

Privacy Ring

Wie der Digital Markets Act versucht, die Big Five zu regulieren

26. Mai 2023
Dr. Marc Weber



Die Landesbeauftragte für den
Datenschutz Niedersachsen

Was ist der Digital Markets Act?

- EU-Verordnung 2022/1925; überwiegend gültig seit dem **02.05.2023**
- Adressaten des DMA sind „Big-Tech“-Unternehmen, sog. „Gatekeeper“
- Regulierung von zentralen Plattformdiensten („**ZPD**“) der Gatekeeper
- Gewährleistung der Bestreitbarkeit und Fairness der Märkte im digitalen Sektor für gewerbliche Nutzer und Endnutzer von ZPD; Schutz vor unfairen Praktiken der Gatekeeper (Erw.-Gr. 7, 11, 31 f. DMA)
- Ex ante-Ansatz: Gatekeeper werden bestimmte Verhaltensweisen von vornherein untersagt
- Spiegelt kartellrechtliche Erfahrungen von KOM und Kartellbehörden wider
- Aufsicht und Durchsetzung durch KOM



Die Landesbeauftragte für den
Datenschutz Niedersachsen

Was sind zentrale Plattformdienste (ZPD)?

Suchmaschinen

Soziale Netzwerke

Video-Sharing-Plattformen

Messenger-Dienste

Betriebssysteme

Webbrowser

Virtuelle Assistenten

Cloud Computing-Dienste

Online-Vermittlungsdienste

Online-Werbedienste



Wen benennt die KOM als Gatekeeper?

Art. 3 Abs. 1
DMA

1 Erheblichen Einfluss auf den Binnenmarkt



2 Bereitstellung ZPD; Zugangstor zu Endnutzern



3 Tätigkeit mit gefestigter & dauerhafter Position

Benennungsbeschluss führt ZPD auf, mit denen der Gatekeeper für gewerbliche Nutzer ein „wichtiges Zugangstor“ zu Endnutzern bildet (Art. 3 Abs. 9 DMA)



Die Landesbeauftragte für den
Datenschutz Niedersachsen

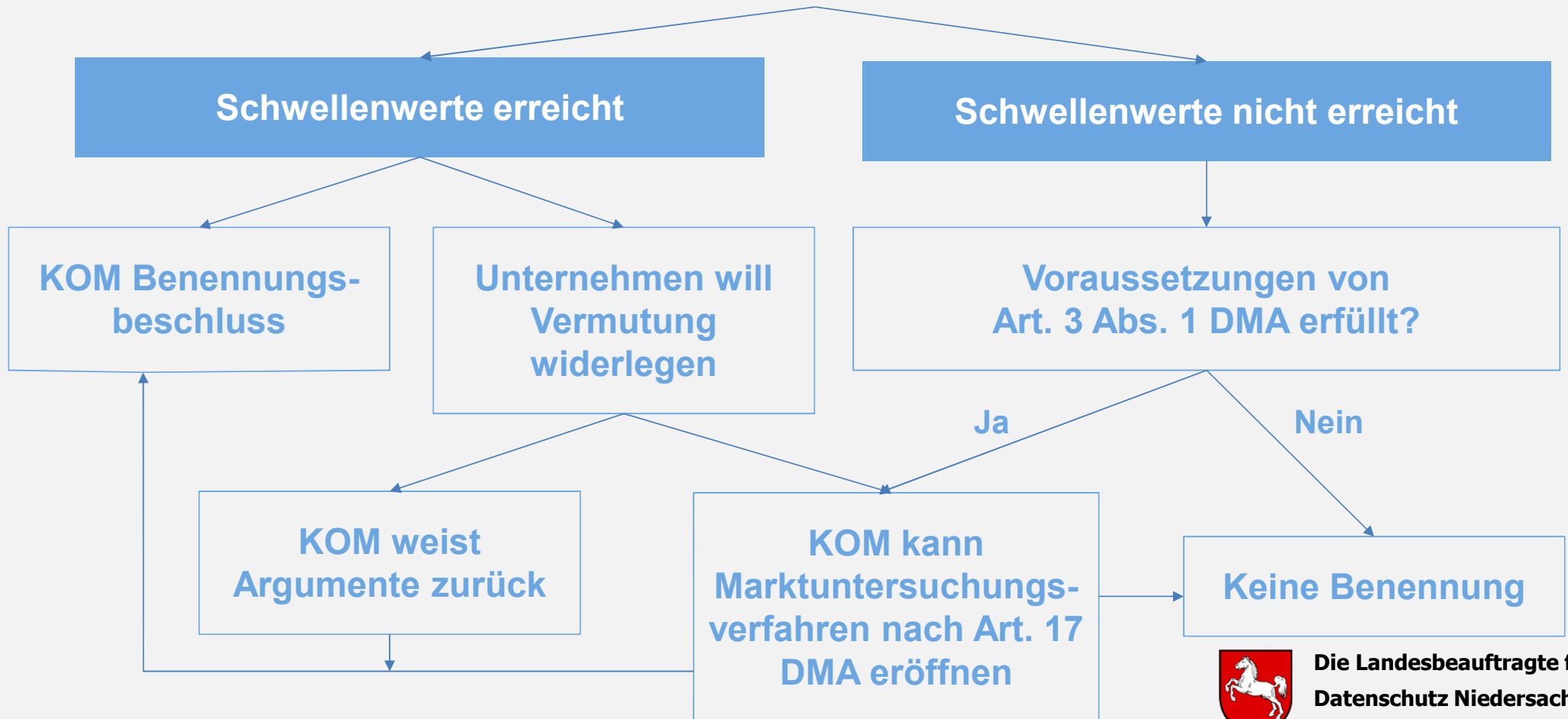
Schwellenwerte für Gatekeeper

| Kumulative Voraussetzungen | Widerlegliche Vermutungsregelung (Schwellenwerte) | | |
|--|--|------|--|
| Erheblicher Einfluss auf den Binnenmarkt | Jahresumsatz von $\geq 7,5$ Mrd. € in jedem der 3 vergangenen Geschäftsjahre in der Union | oder | durchschnittliche Marktkapitalisierung oder Marktwert im vergangenen Geschäftsjahr ≥ 75 Mrd. € <u>und</u> derselbe ZPD in mind. 3 Mitgliedstaaten |
| und Bereitstellung eines ZPD und Zugangstors zu Endnutzern | ≥ 45 Mio. MAU (in der Union niedergelassene oder aufhältige <u>Endnutzer</u>) im vergangenen Geschäftsjahr | und | ≥ 10.000 YAU (in der Union niedergelassene oder aufhältige <u>gewerbliche Nutzer</u>) |
| und gefestigte und dauerhafte Position vorhanden/absehbar | Obige Schwellenwerte zu MAU/YAU werden in jedem der 3 vergangenen Geschäftsjahre erreicht | | |



Die Landesbeauftragte für den
Datenschutz Niedersachsen

Bedeutung der Schwellenwerte



Die Landesbeauftragte für den
Datenschutz Niedersachsen

Verpflichtungen für Gatekeeper nach Art. 5-7 DMA

Art. 5: „Black list“

Absolute Ge-/Verbote

Art. 6: „Grey List“

Verhaltenspflichten können durch KOM konkretisiert werden (Konkretisierungsbeschluss gemäß Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 DMA)

Art. 7: Interoperabilität

- DMA enthält unmittelbar anwendbare Regeln („self executing“)
- Gatekeeper hat Einhaltung sicherzustellen und nachzuweisen (Art. 8 Abs. 1 DMA)
- Umgehungsverbot (Art. 13 Abs. 4 DMA)



Die Landesbeauftragte für den
Datenschutz Niedersachsen

Verpflichtungen für Gatekeeper nach Art. 5 DMA (Auswahl)



Gatekeeper dürfen **nicht**

- ohne Einwilligung pbD aus dem ZPD mit pbD aus anderen Diensten zusammenführen oder in anderen Diensten weiterverwenden (z. B. Nutzung für 2 Social Media)
- gewerbliche Nutzer daran hindern, Endnutzern dieselben Produkte/Dienstleistungen woanders günstiger anzubieten
- auf ihrem ZPD einen eigenen Zahlungsdienst vorschreiben (z. B. Kauf-Schnittstelle des Gatekeepers in seinem Store)
- auf ihrem ZPD einen Webbrowser-Engine vorschreiben
- Verlangen, dass Nutzer weitere ZPD abonnieren oder sich dort registrieren müssen, um ZPD zu nutzen



Die Landesbeauftragte für den
Datenschutz Niedersachsen

Verpflichtungen für Gatekeeper nach Art. 6 DMA (Auswahl)



Gatekeeper dürfen **nicht**

- die auf ihrem ZPD generierten nicht öffentlich zugänglichen Händler-/Kundendaten im Wettbewerb verwenden
- eigene Produkte oder Dienstleistungen beim Ranking oder der Indexierung bevorzugen



Weitere Verpflichtungen:

- Zugang zu Softwarefunktionen (z. B. Sprachassistent)
- Zugang zu OS-/Hardwarefunktionen (z. B. NFC-Schnittstelle)
- Sideloadung von Software im OS des Gatekeepers
- Nutzung von Software Stores Dritter im OS
- Recht auf Datenübertragbarkeit



Die Landesbeauftragte für den
Datenschutz Niedersachsen

Verpflichtungen gemäß Art. 7 DMA



Verpflichtung der Gatekeeper:

- Interoperabilität von Messenger-Diensten (Art. 7 Abs. 1 DMA)
- Stufenweiser Ausbau der Interoperabilität (Art. 7 Abs. 2 DMA)
 - Ab Benennung: Texte, Bilder, Sprachnachrichten, Videos, Dateien zwischen 2 Endnutzern
 - 2 Jahre nach Benennung: Texte, Bilder, Sprachnachrichten, Videos, Dateien innerhalb von Gruppen von Endnutzern
 - 4 Jahre nach Benennung: Sprach- und Videoanrufe zwischen 2 Endnutzern und zwischen einer Gruppe und einem Endnutzer
- Vorhandene Ende-zu-Ende-Verschlüsselung muss beibehalten werden (Art. 7 Abs. 3 DMA)



Verpflichtung zu Interoperabilität gemäß Art. 6, 7 DMA

| Vertikale Interoperabilität | Horizontale Interoperabilität |
|--|--|
| <p>Interoperabilität zwischen dem ZPD des Gatekeepers und Diensten Dritter auf unterschiedlichen Wertschöpfungsstufen → <i>Absatzmärkte für vor- und nachgelagerte Anbieter vergrößern</i></p> | <p>Interaktion zwischen Nutzern verschiedener Plattformen ohne Anbieterwechsel → <i>Netzwerkbedingte Lock-in-Effekte vermeiden durch Auflösung der Anbieterbezogenheit</i></p> |
| <ul style="list-style-type: none">• Sideloadung von Software außerhalb des ZPD des Gatekeepers (Art. 6 Abs. 4 DMA)• Nutzung von Software Stores Dritter im ZPD des Gatekeepers (Art. 6 Abs. 4 DMA)• Zugang anderer Diensteanbieter zu den Betriebssystem-, Hardware- und Software-Funktionen, z. B. NFC-Schnittstelle für Bezahlungsfunktion (Art. 6 Abs. 7 DMA) | <p>Interoperabilität von Messenger-Diensten (Art. 7 DMA)</p> |

Unterscheidung vertikale/horizontale IOP in Anlehnung an die Darstellung in der Studie „Interoperabilitätsvorschriften für digitale Dienste“, WIK-Consult, Studie aus 2022 für BNetzA, abrufbar unter: <https://www.bundesnetzagentur.de>



Aussetzung und Befreiung von Pflichten nach Art. 5-7 DMA

Aussetzung Art. 9 DMA

- Außergewöhnliche Umstände
- Torwächter hat hierauf keinen Einfluss
- Gefährdung der Rentabilität der Geschäftstätigkeit

Befreiung Art. 10 DMA

- Aus Gründen der
- Öffentl. Gesundheit
 - Öffentl. Sicherheit

Keine „Effizienzeinrede“

Keine Einrede vorgesehen, dass die Verhaltensweise sachlich gerechtfertigt ist



Verhältnis zur DS-GVO

- Keine ausdrückliche Regelung zum Verhältnis zur DS-GVO im Verordnungstext (etwa vglb. zu Art. 1 Abs. 5 Digital Services Act)
- Ausweislich der Erwägungsgründe soll DMA „unbeschadet der Vorschriften“ der DS-GVO gelten (Erw.-Gr. 12)
- Grundsätzlich parallele Anwendbarkeit von DMA und DS-GVO; DMA sperrt aber bestimmte Datenverarbeitungen der Gatekeeper unter Rückgriff auf die DS-GVO
- Der Gatekeeper stellt bei seinen Maßnahmen zur Einhaltung des DMA sicher, dass die DS-GVO eingehalten wird (Art. 8 Abs. 1 DMA)



Verhältnis zur DS-GVO: Art. 5 Abs. 2 DMA

| a) Werbeverbot | b) Zusammenführungsverbot | c) Weiterverwendungsverbot („cross-use“) | d) Anmelde- und Zusammenführungsverbot |
|---|--|--|---|
| Der Gatekeeper darf zum Zwecke des Betriebs von Online-Werbediensten pbD von Endnutzern nicht verarbeiten, die Dienste Dritter nutzen, welche dessen ZPD nutzen | Der Gatekeeper darf pbD aus dem ZPD nicht mit pbD aus weiteren ZPD oder aus anderen von ihm bereitgestellten Diensten oder mit pbD aus Diensten Dritter zusammenführen | Der Gatekeeper darf pbD aus dem ZPD nicht in anderen von ihm getrennt bereitgestellten Diensten, einschließlich anderer ZPD, weiterverwenden und umgekehrt | Der Gatekeeper darf Endnutzer nicht in anderen Diensten des Gatekeepers anmelden, um pbD zusammenzuführen |
| Ausnahmsweise erlaubt mit Einwilligung | | | |
| Rückgriff auf Art. 6 Abs. 1 lit. c, d und e DS-GVO bleibt unberührt | | | |



Verhältnis zur DS-GVO: Art. 5 Abs. 2 DMA

| Ausnahmen zu Art. 5 Abs. 2 DMA | Verhältnis zur DS-GVO |
|---|---|
| Endnutzer wurde „die spezifische Wahl“ gegeben und er hat eingewilligt (Art. 5 Abs. 2 UAbs. 1 und 2 DMA) | <ul style="list-style-type: none">• Vorrang der Einwilligung als Rechtsgrundlage, den die DS-GVO nicht kennt• Verweisung auf Definition und Bedingungen der Einwilligung, nicht auf Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO• Zusätzliches Merkmal „spezifische Wahl“: Verhältnis zur Freiwilligkeit der Einwilligung?• Einschränkung der Einwilligung: Erneutes Einwilligungsersuchen nur 1 x pro Jahr |
| Unberührt bleibt (Art. 5 Abs. 2 UAbs. 3): <ul style="list-style-type: none">• Art. 6 Abs. 1 lit. c DS-GVO (Rechtl. Verpflichtg.)• Art. 6 Abs. 1 lit. d DS-GVO (Wahrung lebenswichtiger Interessen)• Art. 6 Abs. 1 lit. e DS-GVO (Erfüllg. öffentl. Aufg.) | <p>Im Umkehrschluss ausgeschlossen sind</p> <ul style="list-style-type: none">• Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO (Vertragserfüllung) u.• Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO (berechtigte Int.) <p>So auch <i>Veil</i>, Die DS-GVO bleibt unberührt, Folie 77 (https://www.ihk-muenchen.de/ihk/documents/Recht-Steuern/Datenschutz/DSGVO-bleibt-unberuehrt_Dr.-Winfried-Veil.pdf)</p> |



Verhältnis zur DS-GVO: Art. 6 Abs. 2 DMA

- **Verwendungsverbot für Händlerdaten (Art. 6 Abs. 2 DMA):**
 - Der Gatekeeper darf im Wettbewerb mit gewerblichen Nutzern keine nicht öffentlich zugänglichen Daten nutzen, die von den gewerblichen Nutzern bei der Nutzung des ZPD generiert oder bereitgestellt werden, einschließlich der Daten der Kunden der gewerblichen Nutzer (einschließlich Klick-, Anfrage-, Ansichts- und Sprachdaten).
 - Keine Beschränkung auf pbD
 - Im Unterschied zu Art. 5 Abs. 2 UAbs. 3 DMA keine Regelung im Gesetzestext, dass bestimmte Erlaubnistatbestände der DS-GVO unberührt bleiben → Ausschluss aller Erlaubnistatbestände der DS-GVO (vgl. *Veil*, Die DS-GVO bleibt unberührt, Folie 79).



Markuntersuchungen der KOM

Benennung von Torwächtern Art. 17 DMA

Prüfung, ob Unternehmen als Gatekeeper zu benennen ist oder um die ZPD für den Benennungsbeschluss zu ermitteln

Bei systematischer Nichteinhaltung Art. 18 DMA

Prüfung, ob Torwächter seine Verpflichtungen systematisch nicht einhält; ggf. Abhilfemaßnahmen

In Bezug auf neue Dienste und Praktiken Art. 19 DMA

Aufnahme neuer ZPD prüfen; Praktiken aufdecken, die die Bestreitbarkeit von ZPD beschränken / unfair sind



Untersuchungsbefugnisse

- **Auskunftsverlangen (Art. 21 DMA) und Befragungen (Art. 22 DMA)**
 - Unternehmen und Unternehmensvereinigungen sind verpflichtet, alle erforderlichen Auskünfte zu erteilen
 - Zugang zu allen Daten und Algorithmen von Unternehmen und Informationen über Tests
 - Befragung von natürlichen oder juristischen Personen mit Einwilligung; Aufzeichnung
- **Kontrollen einschließlich Inspektionen vor Ort (Art. 23 DMA)**
 - Räumlichkeiten, Grundstücke und Transportmittel betreten
 - Bücher und Geschäftsunterlagen prüfen
 - Erläuterungen und Zugang zur Organisation, der Funktionsweise, dem IT-System, den Algorithmen, der Datenverwaltung und dem Geschäftsgebaren
 - Erläuterungen zu Fakten oder Unterlagen verlangen



**Die Landesbeauftragte für den
Datenschutz Niedersachsen**

Abhilfemaßnahmen und Durchsetzung

- **Anordnung einstweiliger Maßnahmen (Art. 24)**
 - In dringenden Fällen bei der Gefahr eines schweren und nicht wiedergutzumachenden Schadens für gewerbliche Nutzer oder Endnutzer
 - prima facie festgestellte Zuwiderhandlung gegen Art. 5-7 DMA
- **Nichteinhaltungsbeschluss (Art. 29 DMA)**
 - Förmliche Feststellung eines Verstoßes insb. gegen Art. 5-7 DMA (Abs. 1)
 - Aufforderung zur Abstellung des Verstoßes innerhalb einer Frist (Abs. 5)
- **Zwangsgelder (Art. 31 DMA)**
 - Durchsetzung z. B. eines Nichteinhaltungsbeschlusses oder einstweiliger Maßnahmen
 - Tägliche Zwangsgelder bis zu 5 % des im vorausgegangenen Geschäftsjahres weltweit erzielten durchschnittlichen Tagesumsatzes



**Die Landesbeauftragte für den
Datenschutz Niedersachsen**

Übersicht über Bußgeldtatbestände und Höchstgrenzen

Art. 30 Abs. 1 DMA

Bis zu 10 % des Umsatzes

*Schuldhaft*e Verstöße des Gatekeepers gegen Kernpflichten und Nichtbefolgung von AOfen der KOM, z. B.:

- Verstoß gegen Pflichten aus Art. 5-7 DMA
- Nichtumsetzung eines KOM-Konkretisierungsbeschlusses
- Nichtbefolgung von Abhilfe- oder einstweiligen Maßnahmen

Art. 30 Abs. 2 DMA

Bis zu 20 % des Umsatzes

Wiederholter (objektiver) Verstoß des Gatekeepers gegen Kernpflichten

- Erneuter Verstoß gegen Art. 5-7 DMA auf demselben ZPD
- Identischer oder ähnlicher Verstoß
- Ursprungsverstoß muss innerhalb der letzten 8 Jahre festgestellt worden sein (Nichteinhaltungsbeschluss der KOM)

Art. 30 Abs. 3 DMA

Bis zu 1 % des Umsatzes

*Schuldhaft*e Verstöße von Unternehmen insbesondere gegen Auskunftspflichten, z. B.:

- Verspätete, unrichtige, unvollständige oder irreführende Angaben gegenüber der KOM
- Nichtmitteilung der erreichten Schwellenwerte an die KOM



**Die Landesbeauftragte für den
Datenschutz Niedersachsen**

Festsetzung von Geldbußen

- Für gesetzliche Bußgeldhöchstgrenzen ist der **weltweit erzielte Gesamtumsatz** maßgeblich
- Zeitlicher Anknüpfungspunkt ist das „**vorausgegangene Geschäftsjahr**“
 - Gemeint sein dürfte nicht das dem Verstoß vorausgegangene Geschäftsjahr, sondern das der Bußgeldentscheidung der KOM vorausgegangene Geschäftsjahr
 - Geschäftsjahr ist nicht notwendigerweise das Kalenderjahr
- Zumessungskriterien: Schwere, Dauer, Wiederholung, Verzögerung (Art. 30 Abs. 3 DMA)
- Bei Geldbußen gegen Unternehmensvereinigungen: Bei Zahlungsunfähigkeit Rückgriff bei den Mitgliedern (Art. 30 Abs. 5 UAbs. 1 DMA) oder direkte Forderung gegenüber Mitgliedsunternehmen (Art. 30 Abs. 5 UAbs. 2 DMA)



Wie geht es weiter? (Beispiels-Zeitplan)

| Datum | Ereignis |
|------------|--|
| 02.05.2023 | Geltung des Digital Markets Act (Art. 42, 43 DMA gelten erst ab dem 25.06.2023) |
| 03.07.2023 | Unternehmen, das ZPD bereitstellt und alle Schwellenwerte nach Art. 3 Abs. 3 DMA erreicht, teilt dies der KOM unverzüglich, spätestens innerhalb von 2 Monaten nach Erreichen der Schwellenwerte mit und übermittelt die Angaben nach Art. 3 Abs. 2 DMA |
| 06.09.2023 | Benennungsbeschluss der KOM unverzüglich, spätestens innerhalb von 45 Arbeitstagen nach Erhalt der vollständigen Angaben |
| 06.03.2024 | Gatekeeper muss die in den Artikeln 5, 6 und 7 DMA genannten Verpflichtungen spätestens 6 Monate nach dem Benennungsbeschluss erfüllen |



Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit!



Dr. Marc Weber

Die Landesbeauftragte für den
Datenschutz Niedersachsen

Prinzenstraße 5

30159 Hannover

Telefon 0511 120 4500

Telefax 0511 120 4599

poststelle@lfd.niedersachsen.de

www.lfd.niedersachsen.de



**Die Landesbeauftragte für den
Datenschutz Niedersachsen**