



Ausschussdrucksache 20(9)57

25.04.2022

**Dr. Kim Manuel Künstner,
Kanzlei Schulte Rechtsanwälte,
Frankfurt am Main**

Stellungnahme

Öffentliche Anhörung

zum Thema

„Digital Markets Act“

am 27. April 2022

STELLUNGNAHME

Öffentliche Anhörung zum Digital Markets Act

Deutscher Bundestag - Wirtschaftsausschuss

Verfasser: Dr. Kim Manuel Künstner

Kontakt: Telefon: +49 (69) 900 26-6
Fax: +49 (69) 900 26-999
Neue Mainzer Straße 28
60311 Frankfurt am Main

Datum: 24. April 2022

SCHULTERRECHTSANWÄLTE.

Inhaltsverzeichnis

Wesentliche Ergebnisse	1
1. Einordnung des DMA	2
1.1 Bestreitbarkeit der Märkte.....	2
1.2 Fairness.....	3
2. Unzulänglichkeiten der gegenwärtigen Wettbewerbsvorschriften.....	4
2.1 Schwächen des Verbots des Missbrauchs von Marktmacht.....	4
2.2 Schwächen der Fusionskontrolle.....	5
2.3 Schwächen des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen	6
3. Effiziente Durchsetzung bleibt fraglich	6
3.1 Schwächen der behördlichen Durchsetzung	6
3.2 Schwächen der privatrechtlichen Durchsetzung	7
3.2.1 Ross-und-Reiter-Problematik.....	8
3.2.2 Ungleiches Kostenrisiko	8
3.2.3 Schwer zu prognostizierende Gerichtsurteile in Deutschland.....	8
3.3 Wesentliche Kompetenzfragen nicht abschließend geklärt	8
4. Schlussbemerkung.....	9

Wesentliche Ergebnisse

- Die Existenz des DMA belegt weniger die wettbewerblichen Eigenarten der digitalen Plattformökonomie als die generellen Unzulänglichkeiten des bestehenden Drei-Säulen-Modells des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts (Kartellverbot, Verbot des Missbrauchs von Marktmacht und der Fusionskontrolle) auf zunehmend konzentrierten und vermachteten Märkten. Der DMA wird diese Unzulänglichkeiten selbst im besten Fall nur teilweise ausräumen, schlimmstenfalls keine Verbesserungen herbeiführen.
- Der DMA ist schwerpunktmäßig eine verschärfte Durchsetzung des Verbots des Missbrauchs von Marktmacht. Zwar belegen erfolgreiche Missbrauchsverfahren wegen unsachgemäßer Selbstbevorzugung (Google-Shopping-Verfahren der EU-Kommission) und missbräuchlicher Nutzungsbedingungen gegenüber Verbrauchern (Facebook-Verfahren des Bundeskartellamtes), dass Art. 102 AEUV und § 19 GWB auch Antworten auf vermeintlich neue Fragen der Digital- und Plattformökonomie kennen. Die langen Verfahrensdauern und die rechtlichen Unsicherheiten auf Seiten der Wettbewerbsbehörden sollen jedoch durch den „ex-ante Mechanismus“ des DMA abgeschwächt werden.
- Der Wirkungsgrad des DMA hängt von dessen effizienter behördlichen („Public Enforcement“) und privatrechtlichen Durchsetzung („Private Enforcement“) ab. Trotz weiterer Verbesserungen im Trilog-Verfahren bestehen hier weiter Bedenken.
- Hinsichtlich der privatrechtlichen Durchsetzung bestehen aufgrund der Ross-und-Reiter-Problematik und der häufig sehr ungleichen Kostenrisiken erhebliche Zugangshemmnisse. In Deutschland wird die Vorhersehbarkeit der gerichtlichen Entscheidungen zudem durch mangelnde sachliche Spezialisierung und regionale Zuständigkeiten der Eingangsinstanzen erschwert.
- Die Fusionskontrolle zeigt sich auf digitalen Märkten als nahezu wirkungslos. Der zu erwartende Beitrag des DMA zu strukturellen Maßnahmen bzw. Veränderungen ist als allenfalls gering anzusehen. Eine effiziente Strukturkontrolle mit entsprechenden Entflechtungsmöglichkeiten bleibt damit die größte Leerstelle des DMA und ist damit weiterhin eine künftige Aufgabe zur Verbesserung der Wettbewerbsvorschriften.

1. Einordnung des DMA

Der Digital Markets Act („DMA“)¹ fügt als EU-Schwesternorm zu § 19a GWB dem EU-Wettbewerbsrecht eine vierte Säule hinzu. Der DMA ist eine Vorstufenregulierung, die sich zwischen der situativen Kontrolle des Wettbewerbsrechts und der ständigen Kontrolle des Regulierungsrechts bewegt.

Die Schutzobjekte des DMA umfassen mit der Bestreitbarkeit der Märkte und der Fairness auf den Plattformen ein strukturelles und ein verhaltensbezogenes Element.

1.1 Bestreitbarkeit der Märkte

Die Bestreitbarkeit der Märkte ist seit jeher Gegenstand der Wettbewerbsvorschriften und spielt insbesondere für die Frage der Beurteilung von Marktmacht anhand starrer Marktanteilsbetrachtungen eine wichtige Rolle, da die typischerweise hohe indizielle Wirkung hoher Marktanteile für die Annahme von Marktmacht an Bedeutung verliert, wenn diese Marktpositionen als dynamisch angreifbar gelten, d.h. als „bestreitbar“. Im Kontext der Gatekeeper nach Lesart des DMA ist hinsichtlich der Bestreitbarkeit der Märkte zwischen dem bereits dominierten Markt durch den zentralen Service des Gatekeepers (z.B. Internetsuchmaschine von Google) und benachbarte Märkte und Dienstleistungen (z.B. Shopping-Suche durch Google aber auch Drittanbieter wie Idealo) zu unterscheiden.

Vom DMA erfasste Gatekeeper haben gemeinsam, dass sie sich hinsichtlich einzelner Dienste im Wettbewerb durchgesetzt und diese zu einem zentralen Netzwerkdienst von hoher wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Relevanz ausgebaut haben. Aufgrund starker Netzwerkeffekte entstehen „Winner-Takes-It-All“-Märkte. Diese Marktstellung kann kaum durch vergleichbare Dienste angegriffen werden, vielmehr entstehen Monopole auf Zeit, deren Lebenszyklus meist erst aufgrund einer erheblichen Änderung des technologischen Umfelds eintritt. Im Wettbewerb erworbene „Monopole auf Zeit“ sind der Wettbewerbsordnung nicht fremd. Patente und andere geistige Eigentumsrechte vermitteln in sehr spezifischen Bereichen ebenfalls dominante Marktpositionen, beispielsweise bei Arzneimitteln. Daraus folgt zunächst, dass es keine Veranlassung gibt, den Gatekeeper in Bezug auf seinen dominanten Service durch staatliche Regulierung anzugreifen.

¹ Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector; KOM(2020)842 endg.; Ratsdok-Nr. 14172/20.

Gleichzeitig gelten für den Gatekeeper und dessen „Monopol auf Zeit“ dieselben Wettbewerbsvorschriften wie für andere dominante Unternehmen auch, d.h. er darf keine missbräuchlich überhöhten Entgelte erheben² oder andere ungerechtfertigte Geschäftsbedingungen aufstellen, beispielsweise eine extensive Datenerhebung.³ 5

Die wettbewerbskonforme Erschaffung eines Gatekeepers rechtfertigt zudem keinen unsachgemäßen Übergriff des Gatekeepers auf andere Märkte und Dienstleistungen. Die zentralen Plattform-Services der Gatekeeper ermöglichen es ihnen häufig, eigene Marktregeln auch auf benachbarten (z.B. Internetsuche und Shopping-Suche) oder vor- bzw. nachgelagerten Märkten (z.B. Payment und Fulfillment) zu schaffen. Diese von dominanten Anbietern geschaffenen Regeln unterliegen aber weder einer demokratischen noch einer wettbewerblichen Kontrolle, da sowohl Geschäftskunden als auch Verbraucher in Bezug auf die zentrale Dienstleistung der Gatekeeper keine kurzfristigen Ausweichmöglichkeiten haben. Solche Hebelungen von wettbewerbskonform erworbenen Machtpositionen sind zu unterbinden. Von innovativen und finanzstarken Gatekeepern kann und muss erwartet werden, dass sie sich dem Wettbewerb außerhalb der von ihnen dominierten Märkte stellen und durch bessere Produkte überzeugen, nicht durch Unternehmensübernahmen oder gezielte Beeinträchtigungen konkurrierender Unternehmen. 6

1.2 Fairness

Fairness als Rechtsprinzip ist ein neuerer, aber an Bedeutung gewinnender Topos in der Wettbewerbsordnung und findet sich beispielsweise auch in der UTP-Richtlinie⁴ oder auch dem Anzapfverbot nach §§ 20 Abs. 2, 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB. Fairness zielt stärker auf Kontrolle konkreter Verhandlungsergebnisse, denn auf Verhaltens- oder Strukturkontrolle. „Fairnesskontrolle“ anerkennt, dass die bisherigen Instrumente der Wettbewerbsvorschriften an ihre Grenzen gestoßen sind und neue Instrumente gefunden werden müssen, die dem faktisch bereits vorhandenen Machtgefälle in vielen Sektoren Einhalt gebieten. 7

Greift die „Vorwerfbarkeit“ im klassischen Wettbewerbsrecht an der Strukturveränderung (z.B. Bestreitbarkeit der Märkte, Machtkonzentration) oder dem konkreten Verhalten eines Unternehmens an (Behinderung oder Diskriminierung anderer Wirtschaftsteilnehmer), erstreckt sich die Fairness auf das konkrete privatautonom erzielte Ergebnis zwischen Unternehmen. 8

² *OLG Frankfurt*, Urteil vom 21. Dezember 2010, 11 U 37/09 (Kart).

³ BKartA, Beschluss vom 6. Februar 2019, B 6-22/16 ; abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=6

⁴ Richtlinie (EU) 2019/633 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über unlautere Handelspraktiken in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette; ABl. 2019 L 111/59.

2. Unzulänglichkeiten der gegenwärtigen Wettbewerbsvorschriften

Der DMA wird selbst im Falle einer erfolgreichen Durchsetzung wesentliche Unzulänglichkeiten des bestehenden Wettbewerbsrechts nicht beseitigen können. Die Stärken des DMA liegen darin, einige der derzeit auf Seiten der Wettbewerbsbehörden bestehenden Rechtsunsicherheiten bei der Anwendung des generalklauselartigen Verbots des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung auf die Gatekeeper abzuschwächen, bei weitem jedoch nicht alle (hierzu 2.1). Die derzeitigen Schwächen der Fusionskontrolle insbesondere im Digitalsektor werden vom DMA nahezu überhaupt nicht beseitigt (hierzu 2.2). Das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen („Kartellverbot“) bedarf insoweit keiner Unterstützung, wirft aber ein Schlaglicht auf die Kartellgeneignetheit der Gatekeeper (hierzu 2.3).

9

2.1 Schwächen des Verbots des Missbrauchs von Marktmacht

Das Verbot des Missbrauchs von Marktmacht (Art. 102 AEUV bzw. § 19 GWB) scheint auf den ersten Blick geeignet, missbräuchliches Verhalten der Gatekeeper adäquat zu erfassen und durch einstweilige Maßnahmen bzw. Bußgeldentscheidungen abzustellen. Verfahren wie Google-Shopping der EU-Kommission⁵ und Facebook des Bundeskartellamtes⁶ belegen, dass viele der kritisierten Verhaltensweisen der Gatekeeper auch über Art. 102 AEUV bzw. § 19 GWB eingefangen werden können. Die behördlichen Verfahren in diesem Bereich kranken aber an überlangen Verfahrensdauern und der teilweisen Nichtbeachtung durch die Gatekeeper.

10

Vorbehalte gegenüber einer effizienten wettbewerblichen Kontrolle der Gatekeeper durch das Verbot des Missbrauchs von Marktmacht bestehen insbesondere im Hinblick auf Rechtsunsicherheiten hinsichtlich der notwendigen Feststellung von Marktmacht anhand der Abgrenzung relevanter Märkte und Marktanteilsbetrachtungen, der Erfassung konkreter Verhaltensweisen wie der Selbstbevorzugung eigener Angebote der Gatekeeper unter die Generalklauseln der Missbrauchsverbote nach Art. 102 AEUV bzw. § 19 GWB und effiziente Nutzung einstweiliger Maßnahmen durch die Behörden. Insbesondere in diesen drei Bereichen befürchten die Wettbewerbsbehörden fehlende Rechtssicherheit und damit Niederlagen vor den Wettbewerbsgerichten.

11

Der DMA beseitigt mit seinem primär umsatzbasierten Ansatz für den persönlichen Anwendungsbereich und insbesondere mit seinen konkreten ex-ante Verboten weite Teile dieser Rechtsunsicherheiten zugunsten der Wettbewerbsbehörden, was ebenfalls die Bereitschaft zu einstweiligen Maßnahmen gegenüber den Gatekeepern führen dürfte. Bei effizienter Durchsetzung darf mit kürzeren Verfahren gefahren gerechnet werden,

12

⁵ KOM., Case AT.39740 – *Google Search (Shopping)*; abrufbar unter: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf

⁶ BKartA, (Fn. 3).

gegebenenfalls auch mit behördlichen Eingriffen, die die Manifestation von Schäden am Wettbewerb als solchen verhindern können. Eine teilweise Kompensation der gegenwärtigen Schwächen des Verbots des Missbrauchs von Marktmacht durch den DMA ist damit durchaus im Bereich des Möglichen.

Auch der DMA bleibt jedoch in seinem Kern ein verhaltensbezogenes Instrument, welches bei strukturellen Schäden zum Nachteil des Wettbewerbs im Umfeld der Gatekeeper kaum effizient eingreifen kann, sofern sich die Verhaltensweisen des Gatekeeper nicht bereits einen Verstoß darstellen. 13

2.2 Schwächen der Fusionskontrolle

Die Fusionskontrolle zeigt sich auf digitalen Märkten als nahezu wirkungslos.⁷ Ihre statischen Instrumente und Schadentheorien entstammen einer Zeit der industrialisierten Güterwirtschaft. Einmal vollzogene Zusammenschlüsse können in der EU bzw. in Deutschland nicht mehr rückabgewickelt werden. 14

Gatekeeper können ihre bestehenden Marktpositionen insbesondere durch Akquisitionen auf weitere Marktbereiche ausweiten. Die Fusionskontrolle hebt die strenge Kontrolle des Kooperationsverbots nach Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB aus und läuft auf digitalen Märkten aufgrund der engen Marktabgrenzung faktisch ins Leere. 15

Sobald ein Zusammenschluss nicht zu hohen gemeinsamen Marktanteilen direkter Wettbewerber auf demselben Markt führt, fehlt es an belastbaren Schadentheorien. Die Wettbewerbsbehörden fürchten um ihre Erfolgchancen vor den Gerichten und müssen Prüfungen ganz unterlassen (z.B. Bundeskartellamt in Sachen Facebook/Kustomer⁸) oder sie lassen sich auf politische Kompromissentscheidungen mit den Zusammenschlussbeteiligten ein, welche die echten Wettbewerbsbedingungen nicht hinreichend reflektieren.⁹ 16

Der DMA verbessert diesen Zustand nicht. Wie schon beim Verbraucherschutz durch das Bundeskartellamt dürfen die Wettbewerbsbehörden künftig den Gatekeepern bei der Akquisitionen interessiert zuschauen, aber weder ex-ante noch ex-post eingreifen. Soweit die finale Fassung des DMA als Sanktionsmaßnahme das temporäre Verbot von Akquisitionen durch Gatekeeper vorsieht, geht dies am Ziel der Prävention struktureller Wettbewerbsbeeinträchtigungen vorbei, die auch ohne vorwerfbares Verhalten eintreten. 17

⁷ Dazu *Künstner*, NJW-Aktuell 10/2022, S. 12 f.; abrufbar unter: <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/magazin/detail/verzweigte-fusionskontrolle>

⁸ BKartA, Pressemitteilung vom 11. Februar 2022; abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2022/11_02_2022_Meta_Kustomer.html

⁹ Siehe auch den früheren EU-Chefökonom *Valletti*, Interview vom 20. April, 2021, erschienen in "The Counterbalance"; abrufbar unter: <https://thecounterbalance.substack.com/p/the-european-system-of-monopoly?s=r>

2.3 Schwächen des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen

Die Effizienz des Kartellverbots (Art. 101 AEUV, § 1 GWB) ist zwar von Gatekeepern nicht direkt betroffen. Die Monopolisierung benachbarter Märkte erleichtert jedoch kartellrechtswidrige Abstimmungen zwischen den Gatekeepern etwa über die (unterlassene) Abwerbung von Arbeitnehmern¹⁰ oder den Nichtangriffspakt im Online-Werbemarkt zwischen Google und Facebook¹¹. Insbesondere der letztere Vorgang, der unter dem Namen „Jedi Blue“ geführt wird, belegt die generelle Gefahr für den Wettbewerb, die von der strukturellen Marktmachtkonzentration der Gatekeeper ausgeht, da Google zunächst über den Kauf von Double Click den Online-Werbemarkt dominieren konnte und schließlich mit Facebook darüber einkam, diese Marktposition nicht zu bestreiten, um im Gegenzug eine bevorzugte Behandlung bei der Auktion von Online-Werbung zu erhalten.

3. Effiziente Durchsetzung bleibt fraglich

Während des Gesetzgebungsprozesses drehten sich viele der Bedenken gegenüber dem DMA um das Thema der effizienten Durchsetzung.¹² Dabei ist zu berücksichtigen, dass die vermeintliche Stärke des DMA gegenüber den bestehenden Wettbewerbsvorschriften weniger in der Schaffung materiell weitergehender Verbotsnormen liegt, sondern in der Schaffung von Rechtssicherheit auf Seiten der Behörden.

Trotz der entsprechenden Diskussionen und Nachbesserungen im Rahmen des Trilog-Verfahrens bleiben Schwächen bei der behördlichen (hierzu 3.1 und privatrechtlichen Durchsetzung (hierzu 3.2). Hinzu kommen potentiell verfahrensverzögernde Kompetenzfragen (hierzu 3.3).

3.1 Schwächen der behördlichen Durchsetzung

Es zeichnet sich bereits jetzt ab, dass die Kommission zu wenig Personal für die die aufwändigen Verfahren zur Verfügung haben wird und diese auch erst in einigen Monaten überhaupt ihre Arbeit aufnehmen können.¹³

¹⁰ Siehe beispielsweise <https://techcrunch.com/2015/09/03/apple-google-other-silicon-valley-tech-giants-ordered-to-pay-415m-in-no-poaching-suit/>

¹¹ Siehe beispielsweise <https://www.forbes.com/sites/enriquedans/2021/01/19/jedi-blue-a-scandal-that-highlights-yet-again-the-need-to-regulate-bigtech/?sh=78d57985270d>

¹² *Podszun*: Private enforcement and the Digital Markets Act: The Commission will not be able to do this alone, *VerfBlog*, 2021/9/01, <https://verfassungsblog.de/power-dsa-dma-05/>, DOI: 10.17176/20210901-112941-0; im Detail auch *Künstner*, Gefahren der rechtlichen und tatsächlichen Umgehung der Ziele und Regelungsinhalte des Digital Markets Act, Gutachten für Lobby Control e.V.; abrufbar unter: <https://www.lobbycontrol.de/wp-content/uploads/LobbyControl-Gutachten-Digital-Markets-Act.pdf>

¹³ Siehe beispielsweise: <https://mlexmarketinsight.com/news/comment/comment-enforcement-bottlenecks-will-be-first-test-for-eu-s-new-gatekeeper-law>

Des Weiteren wird alleine die EU Kommission in der Lage sein, Entscheidungen nach dem DMA zu treffen. Die nationalen Wettbewerbsbehörden dürfen zwar Untersuchungen einleiten, aber die Entscheidungshoheit bleibt stets bei der EU-Kommission, so dass sich die Frage stellt, ob die nationalen Wettbewerbsbehörden den hohen Aufwand betreiben werden. 22

Schließlich erhalten interessierte Dritte wie Geschäftspartner der Gatekeeper, Verbraucher und Verbände keine offiziellen Rollen im Rahmen der Verfahren der EU-Kommission. Sie können damit Entscheidungen der EU-Kommission nicht gerichtlich angreifen. Dies eröffnet der EU-Kommission in schwierig gelagerten Fällen die Möglichkeit zu politischen Konzessionsentscheidungen, welche die wettbewerblichen Folgen für Geschäftskunden der Gatekeeper und Verbraucher nicht hinreichend adressieren. 23

Die gerade auch vom früheren Chefökonom der EU-Kommission im Kontext der Fusionskontrolle benannten Unzulänglichkeiten bei der Durchsetzung¹⁴ drohen sich bei der Durchsetzung des DMA zu wiederholen. 24

3.2 Schwächen der privatrechtlichen Durchsetzung

Gerade im Umfeld der Gatekeeper ist die privatrechtliche Durchsetzung der Plattformregulierung von zentraler Bedeutung. Sowohl Konsumenten als auch Geschäftskunden kommen tagtäglich mit den Dienstleistungen der Gatekeeper in Berührung. Sie können häufig aufgrund eigener Sachkunde und eigenen Interessen abschätzen, wo die Grenzen „fairen Verhaltens“ der Gatekeeper verlaufen. Insbesondere Geschäftskunden werden sich mit politischen Konzessionsentscheidungen nicht zufriedengeben, wenn die eigenen Geschäftsmodelle unter dem Verhalten der Gatekeeper leiden und sachlich nicht gerechtfertigt sind. 25

Gleichzeitig darf nicht verkannt werden, dass bereits heute bei der privatrechtlichen Durchsetzung der kartellrechtlichen Missbrauchstatbestände vor den Gerichten nicht unerhebliche faktische Zugangshindernisse für private Kläger bestehen, namentlich die Ross-und-Reiter-Problematik, ein ungleiches Kostenrisiko und häufig nur schwer zu prognostizierende Gerichtsentscheidungen in Deutschland. Abhilfe könnten sektorspezifische Erleichterungen der privatrechtlichen Durchsetzung parallel zur Kartellschadensersatzrichtlinie¹⁵ bieten. 26

¹⁴ Valletti, (Fn. 9).

¹⁵ Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. 2014 L 349/1.

3.2.1 Ross-und-Reiter-Problematik

Die Ross-und-Reiter-Problematik beschreibt den Umstand, dass ein abhängiger Geschäftspartner selbst bei guten Erfolgsaussichten von der Ergreifung rechtlicher Angriffsmittel absieht, weil er selbst im Erfolgsfalle rechtlich erlaubte bzw. nicht zu beweisende Sanktionierungen durch den Geschäftspartner befürchtet, von dem er abhängig ist. Die Ross-und-Reiter-Problematik greift auch im Falle der Durchsetzung des DMA durch Beteiligung von Geschäftskunden der Gatekeeper. Anders als bei der behördlichen Durchsetzung des DMA, ist bei Klageverfahren im eigenen Namen eine Offenlegung der klagenden Partei unumgänglich. Bereits dieser Umstand ist geeignet, Geschäftspartner der Gatekeeper von rechtlichen Angriffen abzuhalten. 27

3.2.2 Ungleiches Kostenrisiko

Je nach finanzieller Lage des Geschäftspartners des Gatekeepers kann das Prozesskostenrisiko eine abschreckende Wirkung ausüben. Aufgrund der immensen finanziellen Reserven der Gatekeeper spielt dieses jedoch keinerlei Rolle für die Gatekeeper. Das ungleiche Kostenrisiko wird verstärkt durch schwer zu prognostizierende Gerichtsurteile in Deutschland. 28

3.2.3 Schwer zu prognostizierende Gerichtsurteile in Deutschland

Gerade in Wettbewerbssachen und der Plattformregulierung sind Gerichtsurteile in Deutschland für die Parteien schwer zu prognostizieren. Ein vergleichender Blick auf Entscheidungen in Kartellsachen oder bei der Anwendung der P2B-Verordnung¹⁶ zeigt, dass regional sehr unterschiedliche Urteile mit sehr unterschiedlichen Maßstäben getroffen werden. Durch die fehlende bundesweite Konzentration der Fälle in Eingangs- und Berufungsinstanz fehlt es an der (Möglichkeit der) gerichtlichen Spezialisierung für bestimmte Materien wie der Plattformregulierung. Da es sich zudem regelmäßig um die Anwendung von EU-Recht handelt, können sich die Verfahren einschließlich eines möglichen Vorabentscheidungsverfahrens vor dem EuGH und eines Instanzenzugs bis zum BGH über sehr viele Jahre erstrecken. 29

3.3 Wesentliche Kompetenzfragen nicht abschließend geklärt

Wesentliche Abgrenzungsfragen zwischen dem DMA und entsprechenden nationalen Regeln wie dem § 19a GWB einerseits und dem DMA und entsprechenden Verfahren nach allgemeinen Wettbewerbsvorschriften andererseits bleiben auch nach den zwischenzeitlichen Ergänzungen im Trilog-Verfahren ungeklärt. Diese Unsicherheiten dürften die Gatekeeper wechselseitig als Verteidigungslinien gegen entsprechende Verfahren einsetzen. Weitere 30

¹⁶ 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. 2019 L 186/57.

Verzögerungen der Verfahren hierdurch sind zu befürchten. Ob die Verfahren nach dem DMA im Ergebnis daher deutlich schneller abgeschlossen werden können, bleibt zu hoffen, aber auch abzuwarten.

4. Schlussbemerkung

Der DMA bietet den Anfangs- nicht den Endpunkt einer Serie neuer wettbewerbsrechtlicher Vorschriften zur Beseitigung der Mängel der bisherigen Wettbewerbsregeln. Trotz Fusionskontrolle und dem Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung weisen viele Sektoren auch außerhalb der Digitalökonomie erhebliche Konzentrationen und Abhängigkeiten entlang der Lieferketten auf, die den Wettbewerb weitestgehend eingedämmt haben und die alleine vom Wettbewerb ausgehenden positiven Marktwirkungen längst hinter sich gelassen haben. Ohne Wettbewerb sind privatwirtschaftliche Märkte lediglich meritokratische Feigenblätter zur Verteidigung unkontrollierter Machtpositionen gegenüber staatlicher Regulierung, d.h. demokratischer Kontrolle. 31

Hauptaufgabe künftiger Wettbewerbsregeln wird es daher insbesondere sein, den Wettbewerb dort zu erhalten, wo er durch reine Hebelung von Marktmacht beseitigt werden soll und ihn dort wieder herzustellen, wo er durch strukturelle Maßnahmen wie Unternehmensübernahmen und Beteiligungen zum Erliegen gekommen ist. Es ist unter wettbewerblichen Gesichtspunkten jedenfalls nicht begreifbar, wieso den größten und wertvollsten Unternehmen des Globus erlaubt wird, führende Unternehmen aus anderen Bereichen zu übernehmen, um durch die konglomerate Wirkung die eigene Machtstellung zu arrondieren, statt die eigene Innovationskraft und finanziellen Mittel einzusetzen, um mit diesen Unternehmen in Konkurrenz zu treten und den Wettbewerb wirken zu lassen. 32

Der DMA geht hier selbst bei Annahme einer effizienten Durchsetzung nur den ersten Schritt, indem er Maßnahmen zur frühzeitigeren Prävention der Hebelung von Marktmacht etabliert, jedoch keine effizienten strukturellen Maßnahmen vorsieht, wie etwa missbrauchsunabhängige Übernahmekontrollen bzw. -verbote und Entflechtungsmöglichkeiten. Es steht daher zu befürchten, dass zunächst die praktischen Auswirkungen der theoretischen Unzulänglichkeiten des DMA ausgetestet und analysiert werden müssen, bevor der notwendige zweite Schritt erfolgt. 33

Gesetzt den Fall einer effizienten Durchsetzung ist der DMA damit zu begrüßen, aber zugleich Anreiz die Wettbewerbsvorschriften auf weitere Schwachstellen zu prüfen und zu verbessern. 34

* * *