

TaylorWessing

Digital Markets Act – Private Durchsetzung

GRUR Jahrestagung 2022

Dresden, 6.10.2022

VERORDNUNG (EU) 2022/...
DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES
vom ...
über bestreiftbare und faire Märkte im digitalen Sektor und
zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828
(Gesetz über digitale Märkte)
(Text von Bedeutung für den EWR)



Dr. Marco Hartmann-Rüppel

Agenda

1. Systematik Digital Markets Act (DMA)
2. DMA – Private Durchsetzung
 - Warum?
 - Wie?
 - Wer?
 - Was?
 - Wann?

1 | Systematik Digital Markets Act (DMA)

Systematik DMA

Digital Markets Act (DMA)

Verordnung über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor
(Gesetz über digitale Märkte)

Ziel:

Märkte sollen
bestreitbar und fair
bleiben bzw. werden
(Art. 1 Abs. 1 DMA)

Mittel:

Liste von self-executing
Ge- und Verboten
(Artt. 5 - 7 DMA)
für sog. Torwächter
(**Gatekeeper**),
die zuerst als solche
von der Kommission
benannt
werden müssen
(Artt. 3 f. DMA)

Ge-/Verbote sind teilweise
früheren/laufenden
Kartellverfahren entnommen

Systematik:

- Rechtsgrundlage Art. 114 AEUV – d.h. ≠ „Kartellrecht“, sondern Regulierungsrecht
- Paradigmenwechsel: spezifisch, one size fits all, per se-Regeln, ex ante-Kontrolle → keine Flexibilität
- Keine individuellen Rechtfertigungsgründe (nur enger Ausnahmefall, Art. 9 DMA)

DMA – Designierung als Gatekeeper (Benennung als Torwächter)

Gatekeeper

Artt. 2 (1), 3 (1) DMA

- Angebot eines **zentralen Plattformdienstes (ZPD)**, der für gewerbliche Nutzer einen wichtigen Zugang zu Endnutzern darstellt
- gefestigte und dauerhafte (absehbare) Geschäftstätigkeit
- erhebliche Auswirkung auf den Binnenmarkt
- widerlegbare Vermutungen bei bestimmten Schwellenwerten Art. 3 Abs. 2 DMA (Umsatz im EWR, Marktkapitalisierung und Nutzerzahlen)

DMA – Designierung als Gatekeeper (Benennung als Torwächter)

Gatekeeper

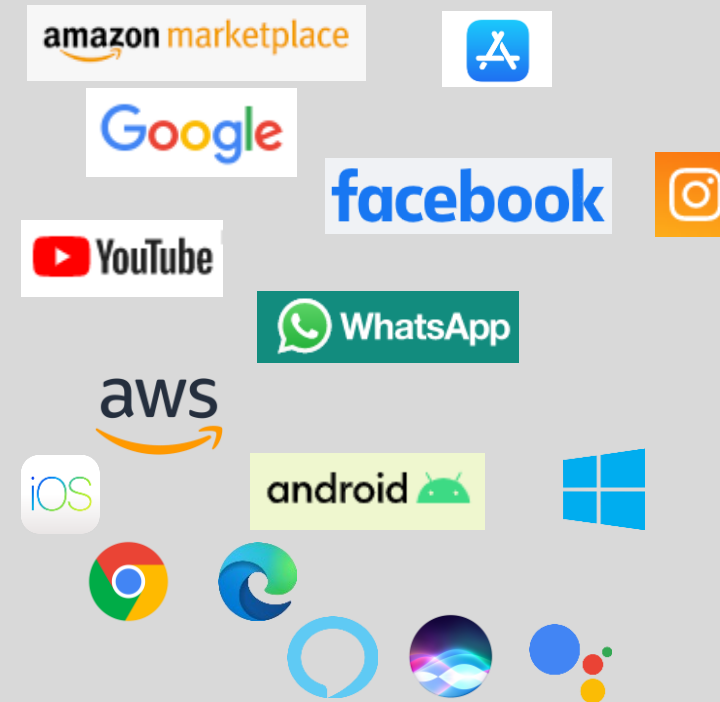
Artt. 2 (1), 3 (1) DMA

Zentraler Plattformdienst

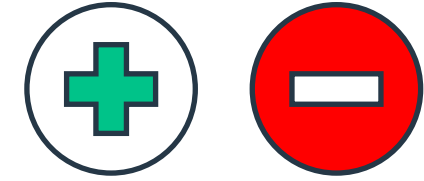
Artt. 1 (2), 2 (2) DMA

- Angebot eines **zentralen Plattformdienstes (ZPD)**, der für gewerbliche Nutzer einen wichtigen Zugang zu Endnutzern darstellt
- gefestigte und dauerhafte (absehbare) Geschäftstätigkeit
- erhebliche Auswirkung auf den Binnenmarkt
- widerlegbare Vermutungen bei bestimmten Schwellenwerten Art. 3 Abs. 2 DMA

- Online-Vermittlungsdienste
- Online-Suchmaschinen
- Soziale Netzwerke
- Video-Sharing-Plattformen
- Messenger-Dienste
- Cloud-Computing-Dienste
- Betriebssysteme
- Webbrowser
- Virtuelle Assistenzen
- Online-Werbedienste
- + Erweiterungen (Art. 19 DMA)



DMA – Ge- und Verbote (Art. 5 ff. DMA)



Art. 5 DMA

Unmittelbare Verpflichtung
zur Einhaltung der
Dos & Dont's

Beschränkungen
der **Nutzung**
personenbezogener
Daten
(Art. 5 Abs. 2 DMA)

Verbot von
Bestpreisklauseln
(Art 5 Abs. 3 DMA)

Pflicht, gewerblichen
Nutzern die
Kommunikation mit
den Endnutzern zu
erlauben,
sog. **Anti-Steering**
(Art 5 Abs. 4 DMA)

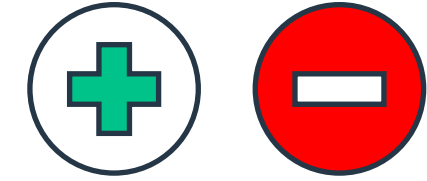
Verbot von **Zugangs-**
und Nutzungs-
beschränkungen
des ZPD im Hinblick
auf Inhalte und
Abonnements
(Art. 5 Abs. 5 DMA)

Verbot der
Verhinderung der
Mitteilung von DMA-
Verstößen an
zuständige Behörden
(Art. 5 Abs. 6 DMA)

Verbot
einer bestimmten
Dienstbindung
und von
Kopplungspraktiken
(Art. 5 Abs. 7, 8 DMA)

Auskunftspflicht
gegenüber
Werbetreibenden
und **Verlagen**
(Art. 5 Abs. 9, 10
DMA)

DMA – Ge- und Verbote (Art. 5 ff. DMA)



Art. 6 DMA

bedarf der Konkretisierung
der Dos & Dont's

„Regulierungsdialog“ zwischen
Gatekeeper und Kommission
(Art. 8 DMA)

Verbot der
Datennutzung zu
Wettbewerbszwecken
(Art. 6 Abs. 2 DMA)

Deinstallation
vorinstallierter
Software
(„**Kopplungsverbot**“),
Nutzung von
Software-
Anwendungen Dritter
(Art. 6 Abs. 3, 4 DMA)

Verbot der
Selbstbevorzugung
der Gatekeeper
(Art. 6 Abs. 5 DMA)

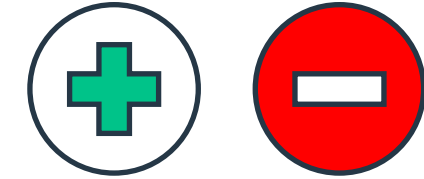
Interoperabilitäts-
pflichten
(Art. 6 Abs. 6, 7 DMA)

Regelungen zu
Datenzugang und
Datenportabilität
(Art 6 Abs. 8-11 DMA)

Gebot der
Anwendung fairer,
zumutbarer und
diskriminierungsfreier
allgemeinen
Bedingungen
(Art. 6 Abs. 12 DMA)

Unverhältnismäßige
Bedingungen für
Kündigungen
(Art. 6 Abs. 13 DMA)

DMA – Ge- und Verbote (Art. 5 ff. DMA)



Art. 7 DMA

Unmittelbar anwendbares
To Do

Pflicht zur
**Interoperabilität mit
anderen
Messenger-Diensten**

(„nummernunabhängige
interpersonelle
Kommunikationsdienste“)

HINWEIS:
Ggf. **Leitlinien** der
Kommission als
Auslegungshilfe
(Art. 47 DMA)

Weitere Pflichten

Informationspflicht bei
Zusammenschlüssen,
zur Vermeidung sog.
„Killer-Acquisitions“
(Art. 14 DMA)

Berichtspflicht zum
sog. Verbraucher-
Profiling
(Art. 15 DMA)

2

DMA – Private Durchsetzung

Ob? Warum?

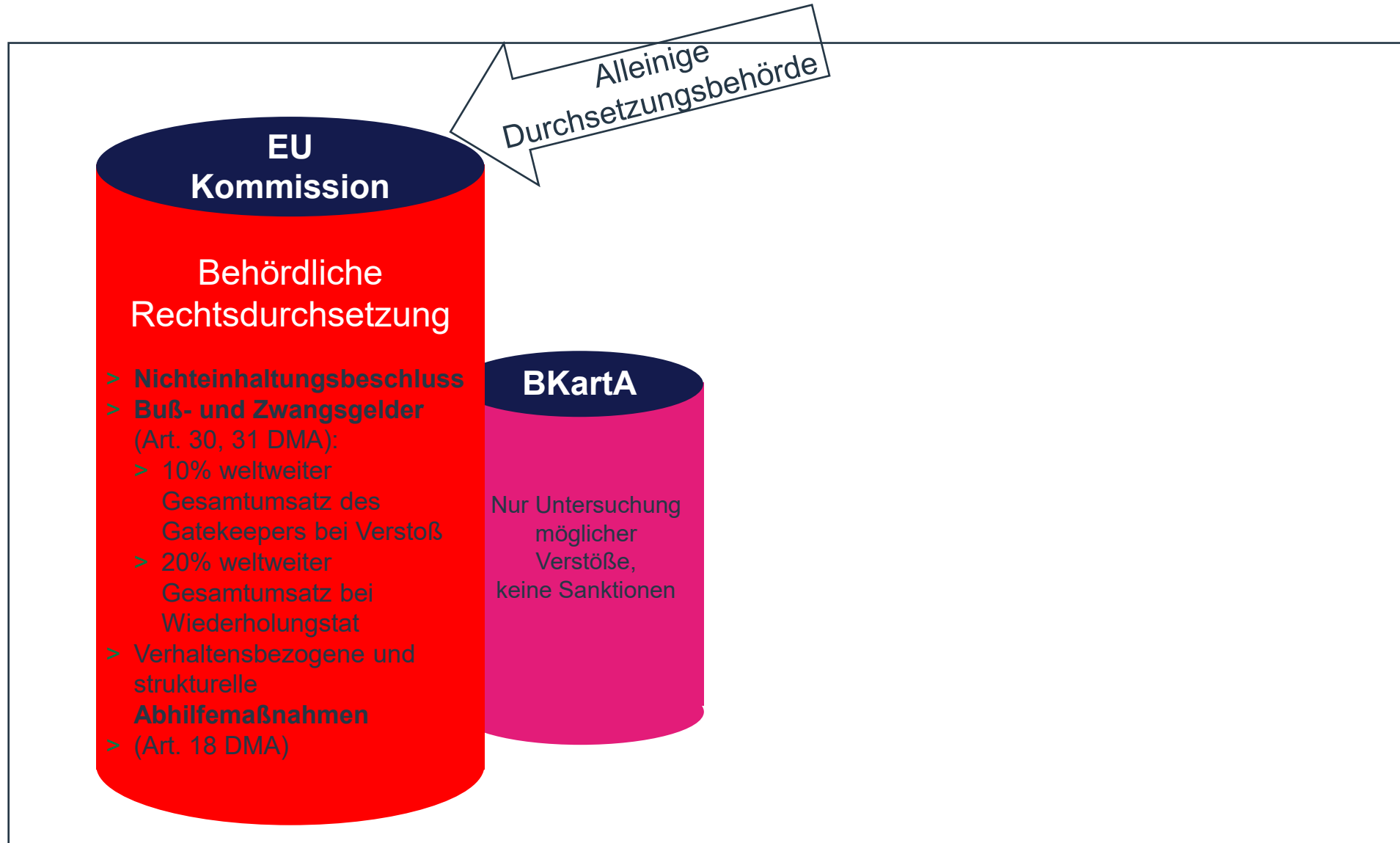
Wie?

Wer?

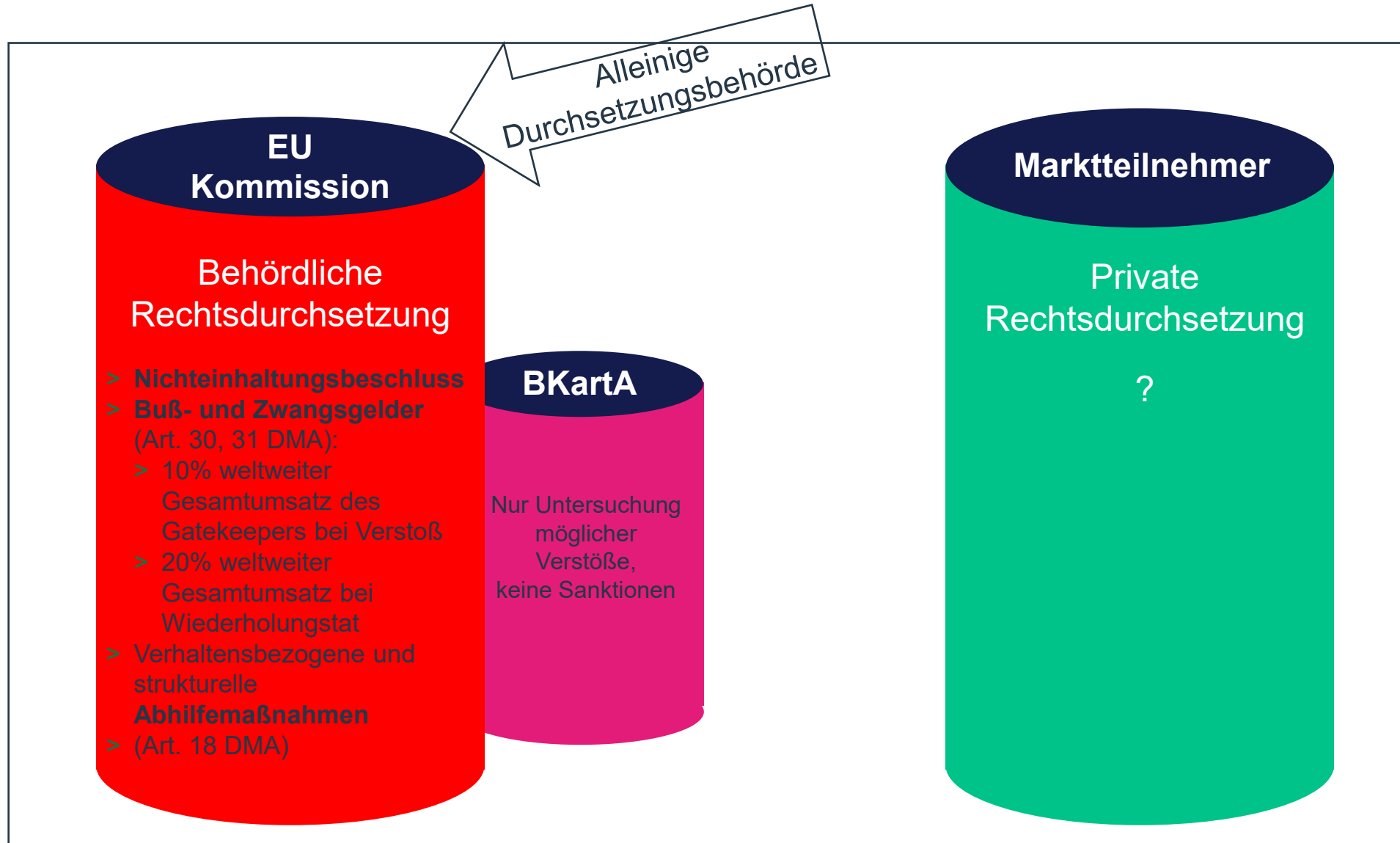
Was?

Wann?

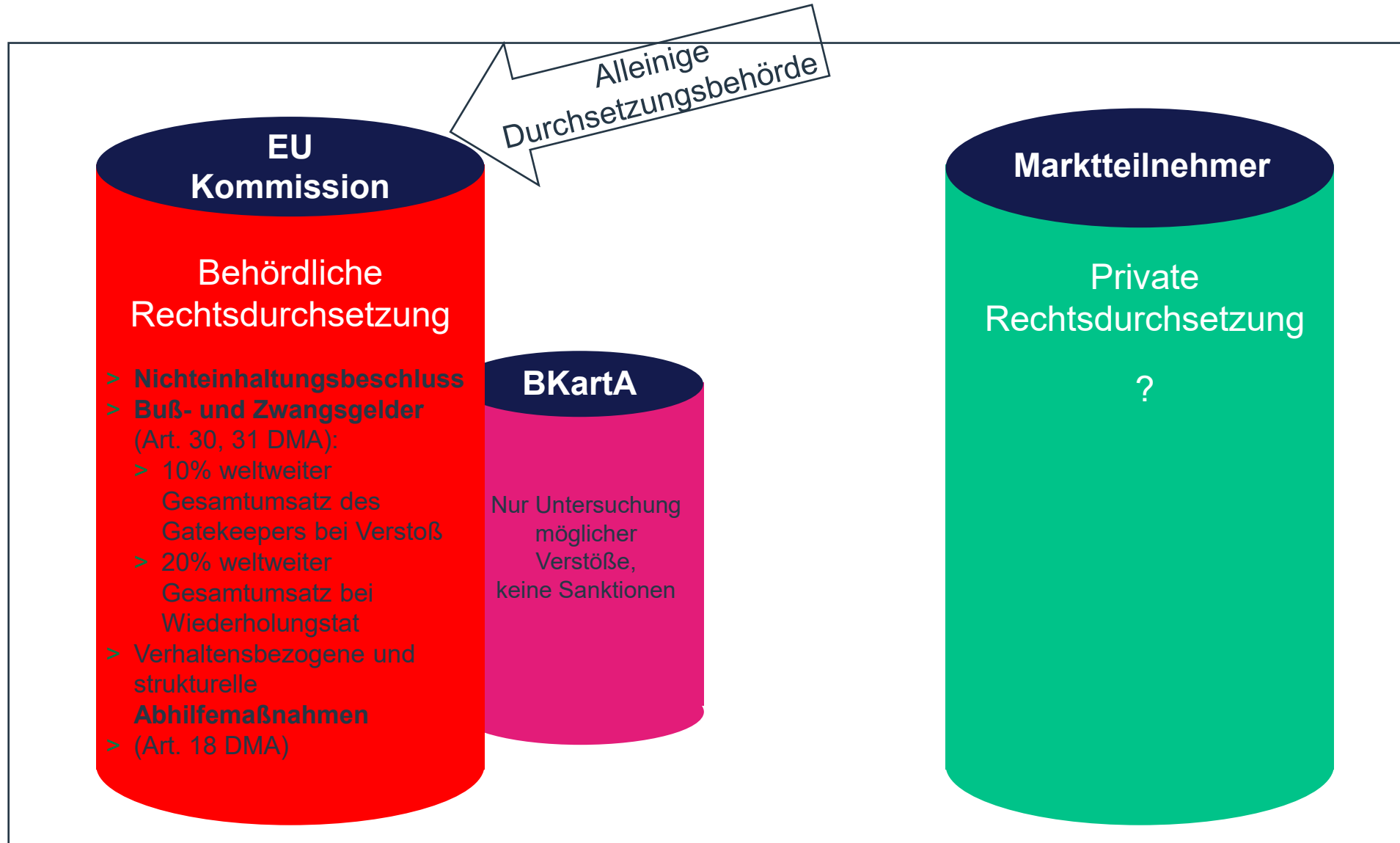
DMA – Private Durchsetzung – **Ob? Warum?**



DMA – Private Durchsetzung – Ob? Warum?



DMA – Private Durchsetzung – **Ob? Warum?**

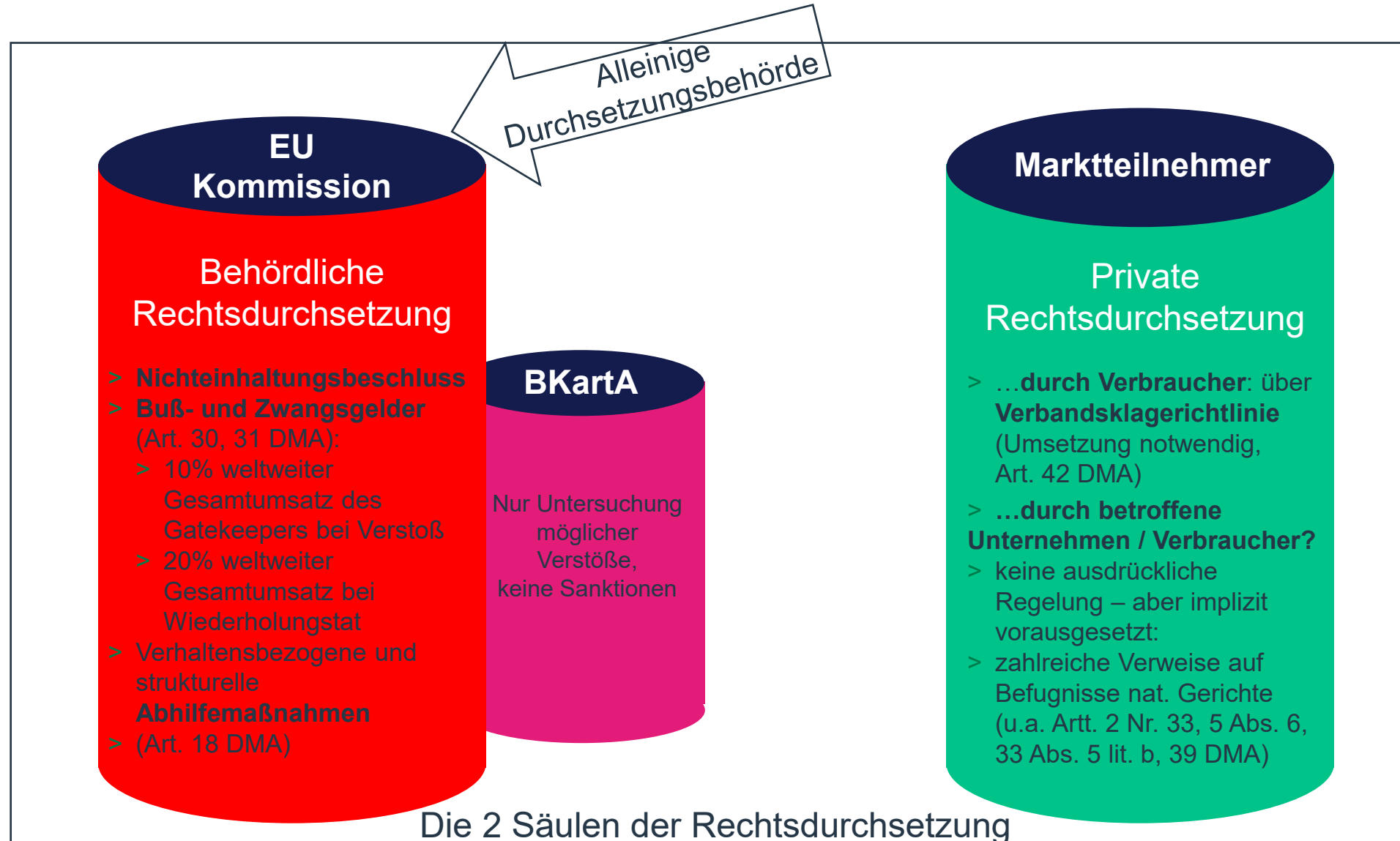


> Q&A der Europäischen Kommission:

„Werden Personen, die durch das Verhalten der Torwächter geschädigt wurden, Anspruch auf Schadensersatz haben?

Beim Gesetz über digitale Märkte handelt es sich um eine **Verordnung mit genauen Auflagen und Verboten für Torwächter** in ihrem Anwendungsbereich, die unmittelbar vor nationalen Gerichten durchgesetzt werden kann. Dies wird direkte Schadensersatzklagen von Personen erleichtern, die durch das Verhalten von Torwächtern, die die Vorschriften nicht einhalten, geschädigt wurden.“

DMA – Private Durchsetzung – Ob? Warum?



> Q&A der Europäischen Kommission:

„Werden Personen, die durch das Verhalten der Torwächter geschädigt wurden, Anspruch auf Schadensersatz haben?

Beim Gesetz über digitale Märkte handelt es sich um eine **Verordnung mit genauen Auflagen und Verboten für Torwächter** in ihrem Anwendungsbereich, die unmittelbar vor nationalen Gerichten durchgesetzt werden kann. Dies wird direkte Schadensersatzklagen von Personen erleichtern, die durch das Verhalten von Torwächtern, die die Vorschriften nicht einhalten, geschädigt wurden.“

DMA – Private Durchsetzung

Ob? Warum?

Neuheit des Regelungskonzepts
→ Unsicherheit bei Auslegung

Gefahr unterschiedlicher und widersprüchlicher
Entscheidungen nationaler Gerichte
→ widerspricht Ziel des DMA: Harmonisierung
des digitalen Binnenmarktes

Zersplitterung der Rechtsanwendung
widerspricht Ziel des DMA: Harmonisierung
des digitalen Binnenmarktes

DMA enthält keine Verpflichtung, nationale
Anspruchsgrundlagen zu schaffen

Marktteilnehmer

Private
Rechtsdurchsetzung

DMA – Private Enforcement? Warum?

Erfahrung aus kartellrechtlicher
Entscheidungspraxis nutzbar

Unsicherheit in Auslegung neuer Regelungen
ist nicht neu; siehe KartellSE-RL, UTP-RL

Risikobegrenzung: amicus curiae-Rolle der
Kommission; Möglichkeit der Vorlage an EuGH

Praktisches Bedürfnis für effektive
Durchsetzung – allein aufgrund
beschränkter Kapazitäten der Behörden

Marktteilnehmer

Private
Rechtsdurchsetzung

DMA – Private Durchsetzung – **Wie?** (Anspruchsgrundlagen?)

- Keine Anspruchsgrundlagen zur privaten Durchsetzung im DMA.
- Keine Anspruchsgrundlagen zur privaten Durchsetzung im weiteren EU Recht. (Kein Primärrecht wie Art. 101 AEUV.)
- Rückgriff auf **nationale Anspruchsgrundlagen?** Bedarf es einer DMA-Rechtsdurchsetzungs-RL?

GWB

?

UWG

?

BGB

?

DMA – Private Durchsetzung – Wie?

GWB

- Die §§ 33 ff. GWB setzen aktuell einen Verstoß gegen das Kartellrecht voraus

§ 33 Abs. 1 GWB:

Wer gegen eine Vorschrift dieses Teils oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union verstößt (Rechtsverletzer) oder wer gegen eine Verfügung der Kartellbehörde verstößt, ist gegenüber dem Betroffenen zur Beseitigung der Beeinträchtigung und bei Wiederholungsgefahr zur Unterlassung verpflichtet.

- Analoge Anwendung? DMA gerade kein Kartellrecht (s.o.), keine analoge Anwendbarkeit der §§ 33 ff. GWB
 - NUR anwendbar, wenn ein Verstoß gegen Art. 5 ff. DMA auch zugleich ein Verstoß gegen Kartellrecht

DMA – Private Durchsetzung – Wie?

GWB

- Die §§ 33 ff. GWB setzen aktuell einen Verstoß gegen das Kartellrecht voraus

§ 33 Abs. 1 GWB:

Wer gegen eine Vorschrift dieses Teils oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union verstößt (Rechtsverletzer) oder wer gegen eine Verfügung der Kartellbehörde verstößt, ist gegenüber dem Betroffenen zur Beseitigung der Beeinträchtigung und bei Wiederholungsgefahr zur Unterlassung verpflichtet.

- Analoge Anwendung? DMA gerade kein Kartellrecht (s.o.), keine analoge Anwendbarkeit der §§ 33 ff. GWB
 - NUR anwendbar, wenn ein Verstoß gegen Art. 5 ff. DMA auch zugleich ein Verstoß gegen Kartellrecht
- BMWK: 11. GWB-Novelle! Referenten-Entwurf Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz – NEU!

§ 33 Abs. 1 GWB-E:

Wer gegen eine Vorschrift dieses Teils oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder gegen Artikel 5, 6 oder 7 der Verordnung (EU) Nr. 2022/... verstößt (Rechtsverletzer) oder wer gegen eine Verfügung der Kartellbehörde verstößt, ist gegenüber dem Betroffenen zur Beseitigung der Beeinträchtigung und bei Wiederholungsgefahr zur Unterlassung verpflichtet.

- **Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch** (§ 33 Abs. 1 GWB-E)
 - **Schadensersatzpflicht** (§ 33a Abs. 1, 3, 4 GWB i.V.m. § 33 Abs. 1 GWB-E)
 - Übertragbarkeit der „Jedermann“-Rechtsprechung des EuGH? Wohl nein. DMA ≠ Kartellrecht
 - **Bindungswirkung** der Entscheidungen der Kommission und Wettbewerbsbehörden für Gerichte (§ 33b GWB-E)
 - → Follow-on-Klagen!
 - **Ausschluss der Herausgabe von Beweismitteln** (§ 33g Abs. 5 GWB-E)
 - **Verjährung** (§ 33h Abs. 6 Nr. 3 GWB-E)
 - **Zuständigkeitskonzentration** (§§ 87, 89 GWB-E)
 - **Zusammenarbeit mit BKartA und Kommission** (§§ 90, 90a GWB-E) (*amicus curiae*)
 - Gerichte dürfen **keine** der Kommission **widersprechende Entscheidungen** treffen (Art. 39 Abs. 5 DMA)
-
- Zusätzlich:
 - **Eigene Ermittlungen des BKartA** im Hinblick auf Art. 5, 6, 7 DMA (Art. 38 Abs. 7 DMA / § 32g GWB-E)
 - Zur **Sektoruntersuchung** durch BKartA: § 32e (Änderung), §§ 32f (neu), § 39a GWB entfällt, § 44 (Monopolkommission)
 - Zur **Vorteilsabschöpfung** durch BKartA: § 34 (Einführung Vorteilsvermutung 1%)

DMA – Private Durchsetzung – Wie?

UWG

- DMA weist aufgrund des Zieles Nähe zum Recht des unlauteren Wettbewerbs auf („fair“);
- daher jedenfalls bei solchen Vorschriften denkbar, die an das Konzept der „Fairness“ im Wettbewerb anknüpfen

Beseitigungs-/Unterlassungsanspruch (§ 8 UWG) sowie **Schadensersatzanspruch (§ 9 UWG)**
bei einer u.a. nach § 3 unzulässigen geschäftlichen Handlung

§ 3 Abs. 1 UWG: *Unlautere geschäftliche Handlungen sind unzulässig.*

§ 3a UWG: *Unlauter handelt, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln, und der Verstoß geeignet ist, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen.*

§ 4 Nr. 4 UWG:
Unlauter handelt, wer Mitbewerber gezielt behindert.

Ge-/Verbote = Marktverhaltensregelungen?

DMA – Private Durchsetzung – Wie?

- Verhältnis der AGL?

- **Anspruchskonkurrenz** zwischen **GWB** und **UWG**

- **GWB = lex specialis** zu § 823 Abs. 2 BGB, aber:
- bei Vertragsverhältnis zwischen Gatekeeper und Nutzer ggf.:
 - Unwirksamkeit der betroffenen Klausel nach § 307 BGB
 - Nichtigkeit nach §§ 134, 139 BGB
 - Vertragliche Ansprüche, wenn durch den Verstoß gegen den DMA zugleich Vertragspflichten verletzt werden (§ 280 Abs. 1 BGB, §§ 280 Abs. 1, 3, 282 BGB)

BGB

DMA – Private Durchsetzung – **Wer?**

■ Wer kann Anspruchsteller sein?



insb.

- **Endnutzer** des zentralen Plattformdienstes (Art. 5 Abs. 2, 5, 6 - 8, Art. 6 Abs. 3, 6, 9 DMA)
- **Gewerbliche Nutzer** des zentralen Plattformdienstes (Art. 5 Abs. 3, 4, 6 – 8, Art. 6 Abs. 2, 5, 10, 12 DMA)
- **Werbetreibende** (Art. 5 Abs. 9, Art. 6 Abs. 8 DMA)
- **Herausgeber** (Art. 5 Abs. 10, Art. 6 Abs. 8 DMA)
- **Anbieter von Software-Anwendungen** (Art. 6 Abs. 4 DMA)
- **Anbieter von Diensten oder Hardware** (Art. 6 Abs. 7 DMA)
- **Drittunternehmen, die Online-Suchmaschinen** bereitstellen (Art. 6 Abs. 11 DMA)
- **Anbieter nummernunabhängiger interpersoneller Kommunikationsdienste** (Art. 7 DMA)

DMA – Private Durchsetzung – Was?

■ Welche Ansprüche? Wie geltend machen?



- **Klage auf Unterlassung** bzw. **Beseitigung**
- **Klage auf Herstellung der Interoperabilität**
- **Klage auf Datenzugang** bzw. **Datenherausgabe**
- ...

ggf. **einstweilige Verfügung**

- **Klage auf Schadensersatz**
- **Feststellungsklage** (subsidiär)

■ **Stand-Alone** oder **Follow-On**?

- bei Follow-On: - bei Unterlassung/Beseitigung: Rechtsschutzbedürfnis? primär: auf Schadensersatz
- bei Stand-Alone: - bei einstweiliger Verfügung: Risiko Schadensersatzpflicht, § 945 ZPO
- Gefahr divergierender Entscheidungen nationaler Gerichte

DMA – Private Durchsetzung – Was?

■ Welche Ansprüche? Wie geltend machen?

- **Klage auf Unterlassung** bzw. **Beseitigung**
- **Klage auf Herstellung der Interoperabilität**
- **Klage auf Datenzugang** bzw. **Datenherausgabe**
- ...
- **Klage auf Schadensersatz**
- **Feststellungsklage** (subsidiär)

ggf. einstweilige Verfügung

?

Wie wahrscheinlich sind diese?

Das dürfte vom Handeln und der Effektivität der Kommission abhängig sein



■ Stand-Alone oder Follow-On?

- bei Follow-On: - bei Unterlassung/Beseitigung: Rechtsschutzbedürfnis? primär: auf Schadensersatz
- bei Stand-Alone: - bei einstweiliger Verfügung: Risiko Schadensersatzpflicht, § 945 ZPO
- Gefahr divergierender Entscheidungen nationaler Gerichte

DMA – Private Durchsetzung – Wann?



3

Fragen?

Lassen Sie uns gern diskutieren – jetzt oder auch später.

Ihr Ansprechpartner

Dr. Marco Hartmann-Rüppel leitet die internationale und deutsche TW Practice Group Competition, EU & Trade. Er verfügt über 25 Jahre Erfahrung in der Beratung und Problemlösung in allen Bereichen des deutschen und europäischen Wettbewerbsrechts.

Als Volkswirt und Kartellrechtler hat er ein tiefes Verständnis für die wirtschaftlichen Bedürfnisse der Mandanten und weiß, wie er diese effizient und in enger Zusammenarbeit mit den Mandanten erfüllen kann.

Er berät und unterstützt umfassend im Kartellrecht, zu internationalen M&A-Transaktionen und Kooperationen mit komplexen Fusions- und Investitionskontrollverfahren ebenso bei der Vertretung in Kartellbußgeldverfahren vor den Wettbewerbsbehörden und bei gerichtlichen wie außergerichtlichen Kartellzivilstreitigkeiten. Sein Beratungsportfolio umfasst des Weiteren die Beratung bei der Strukturierung von traditionellen und digitalen Vertriebs- und Geschäftsmodellen sowie die Implementierung von Compliance-Programmen.

Marco Hartmann-Rüppel ist Lehrbeauftragter für Kartellrecht an der Humboldt Universität in Berlin. Er ist stellvertretender Vorsitzender im Fachausschuss Kartellrecht der GRUR sowie Mitglied der Studienvereinigung Kartellrecht und dem Competition Litigation Forum.

Sprachen: Deutsch, Englisch, Niederländisch



Führender Anwalt für Kartellrecht, [Deutsches Institut für Rechtsabteilungen und Unternehmensjuristen \(diruj\)](#) – Kanzleimonitor 2021/2022

Hervorgehoben als „Best Lawyer“ für Kartell-/Wettbewerbsrecht, [Best Lawyers in Germany](#), [Handelsblatt 2018, 2019, 2020, 2021, 2022](#)

Gelistet als anerkannter Kartellrechtler, [Who's Who Legal Competition 2021, 2022](#)

Oft empfohlener Anwalt für Kartellrecht, [JUVE](#), [regelmäßig seit weit über 15 Jahren](#):

„Größtes Engagement“ – „Tiefe Kenntnis unseres Rechtsgebiets“ –
„Präzise Auskünfte, sehr flexibel“ – „Sehr kompetent und immer auf den Punkt“ –
„Pragmatisch und wirtschaftlich denkend“ – „Erfahren und gut vernetzt“ –
„Sympathisch und fachlich hochkompetent“ – „Erfahrener Partner, breite Expertise“



Dr. Marco Hartmann-Rüppel, Dipl.-Volkswirt

**Partner, Head of Competition, EU & Trade
Hamburg / Brüssel**

+49 40 36803-127 / +32 2 320 2255
MHR@taylorwessing.com

Beratungsschwerpunkte

- Kartellrecht
- Fusionskontrolle / Investitionskontrolle
- EU-Recht
- Compliance
- Automotive & Mobility
- Life Sciences & Healthcare
- Technology, Media & Communications
- Sports & Gambling

