

(Prozessuale) Herausforderungen der kartellrechtlichen
Durchsetzung bei Zukunftstechnologien

Ex ante-Haken links, ex post-Haken rechts? Doppelbestrafung(sverbot) im Angesicht von Digital Markets Act und Kartellrecht

Malte Drouet, Osnabrück*

A. Einleitung

Verstöße gegen das Kartellrecht werden regelmäßig mit sehr hohen Geldbußen – bis zu zehn Prozent des Umsatzes (Art. 23 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1/2003¹ („Verfahrens-VO“)) – sanktioniert.² Für die betroffenen Unternehmen stellen solche Geldbußen regelmäßig harte Schläge dar. Mit der seit Mai 2023 geltenden Verordnung (EU) 2022/1925³ („DMA“) kommt eine weitere Verordnung hinzu, durch die Unternehmen sogar noch höher – bis zu 20 Prozent des Umsatzes (Art. 30 Abs. 2 DMA) – bebußt werden können. Zweck des DMA ist es ausweislich von Art. 1 Abs. 1 DMA, bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor zu gewährleisten, wozu er insbesondere in Art. 5 bis 7 DMA eine Reihe von Vorgaben in Form von Ge- und Verboten enthält. Deren Adressaten sind die nach Art. 3 DMA benannten Torwächter („Gatekeeper“). Die Europäische Kommission („KOM“) hat bislang Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta und Microsoft

* Herzlicher Dank für wertvolle Anmerkungen gilt Eva Fischer, Lena Hornkohl und Marvin Seidel.

1 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln [2002] OJ L 001.

2 So wurde beispielsweise gegen Google eine Geldbuße in Höhe von 4,34 Milliarden wegen des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung verhängt: vgl. *Pressemitteilung Europäische Kommission*, Kartellrecht: Kommission verhängt Geldbuße von 4.34 Milliarden Euro gegen Google wegen illegaler Praktiken bei Android-Mobilgeräten zur Stärkung der beherrschenden Stellung der Google-Suchmaschine, 2018, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_18_4581.

3 Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte) [2022] OJ L 265/1.

zu Gatekeepern benannt.⁴ Die Vorgaben sind oftmals zuvor ergangenen kartellrechtlichen Entscheidungen nachgebildet, welche insbesondere auf Grundlage der Missbrauchskontrolle nach Art. 102 AEUV, aber auch wegen der Verletzung des Kartellverbots nach Art. 101 Abs. 1 AEUV gegen eben jene großen Digitalkonzerne ergangen sind.⁵ Zwar darf hieraus nicht der Schluss gezogen werden, dass ein Gatekeeper zugleich auch ein marktbeherrschendes Unternehmen und ein Verstoß gegen eine Vorgabe des DMA zugleich der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung wäre. Überschneidungen sind aber zu erwarten.⁶ Daraus folgt, dass Gatekeepern nicht nur die bereits erwähnten Schläge durch das Kartellrecht drohen, sondern auch durch den DMA. Infolgedessen stellt sich die Frage, ob ein Gatekeeper wegen ein und derselben Verhaltensweise sowohl nach dem DMA als auch dem Kartellrecht bebußt werden könnte oder ob dem das Doppelbestrafungsverbot entgegenstünde.

In Bezug auf das Kartellrecht kommt insbesondere die Missbrauchskontrolle nach Art. 102 AEUV in Betracht. Möglich ist aber auch ein Verstoß gegen das Kartellverbot nach Art. 101 Abs. 1 AEUV. Grundsätzlich kommt ebenfalls die Verletzung von mitgliedstaatlichem Kartellrecht in Betracht. Da die Mitgliedstaaten bei Anwendung des Kartellverbots oder der Missbrauchskontrolle des mitgliedstaatlichen Kartellrechts in Fällen der Zwischenstaatlichkeit – welche im Falle der Gatekeeper wohl stets vorliegen wird – aber nach Art. 3 Abs. 1 S. 1 und S. 2 Verfahrens-VO auch das Unionskartellrecht anwenden müssen, ist letzteres maßgebend. Eine Besonderheit besteht insoweit, falls ein Mitgliedstaat von der nach Art. 3 Abs. 2 S. 1 Verfahrens-VO ermöglichten Option Gebrauch gemacht hat und strengere Vorgaben bei einseitigen Handlungen macht. In dem Fall könnte lediglich mitgliedstaatliches Recht relevant sein, sofern die Voraussetzungen der

4 *Pressemitteilung Europäische Kommission, Faire digitale Märkte: Neue Pflichten für Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta und Microsoft, 2023*, abrufbar unter: https://germany.representation.ec.europa.eu/news/faire-digitale-markte-neue-pflichten-fur-alphabet-amazon-apple-bytedance-meta-und-microsoft-2023-09-06_de.

5 Siehe dazu die Übersicht bei *F. Bostoen, Understanding the Digital Markets Act, The Antitrust Bulletin* 68 (2023), 263 (282 f.).

6 *J. Brueckner/O. Tzanetis, Ne bis in idem – Verfahrenskumulierung im europäischen Wettbewerbsrecht nach bpost und Nordzucker, WuW* 2023, 62 (65); *Huerkamp/Nuys* in: R. Podszun (Hrsg.), *DMA-Kommentar, Baden-Baden* 2023, Art. 30, Rn. 17; *I. Kapusta, Pflichten von Gatekeepern im Digital Markets Act, GPR* 2023, 83 (90); *J. van den Boom, What does the Digital Markets Act harmonize? – exploring interactions between the DMA and national competition laws, European Competition Journal* 19 (2023), 57 (78).

Missbrauchskontrolle nach Art. 102 AEUV nicht vorliegen. Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang der ebenfalls zur Kontrolle großer Digitalkonzerne eingeführte § 19a GWB.⁷ Bevor die Frage beantwortet werden kann, ob eine Bebußung nach dem DMA und nach § 19a GWB gegen das Doppelbestrafungsverbot verstoßen könnte, ist jedoch zunächst die Vorfrage zu klären, ob § 19a GWB vor dem Hintergrund von Art. 1 Abs. 5 und Abs. 6 DMA überhaupt neben dem DMA angewendet werden kann.⁸ Insofern beschränkt sich dieser Beitrag auf das unionale Kartellrecht.

Das Doppelbestrafungsverbot – *ne bis in idem* – ist ein grundrechtsähnliches Prinzip, das als rechtsstaatliche Vorgabe⁹ in vielen Rechtsordnungen existiert.¹⁰ Eine entsprechende Vorschrift im Primärrecht der Union befindet sich in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union („GRCh“). Nach Art. 50 GRCh

„darf [niemand] wegen einer Straftat, derentwegen er bereits in der Union nach dem Gesetz rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren erneut verfolgt oder bestraft werden“.

Nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh verpflichtet Art. 50 GRCh zuvörderst die Union, aber auch die Mitgliedstaaten, wenn diese unionales Recht anwenden.¹¹ Daher ist Art. 50 GRCh von den zuständigen Behörden unabhängig davon zu beachten, ob die KOM den DMA und unionales Kartellrecht oder die mitgliedstaatlichen Kartellbehörden unionales Kartellrecht anwenden. Art. 50 GRCh enthält im Wesentlichen zwei Voraussetzungen: Es muss eine, also dieselbe, Straftat vorliegen und ein Betroffener muss nach dem Gesetz rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden sein.¹² In Bezug auf die Forschungsfrage ist dabei maßgebend, ob Geldbußen nach dem Kartellrecht und dem DMA Strafen im Sinne von Art. 50 GRCh sind (II.), die Bestimmung der Tatidentität in der Rechtsprechung des Europäischen

7 BReg, Entwurf 10. GWB-Novelle, BT-Drs. 19/23492, S. 56.

8 Instrukтив zu dieser Thematik *D. Zilsdorf*, Markiert der Digital Markets Act die Endstation von § 19a GWB?, *K&R* 2023, 305.

9 *Jarass* in: H. Jarass (Hrsg.), *GRCh-Kommentar*, 4. Aufl., München 2021, Art. 50, Rn. 2; *T. Liebau*, „Ne bis in idem“ in Europa, Berlin 2005, S. 47 f.

10 So beispielsweise in Deutschland in Art. 103 Abs. 3 GG, in Frankreich in Art. 368 Code de Procédure Pénale und in den Niederlanden in Art. 68 Abs. 1 des Wetboek van Strafrecht.

11 *Jarass*, *GRCh-Kommentar* (Fn. 9), Art. 50, Rn. 3.

12 *Blanke* in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV-Kommentar*, 6. Aufl., München 2022, *GRCh Art. 50*, Rn. 3 f.

Gerichtshofs („EuGH“) (III.) sowie eine mögliche Einschränkung des Doppelbestrafungsverbots nach Art. 52 Abs. 1 GRCh (IV.).

B. Geldbußen nach Kartellrecht und DMA als Verwaltungsunrecht mit strafrechtlichem Charakter

Zunächst stellt sich die Frage, ob Bußgelder nach Art. 23 Verfahrens-VO und nach Art. 30 DMA überhaupt Strafen im Sinne von Art. 50 GRCh sind. Zweifel könnten deshalb bestehen, da beide Vorschriften den Titel Geldbußen tragen, womit sie begrifflich als bloßes Verwaltungsunrecht und damit gerade nicht als Strafrecht eingeordnet werden.¹³

Der Begriff der Straftat im Sinne von Art. 50 GRCh ist allerdings weit auszulegen und umfasst auch Verwaltungsunrecht, das einen strafrechtlichen Charakter aufweist.¹⁴ Um den strafrechtlichen Charakter einer Vorschrift zu ermitteln, bezieht sich der EuGH auf die *Engel*-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte („EGMR“).¹⁵ Danach ermittelt der EuGH zunächst, ob die Vorschrift von der jeweiligen Rechtsordnung als Strafrecht oder Verwaltungsunrecht oder beides zugleich eingeordnet wird.¹⁶ Dabei handelt es sich jedoch nur um einen Ausgangspunkt, der nur formalen und relativen Wert hat.¹⁷ Mehr Gewicht spricht der EuGH der Art der Zuwiderhandlung zu.¹⁸ Diesbezüglich kommt es darauf an, ob die verhängte Sanktion insbesondere eine repressive Zielsetzung verfolgt.¹⁹ Schließlich ist auch der Schweregrad der Sanktion von Bedeutung, die dem Betroffenen droht.²⁰ Bei einer Geldbuße, die einen Betrag bis zum Zehnfachen des Ertrags oder des Gewinns aus der Zuwiderhandlung erreichen kann, spricht dies für den strafrechtlichen Charakter.²¹ Die Voraussetzungen müssen allerdings nicht kumulativ vorliegen, stattdessen ist bereits vom strafrechtlichen Charakter einer Vorschrift auszugehen, wenn

13 Zur Abgrenzung BGH NJW 1977, 1629 (1629).

14 EuGH C-617/10, *Åklagare*, ECLI:EU:C:2013:105, NJW 2013, 1415 Rn. 34.

15 EuGH C-117/20, *bpost*, ECLI:EU:C:2022:202, BeckRS 2022, 5011 Rn. 25; EuGH C-524/15, *Menci*, ECLI:EU:C:2018:197, MwStR 2018, 554 Rn. 26; EuGH C-489/10, *Bonda*, ECLI:EU:C:2012:319, EuZW 2012, 543 Rn. 37.

16 Case of Engel and others v. the Netherlands, 08. Juni 1976, Series A no. 22, Rn. 82.

17 Case of Engel and others v. the Netherlands, 08. Juni 1976, Series A no. 22, Rn. 82.

18 Case of Engel and others v. the Netherlands, 08. Juni 1976, Series A no. 22, Rn. 82.

19 EuGH C-489/10, *Bonda*, ECLI:EU:C:2012:319, EuZW 2012, 543 Rn. 39.

20 Case of Engel and others v. the Netherlands, 08. Juni 1976, Series A no. 22, Rn. 82.

21 EuGH C-537/16, *Garlsson Real Estate*, ECLI:EU:C:2018:193, NJW 2018, 1233 Rn. 35.

eines der Kriterien erfüllt ist.²² Dass es nicht auf die formale Einordnung als Strafe ankommt, deckt sich auch mit der Erläuterung zu Art. 50 GRCh. Diese spricht lediglich von Sanktionen und führt eine vom Strafgericht verhängte Strafe bloß als Fallbeispiel an.²³

Der EuGH hat bereits entschieden, dass das Doppelbestrafungsverbot bei kartellrechtlichen Verfahren zu beachten ist, die auf eine Verhängung von Geldbußen gerichtet sind.²⁴ Zwar postuliert Art. 23 Abs. 5 Verfahrens-VO, dass nach Art. 23 Abs. 1 und Abs. 2 Verfahrens-VO getroffene Entscheidungen keinen strafrechtlichen Charakter hätten. Dies ändert aber nichts daran, dass es sich – insbesondere aufgrund der hohen Bußgeldandrohung – dabei um Vorschriften mit strafrechtlichem Charakter im Sinne des im Primärrecht verankerten Doppelbestrafungsverbots handelt.²⁵

Bislang nicht gerichtlich geklärt ist der strafrechtliche Charakter von Geldbußen wegen einer Verletzung einer materiellen Vorschrift des DMA. In Bezug auf das erste Engel-Kriterium sind die Vorschriften des DMA nicht eindeutig. So können einerseits nach Art. 30 DMA Geldbußen verhängt werden, welche bei formaler Betrachtung gerade keine Strafen, sondern begrifflich bloßes Verwaltungsunrecht sind. Andererseits führt der einschlägige Erwägungsgrund (86) DMA aus, dass das Verbot der doppelten Bestrafung beachtet werden müsse. Insofern ordnet der DMA die Sanktion dem Anschein nach als Ordnungswidrigkeit mit strafrechtlichem Charakter ein, andernfalls müsste das Doppelbestrafungsverbot nicht zwingend beachtet werden. Hinsichtlich des zweiten Engel-Kriteriums schweigen sich die Erwägungsgründe dazu aus, ob die Sanktion insbesondere repressiver Natur ist. Allerdings sprechen Art. 32 und 33 DMA bezugnehmend auf Art. 30 DMA von Sanktionen, was für einen repressiven Charakter spricht. Noch deutlicher ist in diesem Zusammenhang die englische Sprachfassung, die den Begriff „*penalty*“ verwendet. Dies spricht stark dafür, dass die Geldbußen insbesondere repressiven Charakter haben, sodass auch das zweite Kriterium vorliegt. In Anbetracht der empfindlich hohen Geldbußenandrohung des DMA von bis zu zehn Prozent des Umsatzes des vorangegangene-

22 In diesem Sinne EuGH C-27/22, *Volkswagen Group Italia*, ECLI:EU:C:2023:663, BeckRS 2023, 24054 Rn. 54; C. Grabenwarter/K. Pabel, EMRK – Studienbuch, 7. Aufl., München 2021, § 24, Rn. 19.

23 Amtsblatt der Europäischen Union v. 14.12.2007 – ABl. 2007 C 303/31.

24 EuGH C-17/10, *Toshiba Corporation*, ECLI:EU:C:2012:72, EuZW 2012, 223 Rn. 94 mwN.

25 T. Streinz, »Ne bis in idem« bei Sanktionen nach deutschem und europäischem Kartellrecht, JURA 2009, 412 (414).

nen Geschäftsjahrs bei einer Zuwiderhandlung der Pflichten aus Art. 5 bis 7 DMA (Art. 30 Abs. 1 DMA) und im Wiederholungsfalle sogar bis zu 20 Prozent (Art. 30 Abs. 2 DMA) ist jedenfalls das dritte Kriterium erfüllt, so dass im Ergebnis Geldbußen nach Art. 30 DMA strafrechtlichen Charakter haben.²⁶

Insofern auch Abhilfemaßnahmen im Sinne von Art. 7 Verfahrens-VO oder von Art. 18 Abs. 1 DMA als Strafen eingeordnet werden,²⁷ ist dem zu widersprechen. Abhilfemaßnahmen bezwecken die Beseitigung der festgestellten Zuwiderhandlung, um den rechtmäßigen Zustand wiederherzustellen.²⁸ Sie sind daher lediglich in die Zukunft gerichtete Maßnahmen,²⁹ die keinen strafrechtlichen Charakter haben.³⁰ Zwar sind mit Abhilfemaßnahmen, insbesondere solchen struktureller Natur, schwere Eingriffe in die Rechte derer Adressaten verbunden, die im Einzelfall in der Wirkung auch über die von Geldbußen hinausgehen können. Dies ist dann aber eine Frage der Verhältnismäßigkeit und keine des Doppelbestrafungsverbots.³¹ Insofern ist das Doppelbestrafungsverbot lediglich bei der Verhängung von Geldbußen, nicht aber bei Abhilfemaßnahmen zu beachten.

26 *L. Harta*, Der Digital Markets Act und das Doppelverfolgungsverbot, NZKart 2022, 102 (103); *Hübener/Reims* in: J. Schmidt/F. Hübener (Hrsg.), DMA-Handbuch, 2023, § 10, Rn. 20; *L. Solek*, Anwendbarkeit des Doppelbestrafungsverbots in EU-Kartellverfahren, WuW 2021, 545 (548 f.); im Ergebnis auch *Käseberg/Gappa*, DMA-Kommentar (Fn. 6), Art. 1, Rn. 31; *K. Weiß/T. Schneider/O. Timm*, Der neue Digital Markets Act (DMA) – Vorreiter und Revolution des (Europäischen) Digitalmarkts, Newsdienst Compliance 2022, 220032.

27 Dies voraussetzend *A. Ribera Martínez*, An inverse analysis of the digital markets act: applying the Ne bis in idem principle to enforcement, European Competition Journal 19 (2023), 86 (passim).

28 *Breit* in: H. von der Groeben/J. Schwarze/A. Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., Baden-Baden 2015, VO (EG) 1/2003 Art. 7, Rn. 11.

29 EuGH C-89/85, *Ahlström*, ECLI:EU:C:1993:120, BeckRS 2004, 73857 Rn. 184; *Otto* in: U. Loewenheim/K. Meessen/A. Riesenkampff/C. Kersting/H. Meyer-Lindemann (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl., München 2020, § 32, Rn. 1.

30 *Breit*, Europäisches Unionsrecht (Fn. 28), VO (EG) 1/2003 Art. 7, Rn. 11.

31 *Ritter/Wirtz* in: U. Immenga/E. Mestmäcker (Begr.), T. Körber/H. Schweitzer/D. Zimmer (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. I, 6. Aufl., München 2019, VO 1/2003, Rn. 38 ff.

C. Abkehr des EuGH von der dreifachen Identität bei kartellrechtlichen Sachverhalten

Die Rechtsprechung des EuGH zum Begriff der Identität der Straftat ist nicht einheitlich. Dieser hat in kartellrechtlichen Verfahren bisweilen einen von den sonstigen Verfahren abweichenden Begriff verwendet.

I. Zweifache Identität als grundsätzliches Begriffsverständnis des EuGH

Um den Begriff derselben Straftat auszulegen, gibt es im Wesentlichen zwei Ansätze: Entweder kann auf die Tatsachen, also einen einheitlichen Lebenssachverhalt, abgestellt werden (*idem factum*) oder auf den Rechtsverstoß, auf dem die Entscheidung beruht (*idem crimen*).³² Der EuGH beurteilt in ständiger Rechtsprechung – bisher außerhalb des Kartellrechts – ob es sich um dieselbe Straftat handelt,

„nach dem Kriterium der Identität der materiellen Tat [...], verstanden als das Vorliegen einer Gesamtheit konkreter, unlösbar miteinander verbundener Umstände, die zum Freispruch oder zur rechtskräftigen Verurteilung des Betroffenen geführt haben“³³.

Insofern stellt er grundsätzlich auf einen einheitlichen Lebenssachverhalt und nicht auf den Rechtsverstoß ab, womit er eine zweifache Identität voraussetzt: die des Sachverhalts und die des Zuwiderhandelnden.³⁴

II. Modifikation zur dreifachen Identität in kartellrechtrechtlichen Verfahren bis *bpost* und Nordzucker

In mehreren Entscheidungen modifizierte der EuGH in kartellrechtlichen Sachverhalten die Voraussetzungen derselben Tat allerdings. Statt der zweifachen Identität setzte er – ergänzt um das Kriterium der Identität des

32 G. Dannecker, Die Garantie des Grundsatzes „ne bis in idem“ in Europa, in: H. Hirsch/J. Wolter/U. Brauns (Hrsg.), Festschrift für Günter Kohlmann, Köln 2003, S. 593 (603).

33 EuGH C-524/15, *Menci*, ECLI:EU:C:2018:197, MwStR 2018, 554 Rn. 35 mwN.

34 *Blanke*, EUV/AEUV-Kommentar (Fn. 12), GRCh Art. 50, Rn. 4.

geschützten Rechtsguts – auf eine dreifache Identität.³⁵ Faktisch entfernte sich der EuGH damit von dem lebenssachverhaltsbezogenen Tatbegriff hin zu einem rechtsverstößbezogenen Tatbegriff. Dadurch gewährte der EuGH dem europäischen Kartellrecht einen autonomen Anwendungsbereich – gewissermaßen einen schützenden Kokon – vor bereits zuvor ergangenen Entscheidungen, ursprünglich insbesondere von mitgliedstaatlichen Kartellbehörden, und sicherte so dessen effektive Durchsetzung.³⁶ Nicht zu Unrecht kritisierten Teile der Literatur³⁷ und auch Generalanwälte³⁸ den EuGH für die uneinheitlich angewendeten Anforderungen.

III. Anwendung der zweifachen Identität auch in kartellrechtlichen Verfahren seit *bpost* und *Nordzucker*

Der EuGH rückte in den Entscheidungen *bpost*³⁹ und *Nordzucker*⁴⁰ – jüngst bestätigt durch eine weitere Entscheidung⁴¹ – von der in kartellrechtlichen Verfahren angewendeten dreifachen Identität und damit von den un-

35 EuGH C-152/19 P, *Slovak Telekom*, ECLI:EU:C:2021:238, NZKart 2021, 238 Rn. 43; EuGH C-17/10, *Toshiba Corporation*, ECLI:EU:C:2012:72, EuZW 2012, 233 Rn. 97; EuGH joined cases C-101/07 P and C-110/07 P, *Coop de France bétail et viande*, ECLI:EU:C:2008:741, BeckRS 2008, 71347 Rn. 127, 130; EuGH C-204/00 P, *Aalborg Portland*, ECLI:EU:C:2004:6, WuW 2005, 557 = BeckRS 2004, 74942 Rn. 338. Siehe auch *Harta*, Doppelverfolgungsverbot (Fn. 26), Fn. 28 zu der Entscheidungspraxis des EuG.

36 F. Meyer, „Menci“ für alle Fälle? Zur Vereinheitlichung des unionsrechtlichen ne bis in idem-Begriffs und ihren Auswirkungen auf multiple Enforcement-Verfahren, NZWiSt 2022, 345 (347); B. Zelger, The Principle of ne bis in idem in EU competition law: The beginning of a new era after the ECJ's decisions in *bpost* and *Nordzucker*?, Common Market Law Review 2023, 239 (250).

37 S. Brammer, Ne bis in idem im europäischen Kartellrecht – Neue Einsichten zu einem alten Grundsatz, EuZW 2013, 617 (619); *Harta*, Doppelverfolgungsverbot (Fn. 26), 106; B. Kreße, Anmerkung zu EuGH v. 25.2.2021 – C-857/19 – *Slovak Telekom a.s. / Protimonopolný úrad Slovenskej republiky*, GPR 2021, 284 (287); F. Zeder, Ne bis in idem als (ältestes) Grundrecht: Kritischer Blick auf die Judikatur des EuGH im Wettbewerbsrecht und bei bestimmten Sanktionen, in: G. Hochmayr (Hrsg.), „Ne bis in idem“ in Europa, Baden-Baden 2015, S. 145 (156).

38 *GA Wahl*, Schlussanträge EuGH C-617/17, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życi*, ECLI:EU:C:2018:976, BeckRS 2018, 30369 Rn. 45; *GA Kokott*, EuGH C-17/10, *Toshiba Corporation*, ECLI:EU:C:2011:552, BeckEuRS 2011, 757850 Rn. 114 ff.

39 EuGH C-117/20, *bpost*, ECLI:EU:C:2022:202, BeckRS 2022, 5011 Rn. 34.

40 EuGH C-151/20, *Nordzucker*, ECLI:EU:C:2022:203, NZKart 2022, 200 Rn. 39.

41 EuGH C-27/22, *Volkswagen Group Italia*, ECLI:EU:C:2023:663, BeckRS 2023, 24054, Rn. 66 f.

einheitlichen angewendeten Anforderungen wieder ab.⁴² Diese Kehrtwende begründete der EuGH lakonisch damit, dass das geschützte Rechtsgut für die Feststellung, ob dieselbe Straftat vorliege, nicht erheblich sei, da die Reichweite des in Art. 50 GRCh gewährten Schutzes nicht von einem Bereich des Unionsrechts zum anderen unterschiedlich sein könne.⁴³ Die Ausführungen von Generalanwalt *Bobek* in den Schlussanträgen zu *bpost* sind in seiner Begründung ergebiger: Die unterschiedliche Auslegung im Kartellrecht lasse sich zwar prinzipiell mit dessen Eigenheiten begründen, er sehe aber keinen tatsächlichen Unterschied zu anderen Rechtsgebieten.⁴⁴ Zudem ergebe sich durch die unterschiedliche Auslegung eine Unvorhersehbarkeit der Prüfungen, sodass nicht immer ersichtlich sei, welche der beiden Auslegungen im Einzelfall anwendbar sei.⁴⁵ Schließlich, als wichtigster Aspekt, bedeute die unterschiedliche Auslegung, dass ein und dieselbe primärrechtliche Vorschrift – Art. 50 GRCh – je nach Situation einen unterschiedlichen Inhalt hätte.⁴⁶ Freilich schloss *Bobek*, dass die Uneinheitlichkeit behoben werden sollte, indem das Kriterium des geschützten Rechtsguts grundlegend Bestandteil der Auslegung des Begriffs derselben

42 *R. Achleitner*, Digital Markets Act beschlossen: Verhaltenspflichten und Rolle nationaler Wettbewerbsbehörden, NZKart 2022, 359 (365); *B. Beems*, The DMA in the broader regulatory landscape of the EU: an institutional perspective, European Competition Journal 19 (2023), 1 (18); *M. Böse*, Der Schutz vor doppelter Verfolgung von Wettbewerbsverstößen in mehreren Mitgliedstaaten – Konvergenzen und Divergenzen in der Rechtsprechung des EuGH zum Grundsatz „ne bis in idem“, NZWiSt 2023, 81 (81); *A. v. Bonin*, Die Entwicklung des Unionsrechts bis Mitte 2022, NJW 2022, 3481 (3482); *N. Cyriac/D. Fila*, Harmonisierung des Grundsatzes ne bis in idem im Wettbewerbsrecht („Nordzucker u.a.“), EWiR 2022, 284 (285); *Horstkotte/Jannausch*, Ne bis in idem im Europäischen Wettbewerbsrecht, IWRZ 2022, 147 (149); *S. Huemer*, Ne bis in idem bei Anwendung von Art. 101 AEUV durch zwei nationale Wettbewerbsbehörden, NZKart 2022, 267 (270); *Käseberg/Gappa*, DMA-Kommentar (Fn. 6), Art. 1, Rn. 32; *M. Klusmann/O. Schley*, Einmal ist keinmal? Der EuGH und der Grundsatz ne bis in idem, NZKart 2022, 264 (266); *Meyer*, Vereinheitlichung (Fn. 36), 346; *Ribera Martínez*, Analysis (Fn. 27), 101.

43 EuGH C-117/20, *bpost*, ECLI:EU:C:2022:202, BeckRS 2022, 5011 Rn. 34 f.; EuGH C-151/20, *Nordzucker*, ECLI:EU:C:2022:203, NZKart 2022, 200 Rn. 39 f.

44 *GA Bobek*, Schlussanträge EuGH C-117/20, *bpost*, ECLI:EU:C:2021:680, BeckRS 2021, 25037 Rn. 92.

45 *GA Bobek*, Schlussanträge EuGH C-117/20, *bpost*, ECLI:EU:C:2021:680, BeckRS 2021, 25037 Rn. 93 f.

46 *GA Bobek*, Schlussanträge EuGH C-117/20, *bpost*, ECLI:EU:C:2021:680, BeckRS 2021, 25037 Rn. 95.

Straftat sein sollte⁴⁷ und kam somit in diesem Punkt zu einem der Position des EuGH entgegengesetzten Ergebnis.

Statt der dreifachen Voraussetzung stellt der EuGH in beiden Entscheidungen wieder auf das bekannte Kriterium der Identität der materiellen Tat ab, verstanden als das Vorliegen einer Gesamtheit konkreter, unlösbar miteinander verbundener Umstände, die zum Freispruch oder zur rechtskräftigen Verurteilung des Betroffenen geführt haben.⁴⁸ Das Kriterium des geschützten Rechtsguts thematisiert der EuGH allerdings weiterhin, dies lediglich im Rahmen einer möglichen Einschränkung von Art. 50 GRCh und nicht mehr unter dem Begriff derselben Straftat.⁴⁹ Damit ist zu erwarten, dass der EuGH sich nun endgültig von dem Kriterium der dreifachen Identität verabschiedet hat.⁵⁰ Dies resultiert nicht zuletzt daraus, dass er das Kriterium des geschützten Rechtsguts in die Prüfung einer möglichen Einschränkung verschoben hat. Dadurch erreicht er auch weiterhin das ursprünglich hinter der zusätzlichen Voraussetzung der Identität des geschützten Rechtsguts stehende Ziel, dem Kartellrecht einen Autonomiebereich zu gewähren.

Daraus lässt sich für eine mögliche Bebußung nach dem Kartellrecht und dem DMA schließen, dass der EuGH auch in einem solchen Verfahren richtigerweise die zweifache Identität anwendete und die Prüfung der Identität des geschützten Rechtsguts nicht im Tatbestand vornahm. Das Vorliegen des Tatbestands von Art. 50 GRCh scheiterte daher nicht an dem Kriterium der Rechtsgutsidentität.⁵¹

47 *GA Bobek*, Schlussanträge EuGH C-117/20, *bpost*, ECLI:EU:C:2021:680, BeckRS 2021, 25037 Rn. 132 f.

48 EuGH C-117/20, *bpost*, ECLI:EU:C:2022:202, BeckRS 2022, 5011 Rn. 33; EuGH C-151/20, *Nordzucker*, ECLI:EU:C:2022:203, NZKart 2022, 200 Rn. 38.

49 *Beems*, *Landscape* (Fn. 42), 18; *M. Gierok*, Aktuelle strafrechtliche Entscheidungen des EuGH – Teil I, IWRZ 2023, 3 (7); *Käseberg/Gappa*, DMA-Kommentar (Fn. 6), Art. 1, Rn. 32; *Klusmann/Schley*, Grundsatz (Fn. 42), 266; *R. Raum*, Ne bis in idem nach Art. 50 GRCh – Ein Beitrag zur Menci-Rechtsprechung des EuGH, ZWeR 2023, 149 (155).

50 *Käseberg/Gappa*, DMA-Kommentar (Fn. 6), Art. 1, Rn. 33; *Zelger*, Principle (Fn. 36), 246.

51 *Brueckner/Tzanetis*, Verfahrenskumulierung (Fn. 6), 65; *Zelger*, Principle (Fn. 36), 258.

D. Einschränkung des Doppelbestrafungsverbots durch divergierende Zielsetzungen

Jedoch könnte das in dem Doppelbestrafungsverbot enthaltene Recht zulässigerweise eingeschränkt werden. Wie sich aus Art. 52 Abs. 1 GRCh ergibt, ist die Einschränkung der in der Grundrechte-Charta verankerten Rechte grundsätzlich möglich. Die grundsätzliche Einschränkbarkeit des Doppelbestrafungsverbots bejahte der EuGH erstmals in der Entscheidung *Zoran Spasic*.⁵²

Eine Einschränkung nach Art. 52 Abs. 1 GRCh enthält vier Voraussetzungen: Die Einschränkung muss gesetzlich vorgesehen sein, sie muss den Wesensgehalt der eingeschränkten Rechte und Freiheiten achten, sie muss entweder der von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzung oder alternativ den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen sowie verhältnismäßig sein. Für die Frage, ob das Doppelbestrafungsverbot eine Bebußung sowohl nach dem Kartellrecht als auch dem DMA verhindert, ist der zentrale Anknüpfungspunkt dabei die Wahrung des Wesensgehalts der eingeschränkten Rechte und Pflichten.

Abstrakt lässt sich die Wesensgehaltsgarantie dann als geachtet ansehen, wenn die Gewährleistung dieses Rechts nicht in Frage gestellt wird und die Einschränkung nur aufgrund des individuellen Verhaltens und in Ausnahmefällen greift.⁵³ Der EuGH präzisiert die Anforderungen an diese Voraussetzung speziell für eine Einschränkung des Doppelbestrafungsverbots in *bpost*:

„Diese Möglichkeit, Verfolgungsmaßnahmen und Sanktionen zu kumulieren, wahrt den Wesensgehalt von Art. 50 der Charta, sofern die nationale Regelung es nicht ermöglicht, denselben Sachverhalt aufgrund desselben Verstoßes oder zur Verfolgung desselben Ziels zu verfolgen und zu ahnden, sondern nur die Möglichkeit einer Kumulierung von Verfolgungsmaßnahmen und Sanktionen aufgrund unterschiedlicher Regelungen vorsieht.“⁵⁴

Ausdrücklich verlangt der EuGH zwar nur unterschiedliche Regelungen, impliziert aber, dass diese Regelungen auch unterschiedliche Ziele verfol-

52 EuGH C-129/14 PPU, *Zoran Spasic*, ECLI:EU:C:2014:586, NJW 2014, 3007 Rn. 55.

53 *Jarass*, GRCh-Kommentar (Fn. 9), Art. 52, Rn. 29.

54 EuGH C-117/20, *bpost*, ECLI:EU:C:2022:202, BeckRS 2022, 5011 Rn. 43; EuGH C-151/20, *Nordzucker*, ECLI:EU:C:2022:203, NZKart 2022, 200 Rn. 51.

gen müssen. Andernfalls liefe die Feststellung ins Leere, dass nicht nur nicht derselbe Sachverhalt aufgrund desselben Verstoßes verfolgt und geahndet werden dürfte, sondern auch zur Verfolgung desselben Ziels. Denn auch zwei unterschiedliche Vorschriften können dasselbe Ziel verfolgen. Dass es sich bei den jeweiligen kartellrechtlichen Regelungen und den jeweiligen Regelungen des DMA um unterschiedliche Vorschriften handelt, ist unzweifelhaft. Fraglich ist allerdings, ob sie auch unterschiedliche Ziele verfolgen.

I. Ziel des Kartellrechts

Das Kartellrecht bezweckt den Schutz des Wettbewerbs als Institution und als Prozess.⁵⁵ Entsprechend hat der EuGH in *Nordzucker* zu Art. 101 AEUV und in *bpost* zu Art. 102 AEUV ausgeführt, dass diese jeweils das für das Funktionieren des Binnenmarkts unerlässliche Ziel verfolgten, zu garantieren, dass der Wettbewerb im Binnenmarkt nicht verfälscht werde.⁵⁶ Eine allgemein anerkannte Bestimmung des Begriffs Wettbewerbs existiert freilich nicht.⁵⁷ Üblicherweise wird daher auf die auf *von Hayek* zurückgehende Umschreibung „Wettbewerb als Entdeckungsverfahren“ zurückgegriffen.⁵⁸

II. Ziele des DMA

Der DMA verfolgt zwei verschiedene Arten von Zielen: Das erste ist die Rechtsvereinheitlichung als funktionales Ziel, welches insbesondere der Wahl von Art. 114 AEUV als Rechtsgrundlage geschuldet ist.⁵⁹ Das zweite ist nach Art. 1 Abs. 1 und Erwägungsgrund (7) DMA bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor als inhaltliches Ziel zu gewährleisten.

55 *Schulte/Just* in: J. Schulte/C. Just (Hrsg.), *Kartellrecht – Kommentar*, 2. Aufl., Köln 2016, Einleitung, Rn. 18.

56 EuGH C-117/20, *bpost*, ECLI:EU:C:2022:202, BeckRS 2022, 5011 Rn. 46.

57 *Wiedemann* in: G. Wiedemann (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 4. Aufl., München 2020, § 1, Rn. 3.

58 *Meessen/Kersting*, *Kartellrecht* (Fn. 29), Einführung, Rn. 7.

59 *A. Lamadrid de Pablo/N. Bayón Fernández*, *Why the Proposed DMA Might Be Illegal under Article 114 TFEU, and How to Fix It*, *Journal of European Competition Law & Practice* 12 (2021), 576 (578); *D. Zimmer/J. Göhsl*, *Vom New Competition Tool zum Digital Markets Act: Die geplante EU-Regulierung für digitale Gatekeeper*, *ZWeR* 2021, 29 (35).

Der DMA umschreibt den Begriff Bestreitbarkeit in Erwägungsgrund (32) DMA damit, dass er sich auf die Fähigkeit von Unternehmen beziehe, Hindernisse für einen Markteintritt oder eine Expansion wirksam zu überwinden und den Gatekeeper aufgrund der Vorzüge ihrer Produkte und Dienstleistungen herausfordern. Die Bestreitbarkeit lässt sich also grob als die Fähigkeit zum Markteintritt umschreiben,⁶⁰ sodass sich die Bestreitbarkeit von Märkten auf das Verringern von Marktzutrittsschranken bezieht.⁶¹ Differenzieren lässt sich dabei zwischen dem Beitritt auf den Primärmarkt und dem auf den sekundären, also abgeleiteten, Markt. Der DMA scheint dabei ausweislich Erwägungsgrund (32) zwar nur den Marktzutritt auf den Primärmarkt, auf dem die Gatekeeper ihre zentralen Plattformdienste betreiben, im Blick zu haben. Bei einer genaueren Betrachtung der Verhaltenspflichten aus Art. 5 und 6 DMA wird aber deutlich, dass es auch um den Beitritt zu sekundären Märkten geht.⁶² So ist beispielsweise das Verbot der Selbstbevorzugung nach Art. 6 Abs. 5 DMA ein klassischer Fall des Missbrauchs der marktmächtigen Stellung von einem Primärmarkt auf einen abgeleiteten Markt (*leveraging of market power*).⁶³

Wie der Begriff der Fairness im DMA auszulegen ist, bereitet aufgrund der Unbestimmtheit des Begriffs Schwierigkeiten.⁶⁴ Nach Erwägungsgrund (33) DMA bezieht sich Fairness auf das Ungleichgewicht zwischen den Rechten und Pflichten der gewerblichen Nutzer, durch das der Gatekeeper einen unverhältnismäßigen Vorteil erlangt. Ein Beispiel für unfaires Verhalten enthält Erwägungsgrund (62) DMA. Danach sollten preisliche oder andere allgemeine Zugangsbedingungen als unfair angesehen werden, wenn sie zu einem Ungleichgewicht zwischen den gewerblichen Nutzern auferlegten Rechten und Pflichten führen oder dem Torwächter einen Vorteil verschaffen, der in Anbetracht seiner Dienstleistung für die gewerblichen

60 Käseberg/Gappa, DMA-Kommentar (Fn. 6), Art. 1, Rn. 6.

61 Bostoën, Understanding (Fn. 5), 266.

62 Beems, Landscape (Fn. 42), 5; König in: B. Steinrötter (Hrsg.), Europäische Plattformregulierung, Köln 2023, § 11, Rn. 20 ff.

63 S. Burchardi, Die Selbstbegünstigung von Plattformunternehmen im Fokus des Kartell- und Regulierungsrechts, NJW 2022, 610 (612).

64 Beems, Landscape (Fn. 42), 7 f.; Mendelsohn/Budzinski, DMA-Handbuch (Fn. 26), § 2, Rn. 25 ff.; H. Schweitzer, The Art to Make Gatekeeper Position Contestable and the Challenge to Know What Is Fair: A Discussion of the Digital Markets Act Proposal, ZEuP 2021, 503 (512 ff.); Van den Boom, Interactions (Fn. 6), 62 f.; D. Zimmer/N. Nittenwilm, For whose sake, and by which means? Fairness Concepts in European Law A reflection on the occasion of recent European legislation, especially the passage of the Digital Markets Act, ZEuP 2022, 820 (827 ff.).

Nutzer unverhältnismäßig ist, oder wenn durch sie gewerbliche Nutzer, die dieselben oder ähnliche Dienstleistungen wie der Torwächter erbringen, benachteiligt werden.

III. Verhältnis der Ziele des Kartellrechts und des DMA zueinander

Zu dem Verhältnis der Ziele des Kartellrechts und der des DMA äußert sich dieser bereits selbst. Neben dem genauen Inhalt stellt sich zudem die Frage, welche Auswirkungen dies hat. Darüber hinaus ist das Verhältnis der Ziele auf deren Grundlage selbst herauszuarbeiten.

1. Verhältnis nach dem DMA selbst

Zu dem Verhältnis der Ziele des Kartellrechts und des DMA sieht Erwägungsgrund (11) DMA vor:

„Diese Verordnung verfolgt ein Ziel, das das im Wettbewerbsrecht definierte Ziel, den unverfälschten Wettbewerb auch bestimmten Märkten zu schützen, ergänzt, aber sich davon unterscheidet; sie soll sicherstellen, dass Märkte, auf denen Torwächter tätig sind, bestreitbar und fair sind und bleiben – ungeachtet der tatsächlichen, möglichen oder vermuteten Auswirkungen des unter diese Verordnung fallenden Verhaltens eines Torwächters auf einem Markt. Diese Verordnung soll daher ein anderes rechtliches Interesse als das durch jene Vorschriften Geschützte schützen und unbeschadet ihrer Anwendung gelten.“

Die Frage ist nun, wie sich diese Erklärung auf die Frage auswirkt, ob der DMA und das Kartellrecht verschiedene Ziele im Sinne der Einschränkung des Doppelbestrafungsverbots verfolgen. Vermutungen zufolge wurde dieser Erwägungsgrund gerade aufgrund des Doppelbestrafungsverbots eingefügt.⁶⁵ Ob diese formale Erklärung Auswirkungen auf die Wertungen des Doppelbestrafungsverbots hat, ist gleichwohl zweifelhaft. Das Doppelbestrafungsverbot ist ein Grundrecht beziehungsweise ein grundrechtsähnliches Recht, welches den Einzelnen vor dem Staat schützen soll, ihm mithin

65 König, Europäische Plattformregulierung (Fn. 62), § 11, Rn. 17; N. Moreno Bellosa/N. Petit, The EU Digital Markets Act (DMA) – A Competition Hand in a Regulatory Glove, Social Science Research Network, April 2023, S. 27, abrufbar unter: <https://ssrn.com/abstract=4411743>.

ein Abwehrrecht gegen den Staat verleiht.⁶⁶ Diese Funktion würde ausgehöhlt, wäre es dem einfachen Gesetzgeber erlaubt, eine Einschränkung des Grundrechts durch eine bloß formal gesetzte Zielrichtung eines Gesetzes zu umgehen. Eine solche ist daher nicht ausreichend.⁶⁷ Insofern ist es unerheblich, dass der DMA vorgibt, ein anderes Ziel als das Kartellrecht zu verfolgen.⁶⁸ Im Anwendungsbereich des DMA kann dieser zwar diese – untechnisch gesprochen – Fiktion unterschiedlicher Ziele und sich ergänzender Anwendungsbereiche postulieren. Dies hat aber keine Auswirkung auf die Auslegung des Doppelbestrafungsverbots und seiner möglichen Einschränkung.

2. Verhältnis auf Grundlage einer eigenständigen Bewertung

Da eine formale Betrachtung des vom DMA selbst postulierten Ziels keine Einschränkung des Doppelbestrafungsverbots rechtfertigen kann, ist das Verhältnis auf Grundlage einer eigenständigen Bewertung maßgebend.⁶⁹

a. Hohe Übereinstimmung der vom DMA und vom Kartellrecht verfolgten Ziele

Wenngleich der DMA auf den digitalen Sektor beschränkt ist und selbst zumindest keine begriffliche Verbindung zum Wettbewerb knüpft, erinnert die Formulierung Gewährleistung bestreitbarer und fairer Märkte stark an das vom EuGH in *bpost* und *Nordzucker* von Art. 101 und Art. 102 AEUV festgestellte Ziel „zu garantieren, dass der Wettbewerb im Binnenmarkt

66 *Blanke*, EUV/AEUV-Kommentar (Fn. 12), GRCh Art. 50, Rn. 1.

67 So aber *Käseberg/Gappa*, DMA-Kommentar (Fn. 6), Art. 1, Rn. 33; in diesem Sinne auch *F. Haus/S. Steinseifer*, Digital Markets Act (DMA) – Verhältnis zu § 19a GWB und private Rechtsdurchsetzung, ZWeR 2023, 105 (116).

68 *Achleitner*, Verhaltenspflichten (Fn. 42), 365; *Brueckner/Tzanetis*, Verfahrenskumulierung (Fn. 6), 65; *P. Larouche/A. de Stree*, The European Digital Markets Act: A Revolution Grounded on Traditions, Journal of European Competition Law & Practice 12 (2021), 542 (544 f.); *Schweitzer*, Contestable (Fn. 64), 511; in diesem Sinne *GA Bobek*, Schlussanträge EuGH C-117/20, *bpost*, ECLI:EU:C:2021:680, BeckRS 2021, 25037 Rn. 139; aA wohl *Hübener/Reims*, DMA-Handbuch (Fn. 26), § 10, Rn. 21.

69 *GA Bobek*, Schlussanträge EuGH C-117/20, *bpost*, ECLI:EU:C:2021:680, BeckRS 2021, 25037 Rn. 139; *Brueckner/Tzanetis*, Verfahrenskumulierung (Fn. 6), 65.

nicht verfälscht werde“. So sind faire und bestreitbare Märkte notwendige Bedingungen eines funktionierenden Wettbewerbs.⁷⁰

Dass auch das Kartellrecht die Bestreitbarkeit von Märkten zum Ziel hat, lässt sich für Primärmärkte anhand des potentiellen Wettbewerbs darlegen. Dieser ist so wie der aktuelle Wettbewerb vom Schutz des Kartellrechts umfasst.⁷¹ Damit potentieller Wettbewerb aber überhaupt vorliegen kann, müssen Märkte bestreitbar sein. Andernfalls gibt es keine Möglichkeit zum Marktbeitritt sonstiger Unternehmen und die durch den potentiellen Wettbewerb bestehende disziplinierende Wirkung tritt nicht ein.⁷² In Bezug auf Sekundärmärkte lässt sich die Bestreitbarkeit exemplarisch anhand der „essential facilities doctrine“ darstellen. Aus dieser folgt ein Anspruch auf Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung, um auf diese Weise auf dem der wesentlichen Einrichtung nachgelagerten Markt tätig werden zu können.⁷³

Der schillernde Begriff der Fairness ist im Kartellrecht zwar nicht derart allgegenwärtig wie im DMA, aber dennoch nicht unbekannt.⁷⁴ Er findet sich wenn auch nicht in den deutschen, so doch in den englischen Sprachfassungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV, in dem es um einen *fair share of the resulting benefit* geht, von Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV, der *unfair purchasing or selling prices or other unfair trading conditions* betrifft sowie von der Präambel des AEUV, welche als Ziel die Gewährleistung von *fair competition*

70 R. Achleitner, Begrenzung der Marktmacht in der Digitalökonomie als Innovationsbremse? Der Digital Markets Act: Rechtsgrundlage, Verhältnis zum Wettbewerbsrecht und Fragen der Primärrechtskonformität, in: A. Heger/S. Gourdet (Hrsg.), Fairen Wettbewerb in der EU sichern, Baden-Baden 2022, S. 77 (80); J. Basedow, Das Rad neu erfunden: Zum Vorschlag für einen Digital Markets Act, ZEuP 2021, 217 (220 f.); Beems, Landscape (Fn. 42), 6; P. Bongartz, § 19a GWB – a keeper?, WuW 2022, 72 (73); Bostoën, Understanding (Fn. 5), 266; G. Colangelo, In Fairness We (Should Not) Trust: The Duplicity of the EU Competition Policy Mantra in Digital Markets, Social Science Research Network, September 2023, S. 13, abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4360057; S. Horn/A. Schmalenberger, Kartellrechtsnahe Regulierung von Gatekeepern – der Digital Markets Act, K&R 2022, 465 (466); N. Petit, The Proposed Digital Markets Act (DMA): A Legal and Policy Review, Journal of European Competition Law & Practice 12 (2021), 529 (529 f.); R. Polley/F. Konrad, Der Digital Markets Act – Brüssels neues Regulierungskonzept für Digitale Märkte, WuW 2021, 198 (199); Schweitzer, Contestable (Fn. 64), 509; Zimmer/Göhsl, Competition (Fn. 59), 36.

71 Lübbig, Handbuch des Kartellrechts (Fn. 57), § 8, Rn. 16; siehe auch EuGH 6–72, *Continental Can*, ECLI:EU:C:1973:22, BeckRS 1973, 106883 Rn. 25.

72 Thomas in: U. Immenga/E. Mestmäcker (Begr.), T. Körber/H. Schweitzer/D. Zimmer (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. III, 6. Aufl., München 2020, GWB § 36, Rn. 181.

73 Fuchs, Wettbewerbsrecht, Bd. I (Fn. 31), AEUV Art. 102, Rn. 331 ff.

74 Colangelo, Fairness (Fn. 70), 6.

vorsieht. Darüber hinaus findet er sich in den Erwägungsgründen (1) und (3) der Richtlinie (EU) 2019/1⁷⁵ (ECN+-RL), wobei ersterer von faireren und offeneren Märkten spricht, was wiederum an die bestreitbaren und fairen Märkte des DMA erinnert. Fraglich ist gleichwohl, ob der Fairnessbegriff im Kartellrecht und im DMA identisch ausgelegt werden.⁷⁶ Eine identische Auslegung machte die Überschneidungen noch deutlicher. Doch auch wenn der Fairnessbegriff im Kartellrecht und im DMA unterschiedlich ausgelegt würden,⁷⁷ so gibt es zwischen dem hinter dem Fairnessbegriff des DMA stehenden Konzept und dem Kartellrecht jedenfalls starke Parallelen.⁷⁸ So entspricht das bereits genannte Beispiel für unfaires Verhalten aus Erwägungsgrund (62) DMA dem Preis- und Konditionenmissbrauch aus Art. 102 S. 2 lit. a AEUV⁷⁹ und weist daher Überschneidungen zu dem kartellrechtlichen Ausbeutungsmisbrauch auf.⁸⁰

b . Einwand der lediglich partiellen Überschneidung

Dem könnte nun der Einwand entgegengebracht werden, der DMA schütze nicht den Wettbewerb insgesamt, sondern bloß die Bestreitbarkeit und die Fairness auf digitalen Märkten. Auch wenn die Bestreitbarkeit und die Fairness notwendiger Bestandteil des Schutzes von Wettbewerb seien, sei das Ziel des DMA damit deutlich enger gefasst als das des Kartellrechts, womit unterschiedliche Ziele vorlägen. Ein solcher Einwand verkennte jedoch die Anforderungen an die Unterschiedlichkeit der Ziele: Es ist nicht notwendig, dass die Ziele exakt deckungsgleich sind. Es genügt, wenn eines der Ziele vollständig oder zumindest weitgehend in dem anderen aufgeht. Andernfalls würde der gewährleistete Schutz des Doppelbestrafungsverbots zu sehr eingengt. Darüber hinaus führte dies aber auch zu Rechtsunsicherheiten, da eine Bestimmung, ob die Ziele einer Vorschrift exakt deckungsgleich sind, im Einzelfall sehr schwierig sein kann. Schließlich würde ein

75 Richtlinie (EU) 2019/1 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts [2019] OJ L 11/3.

76 *Beems*, Landscape (Fn. 42), 7.

77 *Beems*, Landscape (Fn. 42), 7.

78 *Bostoen*, Understanding (Fn. 5), 266.

79 Vertiefend dazu *Fuchs*, Wettbewerbsrecht, Bd. I (Fn. 31), AEUV Art. 102, Rn. 174 ff.

80 *Brueckner/Tzanetis*, Verfahrenskumulierung (Fn. 6), 65; *Haus/Steinseifer*, Verhältnis (Fn. 67), 115 f.; *Käseberg/Gappa*, DMA-Kommentar (Fn. 6), Art. 1, Rn. 7.

solches Verständnis die Anwendung des Doppelbestrafungsverbots faktisch zur Disposition des einfachen Gesetzgebers stellen, da er ohne Weiteres eine geringfügige Abweichung von Zielen erreichen könnte.

c. Einwand der Rechtsgrundlage des DMA

Der DMA wurde auf Art. 114 AEUV als Rechtsgrundlage gestützt. Dies ist insofern beachtenswert, als dass das Unionsrecht mit Art. 103 AEUV eine Rechtsgrundlage vorsieht, durch die die in Art. 101 und 102 AEUV enthaltenen materiellen Grundsätze des Kartellrechts verwirklicht werden können. Daher stellt sich die Frage, welche Auswirkung die Wahl der Rechtsgrundlage auf das Verhältnis der Ziele hat. Art. 114 AEUV zielt auf eine Verwirklichung des Binnenmarktes ab. Auf den ersten Blick ist dies ein anderes Ziel als der Schutz des Wettbewerbs. Allerdings ist die Verwirklichung des Binnenmarktes kein inhaltliches, sondern ein funktionales Ziel.⁸¹ Denn sie ist kein Selbstzweck, sondern das Mittel zur Verwirklichung eines übergeordneten Ziels, welches besser durch eine Regelung auf unionaler statt auf mitgliedstaatlicher Ebene erreicht werden kann.⁸² Die Verwirklichung des Binnenmarktes kann als inhaltliches Ziel auch den Schutz des Wettbewerbs bezwecken. Beide Ziele – der Schutz des Wettbewerbs und die Verwirklichung des Binnenmarktes – befinden sich auf unterschiedlichen Abstraktionsebenen, sodass es für das Verhältnis vom Kartellrecht zum DMA unerheblich ist, dass der DMA nicht auf Art. 103 AEUV gestützt wurde.

d. Übertragbarkeit der Argumentation aus *bpost* auf das Verhältnis des DMA zum Kartellrecht

Darüber hinaus wurde die Argumentation des EuGH aus *bpost* angeführt und argumentiert, dass das Ergebnis beim Doppelbestrafungsverbot betreffend das Kartellrecht und den DMA dasselbe sei wie bei *bpost*, da der

81 Tietje in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar, München 80. EL August 2023, AEUV Art. 114, Rn. 6.

82 Korte, EUV/AEUV-Kommentar (Fn. 12), AEUV Art. 114, Rn. 2.

DMA wie das belgische Postgesetz Regulierungsrecht sei.⁸³ Von einer höheren Abstraktionsebene aus betrachtet ging es in *bpost* um das Verhältnis des Ziels des Kartellrechts zu einer sektorspezifischen Vorschrift.⁸⁴ Da der EuGH dort davon ausging, dass die gegenständlichen Vorschriften unterschiedliche Ziele verfolgten, ist fraglich, wie der EuGH dies begründet. Die sektorspezifische Vorschrift bezwecke es, den Binnenmarkt für Postdienste zu liberalisieren.⁸⁵ Es sei legitim, dass das Fortschreiten des Liberalisierungsprozesses des Binnenmarkts für Postdienste (Ziel der sektorspezifischen Vorschrift) bei gleichzeitiger Sicherstellung seines Funktionierens (Ziel des Kartellrechts) durch das gleichzeitige Ahnden von Verstößen gegen das sektorspezifische Recht und gegen das Kartellrecht gewährleistet werde.⁸⁶ Klassischerweise geht es bei der Liberalisierung der von natürlichen Monopolen geprägten Netzwirtschaften darum, Märkte zu öffnen und so Wettbewerb überhaupt erst zu ermöglichen;⁸⁷ oftmals durch die Zerschlagung staatlicher Monopole.⁸⁸ Typisierend wird dabei auch vom Regulierungsrecht gesprochen.⁸⁹ Freilich ist dieser Begriff nicht unproblematisch, da eine gesetzliche Begriffsbestimmung fehlt und die Literatur in der Folge mannigfaltige Bestimmungen erdacht hat.⁹⁰ Abgrenzen lassen sich das Regulierungsrecht in diesem Sinne und das Kartellrecht derart, dass Ersteres den Wettbewerb überhaupt erst ermöglicht, während

83 *J. Brauneck*, Der Digital Markets Act (DMA) – das neue, bessere digitale EU-Wettbewerbsrecht?, RD 2023, 27 (32); *Huerkamp/Nuys*, DMA-Kommentar (Fn. 6), Art. 30, Rn. 21; *M. Zober*, Durchsetzung des DMA-E und dessen Verhältnis zum Kartellrecht, NZKart 2021, 611 (615); in diesem Sinne *Haus/Steinseifer*, Verhältnis (Fn. 67), 116.

84 In diesem Sinne *Beems*, Landscape (Fn. 42), 19.

85 EuGH C-117/20, *bpost*, ECLI:EU:C:2022:202, BeckRS 2022, 5011 Rn. 45.

86 EuGH C-117/20, *bpost*, ECLI:EU:C:2022:202, BeckRS 2022, 5011 Rn. 47; kritisch *Achleitner*, Verhaltenspflichten (Fn. 42), 365.

87 *M. Schmidt-Preuß*, Das Recht der Regulierung – Idee und Verwirklichung, in: F. Säcker/M. Schmidt-Preuß (Hrsg.), Grundsatzfragen des Regulierungsrechts – Schriften der Wissenschaftlichen Vereinigung für das gesamte Regulierungsrecht, Bd. I, Baden-Baden 2015, S. 68 (68 f.); *J. Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, München 2004, S. 31 f.

88 *M. Burgi*, Regulierung: Inhalt und Grenzen eines Handlungskonzepts der Verwaltung, in: P. Bultmann/K. Grigoleit/C. Gusy/J. Kersten/C. Otto/C. Preschel (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – Festschrift für Ulrich Battis, München 2014, S. 329 (333).

89 Siehe nur *Burgi*, Regulierung (Fn. 88), 332 f.

90 Siehe nur *J. Kühling*, Regulierungsrecht als Infrastrukturregulierungsrecht oder mehr?, in: F. Säcker/M. Schmidt-Preuß (Hrsg.), Grundsatzfragen des Regulierungsrechts – Schriften der Wissenschaftlichen Vereinigung für das gesamte Regulierungsrecht, Bd. I, Baden-Baden 2015, S. 44 (46 ff.).

Zweiteres sich darauf beschränkt, ihn zu gewährleisten.⁹¹ Anders gewendet bringt die sektorspezifische Vorschrift den Ball ins Rollen, während die kartellrechtliche Vorschrift ihn in der Spur hält.

Ein Bezug dieser Entscheidung zu der Forschungsfrage ist deswegen nicht fernliegend, da auch der DMA in der Literatur bereits früh als Regulierung(srecht) bezeichnet wurde.⁹² Es ist dementsprechend denkbar, dass eine Betrachtung der Argumentation aus *bpost* sich derart auf das Verhältnis des DMA zum Kartellrecht auswirkt, dass letztlich doch von unterschiedlichen Zielen auszugehen ist.⁹³

Die Feststellung des EuGH bedeutet für das Verhältnis des Ziels des Kartellrechts zum DMA, dass herausgearbeitet werden muss, ob der DMA nun Regulierungsrecht in dem zuvor beschriebenen Sinne oder Kartellrecht ist. Soll er den Ball also ins Rollen bringen oder in der Spur halten? Theoretisch wäre es auch denkbar, dass der DMA ein drittes, von beiden abweichendes Ziel verfolgt. Allerdings dürfen die Ziele einer Vorschrift nicht zu kleinteilig eingeordnet werden, da dies eine Verwässerung der Voraussetzung der Wesensgarantie zur Folge hätte.⁹⁴ Die kleinstmögliche Differenzierung ist daher bereits die vom EuGH im Verhältnis der sektorspezifischen Vorschrift und Art. 102 AEUV vorgenommene.

Entscheidend für die Einordnung des DMA ist die Perspektive: Während die Beiträge, die ihn als Regulierung(srecht) einordnen, dies vor allem aus der Perspektive des DMA selbst tun, ist für die Forschungsfrage die Perspektive der Einschränkung des Doppelbestrafungsverbots unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des EuGH entscheidend. Für diese ist ledig-

91 *Burgi*, Regulierung (Fn. 88), 336 f.; *F. Säcker*, Das Verhältnis von Wettbewerbs- und Regulierungsrecht, *EnWZ* 2015, 531 (532); *Zilsdorf*, Endstation (Fn. 8), 306.

92 So *Basedow*, Vorschlag (Fn. 70), 219; *F. Chirico*, Digital Markets Act: A Regulatory Perspective, *Journal of European Competition Law & Practice* 12 (2021), 493 (494); *A. Heinemann/G. Meier*, Der Digital Markets Act (DMA): Neues «Plattformrecht» für mehr Wettbewerb in der digitalen Wirtschaft, *EuZ* 2021, 86 (88 f.); *Horn/Schmalenberger*, Regulierung (Fn. 70), 467; *D. Jovanovic/J. Greiner*, DMA: Überblick über den geplanten EU-Regulierungsrahmen für digitale Gatekeeper – Paradigmenwechsel im Umgang mit digitalen Plattformen?, *MMR* 2021, 678 (678); *L. Kumkar*, Der Digital Markets Act nach dem Trilog-Verfahren – Neue Impulse für den Wettbewerb auf digitalen Märkten, *RD* 2022, 347 (348); *D. Wielsch*, Wettbewerbsrecht zweiter Ordnung: Der DMA als Teil einer digitalen Medienverfassung, *ZUM* 2023, 153 (157); *Zimmer/Göhl*, Competition (Fn. 59), 35.

93 *Huerkamp/Nuys*, DMA-Kommentar (Fn. 6), Art. 30, Rn. 20 f.

94 *GA Wahl*, Schlussanträge EuGH C-117/20, *bpost*, *ECLI:EU:C:2021:680*, *BeckRS* 2021, 25037 Rn. 139.

lich das Ziel der Vorschrift relevant.⁹⁵ Worauf es dagegen nicht ankommt, ist ein konzeptioneller Vergleich.⁹⁶ Auch wenn sich die Methoden des DMA von denen des Kartellrechts unterscheiden,⁹⁷ ist dies daher unbeachtlich.

Der ordnungspolitische Hintergrund des DMA ist insbesondere den Besonderheiten von digitalen Märkten geschuldet, die durch Netzwerkeffekte, Datennutzung und Skaleneffekte geprägt sind, die schließlich zum Kippen (*Tipping*) dieser Märkte führen können.⁹⁸ Daraus begründet sich auch die Schwäche des Kartellrechts auf eben jenen Märkten: Durch die langen Verfahrensdauer, die die aufwendigen Einzelfallprüfungen mit sich bringen, kommt eine Entscheidung häufig erst, wenn die Märkte bereits zugunsten der marktmachtmissbrauchenden Unternehmen gekippt sind.⁹⁹ Daher soll der DMA primär dieses Durchsetzungsdefizit des Kartellrechts ausgleichen.¹⁰⁰ Gerade dies macht auch den Unterschied zu den Netzwirtschaften deutlich. Denn bei diesen ist aufgrund der natürlichen Monopole zunächst die Herstellung von Wettbewerb erforderlich. Im digitalen Sektor ist dieser dagegen vorhanden und muss lediglich gewährleistet werden. Die auf digitalen Märkten vorhandenen Plattformen sind trotz ihrer Tendenz

95 Laut *Brueckner/Tzanetis*, Verfahrenskumulierung (Fn. 6), 64 bleibe es unklar, ob das Ziel unterschiedlich sein müsse oder ob sich die Unterschiedlichkeit auch auf die Mittel der Durchsetzung beziehen könnte. Der Wortlaut der Entscheidung spricht allerdings stark für die hier vertretene Auffassung.

96 So *Ribera Martínez*, Analysis (Fn. 27), 106 ff.

97 *Moreno Bellosa/Petit*, Regulatory Glove (Fn. 65), 30.

98 Ausführlich zu den Besonderheiten auf digitalen Märkten: *J. Crémer/Y. de Montjoye/H. Schweitzer*, Competition policy for the digital era, Kommission 2019, S. 5 ff., abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>; Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, BMWK 2019, S. 12 ff., abrufbar unter: https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/bericht-der-kommission-wettbewerb-srecht-4-0.pdf?__blob=publicationFile&v=1; instruktiv auch *König*, Europäische Plattformregulierung (Fn. 62), § 11, Rn. 7 ff.

99 *M. Botta*, Sector Regulation of Digital Platforms in Europe: Uno, Nessuno e Centomila, *Journal of European Competition Law & Practice* 12 (2021), 500 (500); *König*, Europäische Plattformregulierung (Fn. 62), § 11, Rn. 15; *Podszun*, DMA-Kommentar (Fn. 6), Einleitung, Rn. 11.

100 Siehe Erwägungsgrund (5) DMA; *P. Akman*, Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act, *Social Science Research Network*, Dezember 2021, S. 2 f., abrufbar unter: <https://ssrn.com/abstract=3978625>; *G. Colangelo/M. Cappai*, A Unified Test for the European Ne Bis in Idem Principle: The Case Study of Digital Markets Regulation, *Social Science Research Network*, Oktober 2021, S. 21 f., abrufbar unter: <https://ssrn.com/abstract=3951088>; *Ribera Martínez*, Analysis (Fn. 27), 88.

zum Kippen keine natürlichen Monopole, da die parallele Nutzung mehrerer Dienste jedenfalls möglich ist.¹⁰¹ Der Unterschied zu den natürlichen Monopolen wird auch nochmal durch Erwägungsgrund (32) DMA deutlich: Der DMA soll eben nicht – wie das Regulierungsrecht im Sinne der Netzwirtschaften – bloß die Bestreitbarkeit und damit den Wettbewerb auf Sekundärmärkten schützen, sondern eben auch auf die von Primärmärkten, auf denen die Gatekeeper ihre zentralen Plattformdienste anbieten.

Im Ergebnis entspricht die Zielsetzung des DMA der des Kartellrechts und nicht der des Regulierungsrechts im Sinne der Netzwirtschaften.¹⁰² Aus Perspektive der Wesensgehaltsgarantie ist der DMA damit Kartell- und kein Regulierungsrecht.

e. Zwischenergebnis

Eine eigenständige Bewertung des Verhältnisses der Ziele des DMA und des Kartellrechts führt dazu, dass die Ziele in hohem Maße übereinstimmen. Mögliche Einwände überzeugen nicht. Insofern ist eine Einschränkung des Doppelbestrafungsverbots nach Art. 52 Abs. 1 GRCh nicht möglich.

E. Ergebnis

Es bleibt festzuhalten: Eine doppelte Sanktionierung eines Gatekeepers wegen derselben Tat nach dem Kartellrecht und nach dem DMA verstieße gegen das Doppelbestrafungsverbot aus Art. 50 GRCh. Eine Straftat im Sinne von Art. 50 GRCh liegt vor, da beide Sanktionen – insbesondere aufgrund der hohen Bußgeldandrohung – strafrechtlichen Charakter haben, auch wenn es sich aus einer formalen Betrachtung dabei bloß um Verwaltungsunrecht und damit nicht um Strafrecht handelt. Um dieselbe Straftat handelt es sich, da auf die zweifache Identität des Sachverhalts und des Betroffenen abzustellen ist und nicht mehr wie zuvor in kartellrechtlichen

101 S. Wizemann, Finanzmarktregulierung und Kartellrecht, Tübingen 2022, S. 23; H. Schweitzer/J. Haucap/W. Kerber/R. Welker, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, S. 12 f., abrufbar unter: https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen.pdf?__blob=publicationFile&v=12.

102 Beems, Landscape (Fn. 42), 18; Brueckner/Tzanetis, Verfahrenskumulierung (Fn. 6), 65; Schweitzer, Contestable (Fn. 64), 508; im Ergebnis auch Akman, Assessment (Fn. 100), S. 19 f.

Verfahren zusätzlich auf die Identität des Rechtsguts. Eine Einschränkung des Doppelbestrafungsverbots nach Art. 52 GRCh scheiterte konkret daran, dass der Wesensgehalt des Doppelbestrafungsverbots nicht gewahrt würde, sanktionierte die KOM und bzw. oder eine mitgliedstaatliche Behörde einen Gatekeeper aufgrund von sowohl dem Kartellrecht als auch dem DMA, da beide – zumindest aus Perspektive des Doppelbestrafungsverbots – dasselbe Ziel verfolgen.

Abschließend bleibt festzuhalten: Nein, Gatekeeper erwartet kein links-rechts Haken, denn ein solcher wäre regelwidrig.

