

forcement and Gatekeeper Regulation: Strengthening the Rights of Private Parties in the Digital Markets Act, JECLaP 2022, 254; *Podszun*, SEP Litigation and Huawei: Negotiations in the Shadow of Competition Law, The Antitrust Bulletin, 62(4), 786; *Podszun/Bongartz/Kirk*, Digital Markets Act – Neue Regeln für Fairness in der Plattformökonomie, NJW 2022, 3249; *Podszun/Bongartz/Langenstein*, The Digital Markets Act: Moving from Competition Law to Regulation for Large Gatekeepers, EuCML 2021, 60; *Pohlmann/Peter*, Wie muss Google über das Presseverleger-Leistungsschutzrecht verhandeln?, WRP 2022/3, Editorial; *Polley/Konrad*, Der Digital Markets Act – Brüssels neues Regulierungskonzept für Digitale Märkte, WuW 2021, 198; *Richter/Gömann*, Private Enforcement des DMA – Ein Ausblick am Beispiel Amazons, NZKart 2023, 208; *Riley/Vasile*, Interoperability as a Lens onto Regulatory Paradigms, Competition Policy International Antitrust Chronicle, 2021, 52; *Salop/Scheffman*, Raising Rivals' Costs, AER 1983, 267; *Schwab*, „So hegen wir die Konzerne ein“, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 1.4.2022, S. 13; *Schweitzer*, The Art to Make Gatekeeper Positions Contestable and the Challenge to Know What Is Fair: A Discussion of the Digital Markets Act Proposal, ZEuP 2021, 503; *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi), Endbericht, 2018; *Schweitzer/Metzger*, Data Access under the Draft Data Act, Competition Law and the DMA: Opening the Data Treasures for Cowpetition and Innovation?, GRUR-Int. 2023, 337; *Sidak*, The Meaning of FRAND – Part I: Royalties, JCLE 2013, 931; *Siglmüller*, Standardisierungsbestrebungen für das Rückgrat der europäischen Digitalwirtschaft, MMR 2024, 112; *Stancke*, Zur Berechnung eines „angemessenen Entgelts“ bei Datenzugangsansprüchen, WuW 2023, 264; *Steinrötter*, Europäische Plattformregulierung, 2023; *Thomas*, Rechtliche und wettbewerbspolitische Bewertung des § 32f RefE 11. GWB-Novelle, ZWeR 2022, 333; *Vezzoso*, The Dawn of Pro-Competition Data Regulation for Gatekeepers in the EU, 25.1.2021, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3772724>; *Wais*, Datenzugang des gewerblichen Plattformnutzers und Grundlagen der Privatautonomie, ZEuP 2023, 582; *Westermann*, Der geplante Digital Markets Act: Europäische Regulierung zentraler Plattformdienste außerhalb des Kartellrechts?, ZHR 2022, 325; *Witt*, Platform Regulation in Europe – Per Se Rules to the Rescue?, JCLE 2022, 670; *Wolf*, Kartellrechtliche Grenzen von Produktinnovationen, 2004; *Zimmer/Göhl*, Vom New Competition Tool zum Digital Markets Act: Die geplante EU-Regulierung für digitale Gatekeeper, ZWeR 2021, 29; *Zimmer/Göhl*, Apple, Google & Co befolgen den Digital Markets Act – oder etwa nicht?, WuW 2024, 181.

A. Art. 6 Abs. 1 – Einleitung

- 1 Art. 6 bildet zusammen mit Art. 5 und 7 den **Kern der materiellen Verhaltenspflichten** nach dem DMA. Die Per-se-Pflichten nach diesem Artikel gelten **unmittelbar und automatisch** für die Torwächter-Adressaten (vgl. Vorbem. DMA Rz. 25 f.).¹ Im Gegensatz zu Art. 5 sind die Pflichten nach Art. 6 ausdrücklich offen formuliert und können noch durch Art. 8 näher ausgeführt werden.² So sieht Art. 8 Abs. 2 Unterabs. 2 vor, dass die Kommission Durchführungsrechtsakte erlassen kann. Darin sollen die Maßnahmen festgelegt werden, die der betreffende Torwächter zu ergreifen hat, um den Verpflichtungen nach Art. 6 und 7 wirksam nachzukommen. Aus der etwas miss-

1 Vgl. zum Übergang von „Prinzipien“ zu „Per se-Regeln“ *Schweitzer*, ZEuP 2021, 503, 531 f. Vgl. krit. zum starren Charakter der Pflichten nach dem DMA, *Haus/Steinseifer*, WuW 2024, 137, 142 f.

2 Diese Formulierung wurde bereits in dem ursprünglichen Vorschlag der Verordnung in Art. 6 mit der Überschrift „Möglicherweise noch näher auszuführende Verpflichtungen von Gatekeepern“ enthalten, s. Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte), 15.12.2020, COM(2020) 842 final.

glückten Formulierung der Überschrift von Art. 6 in der deutschen Sprachfassung¹ werden zum Teil Bedenken in Bezug auf die unmittelbare Wirkung der Verhaltenspflichten nach Art. 6 geäußert (vgl. Vorbem. DMA Rz. 26 f.).² Allerdings ist die Möglichkeit der „Ausführung“ nicht als eine gesetzgeberische Entscheidung gegen die unmittelbare Anwendbarkeit der Regelung, sondern lediglich als Offenheit gegenüber einer weitergehenden Konkretisierung durch die Kommission anzusehen. So sollen die konkretisierenden Maßnahmen der Kommission nach Art. 8 Abs. 2 i.V.m. Abs. 7 dazu dienen, dass die Ziele der Verordnung und der betreffenden Pflicht durch die Maßnahmen der Kommission wirksam erreicht werden und verhältnismäßig sind. Insbesondere soll für die Pflichten nach Art. 6 Abs. 11 und 12 ein verhältnismäßiger Ausgleich zwischen der Rechtsposition der betroffenen gewerblichen Nutzer und der von den Maßnahmen der Kommission betroffenen Torwächter erzielt werden (s. Art. 8 Abs. 8 und ErwG 29). Des Weiteren soll in Bezug auf alle Pflichten grundsätzlich auch ein Austausch der Torwächter mit der Kommission als „**regulatorischer Dialog**“ möglich sein.³

Die Möglichkeit der weitergehenden Klärung des normativen Gehalts der Pflichten im Einzelnen⁴ steht auch nicht der unmittelbaren Wirkung der Pflichten entgegen (vgl. Vorbem. DMA Rz. 44). Dafür spricht insbesondere, dass nach der Logik des DMA der jeweilige Torwächter bereits ab seiner Benennung ohne Suspensiveffekt unmittelbar der übergeordneten Verpflichtung unterliegt, die Einhaltung der einzelnen Verhaltenspflichten aus den Art. 5 bis 7 sicherzustellen und ihre Einhaltung nachzuweisen (s. Art. 8 Abs. 1). Auch wenn insoweit eine Beweislastumkehr im Hinblick auf die Verwirklichung der Ziele des DMA aus guten Gründen bezweifelt werden kann (vgl. Vorbem. DMA Rz. 51), so hat dies keinen Einfluss auf die unmittelbare Anwendbarkeit der Verhaltenspflichten. Vor diesem Hintergrund sind die Verhaltenspflichten in Art. 6 insgesamt als **unmittelbar anwendbar** anzusehen, soweit sie hinreichend klar umrissene und bestimmte Pflichten für die Torwächter vorsehen.⁵ Lediglich Art. 6 Abs. 1 dient – ebenso wie Art. 5 Abs. 1 – der deklaratorischen Feststellung, dass alle Verpflichtungen für die im Benennungsbeschluss nach Art. 3 Abs. 9 aufgeführten zentralen Plattformdienste gelten. Damit können die Verhaltenspflicht-

¹ Die englische Fassung des DMA spricht deutlicher von einer Konkretisierungsfunktion als einem in allen Fällen erforderlichen Umsetzungsakt: „*Obligations for gatekeepers susceptible of being further specified under Article 8*“, ähnlich auch in der französischen Fassung: „*Obligations incombant aux contrôleurs d'accès susceptibles d'être précisées en vertu de l'article 8*“.

² Vgl. Podszun, JECLaP 2022, 254, 264.

³ Vgl. ErwG 65; vgl. für eine weite Auslegung dieser Möglichkeit *Monopolkommission*, Empfehlungen für einen effektiven und effizienten Digital Markets Act, Sondergutachten 82 Rz. 51 ff.; *Bueren/Weck* in MünchKomm/EuWettbR, Art. 6 DMA Rz. 182; *Babinet/Sadrak*, DMA Enforcement: Setting the Scene for Effective Compliance, EU Law Live, <https://eu-lawlive.com/competition-corner/op-ed-dma-enforcement-setting-the-scene-for-effective-compliance-by-antoine-babinet-and-katarzyna-sadrak/> (zuletzt aufgerufen am 8.1.2024). Eine solche Möglichkeit des Austausches ist gerade mit Blick auf die Undurchsichtigkeit der Pflichten („opacity by design“) spiegelbildlich erforderlich, *Andriychuk*, Computer Law & Security Review, Volume 46, S. 10.

⁴ S. Ibáñez Colomo, JECLaP 2021, 561, 572.

⁵ Vgl. ErwG 31, wonach der DMA in Bezug auf zentrale Plattformdienste „klar und eindeutig“ festzulegende Verhaltenspflichten auferlegt. S.a. *Komninos* in Charbit/Gachot, S. 425, 429 f.; *Komninos*, Private Enforcement of the DMA Rules before the National Courts, S. 5 f., <https://ssrn.com/abstract=4791499> (zuletzt abgerufen am 26.4.2024)

ten nach Art. 6 Abs. 2 bis 13 jeweils als **drittschützende Normen** angesehen werden und **Gegenstand der privaten Durchsetzung** sein (vgl. dazu auch Art. 39 und 42).¹ Dies gilt insbesondere in Bezug auf die Datenzugangsansprüche nach Art. 6 Abs. 8 bis 11, die aufgrund ihrer Rechtsnatur und ihrer Funktion Rechte der Einzelnen begründen, die die nationalen Gerichte schützen müssen.² Im Übrigen können gegen die Pflichten verstoßende vertraglichen Bestimmungen zur **zivilrechtlichen Nichtigkeit** des Vertrages nach § 134 BGB in Verbindung mit der jeweiligen Pflicht führen.³

- 3 Der **Sinn und Zweck von Art. 6** ist es, im Sinne der übergeordneten Ziele des DMA zur Gewährleistung der Bestreitbarkeit und Fairness von digitalen Märkten harmonisierte Verhaltenspflichten für Torwächter aufzustellen. Diese Pflichten sollen dabei unter Berücksichtigung der Eigenschaften der jeweiligen zentralen Plattformdienste den Risiken vorbeugen, „dass Praktiken von Torwächtern nachteilige Auswirkungen haben, und kämen dem Geschäftsumfeld der betreffenden Dienste, den Nutzern und letztlich der Gesellschaft insgesamt zugute“.⁴ Im Ergebnis dienen diese Pflichten auch der Konturierung und der Ermöglichung des **Leistungswettbewerbs**.⁵ Als einzelne Ziele der Pflichten kommen in Betracht insbesondere die Sicherstellung der Bestreitbarkeit von Märkten, die Vorbeugung unfairer Bedingungen und Praktiken, die Verhinderung der Verfestigung der Position des Torwächters in Bezug auf die zentralen Plattformdienste bzw. des Marktmachttransfers oder **Leveraging**⁶ auf andere Bereiche (sog. *Envelopment*-Strategien)⁷ sowie die Ermöglichung des freien Anbieterwechsels und des Multi-Homings (vgl. auch Vorbem. DMA Rz. 8).⁸ Der Schutz der Verbraucherwohlfahrt ist dagegen weniger präsent als Ziel des DMA.⁹ Als **Begünstigte dieser Pflichten** kommen insbesondere die gewerblichen Nutzer (Art. 6 Abs. 2, 7, 10,

1 Vgl. ErwG 29; Kommission, Questions and answers: Digital Markets Act: Ensuring fair and open digital markets, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/QANDA_20_2349; Podszun, JECLaP 2022, 254, 263 f.; Becker, ZEuP 2023, 403, 410; Richter/Gömann, NZKart 2023, 208, 209; Komninos in Charbit/Gachot, Eleanor M. Fox Liber Amicorum – Antitrust Ambassador to the world, S. 425, 428 f., 431. Krit. in Bezug auf Stand-alone-Klagen Körber, NZKart 2021, 436, 442 f.

2 Vgl. EuGH v. 17.9.2002 – C-253/00 – Muñoz und Superior Fruiticola, ECLI:EU:C:2002:497 Rz. 27.

3 Vgl. Karbaum/Schulz, NZKart 2022, 107, 110 f.; Becker, ZEuP 2023, 403, 411.

4 ErwG 31.

5 Vgl. insb. zum Leistungswettbewerb als Schlüsselkonzept im Wettbewerbsrecht auch Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, Endbericht, S. 8, 17, 30 f., 40 f., 60 f.; Ibáñez Colomo, Competition on the merits (December 20, 2023). Forthcoming in (2024) 61 Common Market Law Review, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4670883>.

6 Vgl. Bostoen, Abuse of Platform Power, S. 79 ff.; vgl. auch das Facebook Marketplace Verfahren, Kommission, Pressemitteilung v. 19.12.2022, IP/22/7728, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_22_7728 (zuletzt aufgerufen am 8.1.2024).

7 S. Condorelli/Padilla, JECLAP 2020, S. 143 ff.; Eisenmann/Parker/Van Alstyne, Platform envelopment, Strategic Management Journal, 32(2011), 1270 ff., <https://doi.org/10.1002/smj.935>; Vgl. zur Strategie von Amazon zur Expansion in verschiedenen Geschäftsbereichen, Khan, Amazon's Antitrust Paradox, 126 Yale L.J. (2016), 710, 754 ff.

8 Vgl. ErwG 27. Vgl. im Einzelnen Monti, The Digital Markets Act, TILEC Discussion Paper No. 2021-04, 2021, S. 2 f.; s. zur Nähe der Ziele an das Wettbewerbsrecht auch Harta, NZKart 2022, 102, 103; krit. Akman, E. L. Rev. (2022) 47, 85, 105 f.

9 Vgl. Andriychuk, Computer Law & Security Review, Volume 46, 2022, S. 11. Die Interessen der Verbraucher sind zum Teil durch das allgemeine Ziel der wettbewerblichen Fairness und den Schutz der Wahlmöglichkeiten der Endnutzer gedeckt, vgl. ErwG 64 und 70, s.a.

12 und 13) und die Endnutzer (Art. 6 Abs. 3, 4, 6, 9 und 13) in Betracht, auf die sich die vom DMA ins Visier genommenen Praktiken der Torwächter besonders negativ unmittelbar auswirken. Je nach Pflicht sind aber auch weitere gesondert bestimmte Kreise geschützt, etwa Anbieter von Apps und App Stores (Art. 6 Abs. 4), Anbieter von ähnlichen Dienstleistungen und Produkten (Art. 6 Abs. 5), bestimmte Diensteanbieter und Anbieter von Hardware (Art. 6 Abs. 7), Anbieter von Online-Suchmaschinen (Art. 6 Abs. 11), Werbetreibende und Herausgeber (Art. 6 Abs. 8).¹

Über den Wortlaut von Art. 6 Abs. 1, der speziell auf die im Benennungsbeschluss aufgeführten zentralen Plattformdienste zugeschnitten ist, zielt die Regelung des Weiteren auf die Gewährleistung von Bestreitbarkeit und Fairness für **weitere digitale Produkte und Dienstleistungen** ab, die beispielsweise als komplementäre Dienste zu den jeweiligen zentralen Plattformdiensten angeboten werden² und bei denen die Torwächter aus ihrer Schlüsselrolle als „**Zugangstor**“ Vorteile für sich gewinnen und zunutze machen können.³ In diesem Sinne soll bei der Anwendung der Pflichten eine sog. „**Konglomeratsposition**“ von Torwächtern („conglomerate position of gatekeepers“) berücksichtigt werden.⁴ Zudem sieht der DMA spezifische Datenzugangsrechte von verschiedenen Nutzern der zentralen Plattformdienste gegenüber dem Torwächter in Art. 6 Abs. 8–11 vor (zusätzlich zu denjenigen nach Art. 5 Abs. 9).⁵ Art. 6 Abs. 11 enthält dabei einen neuartigen Datenzugangsanspruch für Suchmaschinen vor, der sogar direkte Wettbewerber von dem Torwächter umfasst.⁶ Im Rahmen der einzelnen Anspruchsvoraussetzungen soll ein angemessener Interessenausgleich etwa über die FRAND-Bedingungen (d.h. Datengewährung zu fairen, zumutbaren und diskriminierungsfreien Bedingungen) erzielt werden (s. unten Rz. 269 f.).

Die **Systematik** von Art. 6 ist im Einzelnen unüberschaubar (vgl. Vorbem. DMA Rz. 38).⁷ Viele der Verhaltenspflichten adressieren bereits aus dem Wettbewerbsrecht

Vorbem. DMA Rz. 12. Vgl. zudem zu den möglichen Einschränkungen für Verbraucher bei der Umsetzung der DMA-Pflichten, *Zimmer/Göhsel*, WuW 2024, 181, 182.

1 ErwG 31.

2 Vgl. etwa Art. 6 Abs. 7 DMA.

3 Vgl. ErwG 6, 31; *Crémer/Montjoye/Schweitzer*, Competition Policy for the digital era, Final report, S. 18; *Monti*, The Digital Markets Act, TILEC Discussion Paper No. 2021-04, 2021, S. 9.

4 ErwG 29; vgl. auch die „konglomeratsartige Unternehmensstruktur“ nach ErwG 25 und Art. 3 Abs. 8 Buchst. f DMA; s.a. *Heinzel/Kettler* in Steinrötter, Europäische Plattformregulierung, § 12 Rz. 58. S. zur Definition einer solchen Position im Rahmen von Konzernstrukturen *Podszun/Schwab* in Podszun, Art. 5 Abs. 1 Rz. 2.

5 Vgl. *Edelson/Graef/Lancieri*, Access to Data and Algorithms: For an Effective DMA and DSA Implementation, S. 21 f.; *König* in Borges/Keil, Rechtshandbuch Big Data, § 12 Rz. 76 ff.; *König*, Towards a Data Sharing Economy: The Legal Framework for Access to Data (October 20, 2017) in Looijestijn-Clearie/Rusu/Veenbrink, Digital Markets in the EU, S. 175 ff.

6 Vgl. *Kerber*, ZD 2021, 544, 547; *König* in Borges/Keil, Rechtshandbuch Big Data, § 12 Rz. 103 sowie allgemein zum Suchmaschinenmarkt *Höppner/Piepenbrock*, Digitale Werbung und das Google Ökosystem, S. 280 ff., 285, 292 ff.

7 *Andriychuk*, Computer Law & Security Review, Volume 46, 2022, S. 9. Vgl. zu einem Kategorisierungsversuch *de Streel/Feasey/Kraemer/Monti*, Making the Digital Markets Act More Resilient and Effective, Obligations and Prohibitions, S. 9. Vgl. zudem mit Blick auf die Differenzierung nach der Möglichkeit der Konkretisierung und den Unrechtsgehalt der Pflichten, *Monopolkommission*, Empfehlungen für einen effektiven und effizienten Digital Markets Act, Sondergutachten 82 Rz. 53 ff. Eine weitere Unterteilung in positive (bezogen