



---

## Sachstand

---

### **Die Anwendbarkeit von § 19a GWB im Lichte des europäischen Gesetzgebungsverfahrens zum „Digital Markets Act“**

---

**Die Anwendbarkeit von § 19a GWB im Lichte des europäischen Gesetzgebungsverfahrens zum „Digital Markets Act“**

Aktenzeichen: WD 7 - 3000 - 114/21; PE 6 - 3000 - 067/21  
Abschluss der Arbeit: 7. Januar 2022  
Fachbereich: WD 7: Zivil-, Straf- und Verfahrensrecht, Bau und Stadtentwicklung;  
PE 6: Fachbereich Europa

---

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

---

**Inhaltsverzeichnis**

<b>1.</b>	<b>Einleitung</b>	<b>4</b>
<b>2.</b>	<b>Wesentlicher Inhalt des Verordnungsvorschlages</b>	<b>4</b>
<b>3.</b>	<b>Wesentlicher Inhalt von § 19a GWB</b>	<b>5</b>
<b>4.</b>	<b>Die Anwendbarkeit von § 19a GWB im Lichte des DMA-E</b>	<b>7</b>
4.1.	Die relevanten Vorschriften im DMA-E	7
4.2.	Das Rechtsinstitut des Anwendungsvorrangs	8
4.3.	Streitstand	9
4.3.1.	§ 19a GWB als Regulierungs- oder Wettbewerbsrecht	10
4.3.2.	Besonderheiten des zugrundeliegenden Verordnungsentwurfs	13
4.3.3.	Mögliche gerichtliche Überprüfung	14

## 1. Einleitung

Gegenstand der nachfolgenden Darstellung ist der künftige Anwendungsbereich des § 19a Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)<sup>1</sup> im Falle des Inkrafttretens einer Verordnung (EU) über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte – *Digital Markets Act* (DMA)) in der Vorschlagsfassung<sup>2</sup>. Dabei soll die derzeitige Version des Verordnungsvorschlags nach den erfolgten Abänderungen durch das Europäische Parlament in erster Lesung zugrunde gelegt werden, die dessen Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz erarbeitet hatte (DMA-E).<sup>3</sup>

Dieser Sachstand versteht sich als **überblicksartige und kursorische Darstellung**, die explizit keinen Anspruch auf eine vollständige Berücksichtigung der zahlreichen mit der Grundthematik der zukünftigen Anwendbarkeit von § 19a GWB verbundenen komplexen Einzelprobleme erhebt.

Die europarechtlichen Aspekte des Auftrags wurden vom Fachbereich PE 6 – Europa – bearbeitet; die Ausführungen zum nationalen Wettbewerbsrecht stammen vom hierfür zuständigen Fachbereich WD 7 – Zivil-, Straf- und Verfahrensrecht, Bau und Stadtentwicklung.

## 2. Wesentlicher Inhalt des Verordnungsvorschlages

Mit dem DMA soll auf die folgende Situation<sup>4</sup> reagiert werden: Einige wenige große Online-Plattformen fungieren derzeit als sogenannte Torwächter („**Gatekeeper**“) zwischen gewerblichen Nutzern und Endnutzern. Die daraus folgende Abhängigkeit führt in einigen Fällen zu unlauterem Verhalten gegenüber den Nutzern. Unlautere Praktiken und mangelnde Bestreitbarkeit führen im digitalen Sektor wiederum zu Ineffizienzen wie höheren Preisen, niedriger Qualität u.a. zum Schaden der europäischen Verbraucher. Der Verordnungsvorschlag soll **bestreitbare und faire Märkte** gewährleisten.

Der Vorschlag nimmt dabei die digitalen Dienste in den Blick, die von gewerblichen Nutzern und Endnutzern am stärksten genutzt werden („zentrale Plattformdienste“) und bei denen aufgrund der aktuellen Bedingungen die Bedenken bezüglich einer geringen Bestreitbarkeit und unlauterer

---

1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 10 Absatz 2 des Gesetzes vom 27. Juli 2021 (BGBl. I S. 3274) geändert worden ist, abrufbar unter: <https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/> (letzter Abruf dieser und aller weiteren Internetquellen: 7. Januar 2022).

2 EU-Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des europäischen Parlaments und des Rates über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte), 15. Dezember 2020, COM(2020) 842 final, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0842&from=DE>.

3 Vgl. zum Gesetzgebungsverfahren, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/HIS/?uri=CELEX:52020PC0842>. Die in Rede stehende Version ist in deutscher Sprache verfügbar unter: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/seance\\_pleniere/textes\\_adoptes/definitif/2021/12-15/0499/P9\\_TA\(2021\)0499\\_DE.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_adoptes/definitif/2021/12-15/0499/P9_TA(2021)0499_DE.pdf).

4 EU-Kommissionsvorschlag (Fußnote 2), S. 1 sowie DMA-E, Erwägungsgründe 2 ff.

Praktiken der Gatekeeper im Hinblick auf den Binnenmarkt stärker und drängender hervortreten.<sup>5</sup>

Anwendbar ist die Verordnung folglich auf sogenannte Gatekeeper, Art. 1 Abs. 1 DMA-E. Nach der Legaldefinition in Art. 2 Nr. 1 DMA-E handelt es sich bei diesen um Betreiber zentraler Plattformdienste, die nach Art. 3 DMA-E von der Kommission als Gatekeeper benannt worden sind. Eine Aufzählung „zentraler Plattformdienste“ findet sich in Art. 2 Nr. 2 DMA-E. Unter anderem zählen Online-Suchmaschinen und Online-Dienste sozialer Medien zu diesen. Art. 3 DMA-E zufolge wird ein Betreiber zentraler Plattformdienste als Gatekeeper benannt, „wenn er a) erhebliche Auswirkungen auf den Binnenmarkt hat, b) einen zentralen Plattformdienst betreibt, der gewerblichen Nutzern als wichtiges Zugangstor zu Endnutzern dient, und c) hinsichtlich seiner Tätigkeiten eine gefestigte und dauerhafte Position innehat oder absehbar ist, dass er eine solche Position in naher Zukunft erlangen wird.“ Bei Erreichen bestimmter in Art. 3 Abs. 2 DMA-E benannter Schwellenwerte wird von der Erfüllung der dort in Absatz 1 genannten Voraussetzungen ausgegangen.

In den Art. 5 und 6 DMA-E werden verschiedene Verpflichtungen von Gatekeepern bestimmt. Unter anderem muss ein Gatekeeper gewerblichen Nutzern die Möglichkeit geben, Endnutzern dieselben Produkte oder Dienstleistungen über Online-Vermittlungsdienste Dritter zu anderen Preisen oder Bedingungen anzubieten als über die Online-Vermittlungsdienste des Gatekeepers. Allen Verpflichtungen ist gemein, dass sie bereits ex ante ohne gesonderten Nachweis eines Wettbewerbsverstößes greifen.<sup>6</sup>

### 3. Wesentlicher Inhalt von § 19a GWB

Mit dem im Januar 2021 in Kraft getretenen „**GWB-Digitalisierungsgesetz**“ hat der Gesetzgeber § 19a GWB eingefügt.<sup>7</sup> Die Vorschrift dient ausweislich der Gesetzesmaterialien speziell der Erfassung „digitaler Ökosysteme, in denen einzelne Unternehmen eine sog. Gatekeeper-Funktion einnehmen“, bzw. der Kontrolle von „großen Digitalkonzernen“.<sup>8</sup> Hierdurch sollen im Ergebnis wirtschaftliche Macht begrenzt, Märkte offengehalten und wettbewerbliche Prozesschancen geschützt werden.<sup>9</sup> Das Bundeskartellamt hat auf dieser gesetzlichen Grundlage bereits Verfahren

5 EU-Kommissionsvorschlag (Fußnote 2), S. 6.

6 Vgl. hierzu auch Gerpott, Neue Pflichten für große Betreiber digitaler Plattformen – Vergleich von § 19a GWB und DMA-Kommissionsvorschlag, Neue Zeitschrift für Kartellrecht (NZKart) 2021, S. 273, 277.

7 Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer Bestimmungen (GWB-Digitalisierungsgesetz) vom 18. Januar 2021 (BGBl. I S. 2), abrufbar unter: [https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=//%5b@attr\\_id=%27bgbl121s0002.pdf%27%5d#\\_bgbl\\_%2F%2F\\*%5B%40attr\\_id%3D%27bgbl121s0002.pdf%27%5D\\_1640019442641](https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=//%5b@attr_id=%27bgbl121s0002.pdf%27%5d#_bgbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl121s0002.pdf%27%5D_1640019442641).

8 Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen (GWB-Digitalisierungsgesetz), 19. Oktober 2020, Bundestagsdrucksache (BT-Drs.) 19/23492, S. 73, abrufbar unter: <https://dserver.bundestag.de/btd/19/234/1923492.pdf>.

9 Ebenda, S. 75.

gegen „Facebook“, „Amazon“, „Google“ und „Apple“ bzw. gegen die jeweils unter diesen Markennamen operierenden Unternehmen eingeleitet.<sup>10</sup>

§ 19a GWB steht systematisch bei den kartellrechtlichen Regelungen zur Verhinderung von Marktbeherrschung (§§ 18 ff. GWB).<sup>11</sup> Die Norm ist parallel zu den allgemeinen Missbrauchstatbeständen der §§ 19, 20 GWB **anwendbar**.<sup>12</sup> Es handelt sich jedoch um ein hiervon abzugrenzendes, **neuartiges Instrument**, das Literaturstimmen auch als „**Paradigmenwechsel**“ beschreiben.<sup>13</sup>

§ 19a GWB sieht ein **zweistufiges Verfahren** vor: Das Bundeskartellamt kann zunächst durch Verfügung für maximal fünf Jahre feststellen, dass einem Unternehmen eine **überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb** zukommt.<sup>14</sup> Dies geht über die „klassische“ kartellrechtliche Klassifizierung der Beherrschung **eines bestimmten Marktes** aus § 18 GWB hinaus.<sup>15</sup> Anknüpfungspunkte sind hier stattdessen **mehrseitige Märkte und Netzwerke**.<sup>16</sup> Für die marktübergreifende Bedeutung nennt § 19a Abs. 1 Satz 2 GWB nicht abschließende Kriterien, etwa den Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten.<sup>17</sup> Im Anschluss oder zugleich kann die Behörde „verschiedene für den Wettbewerb besonders schädliche [...] Verhaltensweisen“<sup>18</sup> untersagen.<sup>19</sup> § 19a Abs. 2 GWB enthält diesbezüglich einen **abschließenden Katalog** von Grundtatbeständen (z. B. die Bevorzugung eigener Angebote), die teilweise durch **Regelbeispiele** konkretisiert werden.<sup>20</sup> Die Untersagungsverfügung setzt allerdings grundsätzlich eine **Erstbegehungs- oder Wiederholungsgefahr** voraus.<sup>21</sup> Zu einem Missbrauch, wie er nach den herkömmlichen Kategorien

- 
- 10 Vgl. Grünwald, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 100. Lieferung 11.2021, § 19a GWB Randnummer 8.
- 11 Vgl. zur grundlegenden Systematik des GWB-Kartellrechts, Emmerich/Lange, Kartellrecht, 15. Auflage 2021, § 2 Randnummer 6.
- 12 § 19a Abs. 3 GWB.
- 13 Grünwald, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 100. Lieferung 11.2021, § 19a GWB Randnummer 4.
- 14 § 19a Abs. 1 Satz 1 und 3 GWB.
- 15 Grünwald, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 100. Lieferung 11.2021, § 19a GWB Randnummer 1.
- 16 § 19a Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 18 Abs. 3a GWB.
- 17 Vgl. auch Paal, in: Beck'scher Online-Kommentar Informations- und Medienrecht, 34. Edition (Stand: 1. November 2021), § 19a GWB Randnummer 9.
- 18 BT-Drs. 19/23492 (Fußnote 8), S. 76 [Auslassung diesseits].
- 19 Beide Verfügungen können miteinander verbunden werden (§ 19 Abs. 2 Satz 5 GWB).
- 20 Paal, in: Beck'scher Online-Kommentar Informations- und Medienrecht, 34. Edition (Stand: 1. November 2021), § 19a GWB Randnummern 12 f.
- 21 BT-Drs. 19/23492 (Fußnote 8), S. 75.

von §§ 19, 20 GWB verlangt wird, muss es allerdings noch nicht gekommen sein.<sup>22</sup> Eine Rücknahme vom Erfordernis der Erstbegehungs- oder Wiederholungsgefahr besteht zudem, wenn „unter Berücksichtigung der Besonderheiten der digitalen Wirtschaft ein früheres Eingreifen erforderlich erscheint.“<sup>23</sup>

Gemäß § 19a Abs. 2 S. 2 GWB können die betroffenen Verhaltensweisen allerdings **sachlich gerechtfertigt** sein. Hierbei führt das Bundeskartellamt eine „Interessenabwägung im Lichte der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes“ durch.<sup>24</sup> Die **Darlegungs- und Beweislast** für eine mögliche Rechtfertigung obliegt dem betroffenen Unternehmen.<sup>25</sup>

#### 4. Die Anwendbarkeit von § 19a GWB im Lichte des DMA-E

##### 4.1. Die relevanten Vorschriften im DMA-E

Die für die Frage der Anwendbarkeit nationalen Rechts relevanten Regelungen finden sich in Art. 1 Abs. 5 und 6 DMA-E.

Art. 1 Abs. 5 DMA-E lautet:

**„Um eine Fragmentierung des Binnenmarktes zu vermeiden, erlegen die Mitgliedstaaten Gatekeepern im Sinne dieser Verordnung keine weiteren Verpflichtungen im Wege von Rechts- oder Verwaltungsvorschriften auf, um bestreitbare und faire Märkte zu gewährleisten. Vorschriften, mit denen im Einklang mit dem Unionsrecht andere legitime öffentliche Interessen verfolgt werden, bleiben hiervon unberührt. Insbesondere hindert diese Verordnung die Mitgliedstaaten nicht daran, Unternehmen, einschließlich Betreibern zentraler Plattformdienste, mit dem Unionsrecht vereinbare Verpflichtungen im Hinblick auf den Schutz der Verbraucher, die Bekämpfung unlauterer Wettbewerbshandlungen oder die Wahrung sonstiger berechtigter öffentlicher Interessen aufzuerlegen, sofern diese Verpflichtungen nicht damit zusammenhängen, dass die betreffenden Unternehmen den Status eines Gatekeepers im Sinne dieser Verordnung haben.“**<sup>26</sup>

In Art. 1 Abs. 6 DMA-E heißt es:

„Diese Verordnung berührt nicht die Anwendung der Artikel 101 und 102 AEUV. Sie lässt auch die Anwendung der folgenden Vorschriften unberührt: nationaler Vorschriften zum Verbot wettbewerbswidriger Vereinbarungen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen,

---

22 Grünwald, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 100. Lieferung 11.2021, § 19a GWB Randnummer 4.

23 Ebenda.

24 BT-Drs. 19/23492 (Fußnote 8), S. 77.

25 Paal, in: Beck'scher Online-Kommentar Informations- und Medienrecht, 34. Edition (Stand: 1. November 2021), § 19a GWB Randnummer 34.

26 Art. 1 Abs. 5 DMA-E [Die Hervorhebungen stammen aus dem Originalzitat und kennzeichnen die geänderten Textteile im Vergleich zum vorherigen Kommissionsvorschlag].

aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen und der missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung; nationaler Wettbewerbsvorschriften, mit denen andere Formen einseitiger Verhaltensweisen verboten werden, soweit **diese Vorschriften** auf andere Unternehmen als Gatekeeper **im Sinne dieser Verordnung** anwendbar sind oder Gatekeepern damit zusätzliche Verpflichtungen auferlegt werden; der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates **und** nationaler Fusionskontrollvorschriften und der Verordnung (EU) 2019/1150.<sup>27</sup>

Erwägungsgrund 9 betont hierzu:

„Eine Fragmentierung des Binnenmarkts kann nur wirksam abgewendet werden, wenn die Mitgliedstaaten daran gehindert werden, auf **Gatekeeper weitere Vorschriften oder Verpflichtungen anzuwenden, um bestreitbare und faire Märkte zu gewährleisten. Dies gilt unbeschadet der Fähigkeit der Mitgliedstaaten, Gatekeepern im Einklang mit dem Unionsrecht identische, strengere oder anderweitige Verpflichtungen aufzuerlegen, um andere berechnigte öffentliche Interessen zu verfolgen. Zu diesen berechtigten öffentlichen Interessen können unter anderem der Verbraucherschutz, die Bekämpfung unlauterer Wettbewerbspraktiken und die Förderung der Medienfreiheit, des Pluralismus, des Rechts auf freie Meinungsäußerung sowie der kulturellen und sprachlichen Vielfalt gehören.** Da diese Verordnung die Vorschriften über die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts ergänzen soll, sollte präzisiert werden, dass sie die Artikel 101 und 102 AEUV, die entsprechenden nationalen Wettbewerbsvorschriften und andere einseitiges Verhalten betreffende nationale Wettbewerbsvorschriften unberührt lässt, nach denen Marktstellungen und Verhaltensweisen einschließlich ihrer voraussichtlichen Auswirkungen und des genauen Gegenstands der verbotenen Verhaltensweisen im Einzelfall zu prüfen sind und nach denen Unternehmen Effizienz und objektive Rechtfertigungsgründe als Argumente für derartige Verhaltensweisen anführen können. Die Anwendung dieser Vorschriften sollte jedoch nicht die Verpflichtungen **und Verbote**, die den Gatekeepern nach dieser Verordnung auferlegt werden, und deren einheitliche und wirksame Anwendung im Binnenmarkt berühren.“<sup>28</sup>

#### 4.2. Das Rechtsinstitut des Anwendungsvorrangs

Der DMA-E ist als Entwurf einer EU-Verordnung ausgestaltet. Gemäß Art. 288 Abs. 2 AEUV hat eine EU-Verordnung allgemeine Geltung, ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat. Aufgrund dessen genießt sie nach allgemeiner Meinung einen sogenannten **Anwendungsvorrang** gegenüber entsprechendem nationalem Recht.<sup>29</sup> Das Bestehen eines Anwendungsvorrangs des EU-Rechts bedeutet, dass dem Unionsrecht entgegenstehendes na-

---

27 Art. 1 Abs. 6 DMA-E E [Die Hervorhebungen stammen aus dem Originalzitat und kennzeichnen die geänderten Textteile im Vergleich zum vorherigen Kommissionsvorschlag].

28 Erwägungsgrund 9 DMA-E [Die Hervorhebungen stammen aus dem Originalzitat und kennzeichnen die geänderten Textteile im Vergleich zum vorherigen Kommissionsvorschlag].

29 Statt vieler Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, Art. 288 AEUV Randnummer 21.



tionales Recht zwar nicht allgemein nichtig wird, nationale Gerichte oder Behörden **im konkreten Kollisionsfall** das nationale Recht zugunsten des Unionsrechts jedoch **nicht anwenden** dürfen.<sup>30</sup> Vorliegend geht es um einen möglichen Anwendungsvorrang des DMA vor § 19a GWB.

Für die Frage eines möglichen Anwendungsvorrangs des DMA im Falle seines Inkrafttretens in der aktuellen Fassung ist somit die **Formulierung von dessen Reichweite von entscheidender Bedeutung**.<sup>31</sup> Denn hiernach bestimmt sich, inwieweit das europäische und das deutsche Regelungssystem in diesem Zusammenhang miteinander kollidieren. Die Beschreibung des generellen Anwendungsbereichs des DMA in der zugrundeliegenden Entwurfsfassung findet sich in dessen bereits dargestellten Art. 1 Abs. 5 und 6 in Verbindung mit den entsprechenden Erwägungsgründen. **Dabei formuliert Art. 1 Abs. 5 DMA-E eine „Ausschlussnorm“, während Absatz 6 dagegen eine „Öffnungsklausel“ enthält.**<sup>32</sup> Grundsätzlich soll es nach Art. 1 Abs. 5 DMA-E keine weiteren mitgliedstaatlichen Verpflichtungen für „Gatekeeper [im Sinne der DMA-E]“ zur Gewährleistung des öffentlichen Interesses an „bestreitbaren und fairen Märkte“ geben. Art. 1 Abs. 6 DMA-E erweitert den mitgliedstaatlichen Handlungsspielraum wiederum, indem er nationale Regelungen dennoch vom Anwendungsbereich freistellt, die zwar eigentlich gleichgelagerte öffentliche Interessen verfolgen, aber bestimmtes wettbewerbswidriges Verhalten verbieten.

#### 4.3. Streitstand

Vor diesem Hintergrund steht die zukünftige Anwendbarkeit von § 19a GWB im Streit. Die bislang lediglich theoretische Problematik wird bereits in zahlreichen deutsch- und englischsprachigen rechtswissenschaftlichen Veröffentlichungen behandelt.<sup>33</sup> Soweit ersichtlich, ist dies allerdings bislang lediglich auf Basis des **ursprünglichen Kommissionsentwurfs aus dem Dezember 2020**<sup>34</sup> geschehen. Sofern Autoren – oftmals aufgrund des ersten Entwurfsstadiums des DMA eher zurückhaltend – Stellung beziehen, vertreten diese **im Wesentlichen zwei entgegengesetzte Positionen**. Eine Ansicht spricht sich eher für einen Anwendungsvorrang des europäischen Rechts

---

30 Ebenda, Art. 1 AEUV Randnummer 18 ff.; Streinz, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Art. 4 EUV Randnummer 39.

31 Vgl. auch Grünwald, Gekommen, um zu bleiben? – § 19a GWB im Lichte des DMA-Entwurfs, NZKart 2021, S. 496 f.

32 Begrifflichkeiten entnommen von Zimmer/Göhl, Vom New Competition Tool zum Digital Markets Act: Die geplante EU-Regulierung, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht (ZWeR) 2021, S. 29, 57.

33 Vgl. nur Ausführungen bei Bundeskartellamt, Arbeitskreis Kartellrecht, Digital Markets Act: Perspektiven des (inter)nationalen Wettbewerbsrechts Tagung, Hintergrundpapier vom 7. Oktober 2021, S. 42 f., abrufbar unter: [https://www.bundeskartellamt.de/DE/UeberUns/Veranstaltungen/ArbeitskreisKartellrecht/arbeitskreiskartellrecht\\_node.html](https://www.bundeskartellamt.de/DE/UeberUns/Veranstaltungen/ArbeitskreisKartellrecht/arbeitskreiskartellrecht_node.html). Im Übrigen bestreiten bereits in Ansehung der derzeitigen Rechtslage Teile der rechtswissenschaftlichen Literatur aus verschiedenen Gründen eine europarechtskonforme Anwendbarkeit von § 19a GWB (Überblick zum Streitstand bei Grünwald, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 100. Lieferung 11.2021, § 19a GWB Randnummern 23 f. und 29 ff.).

34 Vgl. bereits Fußnote 2.

aus;<sup>35</sup> die Gegenansicht hält dagegen die parallele Anwendbarkeit beider Regelungssysteme für zutreffender.<sup>36</sup> Der „**Arbeitskreis Kartellrecht**“, ein auf Einladung des Bundeskartellamtes jährlich zu aktuellen wettbewerbsrechtlichen Fragen tagendes Gremium von „kartellrechtlich interessierten Professoren der Wirtschafts- und Rechtswissenschaften sowie Richtern der Kartellse-nate“<sup>37</sup>, ging im Oktober 2021 von einer grundsätzlichen Weitergeltung aus.<sup>38</sup>

#### 4.3.1. § 19a GWB als Regulierungs- oder Wettbewerbsrecht

Die rechtswissenschaftliche Debatte konzentriert sich vor allem auf die Frage, ob es sich bei dem durch § 19a GWB vorgegebenen Regelungssystem um **Regulierungs- oder Wettbewerbsrecht** handelt.<sup>39</sup> Denn beide Ansichten gehen im Wesentlichen davon aus, dass bei regulierungsrechtlicher Einordnung des § 19a GWB die Norm im Ergebnis aufgrund eines Interessengleichlaufs unter die Ausschlussnorm von Art. 1 Abs. 5 DMA-E falle und folglich grundsätzlich der Anwendungsvorrang zulasten der nationalen Norm greife. Falls allerdings § 19a GWB eine wettbewerbsrechtliche Norm sei, sei die Öffnungsklausel von Art. 1 Abs. 6 DMA-E einschlägig, etwa indem man § 19a GWB als eine der dort beschriebenen „nationalen Wettbewerbsvorschriften, mit denen andere Formen einseitiger Verhaltensweisen verboten werden“<sup>40</sup> verstehe. In diesem Fall sei § 19a GWB grundsätzlich nicht vom europarechtlichen Anwendungsvorrang betroffen.

Zum besseren Verständnis der Problematik soll zunächst auf die generelle Unterscheidung von Regulierungs- und Wettbewerbsrecht eingegangen werden. Eine allgemeinverbindliche Definition

---

35 Hierfür bzw. in diese Richtung hindeutend: Gielen/Uphues, Digital Markets Act und Digital Services Act – Regulierung von Markt- und Meinungsmacht durch die Europäische Union, Europäische Zeitschrift für Wettbewerb (EuZW) 2021, S. 627, 631; Grünwald, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 100. Lieferung 11.2021, § 19a GWB Randnummer 27; Nagel/Hilmer, Die 10. GWB-Novelle – Update für die Missbrauchsaufsicht in der Digitalwirtschaft, Der Betrieb (DB) 2021, S. 327, 330; Paal/Kumkar, Wettbewerbschutz in der Digitalwirtschaft – Die wichtigsten Neuerungen der 10. GWB-Novelle im Überblick, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2021, S. 809 Randnummer 38; Polley/Konrad, Der Digital Markets Act – Brüssels neues Regulierungskonzept für Digitale Märkte, Wirtschaft und Wettbewerb (WuW) 2021, S. 198, 199; Zimmer/Göhl (Fußnote 32), S. 59.

36 Hierfür bzw. in diese Richtung hindeutend: Bosch, Die Entwicklung des deutschen und europäischen Kartellrechts, NJW 2021, S. 1791 Randnummer 45; Franck/Peitz, Digital Platforms and the New 19a Tool in the German Competition Act, Journal of European Competition Law & Practice 2021, S. 513, 526; Haus/Weusthof, The Digital Markets Act – a Gatekeeper’s Nightmare?, WuW 2021, S. 318, 324; Jovanovic/Greiner, Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung (MMR) 2021, S. 678, 679; Schweitzer, The Art to Make Gatekeeper Positions Contestable and the Challenge to Know What is Fair: A Discussion of the Digital Markets Act Proposal, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP), S. 503, 509 (dort Fußnote 23).

37 Bundeskartellamt, Internetauftritt, „Arbeitskreis Kartellrecht“, abrufbar unter: [https://www.bundeskartellamt.de/DE/UeberUns/Veranstaltungen/ArbeitskreisKartellrecht/arbeitskreiskartellrecht\\_node.html](https://www.bundeskartellamt.de/DE/UeberUns/Veranstaltungen/ArbeitskreisKartellrecht/arbeitskreiskartellrecht_node.html).

38 Arbeitskreis Kartellrecht (Fußnote 33), S. 43.

39 Vgl. Nachweise in den Fußnoten 35 und 36.

40 So etwa Arbeitskreis Kartellrecht (Fußnote 33), S. 43. Eine Ansicht bezieht sich dabei auf die kartellrechtliche Öffnungsklausel für nationale Regelungen betreffend einseitige Maßnahmen in der europäischen Kartellverfahrensverordnung, Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 (vgl. zum Ganzen Zimmer/Göhl [Fußnote 32], S. 57 ff.).

der beiden Rechtsgebiete existiert **nicht**.<sup>41</sup> Grundsätzlich verfolgen beide Bereiche jedoch das **übergeordnete Ziel der Begrenzung von Marktmacht**.<sup>42</sup> Differenzen ergeben sich in der Herangehensweise: Der Terminus „**Regulierungsrecht**“ wird im Rahmen des **öffentlichen Wirtschaftsrechts** verschiedentlich gebraucht, um im weitesten Sinne die **zusammenhängende gesetzliche „Regulierung“** von oftmals ehemals staatlich monopolisierten **Wirtschaftssektoren und Netzwirtschaften** zu beschreiben.<sup>43</sup> Beispiele sind etwa das Telekommunikations-, Eisenbahn- und das Energiewesen.<sup>44</sup> Fraglich ist weiter, was unter den in Art. 1 Abs. 6 DMA-E genannten „Wettbewerbsvorschriften“ zu verstehen ist. Dafür kommt es zunächst auf ein **grundlegendes unionsrechtliches Verständnis** und insbesondere nicht auf das nationale Verständnis von Wettbewerbsrecht an. Denn ansonsten könnte der nationale Gesetzgeber durch bloße Deklaration einer Vorschrift als „wettbewerbsrechtlich“ den Anwendungsvorrang des Europarechts einseitig aushebeln.<sup>45</sup> Das „**Wettbewerbsrecht**“ **im Kontext des EU-Rechts** bezeichnet primär das Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellrecht)<sup>46, 47</sup> Auf EU-Ebene erfolgt dies insbesondere über die primärrechtlichen Wettbewerbsregeln aus Art. 101 f. des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)<sup>48, 49</sup> In klassischer Lesart dient das Kartellrecht als solches dabei spezifisch der Begrenzung von Marktmacht durch **Schutz des freien Wettbewerbs als solchen**.<sup>50</sup> Entsprechend wird in der juristischen Literatur das **Regulierungsrecht als umfassender als das Kartell- bzw. Wettbewerbsrecht** angesehen. Die Aufgabe des ersteren sei es einer Literaturstimme zufolge nämlich,

„im Falle eines Marktversagens oder sonstiger struktureller Funktionsschwächen des Marktes statt des **bloß punktuell und reaktiv begleitenden allgemeinen Wettbewerbsrechts** sowohl einen Wettbewerbsmarkt oder jedenfalls wettbewerbsanaloge Bedingungen zu schaffen und auf Dauer zu erhalten als auch eine **Gemeinwohlorientierung** (insbesondere im Hinblick auf

---

41 Haus/Weusthof (Fußnote 36), S. 324.

42 Haucap/Schweitzer, Die Begrenzung überragender Marktmacht digitaler Plattformen im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht, Perspektiven der Wirtschaftspolitik (PWP) 2021, S. 17, 19.

43 Ehlers, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, 4. Auflage 2019, Band 1, § 1 Randnummern 23 und 74.

44 Ebenda mit Verweis auf die entsprechenden Bundesgesetze.

45 Zimmer/Göhl (Fußnote 32), S. 57 f.

46 In Deutschland insbesondere in den ersten drei Teilen des GWB geregelt.

47 Dreher/Kulka, Wettbewerbs- und Kartellrecht – Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Rechts, 11. Auflage 2021, Randnummer 48.

48 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (konsolidierte Fassung – ABl. 2012 C 326 S. 47).

49 Lettl, Kartellrecht, 5. Auflage 2021, Randnummer 2 f. Auf die Unberührtheit von Art. 101 f. AEUV durch einen potenziellen DMA verweist auch Art. 1 Abs. 6 DMA-E.

50 Dreher/Kulka (Fußnote 47), Randnummer 585 ff.; Ohly, in: Ohly/Sosnitza, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 7. Auflage 2016, Einführung (Teil D) Randnummer 71.

die Versorgungssicherheit, Preisgünstigkeit, Umweltverträglichkeit und Leistungsfähigkeit) sicherzustellen.“<sup>51</sup>

Vereinfacht ausgedrückt tritt nach diesem Verständnis im Regulierungsrecht **neben die Verhinderung von negativen Effekten** (wie im Wettbewerbsrecht) der **Aspekt der proaktiven, positiven Gestaltung**.<sup>52</sup> In diesem Sinne betonen einzelne Literaturstimmen auch das **Prinzip der Einzelfallkontrolle** im Kartellrecht im Vergleich zu **eher abstrakten Vorgaben durch das Regulierungsrecht**.<sup>53</sup> Insgesamt sei die Grenze allerdings zunehmend nicht mehr eindeutig zu ziehen.<sup>54</sup>

Auch der DMA-E selbst charakterisiert in seinen Erwägungsgründen die europarechtlichen Wettbewerbsregeln der Art. 101 f. AEUV als „**im Nachhinein**“ und „erst nach einer umfassenden Untersuchung [...] **in konkreten Fällen**“ wirkend,<sup>55</sup> während der geplante DMA „die nachteiligen strukturellen Effekte unlauterer Praktiken **im Vorfeld** verringert, ohne die Möglichkeit einzuschränken, gemäß den Wettbewerbsvorschriften der EU und der Mitgliedstaaten gegen **eingetretene** Vorfälle vorzugehen.“<sup>56</sup> Die juristische Literatur fasst mitunter daher die Regeln des DMA-E schlagwortartig unter den Begriff *ex ante*-Maßnahmen und deklariert solche des Wettbewerbs- bzw. Kartellrechts als *ex post*-Maßnahmen.<sup>57</sup>

Versteht man die Regelungen des DMA-E auf dieser Basis als (eher) regulierungsrechtliche, so dürften entsprechende nationale Regulierungen von der Ausschlusswirkung des Art. 1 Abs. 5 DMA-E zur Gewährleistung fairer und bestreitbarer Märkte umfasst und nicht etwa von der Öffnungsklausel in Art. 1 Abs. 6 DMA-E geschützt sein.

---

51 Ehlers, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, 4. Auflage 2019, Band 1, § 1 Randnummer 74 [Hervorhebungen diesseits, Nachweise entfernt]. Die Quelle legt das Wettbewerbsrecht allerdings nicht notwendigerweise nur im EU-rechtlichen Sinne zugrunde. Im deutschen Kontext umfasst das Wettbewerbsrecht klassischerweise insbesondere auch das Lauterkeitsrecht (Dreher/Kulka [Fußnote 47], Randnummer 1).

52 Vgl. ähnlich Ehlers, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, 4. Auflage 2019, Band 1, § 1 Randnummer 23.

53 Haucap/Schweitzer (Fußnote 42), S. 19; Haus/Weusthof (Fußnote 36), S. 324.

54 Haucap/Schweitzer (Fußnote 42), S. 19.

55 Erwägungsgrund 5 DMA-E [Hervorhebungen diesseits].

56 EU-Kommissionsvorschlag (Fußnote 2), S. 4 [Hervorhebungen diesseits].

57 Zimmer/Göhl (Fußnote 32), S. 59; Zober, Durchsetzung des DMA-E und dessen Verhältnis zum Kartellrecht, NZKart 2021, S. 611, 615. Vgl. zur Begrifflichkeitsfrage auch Monopolkommission, Empfehlungen für einen effektiven und effizienten Digital Markets Act, Gutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB [Sondergutachten 82], 5. Oktober 2021, Tz. 46, abrufbar unter: <https://www.monopolkommission.de/de/gutachten/sondergutachten/sondergutachten-auf-eigene-initiative/371-sg-82-dma.html>.

Die besondere Problematik von § 19a GWB besteht vor diesem Hintergrund darin, dass die Norm eher dem Regulierungsrecht zuzuordnende Instrumente mit solchen des Kartellrechts **verbindet**.<sup>58</sup> Für eine eher kartellrechtliche *ex post*-Orientierung spricht beispielsweise die Ausgestaltung von § 19a Abs. 2 GWB als „echte Missbrauchsaufsicht“<sup>59</sup>, die grundsätzlich eine Erstbegehungs- oder Wiederholungsgefahr voraussetzt.<sup>60</sup> Andererseits deutet der Verzicht auf diese Voraussetzungen unter „Berücksichtigung der Besonderheiten der digitalen Wirtschaft“<sup>61</sup> für eine regulierende Vorfeldgestaltung hin. In Richtung des klassischen Kartellrechts geht wiederum das Erfordernis der Einzelfallprüfung des Bundeskartellamts im Hinblick auf die Untersagungsverfügungen, insbesondere auch im Vergleich zu Art. 5, 6 DMA-E. Darüber hinaus sieht eine Literaturstimme inhaltliche Ähnlichkeiten zwischen dem Kriterienkatalog von § 19a Abs. 2 GWB mit dem des „klassischen“ kartellrechtlichen Missbrauchsverbots durch marktbeherrschende Unternehmen gemäß § 19 Abs. 2 GWB.<sup>62</sup> Auf die je nach Einzelfall neben § 19a Abs. 2 GWB erfüllten kartellrechtlichen Missbrauchsverbote von § 19 Abs. 1 und 2 oder § 20 Abs. 1 bis 3a GWB weisen auch bereits die Gesetzesmaterialien hin.<sup>63</sup>

Alles in allem ergibt sich ein sehr vielschichtiges Diskussionsbild, auf dessen Basis kein eindeutiges Ergebnis hinsichtlich des hier in Rede stehenden Verhältnisses von europäischem und nationalem Recht auszumachen ist.

#### 4.3.2. Besonderheiten des zugrundeliegenden Verordnungsentwurfs

In der zugrundeliegenden DMA-Entwurfssfassung ergeben sich keine Änderungen, die die Reichweite seines Anwendungsvorrangs in Bezug auf § 19a GWB wesentlich eindeutiger fassen. Die aktuelle Entwurfssfassung stellt etwa in Art. 1 Abs. 5 Satz 1 DMA-E lediglich klar, dass sich der **Ausschluss für weitere Verpflichtungen nur auf „Gatekeeper im Sinne dieser Verordnung“** bezieht. Damit könnte § 19a GWB eventuell jedenfalls in den Fallgestaltungen weiter anwendbar sein, in denen keine „Gatekeeper“ im Sinne des DMA-E betroffen wären.

Hierfür müsste der persönliche Anwendungsbereich von § 19a Abs. 1 GWB allerdings zunächst **weiter** sein als der von Art. 3 DMA-E. Die sich auf Basis des Kommissionsentwurfs mit dieser

---

58 So wird § 19a GWB in der Literatur etwa plakativ als Chimäre (Körper, Lessons from the Hare and the Tortoise: Legally Imposed Selfregulation, Proportionality and the Right to Defence Under the DMA – Part 1, NZKart 2021, S. 379, 381 [engl.: „chimera“]) oder hybrides Wettbewerbsrecht bezeichnet (Steinberg/L’Hoest/Käseberg, Digitale Plattformen als Herausforderung für die Wettbewerbspolitik in der EU, WuW 2021, S. 414, 416). Vgl. auch Monopolkommission (Fußnote 57), Tz. 44.

59 BT-Drs. 19/23492 (Fußnote 8), S. 75.

60 Siehe bereits unter 1.

61 Ebenda.

62 Haus/Weusthof (Fußnote 36), S. 324 f. Dabei stimmt der europarechtlich maßgebende Art. 102 AEUV weitgehend mit § 19 GWB überein (Lettl, Kartellrecht, 5. Auflage 2021, § 9 Randnummer 1).

63 BT-Drs. 19/23492 (Fußnote 8), S. 78. Siehe auch § 19a Abs. 3 GWB.

Fragestellung befassende rechtswissenschaftliche Literatur beurteilt dies unterschiedlich:<sup>64</sup> Teile sehen den potenziellen Adressatenkreis des DMA-E als größer an,<sup>65</sup> andere Stimmen halten den persönlichen Anwendungsbereich von § 19a Abs. 1 GWB insofern für weiter, als dass sich dieser nicht notwendigerweise auf digitale Dienstleister beschränke.<sup>66</sup> Konkret argumentieren manche, dass ein Unternehmen mangels Binnenmarktrelevanz nicht unter Art. 3 DMA-E, aber potenziell unter § 19a Abs. 1 GWB fallen könnte, sofern es lediglich in Deutschland tätig sei.<sup>67</sup> Insbesondere aufgrund der klassischerweise grenzüberschreitenden Tätigkeit von Plattformunternehmen im Internet, die auch der Gesetzgeber mit § 19a GWB speziell im Blick hatte,<sup>68</sup> ist die **Praxisrelevanz dieser Konstellation allerdings fraglich**.<sup>69</sup>

#### 4.3.3. Mögliche gerichtliche Überprüfung

Aufgrund der – ausweislich des dargestellten Streitstands – unklaren Rechtslage erscheint die **gerichtliche Anfechtung der parallelen Anwendung eines möglichen DMA und § 19a GWB durch betroffene Unternehmen jedenfalls nicht unwahrscheinlich**. Dies gilt umso mehr, als dass diese Unternehmen im Falle der Konfrontation mit behördlichen Maßnahmen nach § 19a GWB ein erhebliches Interesse daran haben dürften, den hiermit verbundenen Kosten (etwa für zusätzliche Compliance-Strukturen) zu entgehen.<sup>70</sup> Im Falle der Einlegung von Rechtsbehelfen gegen entsprechende Verfügungen des Bundeskartellamts beim hierfür allein zuständigen Bundesgerichtshof (BGH)<sup>71</sup> geht eine Literaturstimme von der Durchführung eines **Vorabentscheidungsverfahrens beim Europäischen Gerichtshof (EuGH)** gemäß Art. 267 AEUV durch den BGH aus.<sup>72</sup> Der

---

64 Diese Bewertung wird durch die unterschiedliche Regelungssystematik erschwert. So arbeitet § 19a Abs. 1 GWB ausschließlich mit einem qualitativen Katalog mit einem Fokus auf nationaler Marktmacht, während Art. 3 DMA-E neben qualitativen Elementen in dessen Absatz 2 auch quantitative Elemente wie Umsatz- oder Nutzerzahlen enthält (vgl. zur Vergleichsmöglichkeit auch Gerpott [Fußnote 6], S. 275).

65 Ohne nähere Begründung Schubert, Wettbewerbsrechtliche Missbrauchsaufsicht in der Digitalwirtschaft – Bestandsaufnahme nach dem GWB-Digitalisierungsgesetz (10. GWB-Novelle), Zeitschrift für das Recht der digitalen Wirtschaft (ZdiW) 2021, S. 167, 173. Die ebenfalls diese Ansicht unterstützenden Franck/Peitz ([Fußnote 36], S. 526) argumentieren mit den in Art. 3 Abs. 2 DMA-E niedergelegten Vermutungswirkungen.

66 Nagel/Hilmer (Fußnote 35), S. 330; Haus/Weusthof (Fußnote 36), S. 325.

67 Grünwald (Fußnote 31), S. 498; Nagel/Hilmer (Fußnote 35), S. 330.

68 Siehe bereits unter 1.

69 Grünwald (Fußnote 31), S. 498; Bosch (Fußnote 36), Randnummer 45.

70 Auf diese potenzielle Erhöhung der „Rechtsbefolgungskosten“ hinweisend, Zimmer/Göhl (Fußnote 32), S. 59.

71 § 73 Abs. 5 GWB.

72 Grünwald, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 100. Lieferung 11.2021, § 19a GWB Randnummern 27 f.; derselbe (Fußnote 31), S. 497.

EuGH kann in dieser Funktion unter anderem das Unionsrecht verbindlich auslegen und hierüber einem nationalen Gericht Kriterien vermitteln, die Vereinbarkeit von nationalen Bestimmungen mit dem Unionsrecht zu beurteilen.<sup>73</sup>

\* \* \*

---

73 Vgl. ausführlich zur Funktionsweise des Vorabentscheidungsverfahrens, Wegener, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, Art. 267 AEUV Randnummern 3 ff. mit weiteren Nachweisen.