

Aspekte der behördlichen Durchsetzung des Digital Markets Act. Benennungsentscheidungen – Konkretisierungsentscheidungen – unternehmensinterne Umsetzung

*Jan-Frederick Göhsl**

Abstract: Die behördliche Durchsetzung des Digital Markets Act (DMA) ist ein zentrales Element der Verordnung. Die ersten Benennungsentscheidungen schärfen das Verständnis für einige Begrifflichkeiten. Das gilt für den Torwächterbegriff und die Widerlegung der damit verbundenen Vermutungsregeln. Es bestehen jedoch vor allem hinsichtlich der anstehenden Konkretisierungsentscheidungen und in Bezug auf die unternehmensinterne Umsetzung einige auslegungstechnische Unklarheiten, die die Wirksamkeit des DMA einschränken könnten.

I.	Einleitung	328
II.	Verfahrensgrundsätze	329
III.	Benennungsentscheidung (Art. 3 DMA)	331
	1. Grundsätze und erste Benennungsentscheidungen	331
	2. Dienstabgrenzung als wesentliche Vorfrage	335
	3. Praktische Schwierigkeiten bei der Berechnung der „aktiven“ Nutzer	340
	4. Widerlegung der Vermutungsregelungen (Art. 3 Abs. 5 DMA)	341
IV.	Weiteres Verfahren: Insbesondere Konkretisierungsentscheidung	343
	1. Konkretisierung als Vorschaltverfahren bei unklarer Rechtslage	346
	2. Anreizwirkungen auf einen Torwächter	347
	3. Wortlaut und Systematik sprechen nicht zwingend für Konkretisierung von Amts wegen	349
V.	Unternehmensinterne Umsetzung	351
	1. Keine Beweislastumkehr in Art. 8 Abs. 1 S. 1 DMA	351
	2. Einrichtung einer Compliance-Funktion (Art. 28 DMA)	353
VI.	Fazit	355

* Prof. Dr. Jan-Frederick Göhsl, LL.M. (University College London), LL.B. in Law and Economics (Bonn) ist Inhaber einer Juniorprofessur für Bürgerliches Recht, Rechtsfragen der Digitalisierung und Künstlicher Intelligenz. Der Autor dankt Herrn Prof. Dr. Daniel Zimmer, LL.M. (UCLA) und Dr. Björn Christian Becker für die wertvollen Hinweise und Anmerkungen.

I. Einleitung

Die Durchsetzung des Digital Markets Act¹ (DMA) nimmt langsam an Fahrt auf, nachdem die Verordnung am 01. November 2022 in Kraft getreten ist. Im September 2023 benannte die Kommission die ersten sechs Unternehmen als Torwächter. Die Benennungsentscheidungen stellen den ersten wesentlichen Verfahrensabschnitt bei der Umsetzung der Vorschriften des DMA dar. Der nunmehr geltende Torwächterstatus verpflichtet die benannten Unternehmen, die Verhaltensvorschriften aus den Art. 5 bis 7 DMA innerhalb von sechs Monaten ab der Benennung umzusetzen (Art. 3 Abs. 10 DMA). Ab diesem Zeitpunkt greift dann auch das Regime zur Durchsetzung der Verhaltensvorschriften des DMA endgültig ein.

Die Durchsetzung der Verhaltensvorschriften des DMA fußt dabei auf drei nebeneinanderstehenden Säulen: Der behördlichen Durchsetzung der Vorschriften durch die Kommission (*Public Enforcement*), der privatrechtlichen Anspruchsverfolgung (*Private Enforcement*) sowie der unternehmensinternen Umsetzung (*Compliance*). Dabei fungiert die Kommission übergreifend als Herrin des Verfahrens, da nur sie für einige wesentliche Verfahrensschritte, wie etwa die erwähnten Benennungsentscheidungen aus Art. 3 DMA und die Konkretisierung der Verhaltensvorschriften aus Art. 6 und 7 DMA zuständig ist. Die behördliche Durchsetzung der Vorschriften des DMA stellt deshalb wohl die – zumindest in der Anfangszeit – wichtigste Säule der Durchsetzung dar.

Die behördliche Durchsetzung soll im Vordergrund der nachfolgenden Analyse stehen. Ebenfalls berücksichtigt wird die damit eng verbundene unternehmensinterne Umsetzung des DMA. Dabei werden in Abschnitt II. zuerst die dem DMA innewohnenden Verfahrensgrundsätze kurz beschrieben. Abschnitt III. behandelt das Verfahren der Torwächterbenennung aus Art. 3 DMA vertieft und beleuchtet insbesondere die ersten Benennungsentscheidungen der Kommission. Die voraussichtlich nächsten Verfahrensschritte werden in Abschnitt IV. dargestellt. Ein Schwerpunkt der Analyse liegt dort auf dem Konkretisierungsverfahren aus Art. 8 Abs. 2 und 3 DMA. Abschnitt V. greift die Thematik der unternehmensinternen Umsetzung auf. Es wird herausgearbeitet, dass Art. 8 Abs. 1 S. 1 DMA keine Beweislastumkehr begründet. Zudem wird die Verpflichtung zur Einführung einer Com-

1 Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte).

pliance-Funktion aus Art. 28 DMA einer kritischen (rechtsökonomischen) Würdigung unterzogen. Der Beitrag schließt mit einem kurzen Fazit.

II. Verfahrensgrundsätze

Ein Beweggrund, den DMA einzuführen, lag darin, ein Instrument zu schaffen, das zu einer schnelleren Umsetzung von Verhaltenspflichten führt als die kartellrechtliche Rechtsdurchsetzung.² Dies schlägt auch auf die verfahrensrechtliche Ausgestaltung des DMA durch. Im DMA wird das Bemühen des europäischen Gesetzgebers deutlich, die Verfahrensabläufe im Vergleich zum Kartellrecht zu straffen. Dies soll unter anderem über kurze Verfahrensfristen, eine Seitenzahlenbegrenzung³ für Schriftsätze der Torwächter und eine strikte Formalisierung der Abläufe erreicht werden. Im Regelfall sind zur Durchsetzung des DMA keine vertieften qualitativen Analysen und nur eingeschränkte quantitative Untersuchungen nötig: Das Verfahren um die Benennung von Torwächtern nach Art. 3 DMA wird durch die weitreichenden Vermutungsregelungen in Art. 3 Abs. 2 DMA erleichtert. Ferner soll die Umsetzung der Verhaltensvorschriften aus Art. 5 bis 7 DMA soll grundsätzlich ohne eine weitere Prüfung im Einzelfall erfolgen.

Der DMA könnte deshalb aufgrund des gewählten formalisierten Ansatzes als Antithese zum vielfach als problembehaftet bezeichneten „more economic approach“ der Kommission gesehen werden.⁴ Zumindest auf der Ebene der Benennung der Torwächter spielt ökonomische Evidenz tatsächlich eine weniger starke Rolle als im Kartellrecht. Es bleibt allerdings im Hinblick auf die konkrete Durchsetzung der Verhaltensvorschriften abzuwarten, wie stark die ökonomische Durchdringungstiefe in den Ermittlungen der Kommission sein wird. Hier dürfte der Kommission entgegenkommen, dass die Verhaltensvorschriften grundsätzlich als *Per se*-Regeln

2 Angelegt etwa bei Podszun, in: Podszun (Hrsg.), Handkommentar Digital Markets Act, 2023, Einleitung, Rn. 10.

3 Vgl. dazu Art. 4 der Durchführungsverordnung (EU) 2023/814 der Kommission vom 14.04.2023 zur Festlegung detaillierter Vorschriften für die Durchführung bestimmter Verfahren durch die Kommission nach der Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates (DMA-Durchführungs-VO).

4 König, in: Steinrötter (Hrsg.), Europäische Plattformregulierung, 2023, § 11, Rn. 15; Podszun, Economics 2023, 1, 10 (abrufbar unter <https://doi.org/10.1515/econ-2022-0037>). Angelegt auch bei Petit, JECLAP 2021, 529, 530.

ausgestaltet sind und keine Rechtfertigungsmöglichkeit für die Torwächter besteht.

Die Ermittlungs- und Sanktionsbefugnisse sind insgesamt stark an die der Kartellverfahrensverordnung (VO 1/2003) angelehnt.⁵ Insbesondere die Ermittlungsverfahren wegen der Nichteinhaltung einzelner Verhaltensvorschriften werden wohl eine kartellrechtliche Prägung haben, wenngleich die Fristen knapper bemessen sind. So soll ein Verfahren wegen der Nichteinhaltung einer Verhaltensvorschrift aus Art. 5 bis 7 DMA nach Art. 29 Abs. 2 DMA grundsätzlich innerhalb eines Jahres abgeschlossen werden. Dies hat den Vorteil, dass die Kommission auf bewährte Ermittlungsabläufe zurückgreifen kann. Hinsichtlich der Sanktionsbefugnisse stellt der DMA allerdings in Art. 18 DMA bei systematischer Nichteinhaltung der Verhaltensvorschriften einen noch weitreichenderen Instrumentenkasten zur Sanktion bereit. Über diese Vorschrift können auch weitreichende strukturelle Maßnahmen und sogar ein Zusammenschlussverbot für den betreffenden Torwächter erlassen werden. Bis allerdings die konkrete Umsetzung dieses Instrumentenkastens in der Praxis relevant wird, dürfte noch geraume Zeit vergehen. Angesichts der von den Sanktionsbefugnissen des Art. 18 DMA ausgehenden erheblichen abschreckenden Wirkung ist auch denkbar, dass die Vorschrift praktisch kaum oder gar nie zur Anwendung kommen wird.

Die Mitgliedstaaten nehmen im Rahmen der Ermittlungen – regelmäßig durch die nationalen Wettbewerbsbehörden – eine Hilfsfunktion ein. Sie können die Kommission etwa bei Befragungen nach Art. 22 Abs. 2 DMA unterstützen oder bei Nachprüfungen Amtshilfe gemäß Art. 24 Abs. 8 DMA leisten. Die nationalen Wettbewerbsbehörden dienen zudem gemäß Art. 27 Abs. 1 DMA als Anlaufstelle für mögliche Dritte als Beschwerdeführer.⁶ Eine besonders hervorgehobene Bedeutung hat dabei auch der in Art. 37 und 38 DMA enthaltene Koordinierungsmechanismus zwischen der Kommission und nationalen Behörden. Dieser Mechanismus wird insbesondere auch dann relevant, wenn nationale Wettbewerbsbehörden mit Hilfe des

5 König (Fn. 4), § 11, Rn. 48. Vgl. bzgl. der Unterschiede zwischen dem Verfahrensregime der VO 1/2003 einerseits und dem DMA andererseits siehe etwa Becker, ZEuP 2023, 403, 411 m. w. N.

6 So bereits angelegt bei Zimmer/Göhsl, ZWeR 2021, 29, 52.

nationalen Wettbewerbsrechts gegen Unternehmen mit Torwächterstatus vorgehen möchten.⁷

Zur Verfahrensbeschleunigung soll weiterhin beitragen, dass die Torwächter auf nahezu jeder Verfahrensebene verpflichtet sind, eine Selbsteinschätzung vorzunehmen und an dem Verfahren effektiv mitzuwirken. Die einzelnen Ausprägungen der Mitwirkungspflichten werden in den nachfolgenden Abschnitten jeweils näher dargestellt.

III. Benennungsentscheidung (Art. 3 DMA)

Die Benennung eines Unternehmens als Torwächter gemäß Art. 3 DMA ist die Grundvoraussetzung, um die Normadressatenstellung des DMA zu begründen – insbesondere im Hinblick auf die Verhaltensvorschriften in Art. 5 bis 7 DMA als Kernstück der Verordnung. Nachfolgend werden die Grundsätze des Benennungsverfahrens zunächst kurz skizziert und anschließend die ersten Erkenntnisse aus den bereits im September 2023 abgeschlossenen Benennungsverfahren dargestellt.

1. Grundsätze und erste Benennungsentscheidungen

Die Voraussetzungen für die Benennung eines Unternehmens als Torwächter sind in Art. 3 Abs. 1 DMA geregelt. Danach wird ein Unternehmen als Torwächter benannt, wenn es „a) einen erheblichen Einfluss auf den Binnenmarkt hat, b) einen zentralen Plattformdienst im Sinne des Art. 2 Nr. 2 DMA bereitstellt, der gewerblichen Nutzern als wichtiges Zugangstor zu Endnutzern dient, und c) hinsichtlich seiner Tätigkeiten eine gefestigte und dauerhafte Position innehat oder absehbar ist, dass es eine solche Position in naher Zukunft erlangen wird.“ Für diese drei Voraussetzungen in Art. 3 Abs. 1 DMA finden sich in Art. 3 Abs. 2 DMA jeweils Vermutungsregelungen, die an quantitative Schwellenwerte anknüpfen. Alle Unternehmen, die einen zentralen Plattformdienst im Sinne des Art. 2 Nr. 2 DMA bereitstellen, müssen im Wege der Selbsteinschätzung gemäß Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 DMA prüfen, ob sie die in Art. 3 Abs. 2 DMA genannten Schwellenwerte erfüllen und die Kommission innerhalb von zwei Monaten nach Erreichen

⁷ Vgl. dazu exemplarisch das Google-Datenverfahren des BKartA, welches durch Verpflichtungszusagen beendet wurde. Vgl. *Bauermeister*, WuW 2023, 670 sowie *Göhl*, WuW 2023, 659-663.

der Schwellenwerte informieren (sog. Notifizierung). Gleichzeitig können die potentiellen Torwächter im Rahmen der Notifizierung Argumente für eine Widerlegung der Vermutungsregeln aus Art. 3 Abs. 2 i.V.m. Abs. 5 DMA vorbringen (sog. „rebuttal“).

Die Kommission trägt gemäß Art. 3 Abs. 4 und 8 DMA die alleinige Verantwortung für die Benennung einzelner Unternehmen als Torwächter. Sie muss nach einer Notifizierung innerhalb von 45 Arbeitstagen entscheiden, ob sie das Unternehmen aufgrund der erfüllten Vermutungsregeln aus Art. 3 Abs. 2 DMA als Torwächter benennt. Alternativ kann die Kommission auch feststellen, dass die Unternehmen die Vermutungsregelungen aus Art. 3 Abs. 2 DMA erfolgreich gemäß Art. 3 Abs. 5 DMA widerlegt haben. Im Falle der erfolgreichen Widerlegung kann die Kommission dann entweder eine Marktuntersuchung gemäß Art. 3 Abs. 8 DMA einleiten⁸ und das Unternehmen anhand qualitativer Merkmale trotzdem als Torwächter benennen bzw. einen bestimmten zentralen Plattformdienst des Unternehmens mit in die Liste aus Art. 3 Abs. 9 DMA aufnehmen oder aber auf eine vertiefte Prüfung und eine entsprechende Benennung komplett verzichten.

Im September 2023 standen im Zuge des schrittweisen Inkrafttretens des DMA die ersten Benennungsentscheidungen an, nachdem im Sommer insgesamt sieben Unternehmen eine Notifizierung nach Art. 3 Abs. 3 DMA vorgenommen hatten. Die Kommission hat in einem ersten Schritt insgesamt sechs Unternehmen als Torwächter benannt (Alphabet⁹, Amazon¹⁰, Apple¹¹, ByteDance¹², Meta¹³ und Microsoft¹⁴). Ein weiteres Unternehmen, Samsung, erfüllte zwar mit dem bereitgestellten Webbrowser als zentralem

8 Vgl. für eine kurze Beschreibung des Verfahrens *Käseberg/Gappa*, in: Podszun (Hrsg.), Handkommentar Digital Markets Act, 2023, Art. 3, Rn. 24-27.

9 Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100011 – Alphabet – OIS Verticals, DMA.100002 – Alphabet – OIS App Stores, DMA.100004 – Alphabet – Online search engines, DMA.100005 – Alphabet – Video sharing, DMA.100006 – Alphabet – Number-independent interpersonal communications services, – DMA.100009 – Alphabet – Operating systems, DMA.100008 – Alphabet – Web browsers, DMA.100010 – Alphabet – Online advertising services.

10 Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100018 – Amazon – Online Intermediation Services – Marketplaces; DMA.100016 – Amazon – Online advertising services.

11 Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100013 Apple – online intermediation services – app stores, DMA.100025 Apple – operating systems and DMA.100027 Apple – web browsers.

12 Kommission v. 05.09.2023, Case DMA.100040 ByteDance – Online social networking services.

13 Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100020 – Meta – Online Social Networking Services; DMA.100024 – Meta – Number-Independent Interpersonal Communica-

Plattformdienst die Vermutungsregelungen des Art. 3 Abs. 2 DMA, konnte die Vermutungen aber erfolgreich im Sinne des Art. 3 Abs. 5 DMA widerlegen. Die Kommission verzichtete deshalb darauf, das Unternehmen überhaupt als Torwächter zu benennen.¹⁵

Daneben sah die Kommission bei den Diensten Gmail von Alphabet und Outlook.com von Microsoft die Vermutungen aus Art. 3 Abs. 2 DMA als widerlegt an. Die Kommission war durch den Vortrag der Unternehmen davon überzeugt, dass es sich bei den genannten Diensten nicht um ein wichtiges Zugangstor im Sinne des Art. 3 Abs. 1 lit. b) DMA handelt, sodass die Kommission darauf verzichtete, eine Marktuntersuchung einzuleiten. Die Kommission nahm die zentralen Plattformdienste nicht in die jeweilige Benennungsentscheidung auf.¹⁶ In den Fällen der zentralen Plattformdienste Apple iMessage, Microsoft Bing, Microsoft Edge und Microsoft Advertising konnten die Unternehmen zwar ebenfalls die Vermutungen aus Art. 3 Abs. 2 DMA widerlegen, jedoch leitete die Kommission für diese Dienste eine Marktuntersuchung gemäß Art. 3 Abs. 8 DMA ein.¹⁷ Die eingeleitete Marktuntersuchung soll gemäß Art. 17 Abs. 3 UAbs. 1 DMA möglichst innerhalb von fünf Monaten abgeschlossen werden, sodass mit

tions Services; DMA.100035 – Meta – Online Advertising Services; DMA.100044 – Meta – Online Intermediation Services – Marketplace.

- 14 Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100017 Microsoft – Online social networking services, DMA.100023 Microsoft – Number-independent interpersonal communications services, DMA.100026 Microsoft – Operating systems.
- 15 Kommission v. 05.09.2023, Summary of Commission Decision of 5 September 2023 relating to a decision pursuant to Article 3 of Regulation (EU) No 2022/1925 (Case DMA.100038 – Samsung – Web Browser), Rn. 7.
- 16 Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100011 – Alphabet – OIS Verticals, DMA.100002 – Alphabet – OIS App Stores, DMA.100004 – Alphabet – Online search engines, DMA.100005 – Alphabet – Video sharing, DMA.100006 – Alphabet – Number-independent interpersonal communications services, – DMA.100009 – Alphabet – Operating systems, DMA.100008 – Alphabet – Web browsers, DMA.100010 – Alphabet – Online advertising services, Rn.144-145, 147, 150-151; Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100017 Microsoft – Online social networking services, DMA.100023 Microsoft – Number-independent interpersonal communications services, DMA.100026 Microsoft – Operating systems, Rn. 134-135.
- 17 Kommission v. 05.09.2023, Case DMA.100022 – Apple – Number-Independent Interpersonal Communication Services, Rn.11; Kommission v. 05.09.2023, decision opening a market investigation pursuant to Articles 16(1) and 17(3) of Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector, Cases DMA.100015 – Microsoft – Online Search Engines; DMA.100028 – Microsoft – Web Browsers; DMA.100034 – Microsoft – Online Advertising Services.

den Benennungsentscheidungen nach Art. 3 Abs. 8 DMA im Hinblick auf die genannten Dienste voraussichtlich im Februar 2024 zu rechnen ist.

In Bezug auf den zentralen Plattformdienst iPad iOS von Apple entschied sich die Kommission, ein Verfahren zur Benennung nach Art. 3 Abs. 8 DMA einzuleiten, obwohl der Dienst die Schwellenwerte aus Art. 3 Abs. 2 DMA nicht erfüllte.¹⁸ Die Kommission erkannte bei dem Betriebssystem iPad iOS deutliche Anhaltspunkte dafür, dass der zentrale Plattformdienst trotz der geringeren Nutzerzahl als wichtiger Zugangstor im Sinne des Art. 3 Abs. 1 lit. b) DMA fungiert. Dieser Frage wird die Kommission nun in dem Prüfverfahren nach Art. 3 Abs. 8 DMA anhand qualitativer Bewertungsmerkmale nachgehen.¹⁹

Die Unternehmen Apple²⁰, ByteDance²¹ und Meta²² haben gegen die Benennungsentscheidung Nichtigkeitsklage gemäß Art. 263 AEUV vor dem Europäischen Gericht (EuG) erhoben. Apple wendet sich dabei gegen die Einbeziehung des App Stores in die Liste der zentralen Plattformdienste nach Art. 3 Abs. 9 DMA. Die Klage von ByteDance richtet sich gegen die Benennung als Torwächter in Gänze. Meta beschränkte die Klage auf die Einbeziehung der Dienste Facebook Messenger und Facebook Marketplace.²³ Es wird jedoch voraussichtlich einige Zeit dauern, bis das EuG über diese Klagen entscheiden wird.²⁴ Bis dahin werden die jeweiligen Unternehmen die Verhaltensvorschriften im DMA vollständig auch für die

18 Kommission v. 05.09.2023, Case DMA.100047 – Apple – iPadOS.

19 Vgl. zum Prüfprogramm *Bueren/Weck*, in: Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht, Band 1, 4. Aufl, 2023, Art. 3 DMA, Rn. 88-101; *Heinze/Kettler*, in: Steinrötter (Hrsg.), Europäische Plattformregulierung, 2023, § 12, Rn. 55-57.

20 EuG, T-1079/23 sowie T-1080/23 – Apple/Kommission. Vgl. dazu auch bereits eine erste Einordnung von Martinez, *Apple seeks to challenge its designation under the DMA*, abrufbar unter <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2023/11/14/apple-seeks-to-challenge-its-designation-under-the-dma-part-and-parcel-of-its-closed-ecosystem/> (zuletzt abgerufen am 07.12.2023).

21 EuG, T-1077/23 – ByteDance/Kommission.

22 EuG, T-1078/23 – Meta/Kommission.

23 Vgl. Reuters, Pressemitteilung v. 16.11.2023, TikTok joins Meta in appealing against EU gatekeeper status, abrufbar unter <https://www.reuters.com/technology/tiktok-joins-meta-appealing-against-eu-gatekeeper-status-2023-11-16/> (zuletzt abgerufen am 27.11.2023).

24 Die durchschnittliche Dauer einer Klage vor dem EuG in Wettbewerbssachenbetrug im Jahr 2022 38,8 Monate. Siehe dazu den Jahresbericht 2022: Rechtsprechungsstatistiken des Gerichts, dort unter „IX. Erledigte Rechtssachen - Verfahrensdauer in Monaten (2018-2022)“, abrufbar unter https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2023-03/stats_tribunal_2022_de.pdf (zuletzt abgerufen am 14.12.2023).

angegriffenen Teile der Benennung befolgen müssen, da die Klagen gemäß Art. 278 S.1 AEUV keine aufschiebende Wirkung entfalten. Aus diesem Grund hat ByteDance den Erlass einstweiliger Maßnahmen nach Art. 278 S. 2 AEUV beantragt.²⁵

2. Dienstabgrenzung als wesentliche Vorfrage

Die ersten Benennungsentscheidungen der Kommission machen deutlich, dass es für eine Benennung als Torwächter erforderlich ist, die jeweiligen zentralen Plattformdienste des Unternehmens voneinander sowie von anderen Diensten des Unternehmens, die kein zentraler Plattformdienst sind, abzugrenzen. Die Kommission nimmt daher in jeder Entscheidung eine sog. Dienstabgrenzung vor. Sie stellt dabei explizit heraus, dass die Abgrenzung der Dienste eine wesentliche und zwingend zu beantwortende Vorfrage bei jeder Benennungsentscheidung sei.²⁶ Es geht bei der Dienstabgrenzung darum, den konkreten Zuschnitt eines einzelnen zentralen

25 Vgl. Reuters v. 01.12.2023, TikTok asks EU court to suspend EU gatekeeper label until its ruling, <https://www.reuters.com/technology/tiktok-asks-eu-court-suspend-eu-gatekeeper-label-until-its-ruling-2023-12-01/> (zuletzt abgerufen am 07.12.2023). Zum Zeitpunkt der Bearbeitung hat das EuG noch nicht über den Erlass solcher Maßnahmen entschieden. Vgl. dazu auch *Martinez*, TikTok raises the Ante before the General Court: Interim Measures filed against its Gatekeeper Designation under the DMA, Blog-Post, 2023, abrufbar unter <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2023/12/06/tiktok-raises-the-ante-before-the-general-court-interim-measures-filed-against-its-gatekeeper-designation-under-the-dma/> (zuletzt abgerufen am 14.12.2023).

26 Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100011 – Alphabet – OIS Verticals, DMA.100002 – Alphabet – OIS App Stores, DMA. 100004 – Alphabet – Online search engines, DMA.100005 – Alphabet – Video sharing, DMA.100006 – Alphabet – Number-independent interpersonal communications services, – DMA.100009 – Alphabet – Operating systems, DMA.100008 – Alphabet – Web browsers, DMA.100010 – Alphabet – Online advertising services, Rn.15; Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100018 – Amazon – Online Intermediation Services – Marketplaces; DMA.100016 – Amazon – Online advertising services, Rn. 10; Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100013 Apple – online intermediation services – app stores, DMA.100025 Apple – operating systems and DMA.100027 Apple – web browsers, Rn.13; Kommission v. 05.09.2023, Case DMA.100040 ByteDance – Online social networking services, Rn. 10; Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100017 Microsoft – Online social networking services, DMA.100023 Microsoft – Number-independent interpersonal communications services, DMA.100026 Microsoft – Operating systems, Rn. 10.

Plattformdienstes zu bestimmen. Die Frage des konkreten Zuschnitts der zentralen Plattformdienste stand im Vorfeld der Benennungen häufig im Streit. Für die Unternehmen spielt die Abgrenzung der zentralen Plattformdienste eine besonders wichtige Rolle bei der Umsetzung der Verhaltensvorschriften aus Art. 5 bis 7 DMA. So ist eine möglichst weite Dienstabgrenzung beispielsweise für Unternehmen mit einem werbefinanzierten Geschäftsmodell vorteilhaft: Die Verbote gemäß Art. 5 Abs. 2 lit. b) - d) DMA sind einschlägig, soweit personenbezogene Daten aus einem zentralen Plattformdienst mit entsprechenden Daten aus *anderen* Diensten zusammengeführt oder weiterverwendet werden. Werden Daten stattdessen *demselben* Plattformdienst zugeordnet, greifen die genannten Verbote nicht. Entsprechend haben potentielle Torwächter einen großen Anreiz, im Rahmen der Notifizierung für eine für sie möglichst günstige Abgrenzung der zentralen Plattformdienste zu plädieren. Es überrascht daher nicht, dass sich etwa Meta in den Benennungsentscheidungen dafür aussprach, die Dienste Facebook und Instagram als ein gemeinsames soziales Netzwerk abzugrenzen.²⁷ Meta ging in diesem Zuge sogar noch weiter und führte aus, dass diesem sozialen Netzwerk weitere Dienste, wie beispielsweise Facebook Marketplace, zuzurechnen seien, da diese Dienste nach Auffassung von Meta lediglich unterstützende Funktionen in Bezug auf das soziale Netzwerk erfüllen würden.²⁸ Die von Meta vorgeschlagene Dienstabgrenzung hätte es ermöglicht, das werbefinanzierte und auf einer Kombination verschiedener Nutzerdaten basierende Geschäftsmodell weitestgehend von Art. 5 Abs. 2 DMA unangetastet fortzuführen. Die Kommission trat dieser Auffassung entschieden entgegen und grenzte die Dienste von Meta als jeweils eigenständig ab.²⁹

Die Kommission setzt für die Dienstabgrenzung auf rein qualitative Bewertungsmaßstäbe, die in der Regel von ihr technologie- bzw. hardware-

27 Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100020 – Meta – Online Social Networking Services; DMA.100024 – Meta – Number-Independent Interpersonal Communications Services; DMA.100035 – Meta – Online Advertising Services; DMA.100044 – Meta – Online Intermediation Services – Marketplace, Rn. 12.

28 Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100020 – Meta – Online Social Networking Services; DMA.100024 – Meta – Number-Independent Interpersonal Communications Services; DMA.100035 – Meta – Online Advertising Services; DMA.100044 – Meta – Online Intermediation Services – Marketplace, Rn. 14, 17, 21.

29 KOM. v. 05.09.2023, Cases DMA.100020 – Meta – Online Social Networking Services; DMA.100024 – Meta – Number-Independent Interpersonal Communications Services; DMA.100035 – Meta – Online Advertising Services; DMA.100044 – Meta – Online Intermediation Services – Marketplace, Rn. 15.

neutral angewendet werden.³⁰ Das heißt, dass nicht für jede unterschiedliche Hardware oder für jedes Betriebssystem, das als Zugriffspunkt der Nutzer dienen kann, zwingend von einem eigenen zentralen Plattformdienst auszugehen ist. Wesentliches Entscheidungsmerkmal ist dabei der Zweck, für den ein Dienst von den Nutzern in Anspruch genommen wird.³¹ So ging die Kommission etwa davon aus, dass es sich bei dem App Store von Apple um einen einheitlichen Online-Vermittlungsdienst gemäß Art. 2 Nr. 2 lit. a) DMA handelt, unabhängig davon, von welchem Endgerät oder Betriebssystem Nutzer auf den App Store zugreifen, da der jeweilige Nutzerzweck der Vermittlungsleistung identisch sei.³²

Eine Ausnahme vom dem Grundsatz der Technologieneutralität macht die Kommission jedoch bei der Dienstabgrenzung von Betriebssystemen. Bei Betriebssystemen geht die Kommission in der Regel davon aus, dass für jede Hardware ein eigenes Betriebssystem als zentraler Plattformdienst besteht. Das liegt im Wesentlichen daran, dass gewerbliche Nutzer unterschiedliche Entwicklungsprozesse für verschiedene Hardwarekomponenten bzw. Endgeräte vornehmen müssen. Somit unterscheidet sich der Nutzungszweck zumindest für die gewerblichen Nutzer von Hardware zu Hardware. Nur ausnahmsweise nimmt die Kommission technologieübergreifend ein einheitliches Betriebssystem an, wenn der Programmieraufwand für die gewerblichen Nutzer nahezu identisch ist, sodass sie z.B. eine Applikation innerhalb eines Entwicklungsprozesses für verschiedene Hardwaretypen konzipieren können. Diesen Ausnahmefall nahm die Kom-

30 Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100011 – Alphabet – OIS Verticals, DMA.100002 – Alphabet – OIS App Stores, DMA. 100004 – Alphabet – Online search engines, DMA.100005 – Alphabet – Video sharing, DMA.100006 – Alphabet – Number-independent interpersonal communications services, – DMA.100009 – Alphabet – Operating systems, DMA.100008 – Alphabet – Web browsers, DMA.100010 – Alphabet – Online advertising services, Rn. 36, 56, 76; Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100013 Apple – online intermediation services – app stores, DMA.100025 Apple – operating systems and DMA.100027 Apple – web browsers, Rn. 39.

31 Kommission v. 05.09.2023, Case DMA.100040 ByteDance – Online social networking services, Rn. 12; Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100017 Microsoft – Online social networking services, DMA.100023 Microsoft – Number-independent interpersonal communications services, DMA.100026 Microsoft – Operating systems, Rn. 12. Für die Zweckbestimmung verweist die Kommission auch immer wieder auf den Anhang D. zum DMA.

32 Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100013 Apple – online intermediation services – app stores, DMA.100025 Apple – operating systems and DMA.100027 Apple – web browsers, Rn. 40-42.

mission bei Alphabet bezüglich Google Android an.³³ Softwareentwickler können für Google Android auf verschiedenen Endgeräten nahezu auf denselben App-Entwicklungsprozess zurückgreifen. Anders lagen die Dinge hingegen im Fall des Dienstes iPad iOS von Apple. Hier ging die Kommission davon aus, dass es sich um ein von dem Smartphone-Betriebssystem iOS getrennt zu behandelndes eigenes Betriebssystem handle, da sich das Nutzungsverhalten stärker unterscheide und die gewerblichen Nutzer keinen einheitlichen Entwicklungsprozess bei Applikationen verfolgen könnten.³⁴

Die erforderliche Dienstabgrenzung ist dabei nicht mit der im Kartellrecht etablierten Marktabgrenzung zu verwechseln. Es handelt sich um zwei verschiedene Konzepte, die zwar teilweise zu denselben Ergebnissen führen können, dies aber nicht zwingend müssen. Es leuchtet daher ein, dass keine Märkte für die Bestimmung des Zuschnitts der einzelnen zentralen Plattformdienste abgegrenzt werden müssen.³⁵ Allerdings weist die Dienstabgrenzung durchaus spürbare Ähnlichkeiten zur kartellrechtlichen Marktabgrenzung nach dem Bedarfsmarktkonzept auf.³⁶ Die Besonderheit der Dienstabgrenzung gegenüber der kartellrechtlichen Marktabgrenzung liegt jedoch darin, dass es die Dienstabgrenzung bei einer Zweckbetrachtung belässt, während die Bedarfsmarktbetrachtung im Rahmen der Marktabgrenzung nur eine Teileinheit bildet. Die Dienstabgrenzung verzichtet im Gegensatz zur Marktabgrenzung auf weiterführende ökonomisch-methodologisch fundierte Testkriterien. Der im DMA enthaltene Ansatz zur Dienstabgrenzung dient im Wesentlichen der Verfahrensbeschleunigung.

Darüber hinaus geht es bei der Dienstabgrenzung auch darum, die Dienste im Einzelfall einer konkreten Kategorie der zentralen Plattform-

33 Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100011 – Alphabet – OIS Verticals, DMA.100002 – Alphabet – OIS App Stores, DMA.100004 – Alphabet – Online search engines, DMA.100005 – Alphabet – Video sharing, DMA.100006 – Alphabet – Number-independent interpersonal communications services, – DMA.100009 – Alphabet – Operating systems, DMA.100008 – Alphabet – Web browsers, DMA.100010 – Alphabet – Online advertising services, Rn. 164.

34 Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100013 Apple – online intermediation services – app stores, DMA.100025 Apple – operating systems and DMA.100027 Apple – web browsers, Rn. 89–90.

35 Kommission v. 05.09.2023, Case DMA.100040 ByteDance – Online social networking services, Rn. 14. Vgl. *Krämer*, in: Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht, Band 1, 4. Aufl, 2023, Grundlagen DMA, Rn. 71.

36 So auch *Bueren/Weck* (Fn. 19), Art. 3 DMA, Rn. 49.

dienste nach Art. 2 Nr. 2 DMA zuzuordnen.³⁷ Es ist durchaus möglich, dass ein Dienst die Definition mehrerer zentraler Plattformdienste erfüllt. Dies war beispielsweise bei dem Dienst TikTok der Unternehmensmutter ByteDance der Fall. TikTok erfüllte sowohl die Voraussetzungen für eine Klassifizierung als Video-Sharing-Plattform-Dienst im Sinne des Art. 2 Nr. 2 lit. d) DMA als auch die eines sozialen Netzwerkes gemäß Art. 2 Nr. 2 lit. c) DMA. Die Kommission ordnete TikTok als soziales Netzwerk ein. Dahinter stand der Gedanke, dass ein soziales Netzwerk durchaus (alle) Merkmale eines Video-Sharing-Dienstes aufweisen kann, aber im Endeffekt in der Funktionalität und im Hinblick auf die befriedigten Nutzerzwecke weit über das Teilen von Videos hinausgeht.³⁸ In Zweifelsfällen ist ein solcher Dienst daher als soziales Netzwerk einzuordnen, da die Definition eines sozialen Netzwerkes einen zentralen Plattformdienst, der beide Definitionen erfüllt, besser abschließend beschreibt. Gleichzeitig liegt darin allerdings auch ein wertendes Element, das die Kommission in die Benennungsentscheidung einbringt.

Eine weitere Besonderheit ergibt sich bei der Abgrenzung von Online-Werbendiensten im Sinne des Art. 2 Nr. 2 lit. j) DMA. Die Kommission geht diesbezüglich davon aus, dass diese Dienste regelmäßig eine gewisse Doppelnatur aufweisen. Online-Werbendienste sind häufig in einen anderen zentralen Plattformdienst integriert.³⁹ So werden beispielsweise neben der organischen Suchergebnisliste auf dem zentralen Plattformdienst der Online-Suchmaschine Google Search auch bezahlte Anzeigen, d.h. Werbeanzeigen, im Rahmen derselben Ergebnisliste eingespielt. In diesen Fällen geht die Kommission davon aus, dass die Werbeanzeigen beiden zentralen Plattformdiensten zuzuordnen sind.⁴⁰ Die Werbeanzeigen sind demnach sowohl ein Teil des funktionellen zentralen Plattformdienstes, also im

37 Näher dazu auch schon *König*, in: Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht, Band 1, 4. Aufl, 2023, Art. 2 DMA, Rn. 20-21.

38 Kommission v. 05.09.2023, Case DMA.100040 ByteDance – Online social networking services, Rn. 43.

39 Das ergibt sich auch bereits aus der Definition eines Online-Werbendienstes in Art. 2 Nr. 2 lit. j) DMA, da ein Online-Werbendienst nur angenommen werden kann, wenn ein weiterer zentraler Plattformdienst von den Unternehmen bereitgestellt wird. Insofern ist die Verknüpfung der Online-Werbendienste mit anderen zentralen Plattformdiensten diesen immanent.

40 Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100011 – Alphabet – OIS Verticals, DMA.100002 – Alphabet – OIS App Stores, DMA. 100004 – Alphabet – Online search engines, DMA.100005 – Alphabet – Video sharing, DMA.100006 – Alphabet – Number-independent interpersonal communications services, – DMA.100009 – Alphabet

oben beschriebenen Beispiel der Online-Suchmaschine, als auch ein Teil des Online-Werbedienstes. Letzteres wird dabei trotz einer vollständigen Integration in einen anderen zentralen Plattformdienst daraus hergeleitet, dass die Werbeanzeigen den zentralen Bestandteil der werbefinanzierten Wertschöpfung eines Online-Werbedienstes bilden.⁴¹

3. Praktische Schwierigkeiten bei der Berechnung der „aktiven“ Nutzer

Ein praktisches Hindernis im Rahmen der Benennungsentscheidungen stellte sich bei der Berechnung der relevanten Nutzerzahlen. Die Methode zur Berechnung der „aktiven“ Endnutzer und der „aktiven“ gewerblichen Nutzer wird im Anhang zum DMA (A. bis D.) näher für jeden einzelnen zentralen Plattformdienst bestimmt. Teilweise verfügten die notifizierungspflichtigen Unternehmen jedoch nicht über alle relevanten Informationen zur Berechnung der Nutzerzahlen oder sie konnten einzelne aktive Nutzer nicht mit Sicherheit aus den ihnen zur Verfügung stehenden Datensätzen herausfiltern.⁴² Die Kommission zeigte sich in den Benennungsentscheidungen im Umgang mit den Angaben der Unternehmen allerdings flexibel und ließ die Frage regelmäßig offen, ob der Berechnungsansatz zutreffend gewählt wurde, da dies häufig nicht entscheidungserheblich war.⁴³

– Operating systems, DMA.100008 -- Alphabet – Web browsers, DMA.100010 – Alphabet – Online advertising services, Rn. 220.

41 Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100011 – Alphabet – OIS Verticals, DMA.100002 – Alphabet – OIS App Stores, DMA.100004 – Alphabet – Online search engines, DMA.100005 – Alphabet – Video sharing, DMA.100006 – Alphabet – Number-independent interpersonal communications services, – DMA.100009 – Alphabet – Operating systems, DMA.100008 -- Alphabet – Web browsers, DMA.100010 – Alphabet – Online advertising services, Rn. 218.

42 Vgl. Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100020 – Meta – Online Social Networking Services; DMA.100024 – Meta – Number-Independent Interpersonal Communications Services; DMA.100035 – Meta – Online Advertising Services; DMA.100044 – Meta – Online Intermediation Services – Marketplace, Rn. 196.

43 Vgl. beispielsweise Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100020 – Meta – Online Social Networking Services; DMA.100024 – Meta – Number-Independent Interpersonal Communications Services; DMA.100035 – Meta – Online Advertising Services; DMA.100044 – Meta – Online Intermediation Services – Marketplace, Rn. 87, 102, 125, 154. Allerdings wird die Kommission in Bezug auf den Dienst WhatsApp etwas detaillierter in Rn. 146-148.

4. Widerlegung der Vermutungsregelungen (Art. 3 Abs. 5 DMA)

Die ersten Benennungsentscheidungen liefern außerdem deutliche Hinweise dafür, auf welche Argumente eine Widerlegung der Vermutungsregelungen aus Art. 3 Abs. 2 DMA gemäß Art. 3 Abs. 5 DMA gestützt werden kann und welche Argumente für eine Widerlegung nicht verfangen. Die Widerlegungsversuche der Unternehmen beschränkten sich in der Regel darauf darzulegen, dass der zentrale Plattformdienst kein wichtiges Zugangstor im Sinne des Art. 3 Abs. 1 lit. b) DMA darstelle. Dieses Kriterium erweist sich als die Schlüsselvoraussetzung bei der Bestimmung einer Torwächtereigenschaft.⁴⁴ Insofern wirft die Entscheidungspraxis der Kommission zur Widerlegung der Vermutungsregelungen aus Art. 3 Abs. 2 DMA ebenfalls ein helles Licht auf das grundlegende Verständnis des Konzepts des Torwächters aus Art. 3 Abs. 1 DMA, insbesondere auf das Kriterium des wichtigen Zugangstores nach Art. 3 Abs. 1 lit. b) DMA.

Den Benennungsentscheidungen der Kommission kann dabei die Kernaussage entnommen werden, dass die absoluten und die relativen Nutzerzahlen eines zentralen Plattformdienstes die entscheidenden Kriterien bei der Bewertung der Eigenschaft als wichtiges Zugangstor nach Art. 3 Abs. 1 lit. b) DMA sind. Dabei bezieht sich der Begriff der relativen Nutzerzahlen auf das Verhältnis der Nutzerzahl eines zentralen Plattformdienstes zu anderen zentralen Plattformdiensten derselben Dienstekategorie. Insbesondere niedrige relative Nutzerzahlen sprechen gegen die Eigenschaft als wichtiges Zugangstor. Hohe absolute Nutzerzahlen deuten stattdessen darauf hin, dass der Dienst ein wichtiges Zugangstor darstellt, auch wenn die Nutzerzahl relativ gesehen zum Marktführer der Dienstekategorie geringer ist.⁴⁵ Es wird insofern deutlich, dass es ohne Weiteres mehrere zentrale Plattformdienste in einer Kategorie, wie beispielsweise mehrere soziale Netzwerke, geben kann.⁴⁶ Allerdings liegt es nach Ansicht der Kommission eher fern, von der Eigenschaft als wichtiges Zugangstor

44 Vgl. dazu bereits ausführlich Göhsl, Marktübergreifendes Wachstum in der Digitalwirtschaft, 2023, S. 320–322.

45 Kommission v. 05.09.2023, Case DMA.100040 ByteDance – Online social networking services, Rn. 127–128, 130–131, 133, 143, 146. Vgl. zu hohen absoluten Nutzerzahlen auch Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100020 – Meta – Online Social Networking Services; DMA.100024 – Meta – Number-Independent Interpersonal Communications Services; DMA.100035 – Meta – Online Advertising Services; DMA.100044 – Meta – Online Intermediation Services – Marketplace, Rn. 20, 24.

46 So auch Erwägungsgrund (32).

auszugehen, wenn die allermeisten Nutzer auf andere Dienste innerhalb derselben Kategorie zurückgreifen. Dies führte bei den E-Mail-Diensten Gmail von Alphabet und Outlook.com von Microsoft dazu, dass die Kommission von einer Benennung absah, da jeweils über 90 % der Nutzer, die mit den E-Mail-Diensten kommunizierten, auf andere Dienste derselben Kategorie zurückgriffen.⁴⁷ Es lässt sich also festhalten, dass hinter dem Begriff des wesentlichen Zugangstores aus Art. 3 Abs. 1 lit. a) DMA der Gedanke steht, dass der zentrale Plattformdienst die absoluten Nutzerströme in Bezug auf die einschlägige Dienstekategorie in einem nicht völlig unwesentlichen Ausmaß steuern können muss. Es schadet dabei nicht, dass der Dienst relativ gesehen zu anderen eine deutlich geringere Nutzerzahl hat, solange zumindest ein nicht unerheblicher Teil der Nutzer auf den in Rede stehenden zentralen Plattformdienst zurückgreift. Denn nur in diesen Konstellationen stehen die Abhängigkeitsverhältnisse, die der DMA im Wesentlichen zu adressieren sucht, weiterhin im Vordergrund.⁴⁸

Im Gegensatz dazu ging die Kommission in den Benennungsentscheidungen davon aus, dass es für die Funktion als wichtiger Zugangstor im Sinne des Art. 3 Abs. 1 lit. b) DMA nicht erforderlich sei, dass ein Ökosystem betrieben werde.⁴⁹ Auch ohne Produktökosystem könne ein hinreichend großer Einfluss auf die Nutzergruppen ausgeübt werden. Zudem ging die Kommission im Einklang mit Erwägungsgrund (13) der Verordnung davon aus, dass ein gewisser Grad an Multi-Homing nicht gegen die Eigenschaft als wichtiger Zugangstor spreche.⁵⁰ Dahinter steht die Überlegung, dass einzelne Dienste selbst bei Multi-Homing nicht zwingend für dieselben Zwecke genutzt werden müssen. Bei einem gewissen Grad der Produktdifferenzierung zwischen den einzelnen zentralen Plattformdiensten kann es sein, dass Endnutzer oder gewerbliche Nutzer verschiedene zentrale Plattformdienste in komplementärer Weise nutzen statt sie gegeneinander auszutauschen. Insbesondere für gewerbliche Nutzer kann es von Vorteil sein, wenn sie beispielsweise sowohl auf Facebook und Instagram als auch auf TikTok aktiv sind, da sie so möglicherweise verschiedene

47 Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100017 Microsoft – Online social networking services, DMA.100023 Microsoft – Number-independent interpersonal communications services, DMA.100026 Microsoft – Operating systems, Rn. 128.

48 Göhsl (Fn. 44), S. 249-250, 320-321.

49 Kommission v. 05.09.2023, Case DMA.100040 ByteDance – Online social networking services, Rn. 127-128, 130.

50 Kommission v. 05.09.2023, Case DMA.100040 ByteDance – Online social networking services, Rn. 134, 136-138.

Endnutzergruppen – ältere Nutzergruppen auf Facebook und jüngere Generationen auf TikTok – erreichen können. Es überzeugt daher, dass die Kommission bei der Bewertung, ob ein zentraler Plattformdienst als wesentliches Zugangstor dient, im Wesentlichen darauf abstellt, ob der Dienst eine hinreichende Nutzerabdeckung in absoluten Zahlen erreicht und ob er relativ gesehen zu anderen zentralen Plattformdiensten derselben Kategorie eine bedeutende Stellung einnimmt.

IV. Weiteres Verfahren: Insbesondere Konkretisierungsentscheidung

Die Kommission hat mit den im September 2023 vorgenommenen Benennungsentscheidungen eine wesentliche Stufe zur tatsächlichen Anwendung der Verhaltensvorschriften im DMA genommen. Die designierten Torwächter müssen gemäß Art. 3 Abs. 10 DMA die Verhaltensvorschriften in Art. 5 bis 7 DMA innerhalb von sechs Monaten nach der Benennung einhalten. Das heißt, dass die im September 2023 benannten Torwächter die Verhaltensvorschriften bis März 2024 umsetzen müssen. Für alle weiteren Verhaltensvorschriften – insbesondere für die Verpflichtung zur Unterrichtung über Zusammenschlüsse nach Art. 14 DMA – gibt es keine Übergangsphase, sodass diese bereits ab dem Zeitpunkt des Zugangs der Benennungsentscheidung einzuhalten sind. Relevant ist hier vor allem, dass die Torwächter über die konkrete Umsetzung der Vorschriften mit Hilfe von sog. Compliance-Reports im Sinne des Art. 11 Abs. 1 DMA innerhalb von sechs Monaten Bericht erstatten müssen.⁵¹ Dabei handelt es sich um standardisierte und formularartige Berichte, die von den Torwächtern ausgefüllt werden müssen (vgl. dazu noch Abschnitt V.).⁵² Ein Compliance-Report enthält dabei das Mindestmaß an Informationen, die für eine wirksame Umsetzung der Verhaltensverpflichtungen gemäß Art. 8 Abs. 1 S. 1 DMA bereitgestellt werden müssen.⁵³ In technischer Hinsicht sind die Torwächter bei der konkreten Umsetzung der Verhaltensvorschriften frei, solange sie sich im Rahmen der Grenzen der einzelnen Vorschriften in Art. 5 bis 7 DMA bewegen. Sie können grundsätzlich eigenverantwortlich

⁵¹ Vgl. König (Fn. 4), § 13, Rn. 8.

⁵² Vgl. dazu Template Form for Reporting Pursuant to Article 11 of Regulation (EU) 2022/1925 (Digital Markets Act) (Compliance Report), abrufbar unter <https://tlp.de/elxvz> (zuletzt abgerufen am 27.11.2023).

⁵³ Vgl. dazu explizit Compliance-Report (Fn. 44), S. 1.

über das „wie“ der Umsetzung bestimmen. Der Torwächter kann demnach bei verschiedenen denkbaren Umsetzungsvarianten die Variante wählen, die am ehesten mit seinem spezifischen Geschäftsmodell kompatibel ist. Der DMA enthält diesbezüglich in den Erwägungsgründen lediglich eine Soll-Vorschrift: Wenn möglich sollen die Torwächter bei der Umsetzung auf Lösungen setzen, die in der Technik integriert sind (sog. „compliance by design“).⁵⁴

Aus verfahrensrechtlicher Sicht spalten sich nach der erfolgten Benennung eines Torwächters die Handlungsoptionen der Kommission auf. Die Kommission kann zur Durchsetzung der Verhaltensvorschriften die Nichteinhaltung der Verhaltensvorschriften durch den Erlass eines Nichteinhaltungsbeschlusses gemäß Art. 29 DMA feststellen und einen Torwächter im Rahmen des Art. 30 DMA sanktionieren. Daneben besteht für die Kommission aber auch die Möglichkeit, die Verhaltensvorschriften aus Art. 6 und 7 DMA in einem vorgelagerten Verfahrensschritt für einzelne Torwächter mittels eines Durchführungsrechtsaktes gemäß Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 DMA zu konkretisieren, ohne dabei bereits festzustellen, dass einzelne Verhaltensvorschriften nicht eingehalten werden.⁵⁵ Nach Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 DMA kann die Kommission dazu Durchführungsrechtsakte erlassen, in denen Maßnahmen festgelegt werden, die der betreffende Torwächter zu ergreifen hat, um den Verpflichtungen aus Art. 6 und 7 wirksam nachzukommen. Mit Hilfe eines solchen konkretisierenden Durchsetzungsrechtsaktes kann die Kommission also einem designierten Torwächter konkret aufgeben, wie einzelne Verhaltensvorschriften aus Art. 6 und 7 umsetzen sind, ohne dass im Vorfeld ein Verstoß gegen eine Verhaltensvorschrift festgestellt werden müsste.

Die Konkretisierung durch einen Durchführungsrechtsakt regelt insofern das „wie“ der Umsetzung. Über den Konkretisierungsmechanismus aus Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 DMA kann die Kommission unmittelbar in das Geschäftsmodell eines Torwächters eingreifen und ihm konkrete Vorgaben zur technischen Umsetzung machen. Dabei durchbricht die Konkretisierungsmöglichkeit aus Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 DMA den oben dargestellten Grundsatz, dass der Torwächter frei darin ist, wie er die Verhaltensvorschriften technisch umsetzt.

⁵⁴ Vgl. Erwägungsgrund (65) UAbs. 1 letzter Satz.

⁵⁵ König (Fn. 4), § 13, Rn. 11.

Die Konkretisierung durch die Kommission soll insbesondere in Fällen eingesetzt werden, in denen bislang unklar ist, wie eine einzelne Verhaltensvorschrift konkret in Bezug einen zentralen Plattformdienst umsetzen ist.⁵⁶ Dahinter steht unter anderem der Gedanke, dass die in Art. 6 und 7 DMA enthaltenen Verhaltensvorschriften noch nicht in demselben Ausmaß für die einzelnen zentralen Plattformdienste erprobt sind, wie die in Art. 5 DMA geregelten Verpflichtungen, welche auf – in der Regel kartellrechtlichen – Präzedenzfällen basieren.⁵⁷ Eine solche Konkretisierungsentscheidung bindet sodann über den Verweis aus Art. 39 Abs. 5 DMA sogar die nationalen Gerichte bei der Anwendung der jeweiligen Verhaltensvorschrift.

Die Kommission hat nach bisher einhelliger Auffassung im Schrifttum gemäß Art. 8 Abs. 2 UAbs. 1 DMA das Recht, von Amts wegen ein Verfahren zum Erlass eines konkretisierenden delegierten Rechtsaktes einzuleiten und nachfolgend eine Konkretisierung der Verhaltensvorschriften aus Art. 6 und 7 DMA vorzunehmen.⁵⁸ Diese Auffassung erscheint bei näherer Betrachtung jedoch hinderlich für die effektive Durchsetzung des DMA. Eine Konkretisierung von Amts wegen würde ein systematisches Durchsetzungsdefizit begründen, indem sie zu zwei miteinander verbundenen Problemstellungen führt, welche die Wirksamkeit der Durchsetzung des DMA zukünftig beeinträchtigen könnten: Das Konkretisierungsverfahren könnte zumindest bei unklarer Rechtslage aus Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten als ein zwingend vor dem Erlass eines Nichteinhaltungsbeschlusses durchzuführendes Vorschaltverfahren gelten (dazu im Folgenden a.).⁵⁹ Dies hätte dann zur Folge, dass Torwächter kaum mehr selbst den Anreiz hätten, die Durchführung eines Konkretisierungsverfahrens bei unklarer Rechtslage nach Art. 8 Abs. 3 DMA zu beantragen (dazu im Folgenden b.). Sie könnten sich stattdessen weniger kooperativ zeigen und eine Konkretisierung durch die Kommission abwarten. Unter diesem Eindruck wird deshalb anschließend unter c. eine andere Interpretation von Art. 8 Abs. 2 UAbs. 1 DMA vorgestellt.

56 Vgl. dazu auch Erwägungsgrund (65) Abs. 2.

57 Bueren/Weck (Fn. 19), Art. 6 DMA, Rn. 23.

58 Vgl. Bueren/Weck (Fn. 19), Art. 6 DMA, Rn. 1; Art. 8, Rn. 36; König, (Fn. 4), Rn. 10; Podszun/Schwab, in: Podszun (Hrsg.), Handkommentar Digital Markets Act, 2023, Art. 5 Abs. 1, Rn. 4 sowie Schubert, in: Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht, Band 1, 4. Aufl, 2023, Art. 29 DMA, Rn. 6.

59 A.A. Bueren/Weck (Fn. 19), Art. 8 DMA, Rn. 34.

1. Konkretisierung als Vorschaltverfahren bei unklarer Rechtslage

In der Praxis ist es bislang im Hinblick auf einzelne Verhaltensvorschriften in Art. 6 und 7 DMA noch nicht klar, wie diese von einzelnen zentralen Plattformdiensten konkret umzusetzen sind. Die unvermeidliche Folge dürfte daher sein, dass es zu einem gewissen Grad unsicher sein wird, ob die von den Torwächtern im Einzelfall getroffenen Umsetzungsmaßnahmen wirklich wirksam bzw. effektiv sind. Bei Art. 6 und 7 DMA fehlen schließlich weitgehend verhaltenslenkende Präzedenzfälle oder Leitlinien, an denen sich die Torwächter orientieren könnten. Abseits von offensichtlichen Verstößen (sog. Hardcore-Verstößen) kann sich so die Situation einstellen, dass auch die Kommission nicht per se auf einen Verstoß gegen die Verhaltensvorschriften schließen kann. Sie müsste in einem solchen Szenario in aufwendige – und ungewisse – Ermittlungen einsteigen.

Die Kommission dürfte dann in diesen Fällen durch den im Europäischen Primärrecht allgemein verankerten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit⁶⁰ bzw. aus Art. 52 Abs. 1 S. 2 GrCh dazu angehalten sein, eine Konkretisierung von Amts wegen vorzunehmen statt unmittelbar einen Nichteinhaltungsbeschluss nach Art. 29 Abs. 1 DMA zu erlassen.⁶¹ Daran ändert auch der klarstellende Art. 8 Abs. 4 DMA nichts, der herausstellt, dass das Konkretisierungsverfahren nach Art. 8 Abs. 2 und 3 DMA die Befugnisse der Kommission nach den Art. 29 bis 31 DMA unberührt lässt. Denn trotz dieser Klarstellung fordert der allgemeingültige primärrechtlich verankerte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz von den Unionsorganen, dass sie keine Maßnahmen treffen, die über das zur Erreichung des verfolgten Ziels erforderliche Maß hinausgehen.⁶² Die Konkretisierung von Amts wegen nach Art. 8 Abs. 2 UAbs. 1 und 2 DMA könnte in der beschriebenen Situation als milderer, weniger eingriffsintensives, aber gleich effektives Mittel dienen, denn auch mit der Konkretisierung könnte ein potentieller Verstoß abgestellt werden.

Überdies könnte im Wege der Konkretisierung ein potentieller Verstoß sogar schneller als bei einem Nichteinhaltungsverfahren abgestellt werden,

60 Vgl. dazu EuGH, Urt. v. 02.06.2016, C-355/14 – Polihim, ECLI:EU:C:2016:403, Rn. 59; EuGH, Urt. v. 09.10.2014, C-355/14 – Traum, EU:C:2014:2267 Rn. 27 m.w.N.

61 Im Ergebnis auch so Schubert (Fn. 58), Art. 29 DMA, Rn. 8.

62 EuGH, Urt. v. 07.02.2018, C-304/16 – American Express, EU:C:2018:66, Rn. 85; EuGH, Urt. 22.11.2018, C-151/17 – Swedish Match, ECLI:EU:C:2018:938, Rn. 35. Vgl. auch Jarass, in: Jarass (Hrsg.), Charta der Grundrechte der EU, 4. Aufl., 2021, Einleitung, Rn. 40 sowie Art. 52 GrCH, Rn. 34, 36.

sodass die Konkretisierung sogar als effektiveres Mittel eingestuft werden könnte. Die Kommission muss die Konkretisierungsentscheidung gemäß Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 DMA bereits nach sechs Monaten treffen. Das aufwendigere und eingriffsintensivere Nichteinhaltungsverfahren gemäß Art. 29 Abs. 2 DMA soll hingegen möglichst innerhalb von einem Jahr abgeschlossen werden soll („bemühen“). Die Zeitverzögerung aufgrund des vertieften Prüfungsmaßstabes ergibt sich daraus, dass sich aus einem Nichteinhaltungsbeschluss weitere schwerwiegende Rechtsfolgen, wie eine Sanktion nach Art. 30 DMA oder weitere Verhaltensverpflichtungen bei systematischer Nichteinhaltung nach Art. 18 DMA ergeben könnten.

Insbesondere das Bedürfnis nach einer unmittelbar erfolgenden Sanktion in Form einer Geldbuße gemäß Art. 30 DMA dürfte jedoch bei einer noch unklaren Rechtslage, wie sie bei Art. 6 und 7 DMA aufgrund der bereits beschriebenen fehlenden Ausformung durch gerichtliche Entscheidungen sowie der in der Normstruktur bereits angelegten Möglichkeit zur Konkretisierung regelmäßig gering sein. Da der DMA auf eine umfassende Verfahrensbeschleunigung abzielt,⁶³ dürfte in den Fällen der unklaren Rechtslage das bereits aus den vorgenannten Gründen abgeschwächte Sanktionsinteresse zumindest hinter das Ziel einer möglichst schnellen Abstellung eines Verstoßes zurücktreten, welches über eine Konkretisierung einfacher und schneller erreicht werden kann als durch einen Nichteinhaltungsbeschluss.

Folgt man diesen Erwägungen, müsste das Konkretisierungsverfahren bei potentiellen Verstößen gegen Art. 6 und 7 DMA wohl regelmäßig vor dem Erlass eines Nichteinhaltungsbeschlusses nach Art. 29 DMA vorzuschalten sein.⁶⁴ Lediglich bei offensichtlichen Hardcore-Verstößen dürfte eine vorherige Konkretisierung nicht erforderlich sein, da in diesen Fällen das Bedürfnis nach einer unmittelbaren Sanktion des Verhaltens im Sinne des Art. 30 DMA stärker akzentuiert neben das Ziel tritt, den Verstoß rasch abzustellen. Die Konkretisierung wäre hier nicht mehr als gleich effektives Mittel anzusehen.

2. Anreizwirkungen auf einen Torwächter

Aus Gründen der Verfahrensbeschleunigung könnte eine regelmäßig vorgeschaltete Konkretisierung sogar überzeugen, da sie – wie im vorherigen

⁶³ König (Fn. 4), Rn. 48.

⁶⁴ Nicht ganz so weitreichend Schubert (Fn. 56), Art. 29 DMA, Rn. 8.

Abschnitt dargestellt – im Gegensatz zum Nichteinhaltungsbeschluss innerhalb von sechs Monaten erfolgen muss. Jedoch könnte sich ein regelmäßig durchzuführendes Konkretisierungsverfahren nachteilig auf die Kooperationsbereitschaft eines Torwächters auswirken.⁶⁵ Für diesen könnte es aus einer Ex-ante-Perspektive lohnend sein, aus freien Stücken nur möglichst wenig am Geschäftsmodell zu verändern – gerade so viel, dass die Annahme eines Hardcore-Verstoßes nicht nahe liegt – und erst einmal abzuwarten, ob und in welchem Umfang die Kommission eine Konkretisierung vornehmen möchte. Die Abschreckungswirkung einer unmittelbar erfolgenden Sanktion dürfte aus den im vorherigen Abschnitt genannten Gründen fehlen.

Der Torwächter könnte geneigt sein, das Risiko einer Konkretisierungsentscheidung durch die Kommission einzugehen, da er so in dem für ihn günstigsten Fall sein Geschäftsmodell möglichst wenig verändern muss, wenn die Kommission nämlich zu dem Schluss kommt, dass das bisherige Umsetzungsverhalten schon ausreichend ist und deshalb von weiteren behördlichen Maßnahmen absieht. Der Torwächter kann so vermeiden, dass es zu einer überschießenden Umsetzung kommt. Aus diesem Grund dürften einzelne Torwächter erwägen, das Konkretisierungsverfahren nicht selbst durch einen eigenen Antrag nach Art. 8 Abs. 3 UAbs. 1 DMA auszulösen, sondern stattdessen auf eine erste Einschätzung der Kommission zu warten.⁶⁶ Mit anderen Worten dürfte bei einem regelmäßig von Amts wegen durchzuführenden Konkretisierungsverfahren die Kooperationsbereitschaft des Torwächters sinken.⁶⁷

Das Anreizkalkül des Torwächters dürfte hingegen anders liegen, wenn nur er das Recht hätte, einen Antrag auf Konkretisierung der Verhaltensvorschriften zu stellen und die Kommission nicht befugt wäre, von Amts wegen zu konkretisieren. Denklogisch wäre hier das Konkretisierungsverfahren nicht von der Kommission bei einem vermeintlichen Verstoß bei unklarer Rechtslage vorzuschalten. In diesem Falle könnte die Kommission, wenn der Torwächter keine Konkretisierung beantragt hat, sofort ein Verfahren wegen der Nichteinhaltung der Verhaltensvorschriften einleiten,

65 Vgl. zur Kooperationsbereitschaft eines Torwächters auch grundlegend *Cabral u.a.*, The EU Digital Markets Act, A Report from a Panel of Economic Experts, 2021, S. 28.

66 Konträr dazu *Bueren/Weck* (Fn. 19) Art. 8 DMA, Rn. 39 sowie *Schubert* (Fn. 58), Art. 29 DMA, Rn. 6. Offen gelassen bei *König* (Fn. 4), Rn. 11.

67 Vgl. zu den zugrundeliegenden spieltheoretischen Überlegungen in Bezug auf das vergleichbare Szenario einer Informationspreisgabe durch Torwächter im Zuge einer Rechtfertigung *Göhsl* (Fn. 44), S. 376-377.

infolgedessen der Torwächter auch nach Art. 30 DMA sanktioniert werden könnte. Die Kommission dürfte – wenn dem Torwächter lediglich ein einseitiges Recht auf Konkretisierung zustünde – wohl qua Normsystematik davon ausgehen, dass die Verhaltensvorschriften in Art. 6 und 7 DMA für den Torwächter im Einzelfall hinreichend eindeutig sind, um sie ohne Weiteres umzusetzen, wenn er es unterlässt, einen Konkretisierungsantrag zu stellen.

Dieser Schluss dürfte hingegen in der Situation, in der die Kommission von Amts wegen konkretisieren kann, nicht zulässig sein, da in der Befugnis zur Konkretisierung von Amts wegen auch die immanente gesetzgeberische Wertung steckt, dass die Unsicherheit bei der Umsetzung der Verhaltensvorschriften aus Art. 6 und 7 DMA nicht zu Lasten des Torwächters wirken soll. Dem Torwächter könnte es bei einer gleichberechtigten Zuständigkeit der Kommission zur Konkretisierung nicht angelastet werden, dass er keinen entsprechenden Antrag gestellt hat. Die Kommission wäre trotzdem aus Gründen der Verhältnismäßigkeit dazu angehalten, zuerst eine Konkretisierung vorzunehmen (vgl. dazu erneut Abschnitt IV.1.a.), wodurch die Anreize des Torwächters, im Vorfeld an der Konkretisierung mitzuwirken, aus den oben dargestellten Gründen gering sein dürften.

3. Wortlaut und Systematik sprechen nicht zwingend für Konkretisierung von Amts wegen

Die im vorherigen Abschnitt beschriebene Anreizsystematik der Torwächter deutet darauf hin, dass die Befugnis der Kommission zur Konkretisierung von Amts wegen infolge einer möglicherweise abgesenkten Kooperationsbereitschaft der Torwächter nachteilige Wirkungen auf die Durchsetzung der Verhaltensvorschriften des DMA haben könnte.

Aus diesem Grund sollte bei der Auslegung von Art. 8 Abs. 2 UAbs. 1 DMA berücksichtigt werden, dass es – entgegen der bisher einhelligen Auffassung – nicht absolut zwingend erscheinen dürfte, in den Wortlaut der Vorschrift eine Konkretisierungsbefugnis der Kommission von Amts wegen hineinzulesen. Zumindest sprechen einige Gründe dafür, dass es sich hierbei lediglich um eine missglückte Formulierung handeln könnte. Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH sind bei der Auslegung europäischer Rechtsvorschriften neben dem Wortlaut auch der Zusammenhang, in dem

die Vorschrift steht, sowie die Zwecke und Ziele, die mit dem Rechtsakt, zu dem sie gehört, verfolgt werden, zu berücksichtigen.⁶⁸

Aus der sonstigen Normsystematik und dem Willen des europäischen Normgebers ergeben sich Anhaltspunkte, dass die Kommission überhaupt nicht befugt sein könnte, die Verhaltensvorschriften aus Art. 6 und 7 DMA von Amts wegen zu konkretisieren. Das in den beiden vorherigen Abschnitten beschriebene Durchsetzungsdefizit, das bei einer Konkretisierung von Amts wegen droht, könnte durch eine abweichende Auslegung des Art. 8 Abs. 2 UAbs. 1 DMA vermieden und so den Zwecken der Verordnung – insbesondere dem Interesse an einer effektiven Durchsetzung – stärker entsprochen werden.

Ein erster Anhaltspunkt gegen eine Konkretisierungsmöglichkeit von Amts wegen ergibt sich aus dem Wortlaut des Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 DMA. Der Wortlaut des Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 DMA bezieht sich darauf, dass die Kommission von Amts wegen oder auf Antrag des Torwächters gemäß Abs. 3 des vorliegenden Artikels ein Verfahren nach Art. 20 DMA einleiten kann. In Art. 20 DMA ist jedoch nicht nur die Einleitung des Konkretisierungsverfahrens nach Art. 8 DMA geregelt, sondern auch die Einleitung des Verfahrens über die Nichteinhaltung von Verhaltensvorschriften nach Art. 29 DMA und die Sanktion von entsprechenden Verstößen nach Art. 30 DMA. Die Möglichkeit ein Verfahren von Amts wegen einzuleiten könnte sich insofern lediglich auf die Verfahren in Art. 29 und 30 DMA beziehen.⁶⁹ Dass Art. 20 DMA auch das Verfahren nach Art. 8 DMA aufnimmt, steht dieser Interpretation nicht entgegen, da hiermit auch lediglich die Einleitung des Konkretisierungsverfahrens auf Antrag des Torwächters nach Art. 8 Abs. 3 UAbs. 1 DMA gemeint sein könnte.

In diese Richtung geht auch Erwägungsgrund (65), in dem ausgeführt wird, dass es in bestimmten Fällen angezeigt sein könne, dass die Kommission, im Anschluss an einen Dialog mit dem betreffenden Torwächter, einige der Maßnahmen, die der Torwächter ergreifen sollte, präzisiert.⁷⁰ Weiter heißt es in Erwägungsgrund (65) dazu, dass zu diesem Zweck der Torwächter die Kommission um die Aufnahme eines solchen Verfahrens ersuchen können solle. Das in Erwägungsgrund (65) angesprochene Dialogerfordernis könnte ebenso gegen eine Konkretisierungsmöglichkeit von Amts wegen sprechen, wie der Aspekt, dass lediglich auf die Antragsmög-

68 EuGH, Urt. 07.12.2023, ECLI:EU:C:2023:957 – Schufa Scoring, Rn. 41 m.w.N.

69 A.A. Bueren/Weck (Fn. 19), Art. 6 DMA, Rn. 1.

70 Anders wohl Bueren/Weck (Fn. 19), Art. 8 DMA, Rn. 43.

lichkeit des Torwächters verwiesen und die Konkretisierungsmöglichkeit von Amts wegen gar nicht erwähnt wird.

Allerdings dürfte es in der praktischen Umsetzung des DMA unwahrscheinlich sein, dass sich die hier angedeutete vorzugswürdige Auffassung durchsetzen wird. Es deutet sich an, dass die Kommission der vorgestellten herrschenden Auffassung voraussichtlich folgen und nicht auf eine Konkretisierung von Amts wegen verzichten wird. Für die Torwächter besteht aufgrund der in Abschnitt b. geschilderten Anreizproblematik jedoch überhaupt kein Anreiz, die Konkretisierungspraxis der Kommission mit Rechtsmitteln anzugreifen. Den Torwächtern kommt es schlechthin gelegen, wenn die Kommission von Amts wegen in ein Konkretisierungsverfahren einsteigt. Daher wird die Frage, ob eine Konkretisierung von Amts wegen überhaupt erfolgen darf oder stattdessen aufgrund fehlender Kompetenz der Kommission rechtswidrig wäre, wohl erst einmal theoretischer Natur bleiben.⁷¹ Das bedeutet jedoch, dass sich der festgestellte Befund, dass durch die Konkretisierung von Amts wegen ein systematisches Durchsetzungsdefizit im DMA angelegt ist, ebenfalls realisieren wird.

V. Unternehmensinterne Umsetzung

Der DMA setzt neben der behördlichen und der privaten Rechtsdurchsetzung auch in einem wesentlichen Ausmaß auf die unternehmensinterne Umsetzung der Vorschriften. Nachfolgend werden zunächst die Nachweisverpflichtungen gemäß Art. 8 Abs. 1 S. 1 DMA (siehe 1.) sowie die Verpflichtung zur Einrichtung einer Compliance-Funktion gemäß Art. 28 DMA (siehe 2.) näher erläutert. Diese Aspekte stellen die zwei zentralen Bausteine bei der unternehmensinternen Umsetzung der Verhaltensvorschriften dar.

1. Keine Beweislastumkehr in Art. 8 Abs. 1 S. 1 DMA

Den Torwächter trifft neben der bereits in Abschnitt III.1. erwähnten Notifizierungspflicht aus Art. 3 Abs. 3 DMA im Vorfeld einer Benennungsentscheidung nach Art. 8 Abs. 1 S. 1 DMA die Pflicht, die Einhaltung der Verpflichtungen aus Art. 5 bis 7 DMA sicherzustellen und diese nachzu-

⁷¹ Womöglich könnte sich im Rahmen der privatrechtlichen Durchsetzung die Frage der Bindungswirkung einer solchen Konkretisierungsentscheidung stellen.

weisen. Für den Nachweis muss der Torwächter die ebenfalls bereits in Abschnitt IV. erwähnten Compliance-Reports anfertigen. In diesen Compliance-Reports muss der Torwächter detailliert für jede einzelne Vorschrift darlegen, wie er diese umsetzt bzw. umzusetzen plant. Die Verpflichtung in Art. 8 Abs. 1 S. 1 DMA ist mit der aus dem deutschen Zivilprozessrecht bekannten substantiierten (sekundären) Darlegungslast vergleichbar.⁷² Eine Beweislastumkehr begründet Art. 8 Abs. 1 S. 1 DMA weder im behördlichen Verfahren noch hinsichtlich der zivilrechtlichen Geltendmachung der möglichen Ansprüche aus Art. 5 bis 7 DMA.⁷³ Dies ergibt sich nicht zuletzt aus der Systematik des DMA, denn die Verordnung geht an anderer Stelle – im Hinblick auf die Vermutungsregelungen des Art. 3 Abs. 2 DMA – durchaus explizit auf eine Beweislastumkehr ein.⁷⁴ Dass ein solcher Verweis bei Art. 8 Abs. 1 S. 1 DMA fehlt, spricht zumindest indiziell dafür, dass dort keine Beweislastumkehr geregelt werden sollte.⁷⁵ Die Vorschrift bezieht sich stattdessen im Wesentlichen darauf, dass über die Compliance-Reports verständlich dargelegt werden soll, wie eine Umsetzung erfolgt. Diese Compliance-Reports können für die Kommission und Private als Grundlage dienen, um das Verhalten der Torwächter auf mögliche Verstöße gegen die Vorschriften in Art. 5 bis 7 DMA zu überprüfen. Ohne solche Compliance-Reports wären entsprechende Nachforschungsstätigkeiten erheblich aufwendiger, da ein entsprechender Untersuchungsansatz fehlen würde. Die Verpflichtung in Art. 8 Abs. 1 S. 1 DMA ist als Spiegelbild zur grundsätzlich bestehenden und bereits in Abschnitt IV. näher erläuterten Freiheit der Torwächter bei der technischen Umsetzung der Verhaltensvorschriften zu verstehen. Wenn diese schon frei in der technischen Gestaltung der Umsetzung sind, sollen sie gemäß Art. 8 Abs. 1 S. 1 DMA zumindest in verständlicher Sprache erläutern müssen, für welche Umsetzungsmaßnahmen sie sich entschieden haben. Anhaltspunkte, dass über die Formulierung in Art. 8 Abs. 1 S. 1 DMA jedoch der behördliche Amtsermittlungsgrundsatz

72 Lahme/Ruster, in: Podszun (Hrsg.), Handkommentar Digital Markets Act, 2023, Art. 39, Rn. 31; Bueren/Zober, NZKart 2023, 642, 646 sprechen stattdessen von einer Umkehr der Darlegungslast.

73 Becker, ZEuP 2023, 403, 426-427; A.A. Körber, NZKart 2021, 436, 438-439; Seeliger, in: Podszun (Hrsg.), Handkommentar Digital Markets Act, 2023, Art. 8, Rn. 18; Zober, NZKart 2021, 611, 615. Unentschieden hingegen Bueren/Weck (Fn. 19), Art. 8 DMA, Rn. 30-32.

74 Vgl. Erwägungsgrund (23).

75 Bueren/Weck (Fn. 19), Art. 8 DMA, Rn. 30 sowie Bueren/Zober, NZKart 2023, 642, 646.

oder im Zivilverfahrensrecht der Beibringungsgrundsatz ausgehebelt werden sollte, sind nicht ersichtlich.⁷⁶ Die Vorschrift ist dementsprechend eher eng auszulegen.

2. Einrichtung einer Compliance-Funktion (Art. 28 DMA)

Eine hervorgehobene Rolle bei der unternehmensinternen Umsetzung des DMA spielt die sog. Compliance-Funktion, die gemäß Art. 28 Abs. 1 DMA einzurichten ist. Danach muss der Torwächter eine Compliance-Funktion im Unternehmen einrichten, die unabhängig von den operativen Funktionen des Torwächters ist und aus einem oder mehreren Compliance-Beauftragten besteht, einschließlich des Leiters der Compliance-Funktion. Nach Art. 28 Abs. 3 UAbs. 2 DMA muss es sich bei der Leitungsperson um eine unabhängige Führungskraft handeln. Auch macht Art. 28 DMA konkrete Vorgaben zur Ausstattung, der strukturellen Anbindung der Compliance-Funktion im Unternehmen und zu den Befugnissen, die sich im Wesentlichen auf Überwachungs- und Berichtspflichten erstreckt (Art. 28 Abs. 5 DMA). Die Norm ist in ihrer Funktion und Reichweite eng mit Art. 41 des Digital Services Act (DSA⁷⁷) verwandt, die die Einrichtung einer Compliance-Abteilung mit vergleichbaren Befugnissen vorsieht.⁷⁸

Hervorzuheben ist, dass die Leitung der Compliance-Funktion gemäß Art. 28 Abs. 4 DMA dem Leitungsorgan des Torwächters untersteht. Die Leitung der Compliance-Funktion berichtet daher unmittelbar an die Leitungspersonen des Torwächters. Allerdings trägt das Leitungsorgan des Torwächters weiterhin die Letztverantwortung für das Unternehmenshandeln.⁷⁹ Die Compliance-Funktion hat deshalb keine Möglichkeit, die Leitung des Torwächters zu bestimmten Umsetzungsmaßnahmen zu zwingen. Auch begründet Art. 28 DMA keine Haftung oder anderweitige Sanktionsmöglichkeiten für die Mitglieder der Compliance-Funktion.

76 Vgl. *Becker*, ZEuP 2023, 403, 426-427. Im Zivilprozess könnte aus der Verpflichtung jedoch eine sekundäre Darlegungslast erwachsen. Vgl. dazu auch *Bueren/Weck* (Fn. 19), Art. 8 DMA, Rn. 31.

77 Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste).

78 Die hier getroffenen Erwägungen gelten für Art. 41 DSA daher gleichermaßen.

79 *Schubert*, in: Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht, Band 1, 4. Aufl, 2023, Art. 28 DMA, Rn. 12.

Aus rechtsökonomischer Sicht ist es daher zweifelhaft, ob die Einrichtung einer solchen Compliance-Funktion tatsächlich zur effektiven Umsetzung der Verhaltensvorschriften beitragen kann. Zwar soll die Compliance-Funktion grundsätzlich unabhängig fungieren, aber ihr fehlen aufgrund ihrer Anbindung an die Leitungsorgane des Torwächters die tatsächlichen Befugnisse, um Veränderungen im Unternehmen anzustoßen. Es könnte ein Szenario drohen, das bis zur Entscheidung des BGH in der Rechtssache *ARAG Garmenbeck* auch bei Aufsichtsräten einer deutschen Aktiengesellschaft zu beobachten war: Die weitgehende Passivität der Aufsichts- und Überwachungsorgane.⁸⁰ Für die Compliance-Funktion fehlen letztlich aufgrund einer fehlenden persönlichen Haftung und der Anbindung an die Leitungsorgane die effektiven Anreize, gegen die Entscheidungen der Leitung zu opponieren. Es könnte sich in dieser Hinsicht die aus der rechtsökonomischen Forschung bekannte Bee-Watcher-Watcher-Problematik einstellen. Das heißt, dass die Einrichtung einer weiteren Überwachungsstelle im Unternehmen nicht lohnend erscheint, solange für diese einerseits keine effektiven Handlungsbefugnisse etabliert werden und andererseits keine persönliche Haftung eingerichtet wird.⁸¹

Im Ergebnis wird es deshalb in Bezug auf die Umsetzung der Verhaltenspflichten im DMA allein auf die Tätigkeit und die zugrundeliegende Anreizstruktur der Unternehmensleitung ankommen. Die Leitungsorgane können etwa über das Instrument der Organhaftung konditioniert werden. Hier können dann wiederum bei der Begründung einer Haftung die Berichte und Warnungen der Compliance-Funktion eine Rolle spielen, da die potentiellen Verstöße insofern offensichtlich werden dürften. Allerdings dürfte sich bei den Torwächtern, deren Leitungsorgane regelmäßig nicht im Territorium eines Mitgliedstaats der Europäischen Union sitzen, das Problem der effektiven Durchsetzung möglicher Organhaftungsansprüche stellen.

Aus diesem Grund könnte es sich zukünftig anbieten, die interne Umsetzung der Verhaltensvorschriften durch eine externe Kontrolle abzusichern. Bereits gegenwärtig ist dem DMA eine solche Prüfung nicht völlig fremd. Nach Art. 15 DMA muss der Torwächter der Kommission eine von unab-

80 BGH, Urt. 21.04.1997 – Az. II ZR 175/95, NJW 1997, 1226. Einordnend *Koch*, Aktiengesetz, 17. Aufl., 2023, § 93, Rn. 2. Vgl. zur Problematik auch *Wagner*, ZHR 2014, 227, 236, 239-240.

81 Vgl. *Kraakman u.a.*, *The Anatomy of Corporate Law*, 3. Aufl., 2017, S. 42 sowie grundlegend *Solomon*, *Corporate Governance and Accountability*, 5. Aufl., 2020.

hängiger Stelle geprüfte Beschreibung aller Techniken zum Verbraucher-Profilierung vorlegen. Es wäre in entsprechender Anwendung denkbar, dass jährlich ein genereller „DMA-Audit“ von einer externen unabhängigen Stelle durchzuführen wäre.⁸² Alternativ könnte die Einführung von (zusätzlichen) persönlichen Sanktionen für die Leitungsorgane die Umsetzungsbereitschaft erhöhen. Die Schlagkraft der Compliance-Funktion könnte erhöht werden, wenn diese mit Befugnissen ausgestattet werden würde, die Unternehmensleitung unmittelbar dazu zu zwingen, einzelne Handlungen vorzunehmen, um die Verhaltensvorschriften im DMA umzusetzen. Dies dürfte sich allerdings im Hinblick auf die Führungsverantwortlichkeit der Leitungsorgane als schwierig gestalten.

VI. Fazit

Die ersten Torwächterbenennungen stellen einen großen Schritt bei der Umsetzung der Verhaltensvorschriften im DMA dar. Die Analyse der Benennungsentscheidungen offenbart dabei einige Besonderheiten. So wird deutlich, dass es für eine Benennung zwingend erforderlich ist, eine Dienstabgrenzung vorzunehmen. Diese erfolgt dabei allein anhand qualitativer Abgrenzungsmerkmale, die am jeweiligen Nutzungszweck des Dienstes orientiert sind. Auch trägt die Entscheidungspraxis der Kommission zum weiteren Verständnis des Torwächterbegriffs bei. Das gilt insbesondere für die Entscheidung über die Widerlegung der Vermutungsregelungen aus Art. 3 Abs. 2 und 5 DMA. Hier zeichnet sich ab, dass der Hauptansatzpunkt für eine Widerlegung an das Kriterium der Funktion als wichtiges Zugangstor nach Art. 3 Abs. 1 lit. b) DMA anknüpft. Es wird insofern deutlich, dass vor allem absolute Nutzerzahlen und das relative Verhältnis der Nutzerzahlen zu anderen zentralen Plattformdiensten derselben Dienstekategorie entscheidend für die Einordnung als wichtiges Zugangstor sind. Es bleibt jedoch abzuwarten, wie das EuG mit den Klagen von Apple, ByteDance und Meta verfahren wird. Spätestens mit den entsprechenden Entscheidungen des EuG wird etwas mehr Klarheit im Hinblick auf die Anforderungen an eine Benennungsentscheidung herrschen. Es ist zu erwarten, dass das EuG sich mit den Fragen auseinandersetzen wird, nach welchen Prinzipien die zentralen Plattformdienste abzugrenzen und welche Anforderungen an eine Widerlegung der Vermutungsregelungen zu stellen sind.

⁸² Vgl. zum Grundkonzept *Kraakman u.a.* (Fn. 81), S. 42-43.

Die nächsten Verfahrensschritte in der behördlichen Durchsetzung des DMA sind entweder die Konkretisierung einzelner Verhaltensvorschriften aus Art. 6 und 7 DMA oder die Einleitung eines Verfahrens nach Art. 20 DMA, um einen Nichteinhaltungsbeschluss gemäß Art. 29 DMA zu erlassen. Insbesondere hinsichtlich des Konkretisierungsverfahrens und in Bezug auf dessen Verhältnis zum Nichteinhaltungsverfahren ergeben sich bei genauerer Betrachtung Schwierigkeiten. Nach hier vertretender Auffassung könnte das Konkretisierungsverfahren zumindest bei unklarer Rechtslage aus Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten ein zwingend durchzuführendes Vorschaltverfahren werden.

Hinsichtlich der unternehmensinternen Umsetzung der Verhaltensvorschriften des DMA ist festzuhalten, dass Art. 8 Abs. 1 S. 1 DMA zwar umfassende Berichts- und Darlegungspflichten enthält, aber keine Beweislastumkehr. Dies gilt sowohl für das behördliche Ermittlungsverfahren als auch für drohende Zivilprozesse. Es wurde außerdem deutlich, dass die Compliance-Funktion aus Art. 28 DMA in ihrer jetzigen Form wohl nur einen geringen effektiven Nutzen haben wird. An dieser Stelle besteht weiterer Forschungsbedarf, um effektivere interne Mechanismen zur Umsetzung der Verhaltensvorschriften zu entwickeln. Alternativ könnte es sich in Zukunft anbieten, die Umsetzung der Vorschriften durch eine externe Stelle im Sinne eines „DMA-Audits“ überprüfen zu lassen.