

Fortbestehende Gefahren der mangelnden Durchsetzung des Digital Markets Act nach dem Trilog-Verfahren

In unserem Gutachten vom 23. Februar 2022 über „Gefahren der rechtlichen und tatsächlichen Umgehung der Ziele und Regelungsinhalte des Digital Markets Act“ analysierten wir den Entwurf der EU-Kommission für ein „Gesetz über digitale Märkte“¹ insbesondere im Hinblick auf mögliche Durchsetzungsdefizite. Im Folgenden stellen wir die wesentlichen Erkenntnisse und Abhilfeschläge aus dem Gutachten nochmals vor und gleichen diese mit den Änderungen am Text des DMA nach dem Trilog-Verfahren ab. Der Abgleich macht deutlich, dass trotz der Bemühungen im Trilog viele der angesprochenen Defizite nicht effektiv beseitigt wurden, insbesondere hinsichtlich der Beteiligungs- und Anfechtungsrechte der EU-Bürger, Wettbewerber und Geschäftskunden der Gatekeeper. Insoweit sollte zumindest eine erhebliche personelle Aufstockung der EU-Kommission erfolgen.

Im Gutachten identifizierte Problemfelder

Hinsichtlich potentieller Durchsetzungsdefizite identifizierte das Gutachten folgende Problemfelder:

- Defizite der behördlichen Durchsetzung wegen beschränkter Kapazitäten der EU-Kommission.
- Politische Konzessionsentscheidungen der EU-Kommission wegen Furcht vor gerichtlichen Niederlagen.
- Unzureichende Umsetzung der Entscheidung der EU-Kommission durch Gatekeeper.
- Unzureichende Erfassung struktureller Verschlechterungen bei „Killer-Acquisitions“.
- Lange Verfahrensdauer gefährdet zwischenzeitliche Bestreitbarkeit und Fairness.

Im Gutachten vorgeschlagene Lösungsansätze

Zur Abmilderung bzw. Beseitigung dieser Problemfelder wurde im Gutachten vorgeschlagen, im Rahmen des Trilog-Verfahrens u.a. folgende Änderungen vorzunehmen:

1 KOM., Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte), COM(2020) 842 final; abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/de/TXT/?uri=COM%3A2020%3A842%3AFIN>

- Formalisierte Einbindung der nationalen Behörden und deren Kapazitäten in den behördlichen Prozess der EU-Kommission durch Antrags- und Beteiligungsrechte.
- Formalisierte Einbindung (betroffener) Dritter wie Wettbewerber oder Kunden der Gatekeeper in den behördlichen Prozess, einschließlich Informations-, Antrags-, Anhörungs- und Anfechtungsbefugnis vor dem EuGH.
- Stärkung der privatrechtlichen Rechtsdurchsetzung durch betroffene Dritte wie Wettbewerber, Kunden und Verbraucherorganisationen.
- Die Streichung der Möglichkeit der EU-Kommission zu Verpflichtungszusagen nach Art. 23 DMA-E sollte unbedingt beibehalten werden, da solche Verpflichtungszusagen das Einfallstor für Konzessionsentscheidungen sind. Andernfalls sollte es zumindest zwingende Anfechtungsrechte der nationalen Wettbewerbsbehörden und betroffener Dritter geben.
- Schaffung von privatrechtlich umsetzbaren Zugangsrechten betroffener Dritte. Stärkung der Beteiligungs- und Antragsrechte privater Dritter im Nachgang zum behördlichen Prozesses.
- Strukturelle ex-ante Kontrolle von Zusammenschlüssen, welche die Bestreitbarkeit der Märkte beeinträchtigt.
- Beweislastumkehr zulasten der Gatekeeper hinsichtlich der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Bestreitbarkeit.
- Schaffung von Entflechtungsmöglichkeit als ex-post Kontrolle der Zusammenschlüsse: missbrauchsunabhängigen zur Wiederherstellung der Bestreitbarkeit der Märkte und missbrauchsabhängig im Falle nicht unerheblicher Verstöße im Nachgang des Zusammenschlusses.
- Stärkung einstweiliger Maßnahmen. Diese sind derzeit nach Art. 22 Abs. 2 DMA-E nur für Fälle der Non-Compliance eines Gatekeepers im Sinne des Art. 25 DMA-E. Die EU-Kommission sollte aber in der Lage sein, kurzfristige Bedrohungslagen insbesondere für die Bestreitbarkeit der Märkte zwischenzeitlich zu neutralisieren, um irreparable Schäden der Bestreitbarkeit zu vermeiden.
- Anfechtbarkeit unzureichender verhaltensbedingter Abhilfemaßnahmen durch betroffene Dritte (Wettbewerber oder Kunden der Gatekeeper) zugunsten von strukturellen Maßnahmen.

Tatsächliche Änderungen nach Trilog-Verfahren

Mittlerweile liegt eine im Trilog-Verfahren abgestimmte Fassung des DMA² vor, welche einige Änderungen und Ergänzungen gegenüber dem Entwurf der EU-Kommission aufweisen. Im Folgenden soll kurz geschildert werden, inwieweit diese Änderungen geeignet sind, unsere ursprünglichen Bedenken zu beseitigen bzw. inwieweit weiterhin Nachholbedarf besteht.

- **Art. 8 Abs. 6 neu DMA** sieht nunmehr vor, dass die EU-Kommission einen **nicht-vertraulichen Fallbericht bezüglich der Nichteinhaltung der Verpflichtungen eines Gatekeepers** und den geplanten Maßnahmen der Kommission veröffentlichen soll, damit Drittparteien in die Lage versetzt werden, den Vorgang zu kommentieren.

Die Änderung ist hinsichtlich der Verbesserung der hinreichenden Umsetzung der Entscheidung der EU-Kommission durch Gatekeeper zu begrüßen, droht jedoch aufgrund mehrerer Umstände faktisch ins Leere zu laufen. Zunächst zeigt die kartellrechtliche Praxis, dass die Unternehmen Auseinandersetzungen um die Reichweite der Vertraulichkeit nutzen, um eine zeitnahe Veröffentlichung nicht-vertraulicher Fallbericht effizient zu verhindern. Ohne eine klare Regelung der Reichweite der Vertraulichkeit im DMA selbst, ist nicht plausibel, warum sich die Schwierigkeiten aus den Kartellverfahren rund um die Vertraulichkeit hier nicht wiederholen sollten. Dort dauert es teilweise Jahre, bis nicht-vertrauliche Fassungen der Entscheidungen veröffentlicht werden. Des Weiteren steht zu befürchten, dass die Vertraulichkeit so weit interpretiert wird bis ein Erkenntnisgewinn aus dem Fallbericht für Dritte nicht möglich ist. Schließlich bleibt völlig ungeklärt, ob und in welcher Form die EU-Kommission die eingehenden Anmerkungen der Drittparteien berücksichtigen. Dies hat großes Potenzial die Drittparteien so stark zu frustrieren, dass sie von einer Anmerkung vollständig absehen. Insoweit fehlt auch weiterhin die Möglichkeit für Drittparteien, die Entscheidung der EU-Kommission effizient anzugreifen.

- **Art. 9 Abs. 4 DMA** enthält eine Klarstellung, wonach die EU-Kommission bei der Entscheidung über die Aussetzung der Pflichten nach dem DMA insbesondere **die Interessen von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) und Verbrauchern** berücksichtigen muss.

Eine stärkere Beteiligung Dritter oder gar formelle Beteiligungs- und Anfechtungsrechte sind damit jedoch nicht verbunden. Der Zusatz ist daher als deklaratorisch ohne substantielle Bedeutung einzustufen.

- **Art. 16 Abs. 5 neu DMA** sieht vor, dass die EU-Kommission bei Marktuntersuchungen die zuständigen nationalen Behörden um Unterstützung bitten kann.

Diese Ergänzung erscheint sinnvoll, löst aber insbesondere das Problem nicht, wenn die EU-Kommission aufgrund von Überlastung oder politischem Unwillen eine Marktuntersuchung schon nicht einleiten möchte.

- **Art. 17 Abs. 5 neu DMA und Art. 19 Abs. 2, 6 neu DMA** sehen parallel zu **Art. 8 Abs. 6 neu DMA** vor, dass die EU-Kommission einen **nicht-vertraulichen Fallbericht** bezüglich der **vorläufigen Ergebnisse der Marktuntersuchung über das Vorliegen einer Gatekeeperposition bzw. über neue Dienstleistungen und Praktiken** veröffentlichen soll, damit Drittparteien in die Lage versetzt werden, den Vorgang zu kommentieren.

Die Änderungen sind hinsichtlich der Beteiligung Dritter zu begrüßen, drohen jedoch aufgrund der bereits zu Art. 8 Abs. 6 neu DMA ausgeführten Umstände faktisch ins Leere zu laufen.

- **Art. 22 Abs. 2 neu DMA** verpflichtet die EU-Kommission im Falle von Vernehmungen dazu, die jeweils zuständige Behörde des Mitgliedsstaates, in dessen Territorium die Vernehmung stattfindet, zu informieren. Darüber hinaus hat die Behörde des Mitgliedstaates das Recht, die von der Kommission zur Vernehmung autorisierten Personen bei den Vernehmungen zu assistieren.

Die Ergänzung ist zu begrüßen, insbesondere hinsichtlich ihrer Ausgestaltung als Recht der Behörde des Mitgliedstaates..

- **Art. 27 neu DMA** bestimmt, dass jede Drittpartei, insbesondere Geschäftskunden, Wettbewerber und Endkunden der Kernplattformservices des Gatekeepers die EU-Kommission oder die zuständigen nationalen Behörden über Praktiken oder Verhalten der Gatekeeper informieren können, die in den Anwendungsbereich des DMA fallen.

Die Ergänzung ist zunächst die Nennung des offensichtlichen, denn grundsätzlich steht es jedermann offen, EU- und nationale Behörden über Vorgänge zu informieren. Substantielle Relevanz erlangt eine solche Informationsmöglichkeit nur, wenn mit ihr Beteiligungsrechte oder Handlungspflichten der Behörden einhergehen. Beides schließt aber **Art. 27 Abs. 2 neu DMA** ausdrücklich aus, wonach keinerlei Verpflichtung der Behörden besteht, auf Grundlage der Informationen aktiv zu werden und es vollständig in ihrem Ermessen liegt, welche Maßnahmen zu ergreifen sind.

- Nach **Art. 38 neu DMA** sollen die nationalen Behörden und die EU-Kommission im Bereich des DMA über das European Competition Network (ECN) kooperieren und befugt sein, sich gegenseitig zu informieren. Von besonderem Interesse ist insoweit, dass nationale Behörden nach **Art. 38 Abs. 7 neu DMA** eigeninitiativ auf ihrem Territorium auch Untersuchungen wegen möglicher Verstöße gegen Artikel 5, 6 und 7 des DMA einleiten können.

Diese Änderung hat substantielle Bedeutung, da sie es den Mitgliedstaaten und ihren Behörden erlaubt, auch dann tätig zu werden, wenn die EU Kommission aufgrund fehlender Kapazitäten oder politischen Unwillens keine Untersuchung einleitet. Allerdings ist zu beachten, dass die EU-Kommission entsprechende Verfahren der Mitgliedstaaten nach **Art. 38 Abs. 7 Uabs. 2 neu DMA** übernehmen kann und die Zuständigkeit der Behörde des Mitgliedstaats damit endet. Dies kann dazu führen, dass die Behörden der Mitgliedstaaten von vorneherein auf entsprechende Verfahren verzichten, weil sie befürchten, um die „Früchte ihrer Arbeit“ gebracht zu werden.

- Nach **Art. 39 neu DMA** können die Gerichte der Mitgliedsstaaten die EU-Kommission u.a. um Zugang zu Informationen oder um die Rechtsansicht der Kommission im Zusammenhang mit dem DMA bitten.

Grundsätzlich ist die gestärkte Zusammenarbeit der nationalen Gerichte und der EU-Kommission im Anwendungsbereich des DMA zu begrüßen. Art. 39 neu DMA belegt unmissverständlich, dass die direkt anwendbaren Verbote des DMA im Wege der privatrechtlichen Rechtsdurchsetzung durchgesetzt werden können, d.h. auch ohne vorherige Entscheidung einer Behörde können betroffene Dritte die Gatekeeper vor den Gerichten auf Unterlassung und Schadensersatz verklagen. Allerdings hindert Art. 39 Abs. 5 neu DMA die Gerichte daran, Entscheidungen zu treffen, die im Widerspruch zu Kommissionsentscheidungen stehen. Ist vorhersehbar, dass die Kommission eine Entscheidung treffen wird, sollen die Gerichte die Verfahren solange aussetzen. Es ist daher fraglich, ob Dritte unter diesen Umständen die Risiken einer Klage eingehen möchten, wenn nicht ohnehin bereits eine Kommissionsentscheidung vorliegt.

- Nach **Art. 41 Abs. 2 neu DMA** sieht vor, dass ein oder mehrere Mitgliedstaaten eine Marktuntersuchung nach Art. 18 DMA verlangen kann, wenn es Gründe zur Annahme gibt, dass ein Gatekeeper systematisch gegen eine oder mehrere Pflichten nach Art. 5, 6 oder 7 DMA verstößt.

Das Antragsrecht der Mitgliedsstaaten ist zu begrüßen, insbesondere, da dies bereits einem einzelnen Mitgliedstaat zusteht. Aufgrund der seitens der EU verlangten politischen Unabhängigkeit der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten, ist ein Antragsrecht der Behörden vorzugswürdig.

- Des Weiteren können nach **Art. 41 Abs. 3 neu DMA** drei oder mehr Mitgliedstaaten eine Untersuchung nach Art. 19 DMA beantragen, wenn sie Gründe zur Annahme haben, dass weitere Dienstleistungen zur Liste der Kernplattformservices hinzugefügt werden müssen oder Praktiken vom DMA nicht adäquat erfasst werden.

Auch diese Erweiterung der Antragsrechte der Mitgliedsstaaten ist zu befürworten. Allerdings ist das Erfordernis von mindestens drei Mitgliedstaaten nicht nachvollziehbar.

- **Art. 42 neu DMA** stellt klar, dass Verstöße gegen den DMA auch im Wege von Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher vor Gericht gebracht werden können.

Die Anwendbarkeit der Verbandsklagen ist zu begrüßen, auch wenn die allgemeinen Bedenken hinsichtlich der Effizienz der Gerichtsverfahren bestehen bleiben (siehe Ausführungen zu **Art. 39 neu DMA**).

Bewertung der Änderungen im Trilog-Verfahren

Den Änderungen im Trilog-Verfahren kann der Wille nicht abgesprochen werden, die effiziente Durchsetzung des DMA zu stärken. Allerdings zeigt ein Vergleich mit den Änderungsvorschlägen aus dem Gutachten, dass diese zu häufig auf halber Strecke stehen bleiben.

Besonders zu kritisieren ist, dass die behördlichen Verfahren der Kommission für die Bürger, Wettbewerber und Geschäftskunden weiterhin „Black-Boxes“ sind, und Teilhabe und Beteiligungsrechte ungerregelt bleiben. Im Gegenteil wird das Opportunitätsprinzip der Kommission und der nationalen Behörden noch ausdrücklich bestärkt. Es mag aus Sicht der EU-Kommission bequem sein, darüber zu entscheiden, ob und in welchem Umfang sie Informationen Dritter berücksichtigt, sie diese an den Verfahren teilhaben lässt und sie keine Anfechtungen von Entscheidungen durch diese Dritte befürchten muss. Es stärkt aber weder die effiziente Sicherstellung von Fairness auf bzw. die Bestreitbarkeit von Plattformmärkten noch die Bürgernähe der EU und ihrer Institutionen. Die faktische Neigung in Richtung von Konzessionsentscheidungen zugunsten der Gatekeeper bleibt, wenn in erster Linie mit rechtlichem Widerstand nur aus Richtung der Gatekeeper zu rechnen ist. Die Forderungen aus dem Gutachten nach echten Teilhabe- und Anfechtungsrechten Dritter bleiben damit bedauerlicherweise unerfüllt.

Bei der Beteiligung der nationalen Wettbewerbsbehörden sind Fortschritte zu verzeichnen, soweit diese originäre Befugnisse erhalten können, Verstöße gegen Art. 5, 6 und 7 des DMA auf ihrem Territorium zu untersuchen. Rein faktisch wird die EU-Kommission Erkenntnisse über Verstöße der Gatekeeper aus offiziellen Verfahren der nationalen Behörden nicht ignorieren können. Ob die nationalen Behörden allerdings aufgrund der Gefahr der Übernahme der laufenden Verfahren durch die EU-Kommission davon Gebrauch machen werden, bleibt unsicher. Ein echtes Antragsrecht der nationalen Wettbewerbsbehörden auf Untersuchung durch die EU-Kommission wäre daher vorzugswürdig.

Die verbleibenden Umsetzungsmängel werfen damit ein Schlaglicht auf die Leistungsfähigkeit der EU-Kommission als „einziger Durchsetzungsbehörde des DMA“ (Art. 38 Abs. 7 UAbs. 2 neu DMA). Umso wichtiger ist eine hinreichend schnelle und umfassende personelle Ausstattung der EU-Kommission. Die bislang

bekanntes Zahlen von der Aufstockung um 20 Personen jährlich bis insgesamt maximal 80 zusätzlichen Mitarbeiter:innen dürfte hierfür nicht annähernd ausreichen, da die Gatekeeper für jedes einzelne Verfahren deutlich größere Teams bilden können. Folglich sollte – soweit keine substantiellen Verbesserung zur Durchsetzung am Text des DMA möglich sind – jedenfalls die personelle Ausstattung der EU-Kommission überdacht werden.