

Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

7/8
K&R

- „Ja“ zum Schutz gegen Kindesmissbrauch, „Nein“ zur Chatkontrolle
Prof. Dr. Kerstin Liesem
- 465 Kartellrechtsnahe Regulierung von Gatekeepern –
der Digital Markets Act
Dr. Stefan Horn und **Alexander Schmalenberger**
- 473 EU-Richtlinien-Entwurf gegen missbräuchliche „SLAPP-Klagen“
Prof. Dr. Roger Mann
- 478 Das neue Schuldrecht 2022 – Teil 6: Influencer-Marketing und
Kundenbewertungen
Prof. Dr. Felix Buchmann und **Chiara Panfili**
- 486 DSK: Datenschutzkonformer Online-Handel mittels Gastzugang –
eine Kommentierung
Dr. Simon Menke und **Jan Wittrodt**
- 491 Die Entwicklung des Urheberrechts seit Mitte 2021
Dr. Alexander R. Klett und **Dr. Christoph Mikyska**
- 497 Das Internet- und Medienstrafrecht 2021/2022
Dr. Timo Handel
- 504 Länderreport Österreich
Prof. Dr. Clemens Thiele
- 507 **EuGH**: Informationspflicht zu gewerblicher Garantie
bei berechtigtem Verbraucherinteresse
- 514 **BVerfG**: Journalistische Tätigkeit unterfällt nicht der Datenhehlerei
- 522 **BGH**: Auslistungsanspruch gegenüber Suchmaschinenbetreiber
- 529 **BGH**: Webshop Awards: Keine irreführende Werbung
mit Ergebnis einer Konsumentenbefragung
- Beilage 1/2022
20. @kit-Kongress – 10. Forum „Kommunikation & Recht“

25. Jahrgang Juli / August 2022 Seiten 465 – 564

RA Dr. Stefan Horn, LL.B. und RA Alexander Schmalenberger, LL.B.*

Kartellrechtsnahe Regulierung von Gatekeepern – der Digital Markets Act

Kurz und Knapp

Mit dem Digital Markets Act führt der Unionsgesetzgeber eine kartellrechtsnahe Regulierung für die großen Digitalkonzerne mit ihren jeweiligen zentralen Plattformdiensten ein (sog. Gatekeeper). Das Ziel des Digital Markets Act ist es, dass die Märkte dieser zentralen Plattformdienste bestreitbar bleiben bzw. werden und dass die Nutzung der zentralen Plattformdienste zu fairen Bedingungen erfolgt. Hierzu unterwirft der Digital Markets Act die Gatekeeper zahlreichen Verhaltenspflichten.

I. Einleitung

Die EU-Kommission arbeitet seit 2014 an der Verwirklichung des digitalen Binnenmarktes. Unter den derzeit über 40 europäischen Rechtsakten und über einem Dutzend politischen Initiativen, die diesem Zweck dienen, sind die DSGVO, der Artificial Intelligence Act, der Data Governance Act, der Data Act, der Digital Services Act und der Digital Markets Act – das Gesetz über digitale Märkte (nachfolgend: DMA)¹ – von so grundlegender Bedeutung für den digitalen Binnenmarkt, dass sie gleichsam dessen tragende Säulen darstellen (werden). Wenig überraschend weisen die Vorhaben auch Verbindungen zueinander auf.

Mit der politischen Einigung zum DMA vom späten Abend des 24. 3. 2022 wird – nach der DSGVO und dem Data Governance Act – die dritte Säule errichtet. Die förmliche Verabschiedung der Verordnung durch Europäischen Rat und Europäisches Parlament steht noch aus. Der Rat hat den Text des DMA, der mit dem Parlament vereinbart wurde, am 11. 5. 2022 veröffentlicht. Am 16. 6. 2022 stimmte der zuständige Ausschuss im Parlament dem Kompromiss zu und Anfang Juli 2022 – sollte das Parlament das Gesetz verabschiedet haben.

Mit dem DMA sollen die großen Digitalunternehmen wie insbesondere Alphabet (Google), Amazon, Apple, Meta (Facebook) und Microsoft in Bezug auf ihre zentralen Plattformdienste bestimmten Verpflichtungen unterliegen, sodass die diesbezüglichen Märkte bestreitbar bleiben bzw. werden und die Marktteilnehmer nicht unfair behandelt werden.

* Mehr über die Autoren erfahren Sie am Ende des Beitrags. Alle zitierten Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 29. 6. 2022.

1 Grundlage dieses Beitrags ist die vom Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz des Europäischen Parlaments verabschiedete mit Änderungsnachweisen versehene, im Übrigen aber finale Fassung des DMA vom 11. 5. 2022, abrufbar unter <https://www.consilium.europa.eu/media/56086/st08722-xx22.pdf>.

II. Ausgangslage und Regelungsansatz des DMA

1. Herausragende wirtschaftliche Bedeutung bestimmter digitaler Dienste

Im Ausgangspunkt des DMA steht der Befund, dass einige wenige² zentrale Plattformdienste (z. B. der Online-Marktplatz Amazon Marketplace oder die Google Suchmaschine) existieren, die eine herausragende wirtschaftliche Bedeutung haben, indem sie Geschäftskunden mit Endkunden verbinden.³ Der DMA bezeichnet die Unternehmen, die diese zentralen Plattformdienste mit herausragender wirtschaftlicher Bedeutung betreiben, als Gatekeeper.⁴

Eine Reihe ökonomischer Merkmale hat dazu geführt, dass sich in Bezug auf bestimmte zentrale Plattformdienste ein Unternehmen als der einzige oder zumindest der mit Abstand größte Anbieter für diese Dienste durchgesetzt hat, wie z. B. Meta mit seinem sozialen Netzwerk Facebook. Bei den ökonomischen Merkmalen hervorzuheben sind hier zum einen sehr hohe Skaleneffekte. Ab einer gewissen Größe eines Netzwerks oder einer Plattform gehen die Grenzkosten für jeden weiteren Nutzer gegen Null.⁵ Zum anderen existieren bei Netzwerken und Plattformen starke direkte bzw. indirekte positive Netzwerkeffekte. Direkte positive Netzwerkeffekte bestehen darin, dass aus Sicht des Nutzers die Attraktivität des Netzwerks, z. B. des sozialen Netzwerks Facebook oder eines Messaging-Dienstes wie WhatsApp, steigt, je mehr weitere Nutzer das Netzwerk nutzen.⁶ Indirekte positive Netzwerkeffekte bestehen darin, dass die Attraktivität einer Plattform aus Sicht einer Nutzergruppe steigt, je mehr Nutzer einer anderen Nutzergruppe die Plattform nutzen. So steigt die Attraktivität eines Online-Marktplatzes, wie z. B. Amazon Marketplace, aus Sicht der Endkunden, je mehr Anbieter ihre Produkte auf dem Marktplatz anbieten.⁷ Diese indirekten positiven Netzwerke können auch wechselseitig sein (auch die Händler profitieren von einer größeren Anzahl an Endkunden, die den Amazon Marketplace nutzen). Gleichzeitig sinkt die Attraktivität konkurrierender Netzwerke und Plattformen.

Anbieter solcher zentraler Plattformdienste sind zudem in der Lage, ihre Plattformdienste mit ergänzenden Dienstleistungen zu verknüpfen oder aus der Nutzung der Platt-

2 ErwG 3 DMA.

3 ErwG 1 DMA; zur gesellschaftlichen Bedeutung siehe BGH, 23. 6. 2020 – KVR 69/19, K&R 2020, 683, 690, Rn. 102 – Facebook.

4 ErwG 2 DMA.

5 ErwG 2 DMA; Seip/Berberich, GRUR-Prax 2021, 44.

6 Vgl. Ewald, in: Wiedemann (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 7 Rn. 70.

7 Vgl. hierzu Ewald, in: Wiedemann (Fn. 6), § 7 Rn. 71 f.

formdienste gewonnene Daten für weitere eigene Angebote zu nutzen. Auf diese Weise ist es Anbietern in der Vergangenheit gelungen, zentrale Plattformökosysteme zu erschaffen, die marktübergreifend verschiedene Dienstleistungen bzw. Produkte umfassen.⁸ Der DMA geht davon aus, dass solche digitalen Ökosysteme einzelner großer Digitalkonzerne nur sehr schwer von Wettbewerbern erfolgreich angegriffen werden können, was zu einem Marktversagen führe.⁹ Dabei ist eine solche Erstreckung der Digitalkonzerne auf angrenzende Tätigkeiten bislang nicht per se rechtswidrig, insbesondere nicht kartellrechtswidrig, sondern stellt vielmehr grundsätzlich ein im gesamtwirtschaftlichen Interesse sowie im Interesse der Verbraucher liegendes zulässiges Marktverhalten dar.¹⁰ Gleichwohl gibt es sowohl auf EU-Ebene als auch auf nationaler Ebene Bestrebungen der Behörden bzw. des Gesetzgebers, die Erstreckung von Marktmacht auf angrenzende Märkte stärker zu unterbinden.¹¹ Auch dem DMA liegt der Gedanke zugrunde, dass die Anbieter zentraler Plattformdienste zu unfairem Marktverhalten neigen bzw. unfaire Praktiken und Bedingungen die Folge der beschriebenen Merkmale digitaler Geschäftsmodelle sind.¹²

2. Ex-ante-Regulierung als Reaktion auf die Defizite in der Durchsetzung des Kartellrechts

Gleichzeitig ist der DMA von der Erkenntnis getragen, dass der kartellrechtliche Regelungsrahmen zwar theoretisch geeignet ist, die unzulässige Erlangung und Ausnutzung von Marktmacht durch große Digitalkonzerne zu unterbinden; in der Praxis führt jedoch vor allem die Dauer behördlicher Verfahren dazu, dass der Wettbewerb in dem besonders dynamischen Bereich digitaler Geschäftsmodelle nicht hinreichend wirksam geschützt werden kann.¹³ So begann das Verfahren Google Shopping der EU-Kommission wegen des Vorwurfs einer unzulässigen Selbstbevorzugung des eigenen Preisvergleichsdienstes seitens Alphabet (Google) im Jahr 2010 und dauerte bis zum Jahr 2017.¹⁴ Das behördliche Verfahren des Bundeskartellamts gegen Meta (Facebook) wegen des Vorwurfs des Ausbeutungs- und Behinderungsmissbrauchs durch die Zusammenführung und Verarbeitung von Nutzerdaten aus unterschiedlichen Quellen dauerte von 2016 bis 2019.¹⁵ Die Entscheidung des Bundeskartellamts wurde zunächst in einem einstweiligen Rechtsschutzverfahren durch das OLG Düsseldorf¹⁶ und den BGH¹⁷ überprüft und ist nunmehr im Hauptsachverfahren nach einem Vorlagebeschluss des OLG Düsseldorf zur Auslegung der DSGVO¹⁸ beim EuGH anhängig.¹⁹ Wenn die Verhaltensweisen von Alphabet (Google) und Meta (Facebook) tatsächlich einen Behinderungsmissbrauch darstellen sollten, wäre eine derart langwierige Ex-post-Kontrolle daher nicht geeignet, die Wettbewerber der beiden Unternehmen effektiv zu schützen. Dieser Gefahr tritt eine Ex-ante-Regulierung durch den DMA entgegen.²⁰ Den Gatekeepern werden konkret formulierte Ge- und Verbote auferlegt, die in weiten Teilen „self-executing“, also unmittelbar umsetzbar, sein werden und von den Gatekeepern innerhalb von sechs Monaten nach ihrer Designation als Gatekeeper einzuhalten sind, Art. 3 Abs. 10 DMA. Es bedarf also nicht wie im Kartellrecht eines komplexen und aufwändigen Nachweises durch die Wettbewerbsbehörde, dass eine bestimmte Verhaltensweise überhaupt gegen das kartellrechtliche Missbrauchsverbot verstößt. Die Gatekeeper können sich nach dem Willen des Gesetzgebers auch nicht wie im Kartellrecht auf eine Effizienzeinrede berufen (hierzu im Einzelnen unter IV. 1. c)).

3. Ziele des DMA

Das Ziel des DMA ist es, für ein ordnungsgemäßes Funktionieren des Binnenmarktes zu sorgen, indem Regeln die Bestreitbarkeit und Fairness der Märkte in der digitalen Wirtschaft, insbesondere im Hinblick auf zentrale Plattformdienste, sicherstellen sollen.²¹

Bestreitbarkeit von Märkten bedeutet dabei, dass Drittunternehmen in die Lage versetzt werden, Markteintrittshürden zu überwinden und die Gatekeeper bzw. deren zentrale Plattformdienste mit Mitteln des Leistungswettbewerbs herauszufordern. Wenn Wettbewerb zwischen Plattformen kurzfristig nicht effektiv herzustellen ist, soll dies dadurch geschehen, dass der Wettbewerb innerhalb einer Plattform gestärkt wird.²²

Unter Unfairness wird im DMA ein Ungleichgewicht zwischen den Rechten und Pflichten der Geschäftskunden des Gatekeepers verstanden, sodass der Gatekeeper einen unverhältnismäßigen Vorteil erlangt. Hierzu heißt es in Erwägungsgrund 33 des DMA, dass den Marktteilnehmern die Vorteile ihrer innovativen oder sonstigen Anstrengungen zuteilwerden sollen. Gatekeeper könnten für die Nutzung ihres zentralen Plattformdienstes unausgewogene Bedingungen setzen. Auch der Ausschluss und die Diskriminierung von Geschäftskunden fallen in den Bereich unfairer Verhaltensweisen und sollen durch den DMA unterbunden werden.²³

III. Verhältnis zum Kartellrecht

1. Schnittmengen

Der DMA soll einen anderen Schutzzweck verfolgen als das EU-Kartellrecht.²⁴ Gleichwohl gibt es erhebliche Schnittmengen zwischen dem DMA und dem EU-Kartellrecht. Die beiden Regelungsziele des DMA – bestreitbare Märkte und Fairness – sind dem EU-Kartellrecht nicht unbekannt. Das Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV dient u. a. dem Schutz des bestehenden Restwettbewerbs bzw. dem noch vorhandenen Maß an wettbewerblicher Marktstruktur.²⁵ Wie beim Begriff der Bestreitbarkeit des DMA geht es also auch im Kartellrecht darum, dem Marktbherrscher den Markt nicht gänzlich zu überlassen. Auch der Begriff der Fairness wird im Kartellrecht verwendet. So beschreibt Art. 102 S. 2 lit. a AEUV den kartellrechtlichen Preis- und Konditionenmissbrauch in der englischen Fas-

8 Ausführlich zu Amazon *Khan*, The Yale Law Journal 126, 2017, 774 ff.

9 ErwG 3 DMA.

10 Vgl. zu § 19a GWB *Esser/Höft*, in: Bien/Käseberg/Klumpe/Körber/Ost (Hrsg.), Die 10. GWB-Novelle, 2021, Rn. 246.

11 Siehe z. B. die mit der 10. GWB-Novelle eingeführte Vorschrift des § 19a Abs. 2 Nr. 3 GWB, die dem Bundeskartellamt die Befugnis einräumt, ein „Aufrollen“ noch nicht beherrschter Märkte mit nicht leistungswettbewerblichen Mitteln zu verhindern.

12 ErwG 2 und 6 DMA.

13 Vgl. *Podszun*, EuCML 2022, 1, 2.

14 EU-Kommission, 27. 2. 2017 – AT.39749 – Google Shopping; bestätigt durch EuG, 10. 11. 2021 – T-612/17, NZKart 2021, 684 ff. – Google Search; siehe dazu *Achleitner*, EuR 2022, 253 ff.

15 BKartA, 6. 2. 2019 – B6-22/16 – Facebook.

16 OLG Düsseldorf, 26. 8. 2019 – VI-Kart 1/19 (V), K&R 2019, 661 ff. – Facebook.

17 BGH, 23. 6. 2020 – KVR 69/19, K&R 2020, 683 ff. – Facebook.

18 OLG Düsseldorf, 24. 3. 2021 – Kart 2/19 (V), EuZW 2021, 680 – Facebook.

19 EuGH, Rs. C-252/21.

20 *Westermann*, ZHR 186 (2022), 325, 326.

21 ErwG 7 DMA.

22 ErwG 32 DMA.

23 ErwG 33 DMA.

24 ErwG 10 DMA.

25 *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2019, Art. 102 Rn. 5.

sung mit dem Begriff der „unfair prices“ bzw. „unfair conditions“. Der EuGH definiert den Begriff der Unangemessenheit des Preises sehr ähnlich wie die Definition der Unfairness im DMA, nämlich als Missverhältnis zwischen dem Preis und dem wirtschaftlichen Wert der Ware oder Dienstleistung.²⁶

Auch im Hinblick auf die Normadressateneigenschaft ergeben sich Schnittmengen. Wettbewerbsbehörden haben bereits in der Vergangenheit festgestellt, dass künftige Gatekeeper wie Alphabet (Google), Amazon, Apple, Meta (Facebook) und Microsoft im Hinblick auf ihre zentralen Plattformdienste im Sinne des DMA auch eine marktbeherrschende Stellung aufweisen.²⁷ Schließlich sind auch eine große Anzahl der in Art. 5, 6 und 7 DMA enthaltenen Verpflichtungen der Gatekeeper kartellbehördlichen Verfahren entnommen. Diese Verpflichtungen dienen dabei teilweise dem Schutz des Wettbewerbs um den Markt (z. B. Zugangsansprüche von Suchmaschinenbetreibern zu Ranking-, Such- und Klickdaten des Gatekeepers zu FRAND-Bedingungen in Art. 6 Abs. 11 DMA), dem Schutz des Wettbewerbs auf dem Markt (z. B. diskriminierungsfreie Rankingkriterien gemäß Art. 6 Abs. 5 DMA) und dem Schutz des Wettbewerbs auf benachbarten Märkten (z. B. Verpflichtung zu leichter Deinstallation von Software-Anwendungen gemäß Art. 6 Abs. 3 DMA). Schließlich finden sich Verpflichtungen, die dem Schutz der Marktgegenseite dienen (z. B. die Verpflichtung zu fairen, angemessenen und diskriminierungsfreien Zugangsbedingungen zu App Stores, Suchmaschinen und sozialen Netzwerken gemäß Art. 6 Abs. 12 DMA).²⁸

„Kartellrechtsnahe Regulierung“,²⁹ welche zwar kartellrechtliche Kriterien enthält, sich aber nicht auf diese beschränkt, ist somit eine sehr treffende Beschreibung des DMA.

2. Verdrängungswirkung

Zur Vermeidung einer Fragmentierung des Binnenmarkts dürfen EU-Mitgliedstaaten Gatekeepern nach Art. 1 Abs. 5 DMA durch Gesetz, Verordnung oder Verwaltungsmaßnahmen keine weiteren Verpflichtungen auferlegen, um hierdurch bestreitbare und faire Märkte zu sichern.

Dagegen verdrängen nach Art. 1 Abs. 6 S. 1 DMA die Regelungen des DMA das EU- und nationale Kartellrecht grundsätzlich nicht. Art. 101, 102 AEUV und die §§ 1, 19 und 20 GWB bleiben daher weiter anwendbar. Eine Ausnahme greift aber nach Art. 1 Abs. 6 S. 2 lit. b DMA, wenn es um nationale kartellrechtliche Verbote einseitiger Verhaltensweisen von Gatekeepern geht, durch die Gatekeepern zusätzliche, also über die schon nach dem DMA bestehende, Verpflichtungen auferlegt werden.

Im Hinblick auf die mit der 10. GWB-Novelle eingeführte Vorschrift des § 19a GWB, nach welcher das Bundeskartellamt Unternehmen mit einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb bestimmte Verhaltenspflichten auferlegen kann, stellt sich vor diesem Hintergrund die Frage, welche Bedeutung dieser Vorschrift noch zukommen wird, wenn die großen Digitalkonzerne den Verpflichtungen des DMA unterliegen.³⁰ Insofern sprechen die überzeugenderen Argumente dafür, dass es sich bei § 19a GWB um eine kartellrechtliche Regelung im Sinne des Art. 1 Abs. 6 DMA handelt (und nicht um ein sonstiges Gesetz, eine Verordnung oder eine Verwaltungsmaßnahme im Sinne des Art. 1 Abs. 5 DMA). Insbesondere spricht hierfür, dass § 19a GWB dem Schutz des Wettbewerbs dient und als besondere Missbrauchsvorschrift ausgestaltet ist.³¹ Daher wird § 19a GWB durch den

DMA nicht generell ausgeschlossen. Allerdings dürfen wie dargelegt nach Art. 6 Abs. 1 S. 2 lit. b DMA den Gatekeepern keine zusätzlichen Verpflichtungen auferlegt werden und für die Auferlegung derselben Verpflichtungen besteht kein Bedürfnis. Da zudem die Adressaten des § 19a GWB aller Voraussicht nach auch die Adressaten des DMA sein werden, dürfte die praktische Bedeutung des § 19a GWB gering bleiben. Im Rahmen der geplanten 11. GWB-Novelle voraussichtlich im Jahr 2023 wird das GWB an den DMA angeglichen und in diesem Zusammenhang auch die Zukunft des § 19a GWB geklärt werden.³²

IV. Adressaten des DMA

1. Unternehmensbegriff des DMA

Adressaten des DMA sind Unternehmen. Diese werden von der EU-Kommission unter bestimmten, in Art. 3 Abs. 1 DMA aufgeführten Voraussetzungen als Gatekeeper designiert.

Der Unternehmensbegriff des DMA entspricht dabei dem kartellrechtlichen Unternehmensbegriff. Wie der kartellrechtliche Unternehmensbegriff bezieht sich der Begriff des Unternehmens nach dem DMA auf eine wirtschaftliche Tätigkeit und ist unabhängig von der Rechtsform und der Art der Finanzierung.³³ Wie im Kartellrecht³⁴ bilden mehrere juristische Personen, die unmittelbar oder mittelbar unter der Kontrolle einer anderen juristischen Person stehen, gemäß Art. 1 Abs. 27 DMA ein Unternehmen im Sinne des DMA. Auch der Begriff der Kontrolle des DMA, gemäß Art. 1 Abs. 28 DMA verstanden als die Möglichkeit, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben, ist dem EU-Kartellrecht entnommen. Die EU-Kommission designiert somit die jeweilige Unternehmensgruppe insgesamt als Gatekeeper und nicht lediglich die juristische Person innerhalb einer Unternehmensgruppe, die den zentralen Plattformdienst betreibt.

2. Zentrale Plattformdienste

Weitere Voraussetzung für die Benennung als Gatekeeper ist, dass das Unternehmen einen zentralen Plattformdienst anbietet. Die zentralen Plattformdienste sind in Art. 2 Abs. 2 DMA abschließend aufgeführt. Erfasst sind Online-

26 EuGH, 13. 11. 1975 – Rs. 26/75, Slg. 1975, 1367, 1379 – General Motors Continental; EuGH, 14. 2. 1978 – Rs. 27/76, Slg. 1978, 207, 305 – United Brands; siehe hierzu auch *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 25), Art. 102, Rn. 174 ff.

27 EU-Kommission, 27. 6. 2017 – AT.39740, Rn. 271 ff. – Google Shopping (marktbeherrschende Stellung bei Suchmaschinen); EU-Kommission, Pressemitteilung vom 10. 11. 2020 – AT.40703 – Amazon Marketplace (marktbeherrschende Stellung bei Marktplatz-Diensten); EU-Kommission, 24. 3. 2004 – COMP/C-3/37792, Rn. 429 ff. – Microsoft (marktbeherrschende Stellung bei Betriebssystemen); BKartA, 6. 2. 2019 – B6-22/16, Rn. 374 ff. – Facebook (marktbeherrschende Stellung bei sozialen Netzwerken).

28 Vgl. *Schweitzer*, The Art to Make Gatekeeper Positions Contestable and the Challenge to Know What is Fair: A Discussion of the Digital Markets Act Proposal, S. 8, abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3837341.

29 *Heinemann/Meier*, EuZ 2021, 86, 88 ff.

30 Siehe hierzu auch *Grünwald*, NZKart 2021, 496 ff.

31 BT-Drs. 19/23492. S. 73, abrufbar unter: <https://dserver.bundestag.de/btd/19/234/1923492.pdf>.

32 Vgl. BT-Drs. 20/2151, S. 9, Frage 14, abrufbar unter: <https://dserver.bundestag.de/btd/20/021/2002151.pdf>.

33 EuGH, 23. 4. 1991 – C-41/90, Slg. 1991, I-1979, Rn. 21 – Höfner und Elser; *Weiß*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 101 Rn. 25.

34 EuGH, 10. 9. 2009 – C-97/08 P, Slg. 2009, I-8237 Rn. 58 – Akzo Nobel; siehe hierzu *Stockenhuber*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Werkstand: 75. Erg. Lfg. Januar 2022, Art. 101 Rn. 73 ff.

Vermittlungsdienste (z. B. Apple AppStore, Amazon Marketplace oder auch die Hotelbuchungsplattform Booking), Online-Suchmaschinen (z. B. Google), soziale Netzwerke (z. B. Facebook), Videoplattformen (z. B. YouTube, TikTok), nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste (z. B. WhatsApp von Meta oder iMessage von Apple), Betriebssysteme (z. B. Windows), Webbrowser (z. B. Chrome), virtuelle Assistenten (z. B. Alexa) und Cloud-Dienste (z. B. Amazon Web Services). Auch Online-Werbedienste (z. B. Google Ads) sind ein zentraler Plattformdienst, allerdings nur dann, wenn dieser von einem Unternehmen betrieben wird, das einen der vorgenannten zentralen Plattformdienste betreibt.³⁵

3. Wirtschaftliche Bedeutung des Unternehmens und seines zentralen Plattformdienstes in der EU

Nicht jedes Unternehmen, das einen zentralen Plattformdienst anbietet, ist zwangsläufig auch ein Gatekeeper. Vielmehr muss dem Unternehmen sowie dem von ihm betriebenen zentralen Plattformdienst innerhalb der EU eine gewisse wirtschaftliche Bedeutung zukommen, denn nur dann geht der Gesetzgeber davon aus, dass ernsthafte Bedenken im Hinblick auf die Bestreitbarkeit der Märkte und unfaire Praktiken bestehen.³⁶

Diese wirtschaftliche Bedeutung wird in Art. 3 Abs. 1 DMA an drei Voraussetzungen festgemacht, wobei Art. 3 Abs. 2 DMA für jede dieser drei Voraussetzungen Schwellenwerte vorsieht, bei deren Erreichen das Vorliegen der jeweiligen Voraussetzung widerleglich vermutet wird.

Erstens muss das Unternehmen erhebliche Auswirkungen auf den Binnenmarkt haben. Dies wird vermutet, wenn das Unternehmen einen jährlichen EU-weiten Umsatz von mindestens EUR 7,5 Milliarden in jedem der vergangenen drei Geschäftsjahre erzielt hat oder die durchschnittliche Marktkapitalisierung oder der Marktwert im vergangenen Geschäftsjahr mindestens EUR 75 Milliarden betrug und das Unternehmen den zentralen Plattformdienst in mindestens drei EU-Mitgliedstaaten betreibt. Für die Berechnung des Umsatzes verweist der DMA auf die Umsatzberechnung nach der VO (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. 1. 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („FKVO“), d. h., es kommt auf den Umsatz der gesamten Unternehmensgruppe an und nicht etwa nur auf den Umsatz, der im Hinblick auf den zentralen Plattformdienst erzielt wurde.³⁷

Zweitens muss das Unternehmen einen zentralen Plattformdienst betreiben, der für gewerbliche Nutzer ein wichtiges Zugangstor zu Endnutzern darstellt. Dies wird vermutet, wenn der zentrale Plattformdienst im vergangenen Geschäftsjahr durchschnittlich mehr als 45 Millionen monatlich aktive Endnutzer hatte, die in der EU niedergelassen sind oder sich dort aufhalten, und mindestens 10 000 jährlich aktive gewerbliche Nutzer hatte, die in der Union niedergelassen sind. Die Berechnung der Nutzerzahlen ist in einem Annex zum DMA geregelt; danach wird im Grunde jede Person gezählt, die in einem Monat den betreffenden zentralen Plattformdienst benutzt hat.

Drittens muss das Unternehmen hinsichtlich seiner Tätigkeiten eine gefestigte und dauerhafte Position haben oder es muss absehbar sein, dass es eine solche Position in naher Zukunft haben wird. Diese Voraussetzung gilt als erfüllt, wenn der Schwellenwert hinsichtlich der Nutzerzahlen in jedem der vergangenen drei Geschäftsjahre erreicht wurde.

4. Potenzielle Gatekeeper

Laut dem Berichterstatter des Europäischen Parlaments *Andreas Schwab* werden etwa 10 bis 15 Unternehmen Adressaten des DMA sein.³⁸ Es kann dabei davon ausgegangen werden, dass die Unternehmen Alphabet (wohl mit der Google Suchmaschine, dem Betriebssystem Android, der Videoplattform YouTube und dem Webbrowser Chrome), Amazon (wohl mit dem Online-Vermittlungsdienst Marketplace, dem virtuellen Assistenten Alexa und dem Cloud Dienst Amazon Web Services), Apple (wohl mit dem Online-Vermittlungsdienst AppStore, dem virtuellen Assistenten Siri und dem Kommunikationsdienst iMessage), Meta (wohl mit den sozialen Netzwerken Facebook und Instagram und dem Kommunikationsdienst WhatsApp) und Microsoft (wohl mit dem Betriebssystem Windows) als Gatekeeper benannt werden.³⁹ Auch das Unternehmen Booking mit dem gleichnamigen Online-Vermittlungsdienst für Hotels dürfte von Beginn an Adressat des DMA werden.

Darüber hinaus ist es aber gut möglich, dass weitere Digitalunternehmen zumindest mittelfristig die Schwellenwerte des Art. 3 DMA erreichen werden. Zu denken ist hier unter anderem an ByteDance mit dem Videoportal TikTok sowie Alibaba und Zalando mit ihren Online-Vermittlungsdiensten.

5. Designationsverfahren

Die betroffenen Unternehmen sind gemäß Art. 3 Abs. 3 DMA verpflichtet, die EU-Kommission darüber zu informieren, dass sie die Schwellenwerte des Art. 3 Abs. 2 DMA erreichen.

Die EU-Kommission hat dann nach Art. 3 Abs. 4 DMA 45 Tage Zeit, das Unternehmen als Gatekeeper zu designieren. Das Unternehmen hat dabei nach Art. 3 Abs. 5 DMA auch die Möglichkeit, die Vermutung der Schwellenwerte zu widerlegen. Gelingt es dem Unternehmen, die Vermutung infrage zu stellen, kann die EU-Kommission eine Marktuntersuchung durchführen, um vertieft zu prüfen, ob das Unternehmen als Gatekeeper zu designieren ist (Art. 3 Abs. 5 i. V. m. Art. 17 Abs. 3 DMA).

Gemäß Art. 3 Abs. 8 DMA kann die EU-Kommission im Rahmen einer Marktuntersuchung nach Art. 17 DMA ein Unternehmen auch dann als Gatekeeper designieren, wenn es die Schwellenwerte des Art. 3 Abs. 2 DMA nicht erfüllt. Hierbei hat die EU-Kommission unter anderem den Umsatz, die Anzahl der gewerblichen Nutzer und der Endnutzer, Netzwerk- und Skaleneffekte, datengetriebene Vorteile sowie geplante Zusammenschlüsse mit anderen Anbietern zentraler Plattformdienste oder anderen Diensten im digitalen Bereich zu berücksichtigen.

V. Verhaltenspflichten des DMA

1. Allgemeines

a) Einheitliche Geltung für sämtliche zentralen Plattformdienste

Die verschiedenen Verhaltenspflichten, denen die designierten Gatekeeper unterliegen, sind in den Art. 5, 6 und 7 DMA geregelt.

35 Vgl. *Polley/Konrad*, WuW 2021, 198, 200.

36 ErwG 15 DMA.

37 Art. 1 Abs. 30 DMA i. V. m. Art. 5 Abs. 1 FKVO.

38 *Schmutz*, Die EU nimmt Amazon und Co. an die Kandare, Neue Zürcher Zeitung vom 26. 3. 2022, S. 27.

39 Vgl. *Podszun*, EuZW 2022, 97, 98.

Dabei sind grundsätzlich alle der in den Art. 5 und 6 DMA aufgeführten Verpflichtungen von den Gatekeepern im Hinblick auf ihre zentralen Plattformdienste einzuhalten. Dieser im DMA gewählte Ansatz ist recht holzschnittartig, wenn man betrachtet, wie unterschiedlich die zentralen Plattformdienste bzw. die diesbezüglichen Geschäftsmodelle und die daraus resultierenden Gefahren für die Ziele des DMA sind.⁴⁰ Zumindest einige der Verpflichtungen nehmen aber Bezug auf spezifische zentrale Plattformdienste, wie z. B. Art. 6 Abs. 3 DMA auf das Betriebssystem, sodass insoweit klar ist, dass andere zentrale Plattformdienste von der Verpflichtung nicht betroffen sind. Auch Art. 7 DMA betrifft ausschließlich nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste. Zudem dürften einige Verhaltenspflichten (wie z. B. das Verbot der Nutzung einer Bestpreisklausel in Art. 5 Abs. 2 DMA) für eine Reihe von zentralen Plattformdiensten bedeutungslos sein, weil die Verpflichtungen keine Relevanz für das jeweilige Geschäftsmodell haben.

b) Fehlen einer Generalklausel

Anders als im EU- und deutschen Kartellrecht gibt es keine Generalklausel für Verhaltenspflichten, auf die seitens der EU-Kommission zurückgegriffen werden könnte, um neuartige Verhaltensweisen, mit denen die Ziele des DMA gefährdet werden, zu untersagen.⁴¹ Andererseits besteht durch diesen starren Regelungsansatz Rechtssicherheit für die Gatekeeper im Hinblick auf den zu erfüllenden Pflichtenkatalog des DMA. Allerdings kann die EU-Kommission die Liste der in Art. 5 und 6 DMA enthaltenen Verhaltenspflichten nach Art. 12 Abs. 1 DMA aktualisieren, wenn sie im Rahmen einer Marktuntersuchung nach Art. 19 DMA zu dem Ergebnis gelangt ist, dass eine Aktualisierung erforderlich ist, um Verhaltensweisen zu untersagen, welche die Bestreitbarkeit zentraler Plattformdienste ebenso beschränken oder ebenso unfair sind wie die in Art. 5 und 6 DMA enthaltenen Verpflichtungen.

c) Fehlen einer Rechtfertigungsmöglichkeit

Trotz der während des Gesetzgebungsverfahrens vielfach geäußerten Kritik⁴² sehen die Verhaltenspflichten des DMA keine Möglichkeit des Gatekeepers vor, den Verstoß gegen die Verhaltenspflicht, z. B. durch Effizienzgewinne, im Einzelfall zu rechtfertigen. Es besteht für den Gatekeeper lediglich unter sehr engen Voraussetzungen der Art. 8 und 9 DMA die Möglichkeit einer Aussetzung der bzw. Befreiung von den Verhaltenspflichten. Dies dürfte mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht zu vereinbaren sein. Können Gatekeeper z. B. darlegen, dass eine bestimmte Verhaltensweise, die nach dem DMA untersagt wäre, die Bestreitbarkeit des Marktes nicht gefährdet und sich auch nicht als unfair darstellt, kann die Verhaltensweise auch nicht untersagt werden.

d) Umsetzung der Verhaltenspflichten

Für die Gatekeeper gilt „Compliance by Design“. Die erforderlichen Maßnahmen sollen von diesen so weit wie möglich in die von ihnen verwendeten Technologien integriert werden.⁴³ Hinsichtlich der Umsetzung kann zwischen den in Art. 5 DMA und den in Art. 6 und 7 DMA enthaltenen Pflichten unterschieden werden. Während erstere „self-enforcing“, d. h. von den Gatekeepern ohne Weiteres umzusetzen sind, besteht für die Pflichten

der Art. 6 und 7 DMA gemäß Art. 8 Abs. 2, 3 DMA die Möglichkeit eines Regulierungsdialogs (dessen Einleitung indes im Ermessen der EU-Kommission steht), in dem bestimmt wird, ob die (geplanten) Maßnahmen des Gatekeepers die Ziele der Verhaltenspflichten effektiv erreichen.⁴⁴

2. Überblick über ausgewählte Pflichten

a) Beschränkung der Nutzung personenbezogener Daten

Nach Art. 5 Abs. 2 DMA darf der Gatekeeper nicht (i) personenbezogene Daten von Endnutzern zu Werbezwecken verarbeiten, wenn die Endnutzer den Dienst eines Dritten benutzen, der sich wiederum eines zentralen Plattformdienstes des Gatekeepers bedient; (ii) personenbezogene Daten aus dem betreffenden zentralen Plattformdienst mit personenbezogenen Daten aus anderen zentralen Plattformdiensten oder aus anderen vom Gatekeeper bereitgestellten Diensten oder mit personenbezogenen Daten aus Diensten Dritter kombinieren; und (iii) personenbezogene Daten des relevanten zentralen Plattformdienstes für andere, separat angebotene Dienste, einschließlich anderer zentraler Plattformdienste, des Gatekeepers nutzen bzw. umgekehrt personenbezogene Daten anderer (zentraler Plattform-) Dienste nicht für andere (zentrale Plattform-) Dienste nutzen und (iv) Endnutzer zu anderen Diensten des Gatekeepers anmelden, um personenbezogene Daten zusammenzuführen. Diese Verbote gelten nicht, wenn der Gatekeeper dem Endnutzer eine echte Wahl zwischen dem zentralen Plattformdienst und einer weniger stark personalisierten, im Übrigen aber gleichwertigen Alternative anbietet und der Endnutzer seine Zustimmung im Sinne der Art. 4 Nr. 11 und Art. 7 DSGVO erteilt hat.⁴⁵

Diese Regelung entspricht den Überlegungen des BGH in der Entscheidung Facebook, dass Facebook seine Marktmacht gegenüber den Nutzern dadurch missbraucht habe, dass es diesen eine erweiterte Leistung in Form eines stärker personalisierten Netzwerkes aufgedrängt habe und das kartellrechtskonforme Verhalten in der Einräumung einer echten Wahlmöglichkeit der Nutzer zwischen einem stärker personalisierten Netzwerk und einer „Light-Version“ des Netzwerkes bestehe.⁴⁶

Die Frage nach dem Einverständnis darf nach einer Verweigerung oder einem Widerruf desselben dabei nur einmal jährlich gestellt werden. Die Möglichkeit, die Nutzung personenbezogener Daten auf Art. 6 Abs. 1 lit. c (rechtliche Verpflichtung), lit. d (lebenswichtige Interessen) oder lit. e (übertragene Aufgaben im öffentlichen Interesse) DSGVO zu stützen, bleibt unberührt. Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass Vertragserfüllung und berechtigte Interessen keine Verarbeitung erlauben, vgl. Art. 6 Abs. 1 lit. b, f DSGVO.

40 Vgl. Schweitzer, The Art to Make Gatekeeper Positions Contestable and the Challenge to Know What is Fair: A Discussion of the Digital Markets Act Proposal, S. 27 ff., abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3837341.

41 Haus/Weusthof, WuW 2021, 318, 321.

42 Westermann, ZHR 186 (2022), 325, 332 ff.; Zimmer/Göhsel, ZWeR 2021, 29, 53 ff.; Schweitzer, ZEuP 2021, 503, 537; Körber, NZKart 2021, 436, 439; Haus/Weusthof, WuW 2021, 318, 323; Polley/Konrad, WuW 2021, 198, 205.

43 ErwG 65 DMA.

44 Jovanovic/Greiner, MMR 2021, 678, 680.

45 ErwG 36, 37.

46 Siehe hierzu Nagel/Horn, ZWeR 2021, 78, 97 f.

b) Verbot von Bestpreisklauseln

Art. 5 Abs. 3 DMA enthält ein Verbot der sog. engen und weiten Bestpreisklausel. Gewerblichen Nutzern darf also nicht verboten werden, ihre Produkte bzw. Dienstleistungen über andere Vermittlungsdienste oder ihre eigenen Online-Vertriebskanäle zu besseren Preisen und Konditionen anzubieten. Eine solche Verhaltensweise war Amazon (die als hybride Plattform mit ihren gewerblichen Nutzern auch in Wettbewerb steht) bereits vom Bundeskartellamt untersagt worden.⁴⁷ Auch nicht hybriden Vermittlungsplattformen war teilweise die Nutzung von Bestpreisklauseln bereits untersagt worden.⁴⁸

c) Verbot von sog. Anti-Steering

Nach Art. 5 Abs. 4 DMA ist der Gatekeeper verpflichtet, es gewerblichen Nutzern unentgeltlich zu ermöglichen, Endnutzern, die der gewerbliche Nutzer über den zentralen Plattformdienst oder über andere Vertriebskanäle als Kunden gewonnen hat, Angebote zu unterbreiten und mit diesen Verträge zu schließen, unabhängig davon, ob hierfür der zentrale Plattformdienst des Gatekeepers genutzt wird. Auch diese Regelung dient dem Schutz des Wettbewerbs, indem Multi-Homing zwischen Plattformen gefördert und die Abhängigkeit gewerblicher Nutzer von dem zentralen Plattformdienst verringert wird.⁴⁹ Auch diese Verhaltenspflicht dürfte auf ein Verfahren der EU-Kommission zurückgehen. Diese prüft, ob Apples Regeln für App-Entwickler für den Vertrieb von Apps über den App Store gegen EU-Kartellrecht verstoßen. Die Untersuchung betrifft insbesondere die obligatorische Verwendung von Apples eigenem In-App-Kaufsystem und die Beschränkungen der Möglichkeiten von Entwicklern, iPhone- und iPad-Nutzer über alternative, billigere Kaufmöglichkeiten außerhalb von Apps zu informieren.⁵⁰

d) Verbot von Zugangs- und Nutzungsbeschränkungen des zentralen Plattformdienstes im Hinblick auf Inhalte und Abonnements

Art. 5 Abs. 5 DMA verpflichtet Gatekeeper, über ihren zentralen Plattformdienst Endnutzern Zugriff auf insbesondere Inhalte und Abonnements zu gewähren, indem diese die Software eines gewerblichen Nutzers verwenden. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn der Endnutzer den Inhalt oder das Abonnement von dem gewerblichen Kunden erworben hat, ohne den zentralen Plattformdienst des Gatekeepers zu nutzen. So soll z. B. ein Abonnent von Online-Inhalten nicht daran gehindert werden, auf diese Online-Inhalte über den zentralen Plattformdienst des Gatekeepers zuzugreifen, nur weil er die Online-Inhalte nicht über den virtuellen Assistenten des Gatekeepers erworben hat. Auch diese Regelung zielt damit auf den Schutz der Wahlfreiheit der Endnutzer und folglich auf den Schutz des Wettbewerbs zwischen Gatekeepern und alternativen Anbietern.

e) Verbot der Datennutzung zu Wettbewerbszwecken

Nach Art. 6 Abs. 2 DMA darf der Gatekeeper nicht öffentlich verfügbare Daten, die bei der Nutzung seines zentralen Plattformdienstes oder eines mit diesem in Zusammenhang stehenden Dienstes durch gewerbliche Nutzer entstehen oder von diesen zur Verfügung gestellt werden, nicht zu wettbewerblichen Zwecken nutzen. Auch für dieses Verbot gibt es einen Anwendungsfall

aus der Praxis der Wettbewerbsbehörden. So untersucht die EU-Kommission derzeit in einem Verfahren gegen Amazon, ob Amazon seine marktbeherrschende Stellung missbraucht, indem es aggregierte Daten, die es in seiner Rolle als Betreiber des Marktplatzes von Händlern erhält, in seiner Rolle als Eigenverkäufer auf dem Marktplatz im Wettbewerb zu den Händlern zum eigenen Vorteil nutzt (z. B. die Angebote auf diejenigen Produkte einer Kategorie konzentriert, die sich am besten verkaufen).⁵¹ Eine Lösung für den Gatekeeper könnte es in diesem Zusammenhang sein, die betroffenen Daten den Marktplatz-Händlern zugänglich zu machen – und tatsächlich könnte sich Amazon mit der EU-Kommission bereits am 10. 6. 2022 auf eine solche Lösung geeinigt haben.⁵²

f) Kopplungsverbot

Art. 6 Abs. 3 DMA enthält die Verpflichtung des Gatekeepers, Endnutzern die Möglichkeit zu geben und diese technisch in die Lage zu versetzen, Software-Anwendungen, die auf seinem Betriebssystem vorinstalliert sind, zu deinstallieren sowie Voreinstellungen auf Betriebssystemen, virtuellen Assistenten und Webbrowsern einfach zu ändern. Damit wird es dem Gatekeeper untersagt, Nutzern zusätzliche Dienste oder Produkte aufzudrängen, wenn diese den zentralen Plattformdienst nutzen. Als schon etwas älteres kartellrechtliches Vorbild dieser Vorschrift kann die Entscheidung des EuG in der Sache Microsoft Media Player genannt werden, in der das Gericht die technische Kopplung von Media Player und Windows Betriebssystem als Verstoß gegen Art. 102 S. 2 lit. d AEUV wertete.⁵³

g) Verbot der Selbstbevorzugung

Art. 6 Abs. 5 DMA unterwirft den Gatekeeper zudem einem Verbot der Selbstbevorzugung von eigenen Diensten und Produkten bei Rankings sowie dementsprechender Indexierung und diesbezüglichem sog. Crawling. Die Stoßrichtung betrifft also auch bei dieser Vorschrift den Schutz des freien Wettbewerbs auf Märkten, die im Zusammenhang mit dem zentralen Plattformdienst stehen. Gatekeeper sollen eigene Dienste und Produkte, die über den zentralen Plattformdienst angeboten werden, nicht ohne sachlichen Grund besser behandeln dürfen. Als Pate dieser Regelung steht das Verfahren der EU-Kommission gegen Alphabet (Google), in der die EU-Kommission Alphabet vorwirft, seine marktbeherrschende Stellung auf dem Suchmaschinenmarkt dadurch missbraucht zu haben, dass es seinen eigenen Preisvergleichsdienst in der Suchanzeige gegenüber konkurrierenden Preisvergleichsdiensten bevorzugt.⁵⁴

47 BKartA, Fallbericht vom 9. 12. 2013 – B6-46/12.

48 BGH, 18. 5. 2021 – KVR 54/20, K&R 2021, 650 ff. – Booking.com.

49 ErwG 40 DMA.

50 EU-Kommission, Pressemitteilung vom 16. 6. 2020 – AT.40652 – Apple – App Store Practices – e-books/audiobooks.

51 EU-Kommission, Pressemitteilung vom 10. 11. 2020 – AT.40703.

52 Vgl. *Stolton*, Amazon nears pact to end EU's most advanced antitrust probe, abrufbar unter: <https://www.politico.eu/article/with-amazon-anti-trust-deal-on-horizon-eus-big-tech-crackdown-starts-to-show-teeth/>.

53 EuG, 17. 9. 2007 – T-201/04, Slg. 2007, II-3601, Rn. 859, 869 – Microsoft; siehe hierzu auch *Scholz*, in: Wiedemann (Fn. 6), § 22 Rn. 128 ff.

54 EU-Kommission, 27. 2. 2017 – AT.39749 – Google Shopping; bestätigt durch EuG, 10. 11. 2021 – Rs. T-612/17, NZKart 2021, 684 ff. – Google Search.

h) Interoperabilitätspflichten

Art. 6 Abs. 6 DMA sieht die Pflicht des Gatekeepers vor, für Anbieter von Diensten und Hardware sowie gewerbliche Nutzer Interoperabilität mit seinem Betriebssystem oder seinem virtuellen Assistenten herzustellen. Ein Beispiel aus der Fusionskontrollpraxis der EU-Kommission, die eine solche Interoperabilitätsverpflichtung vorsieht, ist die Entscheidung Microsoft/LinkedIn. Hierin wurde die Übernahme des Karrierenetzwerks davon abhängig gemacht, dass sich Microsoft/LinkedIn gegenüber Wettbewerbern verpflichteten, Interoperabilität u. a. mit der Office-Produktreihe zu gewährleisten, um den Wettbewerb auf dem Markt für Karrierenetzwerke zu schützen.⁵⁵

Darüber hinaus sieht Art. 7 DMA Interoperabilitätspflichten für Gatekeeper vor, die nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste betreiben (z. B. WhatsApp von Meta oder iMessage von Apple). Diese müssen ihre Dienste für andere Anbieter solcher Messaging-Dienste interoperabel machen, sodass die Endnutzer über verschiedene Dienste hinweg miteinander kommunizieren können. Zu Beginn muss der Gatekeeper lediglich eine Kommunikation zwischen zwei Endnutzern ermöglichen, zwei Jahre nach seiner Designation auch Kommunikation in Gruppen und nach vier Jahren u. a. auch Video- und Voice-Anrufe zwischen zwei Endnutzern.

i) Informationspflicht bei Zusammenschlüssen

Zudem enthält Art. 14 DMA eine Pflicht des Gatekeepers, die EU-Kommission über Zusammenschlüsse i. S. d. Art. 3 FKVO zu informieren, soweit die Zusammenschlussbeteiligten oder das Zielunternehmen zentrale Plattformdienste oder andere Dienste der Digitalwirtschaft betreiben oder zur Sammlung von Daten befähigen. Dies gilt unabhängig davon, ob der Zusammenschluss in der EU oder einem EU-Mitgliedstaat anmeldepflichtig ist. Eine förmliche Fusionskontrollanmeldung ist zur Benachrichtigung der EU-Kommission nicht erforderlich und es findet in Rahmen des DMA auch keine fusionskontrollrechtliche Prüfung statt. Vielmehr soll die EU-Kommission so Marktentwicklungen im digitalen Sektor beobachten können, insbesondere frühzeitig auf „Killer Acquisitions“ aufmerksam gemacht werden. Jedoch wird in Art. 14 Abs. 5 DMA explizit auf Art. 22 FKVO hingewiesen, sodass Wettbewerbsbehörden der EU-Mitgliedstaaten die Prüfung solcher Zusammenschlüsse durch die EU-Kommission im Rahmen der FKVO beantragen können.⁵⁶

j) Sog. Profiling

Art. 15 DMA verpflichtet schließlich den Gatekeeper, der EU-Kommission innerhalb von sechs Monaten nach seiner Designation eine von unabhängiger Stelle geprüfte Beschreibung aller Techniken zur Erstellung von Verbraucherprofilen (sog. Profiling) vorzulegen. Gerade auch bei der Regelung zum Profiling zeigt sich, dass der DMA eine Brücke zum Datenschutzrecht schlägt, denn der Bericht zum Profiling wird an den Europäischen Datenschutzausschuss übermittelt, um die Durchsetzung der EU-Datenschutzregeln zu fördern.⁵⁷

3. Umgehungsverbote

Art. 13 Abs. 1 S. 1 DMA verbietet eine Umgehung der Pflichten des Gatekeepers aus dem DMA und erlaubt der

EU-Kommission zu prüfen, ob ein Umgehungstatbestand vorliegt. Konkret wird es Unternehmen untersagt, zentrale Plattformdienste mit dem Zweck „aufzuteilen“, dass die quantitativen Grenzen gem. Art. 3 Abs. 2 DMA unterschritten werden. Die EU-Kommission darf im Verdachtsfall von Unternehmen Informationen anfordern, um eine mögliche Umgehung aufzudecken, Art. 13 Abs. 2 DMA. Bestätigt sich der Verdacht, hindert die Aufteilung die EU-Kommission nicht (mehr) an der Designation des Unternehmens als Gatekeeper, Art. 13 Abs. 1 S. 2 DMA. Ob eine Umgehung nur angenommen werden kann, wenn die Vermeidung des Gatekeeper-Status der einzige Grund für die Aufteilung gewesen ist, oder ob es reicht, wenn dies nur eines von mehreren Motiven gewesen ist, könnte in der Zukunft noch der gerichtlichen Klärung bedürfen. Den einschlägigen Erwägungsgründen 29 und 65 DMA lässt sich insoweit nichts entnehmen.

Vorgesehen ist in Art. 13 Abs. 3, 4 DMA weiter, dass der Gatekeeper seine aus Art. 5 bis 7 DMA folgenden Pflichten wirksam einhalten muss. Namentlich darf der Gatekeeper die Einholung von Einwilligungen zur Datenverarbeitung nicht erschweren, Art. 13 Abs. 5 DMA. Die Ausübung der Rechte durch gewerbliche Nutzer und Endkunden aus den Art. 5 bis 7 DMA darf nicht mit einer Leistungsver schlechterung „bestraft“ oder unangemessen schwierig gemacht werden, Art. 13 Abs. 6 DMA. In all diesen Fällen kann die EU-Kommission gem. Art. 8 Abs. 2 UAbs. 3, 13 Abs. 7 DMA pflichtenkonkretisierende Anordnungen treffen – gerade auch im Hinblick auf Art. 5 DMA. Hier wird sich Argumentationsspielraum eröffnen – die Ausübung von Rechten dürfte etwa nicht unnötig schwer gemacht werden, wenn der Gatekeeper seine Maßnahmen z. B. mit Sicherheitsbedenken rechtfertigt (vgl. Art. 7 Abs. 3 DMA).

Flankiert wird das Umgehungsverbot u. a. durch die Überwachung durch die EU-Kommission selbst (Art. 26 DMA), die Beachtung der Hinweise von Dritten (Art. 27 DMA) und einer Selbstkontrolle der Gatekeeper (Art. 28 DMA). Letztere müssen dazu Compliance Officer benennen, die unabhängig vom operativen Geschäft die Compliance überwachen und über die Fähigkeit verfügen, die Compliance auch durchzusetzen.

VI. Behördliche Sanktionsmechanismen des DMA

Ein wesentliches Instrument der Durchsetzung werden die behördlichen Sanktionsmechanismen sein: Verletzt ein Gatekeeper die Verhaltensregeln nach Art. 5 bis 7 DMA, so drohen Bußgelder in einer Höhe von bis zu 10 % des weltweiten Jahresumsatzes; bei wiederholten Verstößen gegen die Verhaltensregeln des DMA drohen sogar Bußgelder in einer Höhe von bis zu 20 % des weltweiten Jahresumsatzes, Art. 30 Abs. 1, 2 DMA. Zudem kann die EU-Kommission Zwangsgelder („periodic penalty payments“) von bis zu 5 % des gesamten weltweiten Jahresumsatzes des betroffenen Unternehmens verhängen, um die Gatekeeper zur Einhaltung ihrer Pflichten anzuhalten, Art. 31 Abs. 1 DMA.

Bei systematischem Verstoß gegen die DMA-Verhaltensregeln kann die EU-Kommission gem. Art. 18 DMA (d. h.

⁵⁵ EU-Kommission, 6. 12. 2016 – M.8124, Annex 1, S. 5 – Microsoft/LinkedIn.

⁵⁶ Seip/Berberich, GRUR-Prax 2021, 46.

⁵⁷ ErwG 72 DMA.

auf Basis einer Marktuntersuchung) verhaltensbezogene und auch strukturelle Abhilfemaßnahmen erlassen, bis hin zur Ultima Ratio der Zerschlagung. Zudem kann dem Gatekeeper bei systematischen Verstößen zumindest auf einen Zeitraum begrenzt die Durchführung von geplanten Zusammenschlüssen untersagt werden. Ein solcher systematischer Verstoß wird vermutet, wenn die EU-Kommission innerhalb eines Zeitraums von acht Jahren mindestens drei Entscheidungen über die Nichteinhaltung der DMA-Vorgaben verfügt und/oder über die Verhängung von Geldbußen gegen einen Gatekeeper in Bezug auf einen seiner zentralen Plattformdienste erlassen hat. Im Rahmen des Trilogs wurden auch Maßnahmen aufgenommen, die interessierten Dritten eine Stellungnahme ermöglichen sollen (Art. 18 Abs. 5 DMA), welche die Kommission sodann berücksichtigen kann.

Flankiert werden diese Sanktionen durch umfassende Befugnisse, die Einhaltung des DMA mittels Auskunftsverlangen (RFIs), Vernehmungen und Durchsuchungen zu überprüfen (Art. 19 bis 21 DMA).

Die EU-Kommission erhält die exklusive Kompetenz für die Anwendung des DMA, um eine unionsweit einheitliche Rechtsdurchsetzung zu gewährleisten. Jedoch können EU-Mitgliedstaaten auch ihre jeweiligen nationalen Wettbewerbsbehörden dazu ermächtigen, mögliche Verletzungen des DMA zu ermitteln; die nationalen Wettbewerbsbehörden müssen den Beginn der Ermittlungen anzeigen und die Ergebnisse ihrer Ermittlungen der EU-Kommission weiterleiten, Art. 38 Abs. 7 DMA.

VII. Private Enforcement des DMA?

Fraglich ist, ob auch gewerbliche Nutzer und Endkunden die Pflichten aus dem DMA durchsetzen können.⁵⁸ Die private Rechtsdurchsetzung wird im DMA nicht ausdrücklich behandelt. Art. 42, 53 DMA ermöglichen Verbrauchern aber über die Verbandsklagerichtlinie⁵⁹ die Geltendmachung ihrer Rechte. Während der Gesetzgeber so Verbrauchern die Möglichkeit zur Geltendmachung ihrer Rechte unter dem DMA einräumen wollte,⁶⁰ finden alle „Nichtverbraucher“ keine Erwähnung. Außerdem hat der Gesetzgeber ersichtlich die Durchsetzung des DMA durch Behörden als „Normalfall“ angesehen.⁶¹ Art. 39 DMA sieht folgerichtig einen Mechanismus der Zusammenarbeit zwischen der EU-Kommission und den nationalen Gerichten vor, um eine kohärente Anwendung des DMA zu gewährleisten, vergleichbar mit Art. 15 der VO (EG) Nr. 1/2003. In diesem Zusammenhang dürfen die einzelstaatlichen Gerichte keine Entscheidungen treffen, die im Widerspruch zu den Entscheidungen der EU-Kommission im Rahmen des DMA stehen.

In Deutschland könnten Unternehmen im Wesentlichen Ansprüche aus dem GWB, dem UWG und dem BGB zustehen.⁶² Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadenersatzansprüche gem. §§ 33 Abs. 1, 33a Abs. 1 GWB greifen aber nur ein, wenn mit dem Verstoß gegen den DMA zugleich Verstöße gegen Teil 1 des GWB oder Art. 101, 102 AEUV vorliegen. Mitbewerber könnten (zudem) Ansprüche gem. §§ 8 Abs. 1 S. 1, 9 Abs. 1 UWG i. V. m. §§ 3, 3a UWG geltend machen, soweit Regelungen des DMA – etwa Art. 5 - 7 DMA – als Marktverhaltensregel angesehen werden können. Fraglich ist, ob dieser Qualifikation bzgl. Art. 6 DMA und Art. 13 DMA die möglichen Konkretisierungsentscheidungen

der Kommission gem. Art. 8 Abs. 2, 3, 7 DMA entgegenstehen. Ob also Art. 6, 13 DMA aus sich heraus den Gatekeeper bereits zu konkreten Handlungen oder Unterlassungen im Markt im Interesse der Marktteilnehmer verpflichten. Für eine Einordnung als Marktverhaltensregel lässt sich allgemein anführen, dass die Regelungen die Vertragsfreiheit der Gatekeeper einschränken⁶³ und die Einschränkungen gem. Art. 1 Abs. 1 DMA auch im Interesse der Marktteilnehmer erfolgen. Ein konkretes Bekenntnis, dass dies im individuellen Interesse der einzelnen Unternehmen erfolgt – wie etwa im Kartellvergaberecht bei § 97 Abs. 6 GWB⁶⁴ – fehlt allerdings. Weiter könnten Verstöße gegen den DMA die Unwirksamkeit der betroffenen Klauseln (vgl. § 307 BGB) und entsprechende Sekundäransprüche nach sich ziehen. Schließlich ist auch nicht ausgeschlossen, dass der DMA als Schutzgesetz gem. § 823 Abs. 2 BGB bewertet werden könnte. In Ansehung der Frage der unmittelbaren Pflichten aus Art. 6 DMA lässt sich neben dem Wortlaut („shall“) weiter anführen, dass Art. 29 Abs. 1 lit. a, b, 30 Abs. 1 lit. a, b DMA Folgen (z. B. Strafen) *sowohl* an einen Verstoß gegen Art. 6 DMA selbst *als auch* gegen eine Konkretisierungsentscheidung anknüpft. Anders dürfte dies bei Art. 13 DMA zu bewerten sein, der in Art. 29, 30 DMA nicht genannt wird und Verstöße gegen das Umgehungsverbot daher allenfalls im Rahmen eines Verstoßes gegen eine Konkretisierungsentscheidung eine Rolle spielt, Art. 29 Abs. 1 lit. b, 30 Abs. 1 lit. b DMA – Konkretisierungsentscheidungen werden allerdings nicht im Interesse der Marktteilnehmer erlassen.

VIII. Die Zukunft

Der DMA wird 2022 das Gesetzgebungsverfahren durchlaufen haben: Anfang Juli 2022 soll er vom Europäischen Parlament beschlossen werden. Danach folgen die Zustimmung des Europäischen Rates, Ausfertigung und die Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union. 20 Tage nach der Veröffentlichung tritt der DMA in Kraft und ist in wesentlichen Teilen sechs Monate später anwendbar, Art. 54 Abs. 1, 2 DMA. Einige organisatorische Regelungen treten am 25. 6. 2023 in Kraft, Art. 54 Abs. 3 DMA.

Entscheidend wird sein, wann die EU-Kommission die ersten Gatekeeper benennt: Gemäß Art. 3 Abs. 10 DMA ist der Gatekeeper sechs Monate nach der Entscheidung der EU-Kommission verpflichtet, die Vorgaben aus den Art. 5 bis 7 DMA einzuhalten. Es ist nach dem dargelegten Verfahren der Gatekeeper-Benennung damit zu rechnen, dass dies ab Mitte des Jahres 2023 der Fall sein wird.

Es ist abzusehen, dass der DMA die Kräfteverhältnisse auf den digitalen Märkten erheblich zugunsten der kleineren Unternehmen verschieben kann – der DMA entfaltet, wie

58 Siehe hierzu etwa *Karbaum/Schulz*, NZKart 2022, 107 ff.

59 Abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:32020L1828>.

60 Siehe ErWG 103 DMA.

61 In der Pressekonferenz zur Vorstellung der Einigung zum DMA wurde die nicht näher begründete Ansicht von MEP Schwab vertreten, dass eine Durchsetzung auf Grundlage des nationalen Rechts möglich sei, wenn gleich eine Durchsetzung durch Behörden angemessener sei, vgl. ab Minute 48 unter: <https://twitter.com/i/broadcasts/1PIKQa.A.eLbNKE>.

62 Vgl. *Louven*, Vorschlag für einen Digital Markets Act – Private Enforcement, abrufbar unter: <https://www.cr-online.de/blog/2021/09/17/vorschlag-fuer-einen-digital-markets-act-private-enforcement/>.

63 Vgl. BGH, 3. 7. 2008 – I ZR 145/05, GRUR 2008, 810, Rn. 32.

64 Vgl. BGH, 3. 7. 2008 – I ZR 145/05, GRUR 2008, 810, Rn. 32.

der „Amazon-Deal“ gezeigt hat, bereits Vorwirkung.⁶⁵ Welche Wirkung der DMA tatsächlich haben wird, dürfte allerdings von der Durchsetzungspraxis abhängen. Zu hoffen bleibt, dass der DMA nicht über das Ziel hinausschießt, z. B. weil Unternehmen unnötig als Gatekeeper designiert werden oder weil Verhaltenspflichten statuiert werden, die Wettbewerb letztlich gar nicht fördern, sondern im Gegenteil bestehende Machtverhältnisse zementieren. Darüber hinaus sind noch technische Fragen zu klären, etwa bzgl. der Herstellung der Interoperabilität der Messenger-Dienste nach Art. 7 DMA. In jedem Fall soll der DMA alle drei Jahre einer Evaluation unterzogen werden, Art. 53 Abs. 1 DMA.

65 Vgl. *Stolton*, Amazon nears pact to end EU's most advanced antitrust probe, abrufbar unter: <https://www.politico.eu/article/with-amazon-anti-trust-deal-on-horizon-eus-big-tech-crackdown-starts-to-show-teeth/>.



Stefan Horn

Jahrgang 1982; Studium an der Bucerius Law School (Hamburg) und der Brooklyn Law School (New York); 2016 Promotion zu einem kartellrechtlichen Thema; seit 2014 Rechtsanwalt, seit 2016 in der Kanzlei Taylor Wessing; Schwerpunktbereich: Kartellrecht, insbesondere Digitalisierungsaspekte und kartellzivilrechtliche Verfahren.



Alexander Schmalenberger

Jahrgang 1982; Studium an der Bucerius Law School (Hamburg) und der Victoria University (Wellington); seit 2011 Rechtsanwalt, seit 2021 in der Kanzlei Taylor Wessing; Knowledge Management Lawyer; Schwerpunktbereich: Technologierecht, Recht der Telekommunikation und Medienrecht, insbesondere Digitalisierungsaspekte.

Prof. Dr. Roger Mann*

EU-Richtlinien-Entwurf gegen missbräuchliche „SLAPP-Klagen“

Kurz und Knapp

Die EU-Kommission hat am 27. 4. 2022 den Entwurf einer Richtlinie „zum Schutz von Personen, die sich öffentlich beteiligen, vor offenkundig unbegründeten oder missbräuchlichen Gerichtsverfahren („strategische Klagen gegen öffentliche Beteiligung“)“ vorgestellt. Das Phänomen derartiger Klagen ist international unter dem Akronym „SLAPP“ bekannt, das für „Strategic Lawsuits Against Public Participation“ steht.

I. Worum geht es?

Mit der Richtlinie verfolgt die Kommission das Ziel, „natürliche und juristische Personen, die sich in Angelegenheiten von öffentlichem Interesse öffentlich beteiligen, insbesondere Journalisten und Menschenrechtsverteidiger, vor Gerichtsverfahren zu schützen, die gegen sie angestrengt werden, um sie von der öffentlichen Beteiligung abzuhalten.“ (4. Erwägungsgrund).

Es geht also um Verfahren, die der Einschüchterung von Medien und Nichtregierungsorganisationen (NGOs) und der Menschen, die für sie tätig sind, dienen.

Dass in äußerungsrechtlichen Auseinandersetzungen mit Zivilklagen oder gar Strafanzeigen gedroht wird, ist nicht unüblich und derartige Drohungen sind auch nicht grundsätzlich verboten, sofern nicht der Fall einer schwierig nachzuweisenden Nötigung (§ 240 StGB)¹ oder falschen Verdächtigung (§ 164 StGB) vorliegt. Strafanzeigen und Ermittlungsverfahren sind indes vom Richtlinienentwurf nicht erfasst, der sich gem. Art. 1 ausdrücklich auf „Gerichtsverfahren in Zivilsachen“ beschränkt. Das ist bedauerlich, weil in der Praxis zu beobachten ist, dass zunehmend auch diese Mittel zur Einschüchterung des vom Richtlinienentwurf geschützten Personenkreises benutzt

werden und dies aufgrund der häufig dilatorischen Bearbeitung durch Staatsanwaltschaften einen erheblichen Lästigkeitseffekt entfaltet. Hintergrund der Beschränkung wird die Befürchtung der Kommission gewesen sein, mit den hohen Anforderungen des Subsidiaritätsprinzips in Konflikt zu geraten, wie es für Strafsachen u. a. in Art. 82 Abs. 2 AEUV zum Ausdruck kommt. Die Bedeutung dieses Prinzips wird besonders im Bereich der Rechtsangleichung des Strafverfahrensrechts hervorgehoben.²

Vermutlich deshalb ist es für diesen Bereich seitens der EU dann bei einer zusätzlich zur Richtlinie erlassenen Empfehlung an die Mitgliedstaaten geblieben. Diese Handlungsform ist nämlich gem. Art. 288 Abs. 5 AEUV rechtlich unverbindlich. Die Mitgliedstaaten werden durch eine ergänzende Empfehlung der Kommission³ jedenfalls dazu angehalten, die Vorgaben der Richtlinie auch für innerstaatliche Fälle umzusetzen und insbesondere auch das Strafrecht in den Blick zu nehmen. Dabei wird empfohlen, Haftstrafen bei häufig durch SLAPPs instrumentalisierten Verleumdungstatbeständen ganz abzuschaffen und generell Verleumdungsvorwürfe nur noch in Ausnahmefällen strafrechtlich zu verfolgen (Erwägungsgründe 23 und 24 der Empfehlung).

Bei der Betrachtung der geregelten zivilrechtlichen Verfahren wird das grundsätzliche Problem in diesem Bereich schnell deutlich: Wann sind Klagen rechtsmissbräuchlich und wann dienen sie dem berechtigten Ehrschutz, der nach deutschem Recht in Form des Kredits (vgl. § 824 BGB), der Geschäftslehre,⁴ des Schutzes des eingerichteten und

* Mehr über den Autor erfahren Sie am Ende des Beitrags. Der Verfasser bedankt sich für die Unterstützung zu den europarechtlichen Fragen bei Herrn RRef. Dr. Ioannis Katsivelas. Alle zitierten Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 24. 6. 2022

1 Vgl. dazu *Fischer*, StGB, 68. Aufl. 2021, § 240 Rn. 33 m. w. N.

2 *Satzger*, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 82 AEUV Rn. 3 m. w. N.

3 ABI. EU 2022 L 138/30.

4 Vgl. BGH, 8. 7. 1980 – VI ZR 177/78, NJW 1980, 2807, 2810 – Medizin-Syndikat I.