessen beteiligt werden, ohne dass es die Bestreitbarkeit und die Fairness digitaler Märkte in beträchtlichem Umfang gefährdet. Bis zu einer etwaigen Freistellungsentscheidung sollten die Unternehmen an die Verhaltenspflichten der Art. 5 und 6 DMA gebunden sein. Es sollte außerdem eine Fiktion dergestalt gelten, dass ein Freistellungsantrag, dem innerhalb einer Prüffrist von sechs Monaten nicht ausdrücklich stattgegeben wird, als abgelehnt gilt.