

Neue Wege in der wirtschaftsrechtlichen Rechtsdurchsetzung: Der Digital Markets Act

Rupprecht Podszun

In der wirtschaftsrechtlichen Rechtsdurchsetzung galt lange Zeit das Kartellrecht als Maßstab: Kartellbehörden wie die Europäische Kommission und das Bundeskartellamt hatten mit ihrem Vorgehen den Eindruck erweckt, dass es mit den Mitteln des Kartellrechts gelingt, selbst die mächtigsten Akteure der Wirtschaft zu zähmen. Für andere Bereiche des Wirtschaftsrechts war das Kartellrecht häufig das Referenzmodell der Rechtsdurchsetzung. Doch das hat sich geändert: Gegenüber den Big Tech-Unternehmen, insbesondere den sog. GAFAMs (Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft), hat sich das Kartellrecht als weitgehend ineffektiv erwiesen.

Für die neue Digitalregulierung haben die europäischen gesetzgebenden Institutionen daher in der Rechtsdurchsetzung neue Pfade beschritten und sich mit einigen Verfahrensvorschriften bewusst vom kartellrechtlichen *enforcement* abgesetzt. Der vorliegende Beitrag beleuchtet das anhand des Digital Markets Acts (DMA)¹. Drei Fragen werden beantwortet:

- Warum ist das Kartellrecht mit Big Tech überfordert?
- Worin liegen die Unterschiede zwischen DMA-Durchsetzung und dem bestehenden kartellrechtlichen System?
- Kann das neue Modell der Rechtsdurchsetzung Impulse für andere Bereiche der hoheitlichen Rechtsdurchsetzung geben – etwas wenn es zu einer Reform des Medienaufsichtsrechts kommt?

Einschränkend ist anzumerken: Bislang steht für den DMA die Feuerprobe noch aus. Seine Wirksamkeit muss sich noch erweisen. Klar geworden ist aber schon eines: *Enforcement matters!*

¹ Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte). Auch im deutschen Sprachraum hat sich die Abkürzung DMA eingebürgert.

I. Big Tech und die Überforderung des Kartellrechts

Das Kartellrecht sichert den freien Wettbewerb auf Märkten, etwa indem es Kartelle aufbricht, den Missbrauch von Marktmacht durch starke Unternehmen stoppt oder Zusammenschlüsse untersagt. Es liegt in der Natur des Kartellrechts, dass sich die Wettbewerbshüter immer wieder mit den mächtigsten Unternehmen der Welt anlegen müssen. Dazu haben die Europäische Kommission in der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 (Kartellverordnung) und das Bundeskartellamt in §§ 32 ff., 54 ff. und 82 ff. GWB die entsprechenden Befugnisse. Mit Respekt wird wahrgenommen, wie die Behörden eine Geldbuße in Höhe von EUR 1,8 Mrd. gegen Apple verhängen oder die Übernahme des *wearable*-Anbieters Fitbit durch Google mit strengen Auflagen versehen.² Für andere Rechtsbereiche wurden daher häufig Anleihen im Kartellrecht genommen: Die umsatzbezogene Geldbuße und der Unternehmensbegriff sind in der DS-GVO am Beispiel des Kartellrechts ausgerichtet (vgl. ErwGr. 150 und Art. 83 Abs. 5 DS-GVO). Für die Reform des Medienrechts wird immer wieder auf das Kartellrecht Bezug genommen.³

Dagegen steht die Analyse, dass das Kartellrecht mit der Zähmung der Big Tech-Unternehmen überfordert war.⁴ Seine Strahlkraft hat das Kartellrecht verloren.

1. Absurde Verfahrensdauern

Am 18. Oktober 2000 beschwerte sich das Unternehmen Advanced Micro Devices (AMD) bei der Europäischen Kommission: Der Konkurrent Intel, so der Vorwurf von AMD, missbrauche seine Marktmacht bei Computerchips und dränge AMD aus dem Geschäft. Am 13. Mai 2009, neun Jahre nach der ersten Beschwerde, entschied die Kommission, dass Intel das Kartellrecht verletzt habe. Verhängt wurde eine Rekordgeldbuße von über EUR 1 Mrd., die rechtswidrigen Praktiken waren abzustellen. *Fast forward*: Im Februar 2024, 15 Jahre nach der Entscheidung der Kommission und

2 Europäische Kommission 4.3.2024 – AT.40437 – Apple App Store Practices; Europäische Kommission 17.12.2020 – M.9660 – Google/Fitbit.

3 Z.B. A. Zimmer, Wie Medienvielfalt zukunftsfest machen?, FES diskurs 2022, passim.

4 Statt aller R. Podszun, Empfiehlt sich eine stärkere Regulierung von Online-Plattformen und anderen Digitalunternehmen?, Gutachten F zum 73. Deutschen Juristentag, München 2020, S. F37.

fast 24 Jahre nach der ersten Beschwerde ist der Fall noch immer nicht rechtskräftig abgeschlossen. In einem gerichtlichen Ping-Pong streiten sich Intel und die Europäische Kommission seit Jahren über den Fall.⁵ Von den eigentlich beabsichtigten Marktwirkungen, die die Durchsetzung des Kartellrechts entfalten soll, kann keine Rede sein. Der Chip-Markt hat sich längst weitergedreht.

Der Intel-Fall markiert zwar ein Extrem, ist aber kein absurder Ausreißer. Die Verfahrensdauer ist zu einem ernsthaften Problem geworden. Das vielfach gelobte Verfahren des Bundeskartellamts gegen Facebook wegen der Zusammenführung von Daten steckt – ohne greifbare Veränderungen auf den Märkten – noch in den Mühlen der Gerichtsbarkeit fest.⁶ Der deutsche Gesetzgeber hat unter anderem damit reagiert, dass er bei einer neu eingeführten Vorschrift zur Erfassung der Macht digitaler Giganten (§ 19a GWB) den Rechtsweg um eine Instanz gekürzt hat. Beschwerden gegen die Entscheidungen des Bundeskartellamts gehen unter Umgehung des OLG Düsseldorf direkt an den BGH (§ 73 Abs. 5 GWB). Die Gründe für die langen Verfahrensdauern sind vielfältig. Sie stehen nicht im Fokus dieses Beitrags. Es sollen daher nur einige Aspekte angerissen werden:

- Die grundsätzlich erwünschte starke Integration ökonomischer Erkenntnisse in die kartellrechtlichen Verfahren hat diese verkompliziert und verlängert. Eine Kosten-Nutzen-Analyse dieses „more economic approach“ ist unterblieben.
- Die Anforderungen, die seitens der Gerichte an die Verfahrensführung der Behörden gestellt werden, sind angezogen worden.
- Teilweise wird beklagt, dass auch die Beweisanforderungen erhöht worden sind.
- Die Abstimmung zwischen den Behörden und der Anwaltschaft, die in früheren Zeiten in einer kleineren Fachcommunity von gegenseitigem Vertrauen geprägt war, ist schwieriger geworden.
- Die Ressourcen der Behörden (und Gerichte) haben mit den Ressourcen der Unternehmen vor allem in personeller Hinsicht und mit Blick auf die Nutzung von Daten und IT-Tools nicht Schritt gehalten.

5 Der Fallverlauf bei der Kommission ist einsehbar unter competition-cases.ec.europa.eu unter der Fallnummer AT.37990; die gerichtlichen Streitigkeiten bei EuG und EuGH werden unter den Aktenzeichen T-286/09 und C-413/14 P (ggf. mit RENV) geführt.

6 Das Verfahren war 2016 eingeleitet worden (BKArt A – B6-22/16). Zuletzt hatte hier der EuGH auf Vorlage des OLG Düsseldorf hin entschieden, EuGH 4.7.2023 – C-252/21, ECLI:EU:C:2023:537.

- Das gerichtliche Verfahren ist – nicht nur im Kartellrecht – schwerfällig geworden.

Zu konstatieren ist: Das Durchsetzungsprogramm des Kartellrechts scheitert, wenn es viele Jahre braucht, bis wichtige Fälle rechtskräftig entschieden sind.

2. Defizite der kartellrechtlichen Durchsetzung

Neben der langen Verfahrensdauer, die sich bei Behörden und Gerichten addiert, liegt ein weiteres Defizit in fehlenden wirksamen Abhilfemaßnahmen. Im Fusionsfall Google/Fitbit hatte die Europäische Kommission erhebliche Bedenken gegen die Übernahme. Diese wurden mit Verpflichtungszusagen der Fusionsparteien ausgeräumt, die (angesichts des Verhältnismäßigkeitsprinzips) von der Kommission akzeptiert wurden.⁷ Die Zusagen umfassten Verhaltenszusicherungen mit einer Laufzeit von zehn Jahren (Ziff. 37 des Zusagenangebots). Ein derart langes Monitoring von Verhaltenszusagen in einem dynamischen Markt kann aber nicht dem Anspruch des Kartellrechts gerecht werden.

Im Leuchtturm-Verfahren Google Shopping wegen der Selbstbevorzugung eigener Services im Suchranking ließ sich die Kommission auf Abhilfemaßnahmen ein, von denen Marktbeobachter sagen, sie hätten die Position von Google noch gestärkt, nicht geschwächt.⁸

Es lassen sich zahllose weitere Indizien anführen, dass das Kartellrecht mit den Big Tech-Unternehmen überfordert ist – etwa das Durchwinken von wettbewerbserschütternden Fusionen wie Facebook/WhatsApp.⁹ Der wichtigste Beleg dürfte allerdings sein, dass Unternehmen wie Alphabet, Meta und Apple trotz kartellrechtlicher Interventionen ihre Positionen über zwei Jahrzehnte ausbauen und festigen konnten, ohne ernsthaft in Wettbewerb treten zu müssen.

7 Europäische Kommission 17.12.2020 – M.9660 – Google/Fitbit.

8 T. Höppner, Google's (Non-) Compliance with the EU Shopping Decision, 2020, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3700748>; P. Marsden, Google Shopping for the Empress's New Clothes –When a Remedy Isn't a Remedy (and How to Fix it), *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 11, Issue 10, December 2020, 553 ff.

9 Der Fall konnte nur über Umwege überhaupt von der Europäischen Kommission geprüft werden und wurde sodann (auf Basis falscher Angaben) freigegeben, siehe Europäische Kommission 3.10.2014 – M.7217 sowie 17.5.2017 – M.8228 – Facebook/WhatsApp.

3. Plattformen und Ökosysteme

Dass die Big Tech-Unternehmen solche Probleme bereiten, liegt an ihren neuartigen Geschäftsmodellen. Das Kartellrecht, das in den 1950er Jahren in Deutschland und in der EU geschaffen wurde, war auf die traditionelle Industrie ausgerichtet. Analyseinstrumente und Verfahrenswege wurden in Fällen mit Chemiekonzernen oder Zementwerken geprägt. Diese Tools passen auf Betreiber mehrseitiger Plattformen und digitaler Ökosysteme nicht mehr.

Die Geschäftsmodelle der GAFAMs basieren im Kern auf einer Plattform, auf der verschiedene Anbieter und Nachfrager datenbasiert zusammengeführt werden. Die Plattformen werden durch Daten, Netzwerkeffekte und damit verbundene Skalierungseffekte so machtvoll; ihnen wohnt, was für das Kartellrecht Gift ist, eine Monopolisierungstendenz inne. Aufgrund von Netzwerkeffekten, also der Wertsteigerung durch immer mehr Nutzer, kommt es zu einem *Winner-takes-all*-Effekt: Wer die meisten Nutzer für sich gewinnt, gewinnt den Kampf um den Markt und muss sich nicht mehr auf dem Markt bewähren. Silicon Valley-Investor Peter Thiel brachte diese Skalierungsformel auf den Punkt: „Competition is for losers“¹⁰ Wer auf der Plattform gebunden ist (*lock-in*), ist in Abhängigkeit vom Plattformbetreiber, der nach seinem Willen die Spielregeln festlegen kann.

Der Siegeszug der Kernplattformen hat den Unternehmen derartige Gewinne beschert, dass sie über enorme Finanzkraft verfügen. Diese können sie zum Aufkauf potentieller Wettbewerber nutzen und auch zur Abwehr von regulatorischen Interventionen. Die Asymmetrie zwischen Hoheitsträgern und einzelnen Unternehmen ist mittlerweile krass.

In den vergangenen Jahren haben sich die Plattformen zu digitalen Ökosystemen weiterentwickelt. Immer mehr Leistungen und Dienste werden an die Kernplattformen angedockt. Dadurch reichen die Möglichkeiten der Datenauswertung, des Echtzeit-Testens neuer Praktiken und der Einbindung immer weiterer Akteure immer weiter. Anders gesagt: Unternehmen wie Apple und Alphabet kontrollieren und steuern inzwischen einen Großteil der wirtschaftlichen Entscheidungen vieler Menschen. Meta kontrolliert mit Plattformen wie Facebook, Instagram und WhatsApp beträchtliche Teile der kommunikativen Infrastruktur.¹¹ Je komplexer die Ökosysteme werden, desto schwieriger wird es, die Macht dieser Unternehmen effektiv

10 P. Thiel, Competition Is for Losers, Wall Street Journal, 12.9.2014, <https://www.wsj.com/articles/peter-thiel-competition-is-for-losers-1410535536>.

11 Vgl. BGH 23.6.2020 – KVR 69/19, Rn. 105 – Facebook.

zu durchbrechen. Die Vernetzung aufgrund von Daten – der eigentliche Kern der gesamten Digitalisierung – führt dazu, dass die enge Marktabgrenzung, die im Kartellrecht üblich ist, nicht mehr die wahren wirtschaftlichen Verhältnisse abbildet. Die Marktabgrenzung, Basis des Kartellrechts, ist damit obsolet.

So hat die Überforderung des Kartellrechts die Einführung neuer Regulierung provoziert. Für die Ziele der Bestreitbarkeit von Märkten und der wirtschaftlichen Fairness ist der DMA die Antwort darauf.

II. Charakteristika der DMA-Durchsetzung

Das Durchsetzungsmodell des DMA erinnert in vielen Aspekten an die Kartellrechtsdurchsetzung: Eine Behörde kann ermitteln und hat dazu zahlreiche Informations- und Ermittlungsbefugnisse. Sie kann verfügen, bestimmte Verhaltensweisen abzustellen. Sie kann Geldbußen verhängen, die bis zu 10 % des Jahresumsatzes des betroffenen Unternehmens erreichen. Sie kann einstweilige Maßnahmen vornehmen. Manche der Vorschriften in Art. 20-40 DMA sind klar den Regeln in der Kartellverordnung VO (EG) Nr. 1/2003 nachgebildet, die für kartellrechtliche Verfahren maßgeblich ist. Es gibt aber signifikante Unterschiede, die das Verfahren beschleunigen und effektivieren sollen. Die Gesetzgeber, insbesondere das Parlament, haben dabei die Probleme in der Kartellrechtsdurchsetzung im Blick gehabt.

1. Gatekeeper-Benennung statt Marktabgrenzung

Der Ausgangspunkt für die Anwendung des DMA ist die Bestimmung des Anwendungsbereichs. Dies geschieht durch die Benennung der digitalen Gatekeeper. In der ersten Runde wurden sechs Unternehmen identifiziert, die als Gatekeeper (in deutscher Übersetzung: Torwächter) einzustufen sind: Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta, Microsoft. Für diese Unternehmen wiederum wurden zentrale Plattformdienste benannt, die derart bedeutsam sind, dass für sie die besonderen Verpflichtungen gelten – bei ByteDance ist dies etwa TikTok, für Microsoft sind es das Windows-Betriebssystem und LinkedIn, für Alphabet sind es gleich acht Dienste. Der Prozess der Designierung gem. Art. 3 DMA ist formal an normativen Beschreibungen ausgerichtet (Art. 3 Abs. 1). Entscheidender, weil wesentlich

einfacher zu bestimmen, sind quantitative Vermutungen für die Erreichung der wohlklingenden Formeln (Art. 3 Abs. 2).¹² Im Wesentlichen kommt es auf Nutzerzahlen, Marktkapitalisierung und Umsätze an. Sind die Schwellenwerte erreicht, muss sich das jeweilige Unternehmen proaktiv bei der Europäischen Kommission melden und als potentieller Gatekeeper vorstellen (Art. 3 Abs. 3). Die Kommission hat dann 45 Tage Zeit, um den Gatekeeper-Status zu verifizieren (Art. 3 Abs. 4). Ist eine Gatekeeper-Stellung festgestellt, gelten die DMA-Pflichten für die zentralen Plattformdienste des Gatekeepers – auch, wenn der Designierungsbeschluss angefochten wird (wie im Fall von TikTok).

Schon in diesem ersten Schritt sind die wesentlichen Charakteristika des DMA angelegt: Klare Kriterien, Mitwirkungspflichten der Unternehmen, enge Fristen. Sichtbar wird das Neue daran vor allem beim Blick auf das Modell des Kartellrechts. Im besonders eng vergleichbaren Feld des Missbrauchsverbots obliegt es allein der Kartellbehörde, die Normadressatenstellung zu ermitteln. Art. 102 AEUV, das Missbrauchsverbot, ist anwendbar, wenn ein Unternehmen marktbeherrschend ist. Auch in nunmehr jahrzehntelanger Praxis ist dieses Kriterium nur näherungsweise bestimmt. Bei einem Marktanteil von 50 % wird im europäischen Kartellrecht meist angenommen, dass es sich wohl um ein marktbeherrschendes Unternehmen handeln könnte.¹³ Doch das ist weder gesetzlich festgeschrieben, noch ist diese Pi-mal-Daumen-Regel besonders hilfreich. Denn anders als die im DMA verwendeten Kennzahlen setzt die Berechnung des Marktanteils eine aufwändige und immer wieder höchst umstrittene Marktabgrenzung voraus. Nutzerzahlen, Umsätze und Marktkapitalisierung lassen sich relativ unproblematisch feststellen. Ob aber Alphabet mit YouTube marktbeherrschend ist, setzt die streitanfällige Abgrenzung eines Marktes voraus. Zudem geht kein Unternehmen auf eine Kartellbehörde zu und meldet sich als potentieller Marktbeherrschender an. Greift die Behörde einen Fall auf, unterliegt sie im Missbrauchsrecht auch keinen Fristen. Die Feststellung von Marktbeherrschung im Rahmen eines Art. 102-Verfahrens binnen 45 Tagen ist geradezu illusorisch.

Im DMA funktioniert das Einstufungssystem dank der Abkehr von der Marktabgrenzung. Dabei ist das System differenziert genug, um trotz der

12 Vgl. T. Käseberg/S. Gappa in: R. Podszun (Hrsg.), *Digital Markets Act – Gesetz über digitale Märkte*, Baden-Baden 2023, Art. 3 Rn. 2.

13 Vgl. H. Bergmann/L. Fiedler in: U. Loewenheim/K. Meessen et al. (Hrsg.), *Kartellrecht*, 4. Aufl., München 2020, Art. 102 AEUV Rn. 124.

quantitativen Vermutungen Raum für Abweichungen zu lassen. In der ersten Runde hat sich die Kommission beispielsweise entschieden, Gmail oder den Samsung Internet Browser nicht in den DMA-Anwendungsbereich zu ziehen – trotz Erreichens der Schwellenwerte für diese Plattformdienste. Für Apples Dienst iMessage und verschiedene Microsoft-Dienste wurde eine genauere Untersuchung angeordnet. Für Apples iPad-Betriebssystem wird geprüft, ob es trotz Nichterreichen der quantitativen Kriterien gleichwohl ein zentraler Plattformdienst ist.

Für die heiklen Fälle sieht der DMA also differenzierte Lösungen vor – mit Fristen und ohne dass die glasklaren Fälle von einer eigentümlichen Verfahrensträgheit infiziert werden.

2. Eindeutige Verpflichtungen statt Generalklausel

Obwohl es in diesem Beitrag um das Durchsetzungsregime, also eher prozedurale Fragen, geht, kann nicht ausgeblendet werden, wie eng das Zusammenspiel von effektivem Verfahren und materiellen Vorgaben ist.

In der Literatur wird teilweise behauptet, der DMA sehe – anders als das ex post wirkende Kartellrecht – eine ex-ante-Regulierung vor.¹⁴ Das ist missverständlich. Auch die kartellrechtlichen Pflichten gelten ohne „Aktivierung“ durch die Kartellbehörden. Die Pflichtverletzung fällt nur in der Regel erst auf, wenn es zu spät ist, auch deshalb, weil der genaue Inhalt des kartellrechtlichen Pflichtenprogramms unklar ist.

Dagegen versucht der DMA es mit Genauigkeit: Die materiellen Vorgaben in Art. 5, 6, 7, 14 und 15 DMA sind so ausgestaltet, dass sie eindeutige Do's and Don'ts formulieren. Wer den DMA liest, weiß hinterher recht genau, was die Gatekeeper nicht dürfen. Dass hochbezahlte Juristinnen und Juristen gleichwohl hunderte von Ansatzpunkten finden werden, um jedes Detail jeder Regelung zu hinterfragen und zu zerreden, ist so. Trotzdem macht es für die Rechtsdurchsetzung einen erheblichen Unterschied, mit welchem Detailgrad eine Regelung formuliert ist. Der Unterschied der beiden Regelungsmodelle ist daher zutreffender mit der anglo-amerikanischen Terminologie als *rule vs. standard* beschrieben: Rules sind, wie im DMA,

¹⁴ So etwa auch das Briefing des European Parliamentary Research Service, Digital Markets Act, PE 690.589 – November 2022, S. 1.

eindeutige Vorgaben, standards entsprechen hingegen eher allgemeinen Grundsätzen.¹⁵

In Art. 102 Abs. 1 AEUV steht als zentraler Normgehalt:

„(...) verboten ist die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen (...)“

In Art. 5 Abs. 4 DMA – der hier nur als Beispiel für die Regelungsdichte des DMA hergenommen wird – heißt es:

„Der Torwächter gibt gewerblichen Nutzern die Möglichkeit, Angebote gegenüber Endnutzern, die über seinen zentralen Plattformdienst oder über andere Kanäle akquiriert wurden, kostenlos zu kommunizieren und zu bewerben – auch zu anderen Bedingungen – und mit diesen Endnutzern Verträge zu schließen, unabhängig davon, ob sie zu diesem Zweck die zentralen Plattformdienste des Torwächters nutzen.“

Art. 5 Abs. 4 DMA verbietet also sog. Anti-Steering-Klauseln. Die Europäische Kommission hat in einem Verfahren gegen Apple vor Wirksamwerden des DMA ein Verbot solcher Anti-Steering-Klauseln aus Art. 102 AEUV hergeleitet.¹⁶ Es liegt auf der Hand, dass es wesentlich einfacher ist, die verbotene Praxis unter Art. 5 Abs. 4 DMA zu subsumieren, als darin eine „missbräuchliche Ausnutzung“ nach Art. 102 AEUV zu erkennen. Dafür bedürfte es zunächst einer Theoriebildung, was der wettbewerbliche Schaden durch eine Anti-Steering-Klausel ist und sodann einer Bestimmung der Grenzen. Wird der Begriff des wettbewerblichen Schadens ökonomisch aufgeladen, führt dies zu länglichen ökonomischen Gutachtenschlachten. Die DMA-Formulierung signalisiert sofort, worum es geht. Insbesondere wird damit das Tor zu einer ausufernden ökonomischen Betrachtung geschlossen.

Der Verordnungsgeber war allerdings nicht blind dafür, dass solche eindeutigen Verbote gegenüber Generalklauseln auch Nachteile haben. Diese wurden durch drei weitere Schritte abgedeckt:

Erstens gibt es für einige Verpflichtungen (jene in Art. 6) ein (fristgebundenes) Spezifizierungsverfahren, damit der genaue Norminhalt näher defi-

15 W. Kerber, Taming tech giants with a *per se* rules approach? The Digital Markets Act from the “rules vs. standard” perspective, *Concurrences* No. 3-2021, 28 ff.

16 Europäische Kommission 4.3.2024 – AT.40437 – Apple App Store Practices.

niert werden kann. Denn auch die detailreichen Regeln des DMA kommen nicht ohne unbestimmte Rechtsbegriffe aus.

Zweitens ist in Art. 13 ein umfassendes Umgehungsverbot, wiederum mit zahlreichen Details, statuiert.

Drittens können die Verpflichtungen in einem beschleunigten Verfahren legislativ modifiziert werden (Art. 8 Abs. 9 i.V.m. Art. 12). Der Preis für die regulatorische Klarheit ist nämlich die fehlende Flexibilität. Die Generalklausel in Art. 102 AEUV gibt es quasi unverändert seit Bestehen des europäischen Kartellrechts. Eine Vielzahl unterschiedlicher Fallgestaltungen konnte darunter gefasst werden. Beim DMA hingegen ist absehbar, dass einige der Regeln in wenigen Jahren obsolet sein werden, andere, die dann wichtig wären, fehlen. Dafür gibt es im DMA allerdings eine Update-Möglichkeit. Gemäß Art. 49 kann die Kommission in dem einfacheren Verfahren des Art. 290 AEUV den DMA mit delegierten Rechtsakten in Teilaспектen modernisieren. Das ist noch keine Evolutionsrevolution, aber immerhin das Anerkenntnis, dass ein volles Gesetzgebungsverfahren zu träge für den dauernden Anpassungsbedarf ist.

3. Effektiveres Verfahren

Der DMA als neuer Regulierungsrechtsakt muss sein Verfahrensrecht selbst determinieren. Der Verordnungsgeber hat keinen Rückgriff auf die Kartellverordnung oder andere Verfahrensregeln vorgenommen. In der Verordnung ist der verwaltungsverfahrensrechtliche Teil (Art. 20-40 DMA) schlank ausgestaltet. Einige Details, etwa zu Form und Frist, werden in Durchführungsrechtsakte nach Art. 46 DMA ausgelagert.

a) Verfahrensablauf

Hegt die Kommission den Verdacht, dass eine Verpflichtung des DMA nicht eingehalten wurde, eröffnet sie ein formales Verletzungsverfahren nach Art. 20. Schon im Ermittlungsverfahren sind Unterschiede zum Kartellverfahren erkennbar. Zwar gibt es die bekannten Instrumente von Auskunftsverlangen (Art. 21), Befragungen (Art. 22) und Nachprüfungen, also Durchsuchungen (Art. 23). Doch in Art. 21 Abs. 1 S. 2 heißt es:

„Die Kommission kann durch einfaches Auskunftsverlangen oder im Wege eines Beschlusses auch Zugang zu allen Daten und Algorithmen

von Unternehmen und Informationen über Tests verlangen sowie diesbezügliche Erläuterungen anfordern.“

Damit wird deutlich gemacht, wie umfassend der Zugriff ist und welcher Art die Beweise sind, die die Kommission bei der DMA-Umsetzung erwartet. Der Verordnungsgeber hat erfasst, dass bei einigen der Vorschriften das Geschäftsmodell am Algorithmus hängt. Wie eine Kontrolle von Algorithmen allerdings aussehen soll, ist schleierhaft. Da helfen dann möglicherweise nur Testergebnisse. Mit sog. A/B-Tests lassen große Digitalunternehmen permanent testen, welche Funktionen, Designs und Programmierungen besonders erfolgreich sind. Sie haben die Möglichkeit, in Echtzeit massenhaft solche Tests durchzuführen. Die Einblicknahme in derartige Testergebnisse gibt möglicherweise eher darüber Aufschluss, wo es effektiv zu Rechtsverletzungen kommt, als der Einblick in einen unverständlichen Code.

Art. 26 enthält eine dezidierte Vorschrift zum Monitoring, einschließlich der explizit geregelten Möglichkeit, externe Sachverständige einzuschalten. Hier wurde vor allem an IT- und Datenexperten gedacht. Auch in Art. 15 ist ein externes Audit für bestimmte Profiling-Aktivitäten der Gatekeeper vorgesehen. Der DMA ist auf digitale Ermittlungen und Überprüfung eingestellt.

b) Entscheidungen und Sanktionen

Weitere Unterschiede zum Kartellrecht zeigen sich bei den Entscheidungen. Stellt die Kommission eine Zuwiderhandlung fest, erlässt sie einen Beschluss nach Art. 29 DMA. Stellt sie das Verfahren ergebnislos ein, tut sie dies auch per Beschluss (Art. 29 Abs. 7 DMA). Im Kartellrecht kann ein Verfahren auch offen bleiben. Das soll im DMA vermieden werden.

Mit der Verstoßfeststellung ist eine Abstellungsverfügung verbunden. Eine positive Tenorierung von Abhilfemaßnahmen ist anders als im Kartellrecht nicht vorgesehen – hier ist der Gatekeeper gefordert. Es fehlt auch das Modell der Verpflichtungszusage: Das Verfahren kann nicht dadurch abgeschlossen werden, dass die Unternehmen Angebote machen und die Kommission ohne Feststellung des Verstoßes diese Abhilfe-Angebote annimmt und verpflichtend macht. Diese im Kartellrecht verbreitete Praxis (vorgesehen in Art. 9 VO (EG) Nr. 1/2003) hat der Verordnungsgeber des DMA nur in einem Spezialfall vorgesehen.

Der Verstoß kann auch zu Geldbußen führen (Art. 30 DMA). Die Bußgeldhöhe kann bei Erstbegehung maximal 10 % des weltweiten Jahresumsatzes des Gatekeepers im vorangegangenen Geschäftsjahr betragen. Anders als im Kartellrecht kann die Geldbuße im Wiederholungsfall auf bis zu 20 % klettern. Nur zur Einordnung: Alphabet erwirtschaftete 2023 einen Jahresumsatz von etwa 307 Mrd. US-Dollar.¹⁷

Auch wenn es sich um Maximalsätze handelt, ist das nicht gerade ein zimmerlicher Ansatz. Immerhin sind einige der im DMA gelisteten Verstöße eher als Praktiken einzuordnen, deren Unrechtsgehalt nicht zwingend massiv ist – im deutschen UWG etwa, das zum Teil vergleichbare Pflichten enthält, gibt es so gut wie keine Bußgelder. In der DS-GVO, einem anderen modernen Rechtsakt, liegt die Bußgeldgrenze bei 4 % des Jahresumsatzes. Deutlich wird hier, wie die finanzielle Macht der Gatekeeper eingeschätzt wird und mit welcher Konsequenz die EU-Kommission vorgehen soll. Daneben treten Bußgelder für Verfahrensverstöße und erhebliche Zwangsgelder gem. Art. 31.

Wie gesehen kann der Nichteinhaltungsbeschluss nach Art. 29 DMA nicht durch Verpflichtungszusagen abgewendet werden. Das hat seinen Grund im eigentlichen radikalen Instrument des DMA: Gemäß Art. 18 kann bei systematischer Nichteinhaltung von Verpflichtungen eine Marktuntersuchung gestartet werden. Sie ist darauf gerichtet, verhaltensbezogene oder strukturelle Maßnahmen gegen den Gatekeeper zu verhängen. Im Klartext: Der Gatekeeper kann zerschlagen werden. Eine systematische Nichteinhaltung wird vermutet, wenn ein Gatekeeper innerhalb von acht Jahren drei Nichteinhaltungsbeschlüsse nach Art. 29 gesammelt hat (Art. 18 Abs. 3). Über die konsequente Ahndung der Nichteinhaltung einzelner Verpflichtungen kann innerhalb eines überschaubaren Zeitrahmens die Basis für ein Vorgehen mit harten strukturellen Einschnitten geschaffen werden. Der DMA-Verordnungsgeber wollte das Instrument der Entflechtung scharf schalten und daher den Ausweg über Verpflichtungszusagen sperren. Die Zerschlagung der Ökosysteme soll in den Bereich des Möglichen kommen. In diesem Mechanismus und den sehr scharfen Sanktionen schwingt die Überzeugung mit, dass ein sanftes Vorgehen gegen die mächtigsten Unternehmen der Welt nicht mehr genügt. Möglicherweise können diese Machtballungen nur noch durch Zerschlagung wirklich aufgelöst werden.

¹⁷ <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/74364/umfrage/umsatz-von-google-seit-2002/>.

c) Enge Fristen

Außergewöhnlich sind die engen Fristen, die vom Verordnungsgeber der Europäischen Kommission für die Rechtsdurchsetzung gesetzt werden. Darin manifestiert sich, wie sehr die problematische Kartellrechtsanwendung als Negativbeispiel gilt. So muss beispielsweise der Gatekeeper-Status innerhalb von 45 Arbeitstagen nach Erhalt der Notifikation festgestellt werden (Art. 3 Abs. 4). Der Nichteinhaltungsbeschluss nach Art. 29 Abs. 2 soll innerhalb von zwölf Monaten gefasst werden – ein signifikanter Unterschied zu den jahrelangen Missbrauchsverfahren. Auch die Marktuntersuchung wegen systematischer Nichteinhaltung wird auf zwölf Monate angesetzt (Art. 18 Abs. 1).

Entsprechend werden die Gatekeeper unter Druck gesetzt: Sie müssen die Verpflichtungen des DMA sechs Monate nach ihrer Benennung einhalten, eine durchaus knappe Umsetzungsfrist (Art. 3 Abs. 10). Art. 34 Abs. 2 spricht davon, dass die Kommission dem Unternehmen mindestens zwei Wochen Zeit für Stellungnahmen geben muss. Damit ist in Verfahren, in denen das Geschäftsmodell fundamental betroffen sein kann, der Anker für eine kurze Bearbeitungsfrist (Minimum zwei Wochen!) gesetzt.

Der gesamte DMA ist durchgetaktet – hin auf zügige Verfahrensführung und rasche Entscheidungen. Eine unmittelbare Sanktion ist zwar bei Fristüberschreitung in der Regel nicht vorgesehen, die Kommission wird sich aber schon aus Gründen der Glaubwürdigkeit um die Einhaltung des engen Zeitplans im DMA bemühen. Das ist angesichts der Vielzahl von verfügbaren Daten in der Digitalwirtschaft, die ausgewertet werden müssen, und angesichts der von den Gatekeepern mobilisierbaren Ressourcen (gerade im Vergleich zur tendenziell weniger gut ausgestatteten Kommission) extrem sportlich.

Die enge Taktung wird womöglich zwei Folgen zeitigen, von denen mindestens eine nicht-intendiert sein dürfte: Es wird dazu kommen (und dies war schon in den ersten Monaten der DMA-Anwendung erkennbar), dass einige Verfahren durch informelle Vorverfahren künstlich verlängert werden. Das hat sich auch in der fristgebundenen Fusionskontrolle zu einem Standardproblem entwickelt – Verfahren werden in einem informellen Setting vor Anmeldung und damit vor Fristlauf vorbereitet. Das ist rechtsstaatlich bedenklich. In einem informellen Vorverfahren gelten die strengen Verfahrensbindungen und die Transparenzpflichten gegenüber Drittbeteiligten so nicht.

Die andere Konsequenz einer Verfahrensverkürzung ist, dass die Gerichte den Anforderungsmaßstab anpassen müssen. In zwölf Monaten lässt sich ein Fall nicht so ermitteln und ausformulieren, wie das bei einem zeitlich unbegrenzten Vorgehen möglich wäre. Ökonomische Gutachten, das Einholen auch der letzten Beweismöglichkeiten, aufwändige Datenauswertungen – all das muss entfallen. Die hohen Beweisstandards, die sich in der Rechtsprechung zum Teil herausgebildet haben, müssen so anhand der faktischen Einschränkungen auf ein angemessenes Maß zurückgeschraubt werden.

4. Zentralisierung der Durchsetzung

In den bisherigen Ausführungen ist schon deutlich geworden, dass nur eine Behörde bei der DMA-Durchsetzung tätig wird. Daran lässt auch Erw.Gr. 91 keinen Zweifel:

„Die Kommission ist die einzige Behörde, die zur Durchsetzung dieser Verordnung befugt ist.“

Das ist ein deutliches Abweichen vom komplexen, aber gut funktionierenden Ineinandergreifen nationaler Behörden und der Kommission im Kartellrecht. Der DMA darf ohne weiteres als eine Selbstermächtigung der europäischen Ebene angesehen werden, wo die Kommission nun für einen Wirtschaftsbereich unmittelbare Regulierungsbehörde ist. Die Balance innerhalb der EU verschiebt sich. Die Mitgliedstaaten werden nur für Hilfsdienste gelegentlich im DMA erwähnt (vgl. Art. 37 DMA und in Deutschland § 32g GWB), zudem darf ein Beratender Ausschuss für digitale Märkte Stellung nehmen (Art. 50).

Die Zentralisierung hat ihre Logik in der angestrebten Harmonisierung der auseinanderdriftenden Digitalregulierung (der DMA ist auf Art. 114 AEUV gestützt) und auch darin, dass es nur um eine kleine Zahl Unternehmen geht, die global tätig sind.

Gleichwohl zeigt sich an dieser Weichenstellung auch in praktischer Hinsicht schon in den ersten Wochen der DMA-Durchsetzung Fluch und Segen: Die Anwendung liegt in einer Hand, ist konsistent, europaweit einheitlich. Doch sie lastet auch allein auf den Schultern einer Behörde, die dafür Personal gewinnen muss und die Verfahren gegen Unternehmen mit (so scheint es zuweilen) unerschöpflichen Ressourcen führen muss, ohne dass man sich einer substantiellen Mithilfe der nationalen Behörden versichern kann. Ob das dauerhaft funktioniert oder ob der DMA so qua-

si leerläuft, hängt auch von der politischen Prioritätensetzung innerhalb der Kommission ab. Werden spätere Kommissare mit Verve und hohem Einsatz den DMA durchsetzen?

Eine kleine Absicherung gegen die behördliche Überforderung gibt es aber doch: Der DMA kann auch privatrechtlich durchgesetzt werden. Im Rechtsetzungsverfahren war der Eindruck entstanden, dass die Europäische Kommission das ausbremsen will. Europarechtlich ist es aber eine eindeutige Vorgabe, dass dort, wo individuelle Rechte für gewerbliche Nutzer und Endnutzer entstehen, diese auch eingeklagt werden können.¹⁸ Deutschland hat bereits weitreichende Vorkehrungen getroffen, um private Klagen erfolgversprechender zu machen (vgl. §§ 33 Abs. 1, 33b, 87 GWB).¹⁹ Hinzu kommt die Möglichkeit der kollektiven Rechtsdurchsetzung mit Hilfe der Verbandsklage (Art. 42 DMA und in Deutschland VDuG). Je nachdem, wie sich politische Prioritäten und praktische Möglichkeiten in der Kommission entwickeln: Es kann sein, dass es darauf ankommt, dass die ohnehin abhängigen Unternehmen (sonst wären sie nicht in einer Gatekeeper-Situation befangen) vor Gericht den DMA zum Leben erwecken. Das *private enforcement* ist damit eine große, aber schwierig wahrzunehmende Chance.

5. Erhöhte Verantwortung durch Compliance

Eine bedeutende Neuerung gegenüber dem Kartellrecht ist in Art. 8 Abs. 1 DMA zu finden. Darin heißt es:

„Der Torwächter hat die Einhaltung der Verpflichtungen aus den Artikeln 5, 6 und 7 dieser Verordnung sicherzustellen und weist diese nach.“

Der DMA verlangt also den Nachweis der Rechtskonformität von den Unternehmen – und nicht den Nachweis des Rechtsverstoßes durch die Behörde. Diese Umkehr wird durch weitere Compliance-Anforderungen be-

18 Vgl. J. Oster, Privatrechtliche Schadensersatzansprüche zur Durchsetzung des Unionsrechts am Beispiel der Schadensersatzrichtlinie 2014/104/EU, EuR 2019, 578; R. Lahme/A. Ruster in: R. Podszun (Hrsg.), Digital Markets Act – Gesetz über digitale Märkte, Baden-Baden 2023, Art. 39 Rn. 1ff.; R. Podszun, Private Enforcement and Gatekeeper Regulation: Strengthening the Rights of Private Parties in the Digital Markets Act, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 13, Issue 4, June 2022, 254.

19 G. Klumpe, „Think twice“ – Die private Rechtsdurchsetzung des DMA nach dem Referentenentwurf zum Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz, in: A. Kirk/P. Offergeld/T. Rohner (Hrsg.), Kartellrecht in der Zeitenwende, Baden-Baden 2023, S. 131 ff.

gleitet: Die Gatekeeper müssen gem. Art. 11 und 15 DMA regelmäßig Compliance-Berichte vorlegen.²⁰ Die Umsetzung soll im Sinne von „compliance by design“ schon bei der Gestaltung der Technik einfließen (Erw.Gr. 65). Gemäß Art. 28 werden sogar Vorgaben für die interne Unternehmensaufstellung gemacht, wenn eine „Compliance-Funktion“ (damit ist eine Einheit gemeint) mit bestimmten Befugnissen in den Unternehmen vorausgesetzt wird. Im idealen Modell würde DMA-Durchsetzung bedeuten, dass die Beamten der Kommission lediglich noch die Compliance-Berichte der Gatekeeper abhaken. Im *worst case*-Szenario kommt es genau so: Dass die Beamten nur noch Berichte abhaken, ohne die wohlklingenden Aussagen darin zu hinterfragen und zu prüfen.

Für den DMA wird besonders relevant sein, was als effektive Umsetzung der Verpflichtungen gilt. Art. 8 Abs. 1 S. 2 verlangt:

„Die Maßnahmen, die der Torwächter ergreift, um die Einhaltung der genannten Artikel sicherzustellen, müssen dazu führen, dass die Zielsetzungen dieser Verordnung und der jeweiligen Verpflichtung wirksam erreicht werden.“

Compliance by the letter of the law, also eine Befolgung des Buchstabens der Verordnung, würde demnach nicht genügen. Wie der Zielerreichungsgrad praktisch definiert und geprüft wird, ist eine entscheidende Frage. Hier wird mit guten Gründen vertreten, dass ökonomische Indikatoren darauf hinweisen müssen, dass die Nutzer besser stehen als vorher – etwa weil Konsumenten Dienste wechseln, Vorinstallationen geändert werden oder gewerbliche Nutzer ihren Marktanteil gegenüber den hauseigenen Diensten des Gatekeepers steigern. Eine solche Effektivitätskontrolle der Regelungen ist einem dogmatisch-klassischen Rechtsverständnis eher fremd. Da gilt, dass dem Recht Genüge getan ist, wenn das Verhalten zu den Begrifflichkeiten passt. Ob damit auch die vom Gesetzgeber intendierten Effekte praktisch eintreten, liegt außerhalb der Überprüfung. Hier dreht der DMA die Anforderungen um.

III. DMA als neuer Goldstandard?

Ist das Durchsetzungsregime des DMA der neue Goldstandard der Rechtsdurchsetzung im Wirtschaftsrecht? Es wäre verfrüht, den DMA als Lösung

²⁰ Die ersten Compliance-Reports vom März 2024 sind abrufbar unter <https://digital-markets-act-cases.ec.europa.eu/reports/compliance-reports>.

der Probleme zu bejubeln. Dazu muss er zunächst die Praxistauglichkeit unter Beweis stellen. Einige Schlüsse lassen sich aber schon jetzt aus dem Wechsel von Kartellrecht zu DMA ziehen, die auch für andere Reformprojekte relevant sind. Fünf vorbildliche Aspekte und drei kritische Hinweise sollen hier für die weitere Diskussion genannt werden.

1. Vorbildliche Schritte im DMA

Erstens: Die zentrale Erkenntnis ist, dass das Wirtschaftsrecht neue Antworten geben muss, da die hergebrachten Ideen auf die Unternehmen mit digitalen Geschäftsmodellen nicht mehr passen. Die digitale Revolution lässt sich nicht angemessen mit dem rechtlichen Bestand der prä-revolutionären Zeit bewältigen. Das sollte eine Ermutigung für Rechtsanwender und Gesetzgeber sein, ausgetretene Pfade zu verlassen.

Zweitens: Die Betrachtung von kleinteilig abgegrenzten Produktmärkten wird der wirtschaftlichen Realität nicht mehr gerecht. Das ist im DMA erkannt worden. Der DMA nimmt die datenbasierte Vernetzung in den Blick, die zu Gatekeeper-Stellungen und zur Orchestrierung von Ökosystemen führt. Es ist nicht mehr die Macht auf einzelnen Märkten, die Anlass der Regulierung ist, sondern die wirtschaftliche Macht eines Unternehmens auf einer Vielzahl vernetzter Märkte. Das schlägt sich im Designierungssystem des DMA nieder. Eine ähnliche Betrachtung lässt sich beispielsweise auf die Medienbranche ohne weiteres übertragen: Wer Meinungsvielfalt sichern will, kann sich nicht auf eine einzelne Gattung konzentrieren, sondern muss das Gesamtbild erkennen können.

Drittens müssen Verfahren beschleunigt werden. Der DMA versucht dies mit einem engen zeitlichen Korsett für die Behörde und die Gatekeeper. Auch in der Fusionskontrolle hat sich das fristgebundene Regime grundsätzlich als tauglicher als das fristfreie Regime des Missbrauchsrechts erwiesen. Allerdings darf das Fristenregime nicht umgangen werden. In der Fusionskontrolle geschieht dies, indem die Prüfung in informelle Vorverfahren vorverlagert wird, die faktisch die Fristbindung unterlaufen. Zudem muss sich das verlangte Beweismaß an der Machbarkeit orientieren: Ist gesetzlich vorgegeben, dass eine Behörde nur zwölf Monate prüfen darf, kann nicht die gleiche Tiefe und Ausführlichkeit der Ermittlungen erwartet werden wie bei einer jahrelangen Untersuchung. Fristen haben damit automatisch einen Steuerungseffekt für das Beweismaß. Das muss die Rechtsprechung anerkennen.

Viertens: Wenn klare Anforderungen mit detaillierten Verpflichtungen an die Stelle von Generalklauseln treten, sind diese einfacher zu prüfen. Der Gefahr der Versteinerung muss durch eine erleichterte Möglichkeit entgegengewirkt werden, die Regeln anzupassen. Das kann mit Update-Möglichkeiten erreicht werden. Moderne Gesetzgebung verlangt also evolutive Elemente; der DMA hat hier erste Schritte in die richtige Richtung vorgezeichnet.

Fünftens: Dass der DMA auf die Compliance der Gatekeeper setzt, mag im ersten Moment naiv scheinen. Unternehmen wie Alphabet, Apple oder ByteDance werden nicht freiwillig auf Gewinne verzichten. Der im DMA vorgesehene Mechanismus hat aber seine Berechtigung: Es manifestiert sich darin eine Art Beweislastumkehr. So stehen die Unternehmen viel stärker in der Pflicht, als wenn die Behörde aus dem Nichts heraus Nachweise für rechtswidriges Verhalten erbringen muss. Zudem wird es ermöglicht, tatsächliche Auswirkungen von rechtlichen Regeln in den Blick zu nehmen. Das ist ein erheblicher Fortschritt mit großem Potenzial, wenn dadurch nicht nur dem Wortlaut der Verordnung, sondern ihrem Telos Genüge getan werden muss. Angesichts der Stärke der adressierten Unternehmen, ihrer „besonderen Verantwortung“ für Wirtschaft und Gesellschaft und den kartellrechtlichen Vorerfahrungen ist eine derartige Verschiebung gerechtfertigt. Das kann bei starker Vermachtung auch für andere gesellschaftliche Bereiche von höchster Relevanz gelten.

2. Verpasste Gelegenheiten

Der DMA hat allerdings auch Gelegenheiten zur Reform verpasst.

Dass die Rechtsdurchsetzung des DMA sehr weitgehend auf der Kommission allein ruht, ist ein Wagnis. Fehlen in Brüssel die Ressourcen oder der politische Wille, werden hier Fehler gemacht, kommt die DMA-Durchsetzung zum Erliegen. Ohne entsprechende Ausstattung ist behördliche Rechtsdurchsetzung, gerade gegenüber Unternehmen wie den Digital-Giganten, nicht möglich. Ein Auffangmechanismus besteht nur in Grenzen: Die nationalen Behörden können nicht einspringen. Die private Rechtsdurchsetzung ist schwierig, steht aber immerhin zur Verfügung. Eine bessere Verankerung der privaten Rechtsdurchsetzung und eine stärkere Rolle für die nationalen Behörden hätten ein besseres Sicherheitsnetz geboten.

Das institutionelle Design innerhalb der Behörde ist in keiner Weise Gegenstand des DMA. Die Kommission hat es in eigener Hand, wie sie die

DMA-Durchsetzung organisiert. Denkbar wäre insbesondere eine größere Unabhängigkeit gewesen. Allgemein gelten heute unabhängige Aufsichtsbehörden als das deutlich überlegene Modell.²¹ Die Europäische Kommission entscheidet ihre Fälle als politisches Gremium im Kreis der Kommissare. Kritisiert wird auch, dass die Kommission zu große Macht auf sich vereint, indem sie an der Rechtsetzung beteiligt ist, konkrete Fälle ermittelt und sanktioniert.

Ein letzter Stolperstein, der in der Rechtsdurchsetzung noch nicht ausgeräumt wurde, ist die Trägheit der Justiz. Nur wenn der behördlichen Beschleunigung auch eine Beschleunigung in der Justiz entspricht, wird im Gesamtergebnis eine akzeptable Verfahrensdauer erreicht. Andernfalls verpuffen die Anstrengungen. Der DMA hat dafür keine Neuerungen vorgesehen. Fechten die Gatekeeper Verfügungen an, kann sich ein langwieriges Verfahren anschließen. Hier muss sich die Justiz selbst bewegen, möglicherweise muss gesetzgeberisch nachjustiert werden.

3. Schlussbemerkung

Wettbewerb ist der Motor der Marktwirtschaft und das „großartigste und genialste Entmachtungsinstrument“ (*Franz Böhm*). Dass die Digitalwirtschaft dank des DMA zum Wettbewerb zurückfindet, ist allerdings derzeit nur eine Hoffnung, trotz aller guten Ansätze. Radikalere Maßnahmen, insbesondere eine Entflechtung der Konzerne, werden in Betracht gezogen werden müssen. Immerhin ist auch das im DMA vorgesehen.

Für andere Rechtsbereiche, etwa das Medienrecht, liefert der DMA gleichwohl wichtige Impulse, gerade auch für die Rechtsdurchsetzung und Verfahrensgestaltung. Der DMA ist auch eine Ermutigung: In relativ kurzer Zeit ist es den europäischen Institutionen gelungen, ein neues Regelwerk zu schaffen. Bei allen Unzulänglichkeiten im Detail birgt der DMA die Möglichkeit, die übergroße Macht in den Händen einzelner weniger „Big-Tech Barone“²² doch einzuhegen. Die Demokratie – sie lebt noch.

21 Vgl. A. Ottow, *Market & Competition Authorities*, Oxford: OUP 2015, S. 69 ff.

22 Nach A. Ezrachi/M. Stucke, *How Big-Tech Barons Smash Innovation – and How to Strike Back*, Harper Business: New York, 2022.

