

D. § 19a GWB, DMA und DSA

Durchsetzung des § 19a GWB: Erste Erfahrungen und Verhältnis zum Digital Markets Act

Annika Stöhr/Juliane Mendelsohn#*

Abstract:

Zentraler Bestandteil der Modernisierung der deutschen Missbrauchsaufsicht und eines der meist diskutierten neuen Instrumente des GWB-Digitalisierungsgesetzes ist § 19a GWB. Dieses beinhaltet ein neues Machtkriterium – die Designation von Unternehmen mit sog. „überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb“ – sowie die Möglichkeit, ex-ante Maßnahmen zu erlassen, um zielgerichtet antikompetitive Verhaltensweisen zu unterbinden und wirksamen Wettbewerb zu ermöglichen. Dieser Beitrag untersucht die erste Fallpraxis des Bundeskartellamtes zu beiden Verfahrensstufen.

Mit Einführung des § 19a GWB wurde ein zusätzliches Instrument zur Adressierung von spezifischen Wettbewerbsproblemen innerhalb digitaler Ökosysteme geschaffen, welches ein effektives und schnelleres Eingreifen der Wettbewerbsbehörde bei der Ausnutzung von marktübergreifender Macht ermöglicht. In den bisherigen, ersten Anwendungsfällen erfolgt die Prüfung der Kriterien des § 19a Abs. 1 GWB jedoch noch recht unsystematisch, was durch eine Konkretisierung im Rahmen der weiteren Fallpraxis sowie ggf. entsprechenden Leitlinien adressiert werden sollte. Dies gilt insbesondere für den scheinbar weiter bestehenden Fokus auf die Feststellung von Marktmacht und die damit einhergehenden Herausforderungen hinsichtlich der Marktabgrenzung – gerade auch marktübergreifend – sowie die Kriterien zur Daten- und Finanzmacht, für deren tatsächliche Relevanz bzw. Auftreten bisher wenig empirische Evidenz vorliegt.

Die ersten Verfahren nach § 19a Abs. 2 GWB haben bereits erste Erfolge in Form von Zusagen und zügigen Verhaltensänderungen zu verzeichnen.

* Fachgebiet Wirtschaftstheorie, Institut für Volkswirtschaftslehre, Technische Universität Ilmenau, Mail: annika.stoehr@tu-ilmenau.de

Fachgebiet Law and Economics of Digitization, Institut für Recht und für Volkswirtschaftslehre, Technische Universität Ilmenau, Mail: juliane.mendelsohn@tu-ilmenau.de.

Zudem macht die mögliche Integration in laufende Verfahren § 19a GWB zu einem genuin neuen Kartellrechtsinstrument. Gleichzeitig fehlt es dem § 19a GWB aber an einem Durchsetzungs- und Sanktionsmechanismus, sollten keine Verpflichtungszusagen von den Unternehmen erfolgen.

Insgesamt ist durchaus zu erwarten, dass das neue Instrument zu einem offeneren Wettbewerbsklima in digitalen Ökosystemen beitragen kann. Strukturelle Verbesserungen auf jenen Märkten sind allerdings weniger wahrscheinlich.

I. Einleitung

Im Rahmen der 10. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sollte nach Vorgabe des Koalitionsvertrages „eine Modernisierung des Kartellrechts in Bezug auf die Digitalisierung und Globalisierung der Wirtschaftswelt“ bewirkt werden.¹ Der Modernisierungsbedarf zeigte sich insgesamt an einer sinkenden Wettbewerbsintensität sowie konzentrationssteigernden Effekten auf Plattformmärkten und in digitalen Ökosystemen.² Die sich hieraus ergebenden Marktmachtprobleme³ umfassen das durch

-
- 1 CDU/CSU/SPD, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, 2018, Rn. 2755f.
 - 2 *inter alia, Autor/Dorn/Katz/Patterson/Van Reenen*, American Economic Review, 2017, 107(5), 180–185; *Gutiérrez/Philippon*, AEA Papers and Proceedings, 2018, 108, 432; *Grullon/Larkin/Michaely*, Review of Finance, 2019, 23(4), 697; *De Loecker/Eeckhout/Unger*, The Quarterly Journal of Economics, 2020, 135(2), 561; *De Loecker/Eeckhout*, Global market power, 2021, <https://www.janeeckhout.com/wp-content/uploads/Global.pdf> (abgerufen am 14. Januar 2024); *Budzinski/Mendelsohn*, ORDO, 2023, 217, 220f.
 - 3 *inter alia, Kerber*, Updating competition policy for the digital economy? An analysis of recent reports in Germany, UK, EU, and Australia, 2019, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3469624 (abgerufen am 14. Januar 2024); *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsabsicht für marktmächtige Unternehmen. Endbericht, 2018; ACCC, Digital platforms inquiry. Final report, 2019, <https://www.accc.gov.au/system/files/Digital%20platforms%20inquiry%20-20%20final%20report.pdf> (abgerufen am 14. Januar 2024); *Barreto/Morita Sakowski/Park*, The Antitrust Chronicle, 2019, 3(2), 66; *Crémer/de Montjoye/Schweitzer*, Competition policy for the digital era, 2019, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/21dc175c-7b76-11e9-9f05-01aa75ed71a1/language-en> (abgerufen am 14. Januar 2024); *Furman/Coyle/Fletcher/Marsden/McAuley*, Unlocking digital competition. Report of the digital competition expert panel, 2019, https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5c88150ee5274a230219c35f/unlocking_digital_competition_furnan_review_web.pdf (abgerufen am 14. Januar 2024); *Haucap/Kerber/Schweitzer/Welker*

die Kombination von direkten und indirekten Netzwerkeffekten entstehende „Tipping“ von Märkten,⁴ welches durch natürliche oder strategisch geschaffene Inkompatibilitäten und Wechselkosten verstärkt wird,⁵ eine kaum bestreitbare „Datenmacht“ einzelner Akteure sowie Verbundvorteile, die Möglichkeiten für antikompetitive vertikale und konglomerate Hebelwirkungen (Leveraging), beispielsweise in Form von Selbstbegünstigung (Self-Preferencing),⁶ schaffen. Die bestehenden Kartellrechtsinstrumente haben sich gegenüber diesen Herausforderungen als wenig effektiv erwiesen, so dass weltweit unterschiedliche Reformen, neue Ansätze und Instrumente diskutiert wurden.⁷

Zentraler Bestandteil der Modernisierung der deutschen Missbrauchsaufsicht und eines der meist diskutierten neuen Instrumente des GWB-Digitalisierungsgesetzes ist § 19a GWB.⁸ Dieser beinhaltet nicht nur ein neues

ker, The Antitrust Chronicle, 2019, 3(2), 39; Schallbruch/Schweitzer/Wambach, The Antitrust Chronicle, 2019a, 3(2), 33; Schallbruch/Schweitzer/Wambach/Kirchhoff/Langeheine/Schneider/Schnitzer/Seeliger/Wagner, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, Bericht der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, 2019, https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/bericht-der-kommission-wettbewerbsrecht-4-0.pdf?__blob=publicationFile&v=12 (abgerufen am 14. Januar 2024); Schweitzer/Welker, The Antitrust Chronicle, 2019, 3(2), 16; Scott-Morton/*et al.*, Committee for the Study of Digital Platforms: Market Structure and Antitrust Subcommittee, Report, 2019, <https://research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/market-structure-report.pdf?la=en&hash=E08C7C9AA7367F2D612DE24F814074BA43CAED8C> (abgerufen am 14. Januar 2024); Steenbergen/Snoep/Barthelmé, The Antitrust Chronicle, 2019, 3(2), 54.

4 Farrell/Saloner, Rand Journal of Economics, 1985, 16(1), 70; Katz/Shapiro, American Economic Review, 1985, 75(3), 424; Rochet/Tirole, Journal of the European Economic Association, 2003, 1(4), 990; Rochet/Tirole, Rand Journal of Economics, 2006, 37(3), 645; Caillaud/Jullien, Rand Journal of Economics, 2003, 34, 309; Armstrong, Rand Journal of Economics, 2006, 37(3), 668; Budzinski/Mendelsohn (Fn. 2), [233].

5 Klemperer, Review of Economic Studies, 1995, 62(4), 515.

6 inter alia, Farrell/Katz, Journal of Industrial Economics, 2000, 48(4), 413; Zhu/Liu, Strategic Management Journal, 2018, 39(10), 2618; De Cornière/Taylor, The RAND Journal of Economics, 2019, 50(4), 854; De Cornière/Taylor, TSE Working Paper February 2020, n. 20-1076; Hagiw/Teh/Wright, The RAND Journal of Economics, 2022, 53(2), 297; Peitz, CERRE Issue Paper November 2022, The Prohibition of Self-Preferencing in the DMA, https://cerre.eu/wp-content/uploads/2022/11/DMA_SelfPreferencing.pdf (abgerufen am 14. Januar 2024); Bouquette/Budzinski/Marty, The Antitrust Bulletin, 2022, 67(2), 190.

7 Zu der Entwicklung der Diskussionen, s. Budzinski/Mendelsohn (Fn. 2), [220f.].

8 Budzinski/Gaenssle/Stöhr, List Forum für Wirtschafts- und Finanzpolitik, 2020, 46, 157; BKartA, Pressemitteilung: Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2021, <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Pressemitte>

Machtkriterium – die Designation von Unternehmen mit sog. „überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb“ (ÜMÜB), um die Grenzen und Probleme klassischer Marktmachtfeststellungen zu überwinden⁹ – sondern auch die Möglichkeit, ex-ante Maßnahmen zu erlassen, um zielgerichtet antikompetitive Verhaltensweisen zu unterbinden und wirksamen Wettbewerb zu ermöglichen.

Dieser Beitrag untersucht die erste Fallpraxis des Bundeskartellamtes (BKartA) in der Feststellung überragender marktübergreifender Bedeutung einzelner Unternehmen (§ 19a Abs. 1 GWB) sowie der Untersagung konkreter Verhaltensweisen dieser Unternehmen (§ 19a Abs. 2 GWB). Wir geben zunächst einen Überblick über die Genese des § 19a GWB und das grundsätzliche Verfahren (Kapitel 2) sowie die bisherigen Fälle (Kapitel 3). Im Anschluss werden erste Entwicklungen bzgl. der Verfahrensführung sowie der Argumentationen des BKartA aufgezeigt und bestehende Herausforderungen analysiert (Kapitel 4). Der Beitrag schließt mit einem Ausblick auf das Verhältnis zum Digital Markets Act (DMA) (Kapitel 5).

II. Ziele und Genese

Zur Etablierung schnellerer und effektiverer Eingriffsmöglichkeiten, die zudem Rechtsicherheit schaffen und die Harmonisierung des Wettbewerbsrechts im europäischen Kontext wahren, sieht § 19a GWB ein zweistufiges Verfahren vor. Diese Art des zweistufigen Prozesses ist auch in herkömmlichen Fällen von Marktmachtmisbrauch bekannt. Mit § 19a GWB hat das BKartA allerdings die Befugnis erhalten, jenseits der klassischen Marktmacht für einzelne Unternehmen in einer ersten Stufe eine „überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb“ festzustellen. Grundlage für diese Feststellung ist ein nicht abschließender Kriterienkatalog (§ 19a Abs. 1 GWB): (1) Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung auf einem oder mehreren Märkten, (2) Finanzkraft des Unternehmens oder sein Zugang zu sonstigen Ressourcen, (3) etwaige vertikale und konglomerate Integration/Aktivität, (4) Zugang des Unternehmens zu wettbewerbsrelevanten Daten und (5) Bedeutung des Unternehmens für/Einfluss auf Geschäftsaktivitäten Dritter, insbesondere auf den vor- und nachgelagerten

ilungen/2021/19_01_2021_GWB-Novelle.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (abgerufen am 14. Januar 2024).

⁹ Mendelsohn, *Competition Law Review*, 2023, 15(1), 83.

Marktzugang dieser. Diese Kriterien entsprechen weitestgehend jenen, die für die Feststellung der Marktbeherrschung durch ein einzelnes Unternehmen nach § 18 GWB gelten. Die Kriterien werden hier jedoch marktübergreifend angewandt, wobei nach § 19a Abs. 1 S. 1 GWB explizit zunächst die Tätigkeit des Unternehmens – in erheblichem Umfang – auf Märkten i.S.d. § 18 Abs. 3a GWB zu prüfen und festzustellen ist. Diese marktübergreifende Betrachtung bedeutet, dass relevante Machtquellen digitaler Unternehmen insgesamt berücksichtigt werden: So könnte ein Unternehmen bspw. auf Markt A eine beherrschende oder marktmächtige Stellung einnehmen, auf Markt B über Datenressourcen verfügen und auf Markt C relative Macht gegenüber vorgelagerten Unternehmen innehaben; all dies kann für die Feststellung einer ÜMÜB-Stellung in Zusammenhang gebracht werden. Ferner kann die ÜMÜB-Stellung eines Unternehmens auch festgestellt werden, ohne dass dieses auf einem identifizierbaren und klar abgegrenzten Markt marktbeherrschend ist. Der Gesetzgeber macht deutlich, dass die in § 19a Abs. 1 GWB enthaltenen Kriterien nicht kumulativ erfüllt sein müssen. Zudem ist weder mit der Reihenfolge im Gesetz noch in den Begründungen in den jeweiligen Beschlüssen des BKartA eine Gewichtung intendiert oder erkennbar. Mit der Gesamtwürdigung der im jeweiligen Einzelfall relevanten Kriterien zielt das Konzept darauf ab, die Gesamtbedeutung eines Unternehmens innerhalb eines digitalen Ökosystems zu bewerten.¹⁰ Die entsprechende Kriterienliste für Stufe 1 schließt hier eine tatsächlich marktbeherrschende Stellung als Indiz für das Vorliegen einer ÜMÜB-Stellung mit ein und mischt damit klassische Einzelmarktbeherrschungskriterien (bspw. Finanzkraft, § 19a Abs. 1 S. 2 GWB) mit Elementen ökonomischer Abhängigkeit bzw. relativer Marktmacht. Damit wurde eine neue Kategorie von Marktmacht geschaffen, die man als systemische Marktmacht bezeichnen könnte und die in der Ökosystemtheorie begründet liegt.¹¹ Die Feststellung einer ÜMÜB-Stellung ist auf fünf Jahre nach Eintritt der Bestandskraft befristet, um die Verhältnismäßigkeit sowie Rechtssicherheit, etwa auch der daraus folgenden Verpflichtungen aus Stufe 2, zu wahren.¹²

10 *Budzinski/Gaensle/Stöhr* (Fn. 8); *Budzinski/Gaensle/Stöhr*, *Concurrences* N° 3-2020, 38; Deutscher Bundestag v. 19.10.2020, Drucksache 19/23492, GWB-Digitalisierungsgesetz, 2020, 73ff.

11 *Budzinski/Gaensle/Stöhr* (Fn. 8).

12 Deutscher Bundestag (Fn. 10), [75].

Stufe 1 kann im Wesentlichen als Ausdruck einer konglomeraten Theorie¹³ bzw. einer Theorie sog. (digitaler) Ökosysteme beschrieben werden. Letztere besagt, dass die jeweiligen Unternehmen insgesamt keinem hinreichenden Wettbewerb(-sdruck) ausgesetzt sind, ohne dabei eine Aussage über konkrete Wettbewerbsdefizite (lack of competition) auf bestimmten Märkten zu machen.¹⁴ Dafür sprechen der notwendige initiale Schritt der Feststellung der erheblichen Aktivität auf mehrseitigen oder Plattformmärkten i.S.d. § 18 Abs. 3a GWB und die weiteren diversen Faktoren, die alle eine „marktübergreifende Bedeutung“ begründen. Dieses Konzept war bislang nicht in der deutschen Missbrauchskontrolle verankert. Die Feststellung des Vorliegens einer ÜMÜB-Stellung stellt das BKartA daher vor neue Herausforderungen. Aus ökonomischer Sicht versteht man unter den innerhalb des Ökosystem-Begriffs erfassten Marktstrukturen komplexe konglomerate und laterale Systeme, welche unter dem klassischen Marktmachtbegriff nur schwer fassbar sind. Bestehende Intermediationsmacht innerhalb einzelner Plattformen sowie darüberhinausgehende plattformübergreifende Macht können ein System multipler ökonomischer Abhängigkeiten (Multiple Economic Dependence) schaffen, welche bspw. verschiedene Formen des Missbrauchs von Marktmacht (Self-Preferencing und Leveraging), die strategische Schaffung von Inkompabilitäten und die Schaffung bzw. Stärkung von Marktzutrittsschranken ermöglichen, ohne dass in einem der beteiligten Einzelmärkte eine marktbeherrschende Stellung des ÜMÜB-Unternehmens vorliegt – wodurch eine Adressierung mittels „klassischer“ wettbewerbsrechtlicher Instrumente erschwert wird.¹⁵ Da die Kriterien allerdings nicht in kumulativer Form vorliegen müssen, ist die Feststellung eines Konglomerats oder Ökosystems i.S.d. § 19a Abs. 1 Nr. 3 GWB nicht zwingend. Es könnte in einzelnen Fällen also ausreichen, wenn das Unternehmen auf einem Teilmarkt marktmächtig oder besonders finanziell/oder datenstark ist.

Wird bei einem Unternehmen eine ÜMÜB-Stellung festgestellt, kann das BKartA dem entsprechenden Unternehmen in einem zweiten Schritt spezifische, als besonders schädlich für den Wettbewerb angesehen Verhaltensweisen untersagen (§ 19a Abs. 2 GWB): (1) die Bevorzugung eigener Dienstleistungen und Waren (Self-Preferencing) beim Vermitteln des Zu-

13 Vgl. Witt, Antitrust Bulletin, 2022, 67(2), 208; Mendelsohn (Fn. 9), [83-103].

14 Deutscher Bundestag (Fn. 10); Hornung, Journal of Antitrust Enforcement, 2023, jnad049.

15 Budzinski/Gaensle/Stöhr (Fn. 8); Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker (Fn. 3).

gangs zu Absatz und Beschaffungsmärkten, (2) Kopplungsgeschäfte zur Beschränkung der Geschäftstätigkeit anderer Unternehmen auf Absatz- oder Beschaffungsmärkten, (3) Behinderung des Wettbewerbs durch Exklusivitätsklauseln, (4) Schaffung oder Stärkung datenbasierter Marktzutritts-schranken, (5) Verweigerung oder Erschwerung der Interoperabilität von Produkten oder Dienstleistungen sowie die Einschränkung der Übertragbarkeit/Portabilität von Daten, (6) strategische Intransparenz geschäftsrele-vanter Informationen sowie (7) die Erzwingung exzessiver Datennutzungs-rechte. Diese Praktiken sind nicht missbräuchlich, wenn sie objektiv ge-rechtfertigt werden können. Die Beweislast für diese Rechtfertigung liegt beim designierten ÜMÜB-Unternehmen. Die Besonderheit des § 19a GWB ist, dass diese Verhaltensweisen als ex nunc missbräuchlich erachtet werden und somit eine ex-ante Wirkung entfalten können.

Die für den ersten Schritt – die Feststellung einer ÜMÜB-Stellung – aufgeführten, teilweise recht allgemein formulierten Kriterien sollen im Folgenden auf ihre Operationalität geprüft werden. Dafür werden die bis-herigen Beschlüsse sowie die Fallpraxis des BKartA ausgewertet. Auch aus der bisher knappen Fallpraxis zur zweiten Stufe sollen nachfolgend erste Schlussfolgerungen über die Wirkkraft des Instruments im Kontext der Missbrauchskontrolle insgesamt gezogen werden.

III. Vorstellung der bisherigen Fälle

Seit Inkrafttreten des § 19a GWB im Januar 2021 hat das BKartA Verfahren gegen insgesamt fünf Unternehmen eingeleitet und z.T. abgeschlossen. Alphabett, Amazon, Apple, Meta und zuletzt Microsoft wurden bereits nach § 19a Abs. 1 GWB als ÜMÜB-Unternehmen designiert. Zudem wurden ge-gegen fast alle der bereits designierten Unternehmen, jeweils bereits parallel zu den laufenden Verfahren der Stufe 1, entsprechende Verfahren zur Unter-sagung bestimmter Verhaltensweisen nach § 19a Abs. 2 GWB eingeleitet und vereinzelt abgeschlossen. Tabelle 1 gibt einen ersten Überblick über den Stand der Verfahren beider Stufen.

Tabelle 1: Übersicht Verfahren des BKartA auf Basis von § 19a GWB – Stand Januar 2024¹⁶

Unternehmen	Stufe 1 - § 19a Abs. 1 GWB	Stufe 2 - § 19a Abs. 2 GWB
Microsoft	Feststellung der überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb abgeschlossen 09/24 (rechtskräftig)	- Derzeit noch keine Prüfung konkreter Verhaltensweisen
Alphabet	Feststellung der überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb abgeschlossen 12/21 (rechtskräftig)	- Google News Showcase (abgeschlossen 12/22) - Google Datenverarbeitung (abgeschlossen 10/23) - Google Maps Plattform sowie Google Automotive Services (laufend, Abmahnung 06/23)
Amazon	Feststellung der überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb abgeschlossen 07/22 (bestätigt durch BGH 02/24)	- Preiskontrolle (laufend, erweitert auf §19a GWB 11/22) - Brandgating (laufend, erweitert auf §19a GWB 11/22)
Apple	Feststellung der überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb abgeschlossen 04/23 (vor Gericht anhängig)	- App-Tracking-Transparency-Framework (laufend, eingeleitet 06/22)
Meta	Feststellung der überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb abgeschlossen Mai 2022 (rechtskräftig)	- VR-Brillen/Facebook (laufend, Einführung Meta-Konto 11/22)

Im weiteren Verlauf werden die einzelnen Verfahren und ihr jeweils aktueller Stand bzw. ihr Ergebnis kurz vorgestellt.

1. Meta

Am 28. Januar 2021, nur wenige Tage nach Inkrafttreten der 10. GWB-Novelle, leitete das BKartA das erste Verfahren nach § 19a Abs. 1 GWB gegen

16 BKartA, Verfahren gegen große Digitalkonzerne auf der Basis von §19a GWB, Stand: November 2024, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Downloads/Verfahren_Digitalkonzerne.pdf?__blob=publicationFile&v=25 (abgerufen am 13. November 2024).

das Unternehmen Meta Platforms ein, wobei hier auf ein bereits seit Dezember 2020 laufendes Missbrauchsverfahren aufgrund der Verknüpfung der Nutzung der Virtual Reality Brille Oculus mit einem Facebook-Profil aufgesetzt wurde.¹⁷ Der Beschluss zu Feststellung der Normadressatenschaft i.S.d. § 19a Abs. 1 GWB fiel am 2. Mai 2022 und nennt insbesondere Facebook als relevanten Kerndienst, mit dem das Unternehmen nach Auffassung des BKartA zudem eine marktbeherrschende Stellung auf dem nationalen Plattform- und Netzwerkmarkt für soziale Netzwerke mit privater Nutzerschaft inne habe.¹⁸ Die Feststellung der erheblichen Aktivität auf Märkten i.S.d. § 18 Abs. 3a GWB läge maßgeblich in der Tätigkeit Metas im Bereich sozialer Medien wie Facebook, Instagram, Facebook Messenger sowie WhatsApp begründet, welche alle hinsichtlich ihres Geschäftsmodell es die Leistungsmerkmale eines mehrseitigen Marktes oder eines Netzwerkes erfüllen.¹⁹ Im Rahmen des Verfahrens wurden alle in § 19a Abs. 1 GWB aufgeführten Kriterien einer potenziellen ÜMÜB-Stellung geprüft und deren Vorliegen festgestellt, wobei zunächst die marktbeherrschende Stellung des Kerndienstes Facebook sowie eine starke Marktstellung im Bereich der Social-Media-Werbung i.S.d. § 19a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GWB festgestellt wurden.²⁰ Das Unternehmen legte keine Rechtsmittel gegen die Designation als ÜMÜB-Unternehmen ein und erkannte die Normadressatenschaft i.S.d. § 19a Abs. 1 GWB an. Gleichzeitig erklärte das Unternehmen jedoch ausdrücklich, dass dadurch nicht zwangsläufig eine Übereinstimmung mit allen von der Beschlussabteilung getroffenen Feststellungen und Schlussfolgerungen angenommen werden könne.²¹

Hinsichtlich Stufe 2 wurde ebenfalls auf das bereits Ende 2020 eingeleitete Verfahren gegen Meta aufgrund der Kopplung der Dienste Facebook

17 BKartA, Pressemitteilung: Bundeskartellamt/Facebook, Erstes Verfahren nach den neuen Vorschriften für Digitalkonzerne - Bundeskartellamt prüft im Facebook/Oculus-Verfahren auch den neuen § 19 a GWB, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Pressemitteilungen/2021/28_01_2021_Facebook_Oculus.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (abgerufen am 14. Januar 2024).

18 BKartA v. 02.05.2022, B6-27/21 – Überragende marktübergreifende Wettbewerbsbedeutung von Meta/Facebook, Rn. 117, 123.

19 BKartA (Fn. 18), [Rn. 83f.].

20 BKartA (Fn. 18), [Rn. 123].

21 BKartA, Pressemitteilung: Für Meta (vormals Facebook) gelten neue Regeln – Bundeskartellamt stellt „überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb“ fest, 2022, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Pressemitteilungen/2022/04_05_2022_Facebook_19a.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (abgerufen am 14. Januar 2024).

und Instagram mit der Nutzung von Oculus (mittlerweile „Quest 2“) aufgesetzt.²² Meta reagierte im August 2022 auf die Wettbewerbsbedenken der Behörde und führte das sog. „Meta-Konto“ ein, wodurch seit Januar 2023 Oculus-Brillen auch ohne eine Anmeldung bei Instagram oder Facebook genutzt werden können. Den Nutzerinnen und Nutzern muss dabei die Entscheidung hinsichtlich einer Verbindung der Dienste möglichst frei und unbeeinflusst ermöglicht werden. Das BKartA machte jedoch deutlich, dass das Verfahren damit noch nicht abgeschlossen sei, da eine Klärung der Zulässigkeit einer potenziellen dienstübergreifenden Datenverarbeitung noch ausstünde.²³

2. Alphabet

Das bislang schnellste Verfahren zur Feststellung einer Normadressatschaft i.S.d. § 19a Abs. 1 GWB führte das BKartA zu Alphabet, mit Einleitung am 29. April 2021 und Beschluss am 30. Dezember desselben Jahres. Als Kernmarkt benennt das BKartA die Google-Suchmaschine, mit welcher das Unternehmen in erheblichem Umfang – im Verhältnis zur Gesamtaktivität des Unternehmens sowie im Verhältnis zu den Wettbewerbern – auf Märkten i.S.d. § 18 Abs. 3a GWB tätig sei.²⁴ Auch im vorliegenden Fall wurden alle ÜMÜB-Kriterien geprüft und das BKartA stellte ebenso eine marktbeherrschende Stellung fest: Google sei auf dem nationalen Markt für allgemeine Suchdienste marktbeherrschend (§ 19a Abs. 1 Nr. 1 GWB).²⁵ Neben dieser marktbeherrschenden Stellung lägen zudem Anhaltspunkte dafür vor, dass das Unternehmen auch auf angrenzenden Märkten (etwa für suchgebundene Werbung und Betriebssysteme für mobile Endgeräte) starke Positionen innehabe. Eine genaue Abgrenzung dieser Märkte sowie Prüfung einer etwaigen Marktbeherrschung wurde vom BKartA aufgrund des hinreichenden Vorliegens der Marktbeherrschung auf dem Kernmarkt jedoch nicht vorgenommen.²⁶ Für die Marktabgrenzung sowie die Feststellung der Marktbeherrschung orientierte sich das BKartA u.a. an den

22 BKartA (Fn. 17).

23 BKartA v. 23.11.2022, B6-55/20 – Fallbericht: Verknüpfung von Meta Quest (vormals Oculus) mit dem Facebook-Netzwerk (Meta).

24 BKartA v. 30.12.2021, B7-61/21 – Feststellung der überragenden marktübergreifenden Wettbewerbsbedeutung von Alphabet/Google, Rn. 53ff.

25 BKartA (Fn. 24), [Rn. 62].

26 BKartA (Fn. 24), [Rn. 231].

Ergebnissen der Europäischen Kommission (zuletzt in 2018) sowie anderer Wettbewerbsbehörden und Gerichte, wobei das Vorliegen einer Marktbeherrschung Googles in diesen anderen Fällen jeweils nicht von Alphabet bestritten wurde.²⁷

Auch Alphabet legte keine Rechtsmittel gegen die festgestellte Normadressateneigenschaft i.S.d. § 19a Abs. 1 GWB ein. Nach dieser Feststellung eröffnete das BKartA drei Stufe-2-Verfahren zum Nachrichtenangebot Google News Showcase (Verdrängung von Wettbewerbern sowie Benachteiligung teilnehmender Verlage), zu Datenverarbeitungskonditionen (Beidenken nach § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 4a GWB) sowie Google Maps bzw. Google Automotive Services (u.a. Einschränkung der Kombination von Maps mit Kartendiensten Dritter). Auch diese Verfahren fanden nicht isoliert statt, sondern wurden in größere (und längere) Missbrauchsverfahren integriert. Die ersten beiden Verfahren wurden durch Zusagen Googles bereits abgeschlossen während, nach einer ersten Abmahnung und der vorläufigen rechtlichen Einschätzung des BKartA im Juni 2023, das Verfahren zu Maps und Google Automotive Services noch läuft.²⁸

3. Amazon

Das Verfahren zur Feststellung der Normadressatenschaft Amazons i.S.d. § 19a Abs. 1 GWB wurde am 18. Mai 2021 vom BKartA eingeleitet, der Beschluss erging am 5. Juli 2022. Amazon legte jedoch beim Bundesgerichtshof (BGH) Beschwerde gegen den Beschluss des BKartA ein.²⁹ Neben den

27 BKartA (Fn. 24), [Rn. 235ff.]; Kommission v. 18.07.2018, AT.40099 – Google Android, Rn. 674 ff.; Kommission v. 27.06.2017, AT.39740 – Google Search (Shopping), Rn. 271 ff., bestätigt durch EuGH, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google and Alphabet / Commission (Google Shopping).

28 BKartA v. 21.12.2022, V-43/20 – Fallbericht: Kartellrechtliche Prüfung von „Google News Showcase“; BKartA, Pressemitteilung: Abmahnung verschiedener Praktiken Googles im Zusammenhang mit den Google Automotive Services und der Google Maps Platform, 2023, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2023/21_06_2023_Google.html (abgerufen am 14. Januar 2024); BKartA (Fn. 16).

29 BGH, Pressemitteilung: Verhandlungstermin am 27. Juni 2023 um 11.30 Uhr, Saal E 101, in Sachen KVB 56/22 (Amazon.com, Inc. - Feststellung der überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb), 2023, <https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Termine/DE/OhneTermin/KVB56-22.html> (abgerufen am 14. Januar 2024).

von Amazon vorgebrachten, sich aus höherrangigem Recht ergebenden Fragen der Hindernisse für die Anwendung von § 19a GWB (die Notifizierungspflicht nach Richtlinie (EU) 2015/1535, die Pflicht zur Vorlage an den EuGH und das ungeklärte Verhältnis zum DMA), zweifelte das Unternehmen die vom BKartA vorgenommene Marktabgrenzung sowie festgestellte Marktbeherrschung (§ 19a Abs. 1 Nr. 1 GWB) auf dem nationalen Markt für die Erbringung von Online-Marktplatzdienstleistungen für gewerbliche Händler an. Bereits im ersten Verhandlungstermin wurden die formalen Hindernisse und die Vorlagepflicht nach Art. 267 AEUV durch den BGH verneint.³⁰ Der Kartellsenat des BGH bestätigte am 23. April 2024 die Entscheidung des Bundeskartellamtes und erkannte Amazon eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb i.S.d. § 19a Abs. 1 GWB an.³¹ Das Urteil ist die erste rechtskräftige Entscheidung über eine Beschwerde gegen eine Feststellungentscheidung zur Normadressatenschaft und unterstreicht die weitreichenden Aktivitäten von Amazon auf mehrseitigen Märkten und sein strategisches Potenzial, den Wettbewerb zu beeinflussen. Darüber hinaus stellt das Urteil fest, dass § 19a Abs. 1 GWB nicht mit dem Digital Markets Act (DMA) der Europäischen Union kollidiert.³² Neben den eigenen Untersuchungen bezog sich das BKartA bei seiner Feststellung auch auf die Ergebnisse anderer Wettbewerbsbehörden, von denen marktbeherrschende Stellungen Amazons bereits auf anderen räumlichen Märkten für die Erbringung von Marktplatz-Diensten bzw. Vermittlungsleistungen über Online-Marktplätze festgestellt wurden.³³ Gleichzeitig wird bereits im Beschluss des BKartA festgestellt, dass selbst wenn Amazon keine marktbeherrschende Stellung auf dem relevanten Markt innehätte, so doch mindestens eine sehr große Marktmacht des Unternehmens vorläge. Zudem ist zu beachten, dass das Kriterium der Marktbeherrschung bzw. der bestehenden Marktmacht nach § 19a Abs. 1 Nr. 1 GWB nicht zwingend für das Vorhandensein einer ÜMÜB-Stellung vorliegen muss.³⁴ Neben der umfangreichen Prüfung des Vorliegens einer marktbeherrschenden Position

30 BGH Pressemitteilung v. 22.06.2023 Amazon.com, Inc. - Feststellung der überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb, <https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2023/2023099.html> (abgerufen am 21. November 2024)

31 BKartA v. 05.07.2022, B2-55/21 – Feststellung einer überragenden marktübergreifenden Wettbewerbsbedeutung von, Rn. 87; BGH Beschl. v. 23.04.2024, KVB 56/22 (GRUR-RS 2024, 8950), Rn. 159 bis 161; 188 bis 190.

32 BGH Beschl. v. 23.04.2024, KVB 56/22 (GRUR-RS 2024, 8950) Rn. 18.

33 BKartA (Fn. 31), [Rn. 263ff.].

34 BKartA (Fn. 31), [Rn. 90].

Amazons wurden auch in diesem Fall alle weiteren Kriterien des § 19a Abs. 1 GWB geprüft und vom BKartA als zutreffend festgestellt.

Die Feststellung der Normadressatenschaft Amazons i.S.d. § 19a Abs. 1 GWB blieb trotz des Beschwerdeverfahrens vor dem BGH, welches hier mit dem Ziel der Verfahrensbeschleunigung gemäß § 73 Abs. 5 Nr. 1 GWB als Tatsachengericht als Erst- und zeitgleich Letztinstanz zuständig ist, vollstreckbar. Bereits nach dem ersten Verhandlungstermin teilte das Gericht mit, dass es, trotz der Argumente Amazons hinsichtlich einer potenziellen Verletzung von Unionsrecht, keine Vorlage vor dem EuGH plane. Auch konnte nach einer ersten Einschätzung kein Verstoß gegen das Grundgesetz festgestellt werden.³⁵

Mangels aufschiebender Wirkung liefen bereits vor der Bestätigung der Normadressatenschaft i.S.d. § 19a Abs. 1 GWB durch den BGH die Verfahren des BKartA nach § 19a Abs. 2 GWB gegen Amazon. Zwei davor bereits laufende Missbrauchsverfahren zu algorithmischen Preiskontrollmechanismen sowie der möglichen Benachteiligung von Marktplatzhändlern hinsichtlich der Zulassung bzw. dem Ausschluss von Händlern vom Verkauf von Markenartikeln wurden im November 2022 entsprechend ausgeweitet.³⁶

4. Apple

Ebenfalls vor dem BGH anhängig ist das Verfahren um die vom BKartA am 3. April 2023 festgestellte Normadressateneigenschaft i.S.d. § 19a Abs. 1 GWB Apples, gegen welche das Unternehmen Beschwerde eingelegt hatte. Hier ist zur konkreten Argumentation des Unternehmens jedoch nicht viel bekannt.³⁷ Dieses bisher längste Stufe-1-Verfahren war bereits am 21. Juni 2021 eingeleitet worden. Auch hier stellte das BKartA zunächst eine markt-

35 BGH (Fn. 29).

36 BKartA, Pressemitteilung: Prüfung der laufenden Verfahren gegen Amazon auch nach § 19a GWB, 2022, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Pressemitteilungen/2022/14_11_2022_Amazon_19a.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (abgerufen am 14. Januar 2024).

37 Die Gewichtung der vom BKartA vorgebrachten Wettbewerbsbedenken gegen das vom Unternehmen verfolgte Geschäftsmodell, welches die Privatsphäre und Datensicherheit der Konsumenten in den Vordergrund stelle, sei laut Apple fehlerhaft. Siehe: Schätzler, Beitrag auf fieldfisher.com v. 13.04.2023, Bundeskartellamt: Apple ist ebenfalls Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb, <https://www.fieldfisher.com/de-de/insights/bundeskartellamt-apple>

beherrschende Stellung Apples auf den Märkten für mobile Hardware fest, welche durch die Produkte iPhone, iPad sowie Apple Watch begründet seien. Zusätzlich gestärkt werde diese Stellung durch den technischen Ausschluss alternativer Angebote hinsichtlich zentraler Plattformmärkte für mobile Betriebssysteme sowie den Softwarevertrieb. Apple sei dadurch mit dem Betriebssystem iOS sowie dem App Store ebenfalls marktbeherrschend auf den entsprechenden Märkten. Für alle drei Märkte stellte das BKartA fest, dass, auch wenn keine Marktbeherrschung vorliegen würde, mindestens eine marktstarke Position Apples bestehe.³⁸ Erneut wurde der gesamte Kriterienkatalog des § 19a Abs. 1 GWB abgeprüft und alle Charakteristika jeweils für einschlägig befunden.

Noch vor Abschluss des Stufe-1-Verfahrens leitete das BKartA ein Verfahren nach § 19a Abs. 2 GWB gegen Apple ein. Das vom Unternehmen in 2021 eingeführte App Tracking Transparency Framework wird daraufhin untersucht, ob es potenziell den Tatbestand des Self-Preferencing erfüllt, da entsprechende Wahlmöglichkeiten der Nutzerinnen und Nutzer hinsichtlich der Verwendung ihrer Daten lediglich für Produkte (Apps) Dritter gelten.³⁹

5. Microsoft

Das zuletzt, am 28. März 2023, eröffnete Stufe-1-Verfahren betrifft Microsoft und wurde im September 2024 abgeschlossen. Die ÜMÜB-Stellung des Unternehmens läge laut BKartA vor allem in dessen starker Stellung als digitales Ökosystem begründet, mit welchem es entscheidender Bestandteil der IT-Infrastruktur für Unternehmen, Regierungsbehörden und Einzelpersonen geworden sei. Dies werde durch technische Verknüpfungen und ergänzende Angebote, die den Einfluss des Unternehmens auf mehrere Sektoren ausdehnen, noch verstärkt. U.a. ist Microsoft auf den Märkten für Betriebssysteme (Windows) sowie Büro-Software (Office-Programme)

-ist-ebenfalls-unternehmen-mit-marktuebergreifender-bedeutung (abgerufen am 14. Januar 2024).

- 38 BKartA v. 03.04.2023, B9-67/21 – Feststellung der überragenden marktübergreifenden Wettbewerbsbedeutung von Apple, Rn. 233f.
- 39 BKartA, Pressemitteilung: Bundeskartellamt prüft Apples Tracking-Regelungen für Dritt-Apps, 2022, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Pressemitteilungen/2022/14_06_2022_Apple.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (abgerufen am 14. Januar 2024).

aktiv. Zudem werde das Angebot für Privat- und Geschäftskunden kontinuierlich erweitert und eine wachsende Bedeutung von Cloud-Diensten (Azure und OneDrive) sowie deren Verbindung zu bestehenden Office-Produkten beobachtet. Neben diesen Kernmärkten ist Microsoft des Weiteren auf den Märkten für Gaming (Xbox), Karrierenetzwerken (LinkedIn), Online-Suchdienste (Bing) sowie zuletzt auch KI-Diensten aktiv.⁴⁰ Durch die Vernetzung der Einzelmärkte und Angebot innerhalb des Ökosystems könne das Unternehmen nach Auffassung des BKartA potenziell den Wettbewerb durch (künstliche) Interdependenzen und verminderte Interoperabilität behindern.

Zu etwaigen begleitenden Stufe-2-Verfahren liegen noch keine Informationen vor. Hier werden wohl auch die aktuellsten Entwicklungen auf EU-Ebene hinsichtlich der Entflechtung der Anwendung „Teams“ aus dem Office-Programm Microsofts sowie die Übernahme des Spieleentwicklers „Activision Blizzard“ Berücksichtigung finden.⁴¹

IV. Erste Erfahrungen

Nach der Kurzvorstellung der bisherigen Fälle sollen nun erste Schlüsse aus der Fallpraxis gezogen werden. Diese orientieren sich an folgenden Fragen: Wie sind die Kriterien des Abs. 1 zu verstehen und einzuordnen? In welchem Verhältnis stehen die in Abs. 2 genannten Verhaltensweisen zu laufenden und kürzlich abgeschlossenen Verfahren nach §§ 18, 19 GWB und

40 BKartA, Pressemitteilung: Prüfung Microsofts marktübergreifender Bedeutung, 2023, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Pressemitteilungen/2023/28_03_2023_Microsoft.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (abgerufen am 14. Januar 2024); BKartA, Pressemitteilung: Auch Microsoft unterliegt erweiterter Missbrauchsaufsicht des § 19a GWB – Bundeskartellamt stellt überragende marktübergreifende Bedeutung fest, 2024, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2024/30_09_2024_Microsoft.html (abgerufen am 13. November 2024).

41 Kommission, Press release: Commission clears acquisition of Activision Blizzard by Microsoft, subject to conditions, 2023, https://ec.europa.eu/competition/presscorner/detail/%20en/ip_23_2705 (abgerufen am 14. Januar 2024); Kommission, Press release: Commission opens investigation into possible anticompetitive practices by Microsoft regarding Teams, 2023, https://ec.europa.eu/competition/presscorner/detail/en/ip_23_3991 (abgerufen am 14. Januar 2024); Linde, Beitrag auf blogs.microsoft.com v. 31.08.2023, Microsoft announces changes to Microsoft 365 and Office 365 to address European competition concerns, <https://blogs.microsoft.com/eupolicy/2023/08/31/european-competition-teams-office-microsoft-365/> (abgerufen am 14. Januar 2024).

Art. 102 AEUV? Und daraus allgemein abgeleitet: Welche Aussagen über die Rechtsnatur der Norm – und damit dem Verhältnis zum DMA – lassen sich treffen? Werden die im Rahmen der 10. GWB-Novelle geäußerten Ziele entsprechend erreicht?

1. Stufe 1

a) Die Verfahren nach Abs. 1

Grundsätzlich sollen mit dem neuen Instrument des § 19a GWB potenziell wettbewerbswidrige Verhaltensweisen von Unternehmen mit verschiedenen, digitalen Geschäftsmodellen adressiert werden, weswegen die Begründungen der Normadressatenschaft i.S.d. § 19a Abs. 1 GWB sich hinsichtlich der Gewichtung der einzelnen Faktoren sowie der Argumentationen unterscheiden. Der erste, vom BKartA im Jahr 2021 aufgegriffene Fall setzte auf ein bereits laufendes Missbrauchsverfahren gegen Facebook/Meta auf. Die darauffolgenden Untersuchungen hinsichtlich einer potenziellen Normadressatenschaft starteten hingegen „eigenständig“. Nichtsdestotrotz sind alle der bisher adressierten Unternehmen dem BKartA durchaus bekannt.

Ein erster, sich im Rahmen der Stufe-1-Verfahren abzeichnender Trend bezieht sich auf die Länge der Beschlüsse sowie der Verfahrensdauern. Umfasste der erste Beschluss zur Feststellung der Normadressatenschaft Alphabets noch lediglich 173 Seiten, so waren es im zuletzt veröffentlichten Beschluss zu Apple bereits 342 Seiten. Die Verfahrensdauern betrugen respektive acht bzw. 21 Monate.⁴² Diese Verlängerungen scheinen (auch) im Verfahrensgang sowie Lerneffekten des BKartA und der Unternehmen begründet zu sein. So wird etwa in den Begründungen zu Apple und Amazon jeweils auch auf die entsprechenden Argumentationen der Unternehmen aus verschiedenen Eingaben und Antworten auf Fragen der BKartA eingegangen, beispielsweise zur vorgenommenen Marktabgrenzung sowie der darauf aufbauenden Feststellung einer Marktbeherrschung.⁴³ Trotz der tiefgehenden Ausführungen des BKartA zu diesen beiden Aspekten sowie der zusätzlichen Prüfung einer marktstarken Stellung sind diese sehr grundlegenden Themenfelder wesentlicher Teil der beiden z.T. noch anhängigen Beschwerdeverfahren vor dem BGH. Eine entsprechende An-

42 BKartA (Fn. 24).

43 BKartA (Fn. 31).

passung und Ausweitung der Beschlüsse scheint also zunächst nicht zur Verkürzung der Verfahrensdauern (bspw. i.S. einer Nicht-Anfechtung der Designation durch die Unternehmen) beizutragen. Insgesamt zeichnet sich eine Verlängerung der Stufe-1-Verfahrensdauern ab, wobei noch nicht eingeschätzt werden kann, inwiefern sich die Verfahren zur Adressierung der wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen insgesamt (also inklusive der Stufe-2-Verfahren) im Vergleich zu vorherigen Missbrauchsverfahren potenziell verkürzen, wie es eines der Ziele der Einführung des neuen Instruments war.

Der Aufbau der Beschlüsse und Argumentationen des BKartA folgen einer wiederkehrenden, wiederum zweigliedrigen Struktur. Die nachfolgende Analyse bezieht sich dabei auf die bisher veröffentlichten Beschlüsse und schließt daher den Microsoft-Fall aus:

- Mit dem neuen Instrument sollen die erheblichen Konzentrationstendenzen sowie Selbstverstärkungsdynamiken der auf mehrseitigen Märkten und Netzwerken vorherrschenden Geschäftsmodelle adressiert werden. Aus diesem Grund muss das BKartA in einem ersten Schritt zur Feststellung der Normadressatenschaft zunächst zwingend die erhebliche Tätigkeit des betreffenden Unternehmens auf Märkten nach § 18 Abs. 3a GWB nachweisen, um im Anschluss die entsprechenden Kriterien für eine Feststellung der überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb vorzunehmen.⁴⁴ Dabei ist es unerheblich, ob die später festzustellende marktübergreifende Bedeutung des Unternehmens auf die Tätigkeiten auf diesen entsprechenden Märkten zurückzuführen ist. So sind unter § 19a Abs. 1 GWB auch Unternehmen erfasst, die auf Märkten nach § 18 Abs. 3a GWB aktiv sind, deren ÜMÜB-Stellung sich aber zu wesentlichen Teilen auch aus anderen Aktivitäten auf digitalen Märkten speist. Es ist dabei ebenfalls unerheblich, ob auf diesen Märkten marktbeherrschende oder Monopolstellungen vorliegen.⁴⁵ Im Rahmen der notwendigen Marktabgrenzung nimmt das BKartA jeweils eine ausführliche Beschreibung der vom betreffenden Unternehmen angebotenen Produkte und Dienstleistungen vor. Hierbei konzentriert sich die Behörde jeweils auf einen oder wenige Kernmärkte bzw. Kerndienste, von welchen die ÜMÜB-Stellung potenziell ausgeht, stellt jedoch insbesondere die jeweilige Verbundenheit der verschiedenen Märkte und Dienste heraus und damit das gesamte Ökosystem ins Zentrum der Analyse. Wesentlich

44 Bauermeister, Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies, 2022, 15(26), 75.

45 Deutscher Bundestag (Fn. 10), [73ff.].

ist in diesem ersten Schritt zunächst die Prüfung der Mehrseitigkeit des jeweils untersuchten Kernmarktes sowie die Darstellung der Erheblichkeit der Tätigkeit des Unternehmens auf diesem im Verhältnis zur Gesamtaktivität sowie im Verhältnis zu Wettbewerbern. U.a. anhand der beiden BGH-Verfahren und der dort vorgebrachten Argumente zeigen sich die auch weiterhin bestehenden Herausforderungen für Wettbewerbsbehörden, die mit der Marktabgrenzung sowie dem Nachweis von Marktmacht auf Plattform- und Netzwerkmärkten einhergehen.

- Nach der Feststellung der erheblichen Tätigkeit des betreffenden Unternehmens auf Märkten i.S.d. § 18 Abs. 3a GWB folgt die Prüfung der Kriterien, die zum wettbewerblichen Potential eines Unternehmens und damit zur Schaffung bzw. Stärkung einer ÜMÜB-Stellung beitragen können. Die in § 19a Abs. 1 S. 2 GWB aufgeführten Kriterien müssen jedoch nicht kumulativ oder in einer bestimmten Qualität erfüllt sein. Ebenfalls ist diese Liste nicht als abschließend zu verstehen und es ist keine Gewichtung intendiert.⁴⁶ In der bisherigen Fallpraxis, basierend auf den bisher veröffentlichten Fallentscheidungen, prüfte das BKartA jeweils alle Kriterien, meist beginnend mit der Marktbeherrschung (§ 19a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GWB), und kam in jedem der Fälle zu dem Schluss, dass alle Kriterien erfüllt seien. Es zeigt sich jedoch bereits jetzt, dass außer der Marktbeherrschung das Ausmaß der Erfüllung der Kriterien wenig konkret und kaum messbar ist. Dies ist zwar nicht zwingend notwendig, führt jedoch potenziell zu Rechtsunsicherheit. Gleiches gilt für die Offenheit der Kriterienliste für die Aufnahme zusätzlicher Kriterien. Es zeichnet sich bisher keine entsprechende Ergänzung ab, diese ist jedoch im Zeitverlauf nicht auszuschließen.

b) Die Kriterien des Abs. 1

Zur bisherigen Fallpraxis hinsichtlich der Prüfung der einzelnen Kriterien durch das BKartA ist Folgendes anzumerken:

- Zwar ist ein konkreter Nachweis des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung (§ 19a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GWB) für die Feststellung einer ÜMÜB-Stellung nicht zwingend notwendig, nichtsdestotrotz prüfte das BKartA diese bisher in jedem der untersuchten Fälle. Zudem kann

46 Deutscher Bundestag (Fn. 10), [73ff.].

diesem Faktor potenziell ein erhebliches Gewicht zufallen, wenn diese marktbeherrschende Stellung gerade auf einem Plattform- oder Netzwerkmarkt innerhalb eines digitalen Ökosystems besteht. In den Fällen Amazon und Apple zeigt sich, dass hier auch starke Markt- bzw. Machtpositionen des betroffenen Unternehmens berücksichtigt werden können, die sich – gerade auch wegen der angesprochenen Schwierigkeiten der Marktabgrenzung auf digitalen Märkten – nur schwer mit dem Konzept der Marktbeherrschung erfassen lassen. Es bedarf hier also keiner exakten Marktabgrenzung aller betroffenen Teilmärkte – eine starke Marktstellung des untersuchten Unternehmens auf mindestens einem Kernmarkt ist grundsätzlich hinreichend für die Erfüllung des Kriteriums § 19a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GWB.⁴⁷

- Im Rahmen der Auslegung von § 19a Abs. 1 S. 2 Nr. 2 GWB bezieht sich das BKartA auf das Ökosystem-Konzept. Konkret wird geprüft, inwiefern das untersuchte Unternehmen über die entsprechende Finanzkraft oder anderweitige Ressourcen verfügt, welche marktübergreifend und damit zur Erweiterung bzw. der Absicherung eines Ökosystems eingesetzt werden können. Hierbei werden alle dem Unternehmen zur Verfügung stehenden „Capabilities“ berücksichtigt, wobei ein Fokus auf dem Innovationspotenzial des Unternehmens liegt. Berücksichtigt werden hier auch potenziell wettbewerbsgefährdende Selbstverstärkungseffekte.⁴⁸
- Ebenfalls zur Erfassung der Besonderheiten digitaler Ökosysteme zielt § 19a Abs. 1 S. 2 Nr. 3 GWB über eine vertikale oder konglomerate nutzerseitige Verbundenheit der angebotenen Dienste und Produkte hinaus. Das BKartA prüft hier konkret, inwiefern diese Verbindungen dem Unternehmen ermöglichen, wettbewerbliche Vorteile zu erzielen oder auch den Marktzugang zu kontrollieren. Dabei werden vertikale und/oder konglomerate Verbindungen jeweils nicht unterschiedlich gewichtet, sondern stellen lediglich die entsprechende „Breite“ und „Tiefe“ der mit dem Kernmarkt verbundenen Dienste und Produkte dar.⁴⁹
- In der potenziell bestehenden Datenmacht nach § 19a Abs. 1 S. 2 Nr. 4 GWB sieht das BKartA eine erhebliche Relevanz, wobei Daten hier als gesonderte Ressource (neben den in § 19a Abs. 1 S. 2 Nr. 3 GWB geprüften) mit großer Bedeutung für die Bildung und Verstärkung von Ökosys-

47 Siehe etwa BKartA (Fn. 31); BKartA (Fn. 38).

48 Siehe etwa BKartA (Fn. 24).

49 Siehe etwa BKartA (Fn. 24).

temen betrachtet werden. Dabei wird der Begriff „Daten“ weit ausgelegt und umfasst im Effekt jede dem Unternehmen zur Verfügung stehende Information. Im Sinne von „Shareable Inputs“, welche innerhalb eines Ökosystems dienste- und geräteübergreifend genutzt werden können, prüft das BKartA den Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten marktübergreifend und analysiert sowohl Datenquantität als auch -qualität in verschiedenen Ausprägungen.⁵⁰

- Abschließend wird mit § 19a Abs. 1 S. 2 Nr. 5 GWB die Regelsetzungsbzw. Intermediationsmacht von Unternehmen – und damit erneut die Möglichkeit zur Schaffung bzw. Stärkung eines Ökosystems – adressiert. Trotz der Vorgabe der Nicht-Gewichtung der einzelnen Kriterien, macht das BKartA in seinen Ausführungen deutlich, dass die potenziell vorliegenden Abhängigkeiten auf Seiten anderer Marktteilnehmer ein wesentliches Charakteristikum der Normadressatenstellung nach § 19a Abs. 1 GWB sein können. Dies läge insbesondere an den daraus resultierenden Möglichkeiten, den Wettbewerbsprozess nach den Vorstellungen der ÜMÜB-Unternehmen zu gestalten oder zum eigenen Vorteil zu verfälschen. Das Kriterium setzt dabei lediglich die Bedeutung der Tätigkeit des (potenziellen) Normadressaten für den Zugang Dritter zu Beschaffungs- und Absatzmärkten voraus, nicht aber eine etwaige darüber hinaus gehende Marktmacht.⁵¹

Insbesondere die Abkehr vom Erfordernis der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung (§§ 18, 19 GWB, Art. 102 AEUV) ist von großer Relevanz. Die Norm des § 19a GWB versucht damit Machtkonzentrationen zu erfassen, die entweder über die klassische Marktmacht hinausgehen (d.h. marktübergreifende Macht begründen) oder durch Faktoren jenseits von Preisen (Daten, Zugang, Aufmerksamkeit) bedingt sind. Ohne konkrete Marktabgrenzung⁵² und Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung waren missbräuchliche Marktstrukturen und auch Verhaltensweisen bisher kaum greifbar. Nunmehr genügt, dem Wortlaut nach, die Feststellung anderer Kriterien und damit auch anderer Formen oder Quellen wirtschaft-

50 Siehe etwa BKartA (Fn. 18).

51 Siehe etwa BKartA (Fn. 24).

52 Zur Diskussion um die Marktabgrenzung in der Zusammenschlusskontrolle, *Schwabe*, e-Competitions Market definition in the digital economy, 2019, Art. No. 91832; *Kaplow*, Harvard Law Review, 2010, 124(2), 437; *Markovits*, The Antitrust Bulletin, 2002, 47(4), 571; *Robertson*, Competition Law's Innovation Factor - The Relevant Market in Dynamic Contexts in the EU and the US, 2020.

licher Macht, um ein Tätigwerden der Kartellbehörde zu legitimieren. Die Norm versucht damit, das Wettbewerbsrecht für die Bedingungen des digitalen Wettbewerbs und die Konzentrationen auf diesen Märkten zu wappnen. Allerdings bleibt unklar, mit welchem Konkretisierungsgrad die Feststellung der überragenden marktübergreifenden Bedeutung zu erfolgen hat und welche Rückschlüsse auf die Wettbewerbsintensität aus dem Vorliegen welcher Kriterien gezogen werden können. Auch wenn alle weiteren Kriterien – Faktoren wie Finanzkraft, vertikale Integration und „Datenmacht“ (oder der Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten) – dem Wettbewerbsrecht bekannt sind (vgl. § 18 Abs. 3 GWB), ist nicht klar, ob und wie diese isoliert und ohne Berücksichtigung der Marktstellung funktionieren (können). So war die reine „Datenmacht“ eines Unternehmens eine bislang umstrittene Machtkategorie, da auch große Datenmengen aufgrund von Nicht-Rivalität und Nicht-Ausschließbarkeit nicht notwendigerweise zu unbestreitbaren Marktpositionen führen. Nichtsdestotrotz stellte sich in diesem Zusammenhang bereits die Frage, inwieweit bspw. die sog. "Essential Facilities Doctrine" um Daten erweitert werden sollte – etwa aufgrund bestehender Netzwerkeffekte und Wechselkosten, die Unternehmen mit entsprechender Datenmacht ausnutzen könnten.⁵³ Auch aus der reinen Finanzkraft eines Unternehmens ließen sich in der Vergangenheit empirisch kaum Rückschlüsse auf die Marktstellung und die Auswirkungen auf den Wettbewerb ziehen. Es zeigte sich, dass die Finanzkraft eines Unternehmens im klassischen Wettbewerbskontext nicht die gleiche Aussagekraft wie sein Marktanteil hat, da Finanzkraft allenfalls eine noch nicht manifestierte Form der Macht darstellt und der Einsatz dieser Ressource noch von keinem relevanten Erfolg gekrönt ist und ebenso in einer Fehlinvestition enden könnte.⁵⁴ Trotz wichtigen Erkenntnissen galt die sog. „Deep Pockets“-Theorie⁵⁵, die im Zusammenhang mit Konglomeraten entwickelt

53 Körber, NZKart, 2016, Heft 7, 303; Tucker, Review of Industrial Organization, 2019, 54, 683; Graef, EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility, 2016; sowie zur vergleichbaren Diskussion über ein Eigentumsrecht an Daten Kerber, GRUR Int., 2016, Heft 11, 989.

54 Haucap/Schweitzer/Kerber/Welker, HU Berlin Working Paper Series, 2019, No. 5.

55 Edwards, Business Concentration and Price Policy, 1955, 331, 331. Für einen Überblick über frühe Theorien über Wettbewerbsprobleme durch konglomerate Unternehmen vgl. auch Weston, St. John's Law Review, 1970, 44(5), 66; sowie aus industrieökonomischer Sicht Scherer/Ross, Industrial Market Structure and Economic Performance, 3. Aufl., 1990, 126ff.

wurde, daher lange als widerlegt.⁵⁶ Unter anderem vor dem Hintergrund der Verlustpreisstrategien Amazons trat die Sorge, dass konglomerate Konzerne durch ihre großen finanziellen Ressourcen in einzelnen Geschäftsbe reichen⁵⁷ entsprechende Strategien langfristig durchhalten und damit den Wettbewerb beschränken könnten, im Bereich der Digitalkonzerne wieder in Erscheinung – wenngleich empirische Evidenz zur Bestätigung dieses modifizierten Ansatzes der „Deep Pockets“-Theorie weiterhin fehlt.⁵⁸

Indes wurde in allen bisherigen § 19a GWB-Fällen weiterhin das Vor liegen einer marktbeherrschenden Stellung festgestellt. Aufgrund der genü genden starken Markt- bzw. Machtposition des jeweiligen Unternehmens ist hier der Begründungsaufwand geringer als in klassischen Wettbewerbs verfahren nach § 18 GWB – in den bisherigen Fällen wurde oftmals darauf verwiesen, dass eine exakte Marktabgrenzung nicht erforderlich sei.⁵⁹ Auch wenn sich das BKartA bisher relativ ausführlich mit dem gesamten Kriterienkatalog auseinandergesetzt hat, stellt sich weiterhin die Frage nach dem Verhältnis der Kriterien zueinander und deren Gewichtung. Die not wendige Konkretisierung der Prüfung wird sich möglicherweise erst in weiteren (gerichtlichen) Verfahren herauskristallisieren. Auch wenn die Feststellungen der ÜMÜB-Stellungen im Ergebnis überzeugen, wirken sie teilweise etwas unbestimmt und wenig konkret. In zwei Verfahren wurde bereits unternehmensseitig Beschwerde eingelegt – in beiden Verfahren wird das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung von den Unterneh men bestritten. Es ist in beiden Verfahren fraglich, ob die Feststellung der überragenden marktübergreifenden Bedeutung – wie vom BKartA be hauptet – auch ohne Marktbeherrschung überzeugen würde und welche Begründungsdichte vorliegen bzw. in welchem Ausmaß weitere Kriterien dann erfüllt sein müssten.

56 Posner, *St. John's Law Review*, 1970, 44(5), 529.

57 Zumindest für den Manufacturing-Sektor konnten einzelne empirische Belege dafür gefunden werden, dass die Nutzung konzerninterner Kapitalmärkte „Deep Pocket“- Effekte etwa auf den Markteintritt hervorrufen kann (siehe *Boutin/Cestone/Fumagalli/Pica/Serrano-Velarde*, *Journal of Financial Economics*, 2013, 109(1), 122). Ähnliche konzerninterne Kapitalmärkte dürften auch innerhalb digitaler Ökosysteme beste hen. Hierzu fehlt es jedoch bisher an empirischen Untersuchungen.

58 Khan, *Yale Law Journal*, 2017, 126(3), 710, 746ff.; Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker (Fn. 3); Khan/Vaheesam, *Harvard Law & Policy Review*, 2017, 11(1), 235.

59 Siehe im Allgemeinen Deutscher Bundestag, Drucksache 19/25868, Beschlussempfehlung 10. GWB-Novelle, 113; sowie in den jeweiligen Fällen etwa BKartA (Fn. 24), [Rn. 233]; BKartA (Fn. 31), [Rn. 89]; BKart (Fn. 36), [Rn. 237].

c) Zwischenfazit

Die Beschlüsse des BKartA sind hinsichtlich der Beschreibung der Auslegung der einzelnen Kriterien sehr ausführlich. Dennoch bleiben diese insgesamt sehr vage und die Verhältnisse der Kriterien zueinander und zur Norm insgesamt unklar. Jenseits der Marktbeherrschung ist auch die theoretische und/oder empirische Grundlage einiger der Kriterien unklar. Etwa die Bedeutung der Finanzkraft („Deep Pockets“) und der Datenmacht, welche in allen Beschlüssen vom BKartA festgestellt wurden, sind theoretisch umstritten und als isolierter Begründungsversuch kaum haltbar. Ähnlich wie Datenmacht ist auch die Finanzkraft eines Unternehmens nicht per se in Marktmacht transferierbar. Vielmehr scheint hierfür das Zusammenspiel verschiedener Kriterien sowie die Anreizstruktur von erheblicher Relevanz. So müssten etwa auch die Auswirkungen von bestehender Finanzkraft auf Innovation berücksichtigt werden. Ähnliches gilt für den vom BKartA häufig vorgenommenen Bezug der Kriterien in § 19a Abs. S. 2 GWB auf die Schaffung und/oder Stärkung eines Ökosystems. Auch hier sollte eine Gesamtbetrachtung der Wohlfahrtseffekte vorgenommen werden, da für eine per se Unterstellung antikompetitiver Auswirkungen bisher ebenfalls empirische Belege fehlen.⁶⁰ Und auch bei der sog. Regelsetzungs- oder Intermediationsmacht handelt es sich um ein wichtiges, auf neuen Erkenntnissen beruhendes Kriterium. Auch hier gibt es allerdings noch keine Anwendungspraxis und keine empirische Evidenz der relevanten Schäden. Insgesamt sollte das BKartA durch die weitere Fallpraxis deutlichere Klarheit in der Auslegung und Gewichtung der Kriterien schaffen. Das Festhalten an bekannten Kriterien und Größen – wie einer bedeutenden Marktstellung in einem auch für ein Ökosystem relevanten Markt – könnte hier ein erster Ansatz sein.

2. Stufe 2

§ 19a Abs. 2 S. 1 GWB enthält eine abschließende Aufzählung von Verhaltensweisen, die das BKartA nach Feststellung einer ÜMÜB-Stellung durch Beschluss im Einzelfall untersagen kann. Die Untersagung erfolgt mit Wirkung für die Zukunft (ex nunc). Sie ist im Einzelfall zu begründen, ohne

⁶⁰ Hornung (Fn. 14); Jacobides/Lianos, Industrial and Corporate Change, 2021, 30(5), 1199; Robertson, Concurrences, N° 2-2021, 3.

dass jedoch ein konkreter Schaden (Effekt) nachgewiesen werden muss. Tabelle 2 gibt einen Überblick über die laufenden und abgeschlossenen Fälle der als ÜMÜB designierten Unternehmen und die jeweils adressierten Verhaltensweisen.

Tabelle 2: Theories of Harm der bisherigen Verfahren nach § 19a Abs. 2 GWB – Stand Dezember 2024⁶¹

Fall (Unternehmen)	Aktueller Stand des Verfahrens	Adressiertes Verhalten nach § 19a Abs. 2 GWB
Microsoft	Derzeit noch keine Prüfung konkreter Verhaltensweisen	
Google News Showcase (Alphabet)	<ul style="list-style-type: none"> - abgeschlossen (12/22) ohne förmliche Verpflichtungszusagenentscheidung - Beobachtung der Umsetzung folgender Maßnahmen in gesondertem Folgeverfahren: - Nicht-Integration von Google News Showcase in die Google Suche - Anpassung der Showcase-Verträge und Verhandlungen über das Leistungsschutzrecht 	<ul style="list-style-type: none"> - durch geplante Einbindung des Showcase-Dienstes in der allgemeinen Google-Suche Selbstbevorzugung im Sinne des § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB - durch diese geplante Einbindung auch Prüfung des Vorliegens einer anderen Unternehmen in deren Geschäftstätigkeit behindernden Maß-

61 BKartA, Pressemitteilung: Verfahren gegen Google wegen möglicher Wettbewerbsbeschränkungen bei Kartendiensten (Google Maps Plattform), 2022, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2022/21_06_2022_Google_Maps.html;jsessionid=2CBECA45479366B4BE1F6F0A766E5FEA.1_cid508?nn=3591568 (abgerufen am 14. Januar 2024); BKartA (Fn. 28a); BKartA (Fn. 28b); BKartA, FAQ – zum Verfahren „Google News Showcase“, 2022, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Pressemitteilungen/2022/21_12_2022_FA_Q_Google_News_Showcase.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (abgerufen am 14. Januar 2024); BKartA (Fn. 16); BKartA, Pressemitteilung: Verbesserungen für Verlage bei Nutzung von Google News Showcase, 2022, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2022/21_12_2022_Google_News_Showscale.html (abgerufen am 14. Januar 2024); BKartA (Fn. 34); Hornkohl, Beitrag auf competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com v. 06.11.2020, Brand Gating: German Competition Authority Once Again Launches An Investigation Into Amazon (and Apple), <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2020/11/06/brand-gating-german-competition-authority-once-again-launches-an-investigation-into-amazon-and-apple> (abgerufen am 14. Januar 2024); BKartA, Pressemitteilung: Bundeskartellamt prüft Apples Tracking-Regelungen für Dritt-Apps, 2022, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2022/14_06_2022_Apple.html abgerufen am 14. Januar 2024); BKartA (Fn. 23); BKartA (Fn. 16).

	<ul style="list-style-type: none"> – Keine Bestätigung des Verdachtes der Beschränkung des Zugangs von Presseverlagen zum Google News Showcase Angebot 	<ul style="list-style-type: none"> nahme im Sinne des § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB – in den Verträgen mit Verlagshäusern Forderung unangemessener Vorteile im Sinne des § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 7 GWB
Google Datenverarbeitung (Alphabet)	<ul style="list-style-type: none"> – abgeschlossen (10/23) mit folgenden Verpflichtungszusagen: – Verpflichtung, entweder neue Wahlmöglichkeiten einzuführen oder die Datenverarbeitungskonditionen zu präzisieren – Transparente Ausgestaltung der Wahlmöglichkeiten in der Form, dass Nutzende Entscheidung freiwillig, informiert und unmissverständlich treffen können – Kohärente Anwendung/Auslegung mit dem DMA hinsichtlich der erfassten Daten und (diestübergreifenden) Datenverarbeitungsvorgänge 	<ul style="list-style-type: none"> – Datenverarbeitungskonditionen ggü. Endnutzenden, welche Möglichkeit einer diestübergreifenden Verarbeitung von Nutzerdaten vorsehen, ohne Endnutzenden ausreichende Wahlmöglichkeiten einzuräumen, insoweit Ausbeutungsverhalten ggü. Nutzenden, welches regelmäßig mit einer Behinderung anderer Unternehmen einhergeht, im Sinne des § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 4 a) GWB
Google Maps Plattform (Alphabet)	<ul style="list-style-type: none"> – Laufend – vorläufige rechtliche Einschätzung im Zusammenhang mit Google Automotive Services (06/23) 	<ul style="list-style-type: none"> – Einschränkung der Kombination eigener Dienste mit Diensten Dritter; denkbar ist hier Verweis auf § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GWB bzw. § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 5 GWB
Google Automotive Services (Alphabet)	<ul style="list-style-type: none"> – Laufend – vorläufige rechtliche Einschätzung und Abmahnung im Zusammenhang mit Google Maps Plattform (06/23) 	<ul style="list-style-type: none"> – Bündelung von Automotive Infotainment Diensten; denkbar ist hier Verweis auf § 19a Abs. 2, S. 1 Nr. 2 GWB bzw. § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GWB – mit einigen Fahrzeugherstellern vereinbarte Beteiligung an Werbeeinnahmen aus der Nutzung des Google Assistant unter der Bedingung, dass ausschließlich Google Assistant als Sprachassistent in der Infotainment Plattform installiert wird; denkbar ist hier Verweis auf § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 7 GWB

		<ul style="list-style-type: none"> - Behinderung beim Marktzugang durch vertragliche Regelungen, die Lizenznehmer dazu verpflichtet, Google-Dienste als Standard einzustellen bzw. sie in der Bildschirmanzeige vor anderen Anwendungen darzustellen; denkbar ist hier Verweis auf § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB - Erschwerung bzw. Verweigerung der Interoperabilität der Infotainment Plattform mit Diensten Dritter; denkbar ist hier Verweis auf § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 5 GWB
Preiskontrolle (Amazon)	<ul style="list-style-type: none"> - Laufend - Erweiterung eines bestehenden Verfahrens auf § 19a GWB (11/22) 	<ul style="list-style-type: none"> - Behinderung von Drittanbietern durch algorithmische Überprüfung der Preissetzung dieser auf dem Amazon-Marktplatz und Einleitung von Maßnahmen bzw. Kontensperrung bei „exzessiven“ Preisen; denkbar ist hier Verweis auf § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB bzw. § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 4
Brandgating (Amazon)	<ul style="list-style-type: none"> - Laufend - Erweiterung eines bestehenden Verfahrens auf § 19a GWB (11/22) 	<ul style="list-style-type: none"> - Behinderung von Marktplatzhändlern durch Vereinbarungen Amazons mit (Marken-)Herstellern, die die Zulassung bzw. den Ausschluss von Händlern zum Verkauf von (Marken-) Produkten betreffen; denkbar ist hier § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB bzw. § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB
App-Tracking-Transparency-Framework (Apple)	<ul style="list-style-type: none"> - Laufend - eingeleitet (06/22) 	<ul style="list-style-type: none"> - Selbstbevorzugung im Rahmen der Regelungen zum App-Tracking von Drittanbieter-Apps; denkbar ist hier § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB

VR-Brillen/ Facebook (Meta)	<ul style="list-style-type: none"> - Laufend - Erweiterung eines bestehenden Verfahrens auf § 19a GWB (01/21) - Mit Einführung des Meta-Kontos (11/22) erfolgte Erlaubnis, VR-Brillen auch in Deutschland zu verkaufen; Verfahren zur Zulässigkeit der diensteübergreifenden Datenverarbeitung läuft weiter 	<ul style="list-style-type: none"> - Verbindung der Nutzung der Angebote Facebook-Konto und Oculus/Meta Quest im Sinne des § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 a) GWB - Durch diese Verbindung der Dienste auch diensteübergreifende Verarbeitung von Daten im Sinne des § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 4 a) GWB
-----------------------------	--	---

Hinsichtlich der noch nicht abgeschlossenen Fälle verweist das BKartA nur unkonkret auf die in § 19a Abs. 2 S. 1 GWB enthaltenen Verhaltensweisen. Die in Tabelle 2 integrierten denkbaren konkreten Normzuordnungen (Ziffernverweise) wurden auf Grundlage der in den jeweiligen Pressemitteilungen enthaltenen Beschreibungen der zu adressierenden Geschäftspraktiken aufgenommen. Zudem wurden hier die Verhaltensweisen Alphabets hinsichtlich Google Maps und den Google Automotive Services insgesamt zur besseren Übersicht einzeln aufgeführt, während diese jedoch vom BKartA gemeinsam behandelt werden.

Ein Fokus der Behörde auf eine spezifische anti-kompetitive Verhaltensweise bzw. bestimmte Muster in der Fallpraxis sind bisher nicht abzusehen. Dies mag auch an der bisher noch übersichtlichen Anzahl der Verfahren liegen. Bei Berücksichtigung der hier angenommenen konkreten Normzuordnungen (Ziffernverweise) der noch nicht abgeschlossenen Verfahren wurde Behinderungsmissbrauch i.S.d. § 19a Abs. 2. S. 1 Nr. 2 GWB bislang mit vier Fällen am häufigsten adressiert, wohingegen die strategische Schaffung von Intransparenz geschäftsrelevanter Informationen i.S.d. § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 6 GWB bisher noch in keinem Fall konkret aufgegriffen wurde.

Insbesondere das Verfahren zur Datenverarbeitung Googles weist Ähnlichkeiten mit dem Facebook-Verfahren des BKartA auf, welches als klassisches Missbrauchsverfahren nach § 19 GWB geführt wurde:⁶² Darin hatte das BKartA Meta Anfang 2019 die Zusammenführung von Nutzerdaten aus verschiedenen Quellen untersagt, jedoch nicht etwa die Datensamm-

⁶² Franck, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht, 2016, 14(2), 137; Ezrachi/Robertson, World Competition, 2019, 42(1), 5; Haucap, The Antitrust Chronicle, 2019, 2(2), 24; Podszun, Journal of European Consumer and Market Law, 2019, 8(2), 49; Budzinski/Grussevaja/Noskova, Market and Competition Law Review, 2021, 5(1), 43; Buiten, Journal of Antitrust Enforcement, 2021, 9(2), 270; Budzinski/Polk, Ilmenau Economics Discussion Papers, 2021, 27(155).

lung über die Dienste Facebook, WhatsApp oder Instagram per se.⁶³ Lediglich die diensteübergreifende automatische Verknüpfung der Daten dürfe nicht ohne die freiwillige Einwilligung durch die Verbraucher erfolgen.⁶⁴ Im Rahmen des § 19a Abs. 2 GWB-Verfahrens soll, anstelle einer vollständigen Untersagung der Zusammenführung von Nutzerdaten, mit den im Oktober 2023 vereinbarten Verpflichtungszusagen insbesondere größere Transparenz für Nutzerinnen und Nutzer von Google in Bezug auf eine Einwilligung in die diensteübergreifende Datennutzung geschaffen werden. Mit der Schaffung von transparent gestalteten Wahlmöglichkeiten scheinen die Bedenken vor dem Hintergrund des § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 4 a) GWB grundsätzlich adressierbar. Die genaue Ausgestaltung bleibt abzuwarten. Mit ähnlichen Zusagen würde das „ordentliche“ Kartellverfahren gegen Meta/Facebook Oktober 2024 mittels abgeschlossen.

Das aktuelle Stufe-2-Verfahren gegen Meta wurde bereits vor Inkrafttreten der 10. GWB-Novelle zunächst nach § 19 GWB eingeleitet und im Januar 2021 entsprechend auf § 19a Abs. 2 GWB erweitert. Mit der Einführung des sog. „Meta-Kontos“ im November 2022 wurden unternehmensseitig erste Schritte unternommen, um die Bedenken des BKartA hinsichtlich der Kopplung der Nutzung der VR-Brillen an ein Instagram- oder Facebook-Konto zu adressieren. Jedoch läuft das Verfahren zur Zulässigkeit der diensteübergreifenden Datenverarbeitung, aller Erwartung nach basierend auf § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 4 a) GWB, weiter. Auch bei den beiden laufenden Stufe-2-Verfahren gegen Amazon handelt es sich um ursprünglich unter § 19 GWB eingeleitete Missbrauchsverfahren. Damit wird deutlich, dass § 19a GWB sowohl als „komplementäres“ als auch als „substituierendes“ Instrument zur bisherigen Missbrauchsaufsicht nach §§ 18, 19 GWB gesehen werden kann. Die Hoffnung, dass inhaltlich verwandte Fälle und antikompetitive Verhaltensweisen digitaler Ökosysteme so zukünftig, zusätzlich zur bestehenden (Art. 102 AEUV) und neuen Regulierung (DMA) auf EU-Ebene, auch national noch besser adressiert werden können, scheint angesichts der bisherigen Fallpraxis nicht unbegründet.⁶⁵

Zusammenfassend sind die ersten Verfahren der zweiten Stufe des § 19a GWB in zweierlei Hinsicht bemerkenswert. Zum einen sind sie – anders als bei der Anwendung des DMA – zum Teil in laufende Missbrauchsverfahren

63 BKartA v. 06.02.2019, B6-22/16 – Untersagung der Zusammenführung von Nutzerdaten aus verschiedenen Quellen (Facebook).

64 Art. 5 (2) DMA untersagt diese Praktik ebenfalls.

65 Budzinski/Polk (Fn. 62).

integriert worden. Zum anderen sind bereits erste „Erfolge“ in Form von Zusagen und zügigen Verhaltensänderungen zu verzeichnen. Die Integration in laufende Verfahren macht § 19a GWB zu einem genuin „neuen“ Kartellrechtsinstrument, was auch der gesetzlichen Verortung im Bereich der Missbrauchsaufsicht entspricht. Diese Integration bedeutet, dass als Bestandteil größerer und längerer Verfahren hier relativ schnell und unkompliziert Erfolge erzielt werden können, da diese Verfahren zunächst parallel geführt und abgekoppelt beendet werden können. In den beiden bereits abgeschlossenen Verfahren zu Alphabet sowie dem weit fortgeschrittenen Verfahren um Meta haben sich die Unternehmen jeweils kooperativ gezeigt und die Verpflichtungen entweder akzeptiert oder Zusagen gemacht, wobei das BKartA im Fall Google News Showcase gar vollständig auf eine förmliche Verpflichtungszusagenentscheidung verzichtet hat. In gewisser Weise könnte der bisherige Erfolg allerdings auch von trügerischer Natur sein. Bei den Zusagen und Verhaltensänderungen von Alphabet und Meta handelt es sich um sog. „*Low Hanging Fruits*“ – leicht zu erzielende Erfolge –, da sie durchweg Praktiken betreffen, die, entweder aufgrund jüngerer Urteile⁶⁶ oder aufgrund überwiegender Zustimmung und Erkenntnisse in der Literatur⁶⁷ inzwischen als neue Regeln des fairen Wettbewerbs im digitalen Zeitalter anerkannt sind. Ob ähnliche Erfolge in Fällen erzielt werden können, in denen eine vergleichbare Zustimmung oder Evidenz fehlt oder die Unternehmen sich weniger kooperativ zeigen, ist äußerst fraglich und würde überraschen. So sind u.a. vor dem Hintergrund der laufenden bzw. bereits abgeschlossenen Verfahren vor dem BGH zur Designation als ÜMÜB beispielsweise derzeit keine Zusagen von Apple und Amazon zu erwarten. Hier fehlt dem § 19a GWB ein zusätzlicher Durchsetzungs- und Sanktionsmechanismus, der aber möglicherweise auch nicht dem Charakter der Norm entspricht. Insgesamt ist vorsichtig zu erwarten, dass einige Erfolge leicht und zügig zu erzielen sind und diese insgesamt zu einem offeneren Wettbewerbsklima beitragen können. Bedeutsame und vor allem strukturelle Veränderungen in digitalen Märkten bzw. Ökosystemen sind allerdings nicht in Sicht.

⁶⁶ Ein Beispiel für eine solche Entwicklung ist die Facebook Entscheidung des Bundeskartellamts, die alle Instanzen beschäftigte, BKartA (Fn. 61); OLG Düsseldorf, v. 26.08.2019, Kart 1/19 (V); BGH, Beschluss v. 23.06.2020, KVR 69/19; CJEU v. 04.07.2023, Case C-252/21 – Meta Platforms Inc./ Bundeskartellamt.

⁶⁷ König, NJW, 2023, Heft 41, 2979; Kerber/Zolna, European Journal of Law and Economics, 2022, 54(2), 217; Colangelo/Maggiolino, International Data Privacy Law, 2018, 8(3), 224; Budzinski/Grusevaja/Noskova (Fn. 62).

3. Die Rechtsnatur des § 19a GWB

Aus den ersten Anwendungsfällen ergibt sich die Frage nach der Rechtsnatur der Norm – wie ist das neue Instrument zu verstehen und welches Ziel verfolgt die Norm? Wie der DMA ist § 19a GWB ein ex ante Instrument und auf die digitale Wirtschaft zugeschnitten. Wie jede Norm der Missbrauchskontrolle ist auch § 19a GWB natürlich „asymmetrisch“ und legt nur besonders relevanten und marktstarken Unternehmen Verpflichtungen auf. Über diese abstrakt-formale Beschreibung der Norm hinaus, könnte eine nähere Einordnung der zwei Stufen allerdings helfen, die Rechtsnatur und ihr Telos offenzulegen. Hierdurch wird nicht nur die Norm verständlicher und ihr Zielhorizont klarer, sondern es lassen sich auch Schlüsse über die Abgrenzung zum DMA ziehen und Entwicklungs- und Konkretisierungsmöglichkeiten aufzeigen, damit die Anwendung an Klarheit und Rechtssicherheit gewinnt. Hier werden drei unterschiedliche Betrachtungsweisen – jeweils mit eigenen Stärken und Schwächen – vorgeschlagen. Diese orientieren sich zum einen am herkömmlichen Wettbewerbsrecht (an dem bei diesen Sachverhalten als unzureichend empfundenen Kriterium der Marktmacht), greifen zum anderen neue Forschungsthemen (digitale Ökosysteme)⁶⁸ und wiederkehrende Forderungen (Vermeidung von Konzentration oder „Bigness“)⁶⁹ auf.

In der Wettbewerbspolitik hat sich vor allem die Orientierung an der Marktmacht etabliert, um daraus folgend Schäden für den Wettbewerb abzuleiten. § 19a GWB geht aber über die reine/konkrete Marktmacht hinaus, weshalb wir diesen Ansatz und möglichen Test als den „*Marktmacht + X -Test*“ bezeichnen. Hierbei würde, anschließend an die Feststellung einer marktmächtigen Stellung auf mindestens einem Kernmarkt, die vertikale sowie konglomerate Integration abgeprüft und damit zusätzlich auf eine potenzielle marktübergreifende Dimension („*Across-Market-Power*“) abgestellt werden. Daneben hat es auch immer Versuche gegeben, schiere Größe (private Macht oder Konzentration) zu unterbinden oder zu regulieren. Bekannt sind hierbei vor allem Thesen zur konglomeraten Macht⁷⁰ („Con-

68 Hornung (Fn. 14); Jacobides/Lianos (Fn. 60); Robertson (Fn. 60).

69 Gerbrandy, Conceptualizing Big Tech As ‘Modern Bigness’ and Its Implications for European Competition Law Submission in Reaction to the Call for Contributions – Shaping Competition Policy in the Era of Digitalization, 2018, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3275235 (abgerufen am 14. Januar 2024).

70 Mendelsohn (Fn. 9), [83].

glomerate Bigness as Power⁷¹ oder nunmehr „Modern Bigness“⁷²) oder zur objektiven Entflechtung. Wäre der ÜMÜB-Test so auszulegen, könnte er von seiner Rechtsnatur her als (wettbewerbsnaher oder wettbewerbsferner) „*Bigness-Test*“ bezeichnet werden. Schließlich wurde in den vergangenen Jahren die Forschung zu digitalen Ökosystemen immer relevanter⁷³, so dass der ÜMÜB-Test auch als erster „*Ökosystem-Test*“ zu interpretieren sein könnte. Hierbei wäre explizit zu untersuchen, inwiefern Möglichkeiten und Anreize zur Schaffung bzw. Stärkung eines digitalen Ökosystems bestehen. Erste Anzeichen dafür sind in der bisherigen Fallpraxis und den Argumentationen des BKartA erkennbar.

Für und gegen die vorgeschlagenen drei Test sprechen folgende Argumente:

– Für den „*Marktmacht + X -Test*“ sprechen sowohl die Gesetzesbegründung⁷⁴ und die systematische Einordnung des Instruments im 2. Kapitel des GWB als auch die teleologische Nähe zu anderen Marktmachtrege-lungen und die Tatsache, dass diese gerade im digitalen Bereich einer Erneuerung/Erweiterung bedürfen. Vor allem die Erweiterung größerer Missbrauchsverfahren um die zweite Stufe des § 19a GWB zeigt diese Nähe besonders deutlich. Damit wäre hierbei auch eine Kohärenz innerhalb des Kartellrechts gewährleistet. Hierfür spricht auch, dass viele digitale Ökosysteme, sofern sie nur ein Unternehmen umfassen, sich zentral um wenig Produkte oder Dienstleistungen drehen, bei denen diese Unternehmen sehr hohe Marktanteile haben und gerade diese (systemischen oder Gatekeeper-) Positionen das zentrale Wettbewerbsproblem darstellen, die Wettbewerbsanalyse sich aber dennoch nicht nur auf diese Kernmärkte beschränken sollte.⁷⁵ Dagegen sprächen eine so potenziell entstehende Verlängerung und Verkomplizierung der Verfahren durch die entsprechenden Nachweise und komplexe Markabgren-

71 Edwards (Fn. 53), [331].

72 Gerbrandy/Phoa, in: Bennett/Brouwer/Claassen (Hrsg.), *Wealth and Power: Philosophical Perspectives*, 2022, S. 166.

73 Schon das Gutachten für die Kommission von Crémer/de Montjoye/Schweitzer (Fn. 3), [30ff.] behandelt die Ökosystembildung im Digitalen. Siehe auch Jacobides/Lianos (Fn. 60).

74 Deutscher Bundestag, Drucksache 19/23491, Gesetzentwurf der Bundesregierung, GWB-Digitalisierungsgesetz, 2020.

75 Dazu Petits „Moligopoly“-These, s. *Petit, Technology Giants, the Moligopoly Hypothesis and Holistic Competition: A Primer*, 2016, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2856502 (abgerufen am 14. Januar 2024), 31.

zungen (siehe etwa auch die aktuellen Argumente von Amazon und Apple im Rahmen der BGH-Verfahren, welche sich explizit auch auf die Feststellung von Marktmacht beziehen) sowie der Wortlaut der Norm und die Tatsache, dass sowohl der Gesetzgeber als auch das BKartA in der bisherigen Fallpraxis sehr deutlich machen, dass das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung eben gerade nicht für eine Designation als ÜMÜB-Unternehmen notwendig ist. Wenngleich bisher in jedem Fall eine marktbeherrschende Stellung festgestellt wurde, so ist das BKartA jedoch davon entbunden, diese explizit nachzuweisen und die Behörde kann sich jeweils auf eine mindestens vorliegende marktstarke Position des betreffenden Unternehmens berufen. Fraglich ist allerdings, ob allein der Wille des Gesetzgebers, die Behörde von einer schwierigen Darlegungslast zu befreien, genügen sollte und ob nicht stattdessen eher neue Vermutungsregelungen oder eine geringere Beweislast einzuführen sind. Um diesen Test wortlautkonform auszugestalten aber dennoch die Nähe zu den anderen Missbrauchstatbeständen nicht zu verlieren, könnte man weniger strenge Anforderungen an die Vermutung der Marktmacht stellen und diese auch durch das Vorliegen anderer Kriterien ersetzen lassen, sofern die Begründungsdichte und Evidenz hier jenen der Marktmacht entsprechen.

- Für einen „Ökosystem-Test“ spräche, dass es sich in den Fällen eines ÜMÜB-Unternehmens wohl nicht um „normale“ Marktmacht handelt, sondern vielmehr die Macht eines Unternehmens als Intermediär und Regelsetzer berücksichtigt werden soll. Des Weiteren betrachtet auch die Wissenschaft die GAFAM-Unternehmen zunehmend als Ökosysteme und grenzt diese von „klassischen“ digitalen Plattformunternehmen ab.⁷⁶ Damit werden nicht nur die Wettbewerbsverhältnisse auf eng abgegrenzten Märkten berücksichtigt, sondern vor allem auch die weitgehenden marktübergreifenden Interoperabilitäten, Verflechtungen und Interdependenzen. Dagegen spricht, dass es noch keine Fallpraxis oder gefestigte Ökosystemtheorie gibt und dass die Vor- und Nachteile dieser Form der Konzentration oft schwer gegeneinander abzuwägen sind und sich diese Unsicherheiten möglicherweise nicht für ein Ex-Ante-Instrument eignen. Das „Ökosystem“ als Dreh- und Angelpunkt der jeweiligen Wettbewerbsanalyse scheint auch das BKartA von einer schwierigen Marktabgrenzung zu entlasten. Allerdings zeigt etwa *Robertson*, dass

76 Hornung (Fn. 14); Jacobides/Lianos (Fn. 60); *Robertson* (Fn. 60).

auch Ökosysteme mit der Hilfe klassischer Marktabgrenzungstest definiert und umrissen werden können.⁷⁷

- Mit einem „*Bigness-Test*“ wäre das Kartellamt in der Lage, vielfältige (auch neue) Erscheinungsformen wirtschaftlicher Macht zu erfassen – von der Marktmacht und „Datenmacht“ über die intermediäre Macht bis hin zur Regelsetzungsmacht oder politischer Macht. Dafür spricht, dass die Kriterien des Abs. 1 bereits verschiedene Erscheinungsformen wirtschaftlicher Macht erfassen und nicht auf die klassische Marktmacht beschränkt sind. Unabhängig davon, welche Kriterien zur Bestimmung der wirtschaftlichen Macht bzw. Bedeutung des Unternehmens herangezogen werden, ist umstritten, ob eine reine *Bigness-Norm* noch als Wettbewerbsnorm anzusehen ist. Vertreter einer sehr weiten Wettbewerbspolitik verweisen hier vor allem auf frühere Versuche, das Wettbewerbsrecht für verschiedene Erscheinungsformen von Macht, aber auch für diverse Konzern- und Unternehmensstrukturen – die eben über die Grenze eines Marktes hinausragen – fruchtbar zu machen.⁷⁸ Allerdings unterbindet § 19a GWB nicht die schiere Größe oder Marktmacht per se, sondern ermöglicht die Auferlegung spezifischer Verhaltenspflichten, die ihrerseits den Wettbewerb schützen. Gegen eine Kategorisierung als *Bigness-Test* spricht aber vor allem, dass unklar ist, wie eine überragende marktübergreifende Bedeutung rein auf den Kriterien der § 19a Abs. 1 S. 2 Nr. 2-5 GWB, wie beispielsweise der Finanzkraft oder Datenmacht, zu begründen wäre.

Derzeit scheinen die Kriterien des Abs. 1 noch etwas unsystematisch nebeneinander zu stehen. Dies führt zum einen zu Unsicherheiten bei der Anwendung dieser Kriterien, zum anderen ist aber auch die Rechtsnatur der Norm und damit deren genaue Zielrichtung und Zielweite schwer zu erkennen. Handelt es sich um ein erweitertes oder neuartiges Wettbewerbs-

77 Robertson (Fn. 60).

78 So schrieb Edwards 1950: “The concept of „conglomerate bigness“ is a useful tool for probing into problems customarily neglected. Economic thinking about questions of business organization has been concerned with markets for products, has assumed that business behaviour in each market is explicable as an effort to maximize profits there, has interpreted monopolistic markets as involving the exercise of varying degrees of monopoly power by one or more business enterprises, and has appraised problems of monopoly power in the light of certain conceptions of monopolistic exploitation, on the one hand, and certain conception of business efficiency, on the other. The growth of diversified large enterprise has made this conceptual scheme without producing collateral effects upon the internal functioning of the concern.” s. Edwards (Fn. 53), [334].

instrument, sollen ganz neue Strukturen (Ökosysteme) reguliert werden oder soll gar schiere Größe (wirtschaftliche Macht) unterbunden werden? Vor allem letzteres wäre wohl kein reines Wettbewerbsziel, womit der Norm möglicherweise eine weitere regulatorische Natur zuzuschreiben wäre. Da die Norm neu ist, kann diese Einordnung noch nicht abschließend vollzogen werden. Es spricht nach der Analyse der ersten Fallpraxis allerdings einiges dafür, dass sich § 19a GWB hin zu einem klaren Kartellrechtsinstrument entwickeln und sich näher am Kriterium der Marktmacht der Unternehmen orientieren wird. Die Marktmachtbestimmung – ebenso wie die Marktabgrenzung – auf digitalen Plattform- und Netzwerkmärkten ist jedoch nicht trivial und die entsprechenden Herausforderungen nicht neu. Es war und ist das Ziel mit der Einführung des § 19a GWB verbunden, diese Herausforderungen anzugehen. Bisher scheinen diese jedoch (noch) nicht vollständig überwunden zu sein. Die weiteren Kriterien zur Bestimmung einer ÜMÜB-Stellung sind bisher noch zu unbestimmt und sollten in der weiteren Fallpraxis konkretisiert werden. Marktmacht allein ist für eine Abbildung der anzugehenden Wettbewerbsprobleme nicht ausreichend, jedoch ein guter erster Anknüpfungspunkt, etwa auch um „Across-Market-Power“ oder Ökosystemmacht zu begründen.

V. Verhältnis zum DMA und Fazit

Das unklare Verhältnis des § 19a GWB zum DMA wurde bereits frühzeitig von vielen Seiten erörtert.⁷⁹ So wurden u.a. der jeweilige persönliche Anwendungsbereich bzw. Adressatenkreis sowie die Frage der Rechtsnatur des § 19a GWB als Regulierungs- oder Wettbewerbsrecht hinterfragt.⁸⁰ Der wissenschaftliche Dienst des Bundestages kam etwa zu dem Schluss, dass eine Anfechtung der parallelen Anwendung der deutschen sowie der europäischen Regeln durch betroffene Unternehmen, etwa mit dem Ziel der Kostenvermeidung, nicht unrealistisch sei.⁸¹ Die Frage hinsichtlich der parallelen Anwendung von Regulierungs- und Kartellrecht scheint mit der

⁷⁹ *Bauermeister* (Fn. 44); *Mohr*, in: Ruffert (Hrsg.), *Die Regulierung digitaler Plattformen*, 2023, S. 49; *Käseberg/Gappa*, in: Podszun, *DMA*, 2023, Art. 1 Rn. 28; *Bongartz*, *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2022, Heft 2, 72.

⁸⁰ Dazu auch BGH, Beschluss v. 23.04.2024 – KVB 56/22, GRUR-RS 2024, 8950, Rn. 181.

⁸¹ *Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages*, Sachstand: Die Anwendbarkeit von § 19a GWB im Lichte des europäischen Gesetzgebungsverfahrens zum „Digital Markets Act“, 2022, WD 7 - 3000 - 114/21; PE 6 - 3000 - 067/21, <https://www.bundestag.de/res>

EuGH-Rechtsprechung zu bpost und Nordzucker geklärt.⁸² § 19a GWB wirkt als spezifisches Wettbewerbsrecht mit dem DMA als wettbewerbsrechtlicher Regulierung zusammen bzw. parallel. Eine Harmonisierung des Wettbewerbsrechts im EU-Kontext ist dadurch also gegeben. Auch hinsichtlich des Vergleichs der Voraussetzungen zur jeweiligen Designation als ÜMÜB-Unternehmen bzw. als Gatekeeper i.S.d. DMA gibt es bereits eine Vielzahl an Analysen.⁸³

Die Ausführungen in diesem Beitrag zeigen, dass, wie mit Einführung des Instrumentes angestrebt, § 19a GWB eine zusätzliche Eingriffsmöglichkeit zur Adressierung von spezifischen Wettbewerbsproblemen innerhalb digitaler Ökosysteme schafft. Nach der Analyse der ersten Fallpraxis des BKartA scheint eine Nutzung des Instrumentes zum effektiven und schnelle(re)n Eingreifen der Behörde bei der Ausnutzung von marktübergreifender Macht denkbar.⁸⁴ Gleichzeitig sind die Kriterien für eine Designation als ÜMÜB i.S.d. § 19a Abs. 1 GWB bisher noch recht unsystematisch. Der dadurch potenziell entstehenden Rechtsunsicherheit sollte mit einer Konkretisierung durch die weitere Fallpraxis sowie ggf. entsprechenden Leitlinien begegnet werden. Dies gilt insbesondere für den scheinbar weiter bestehenden Fokus auf die Feststellung von Marktmacht und die damit einhergehenden (bekannten) Herausforderungen hinsichtlich der Markt-abgrenzung – gerade auch marktübergreifend – sowie die Kriterien zur Daten- und Finanzmacht, für deren tatsächliche Relevanz bzw. Auftreten bisher wenig empirische Evidenz vorliegt.

ource/blob/880748/856d83cb24c61822c508aa47f27e18e7/WD-7-114-21-PE-6-067-21-p
df-data.pdf (abgerufen am 14. Januar 2024).

- 82 Mayr, Journal of European Competition Law & Practice, 2022, 13(8), 553; Cap-pai/Colangelo, Common Market Law Review, 2023, 60(2), 431.
- 83 Arbeitskreis Kartellrecht, Digital Markets Act: Perspektiven des (inter)nationalen Wettbewerbsrechts, Hintergrundpapier, 2021, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AK_Kartellrecht_2021_Hintergrundpapier.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (abgerufen am 14. Januar 2024); Haucap/Schweitzer, Perspektiven der Wirtschaftspolitik, 2021, 22(1), 17; Monopolkommission, Wettbewerb 2022, XXIV. Hauptgutachten; Zimmer/Göhsl, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht, 2021, Heft 1, 29.
- 84 Im Vergleich zu bisherigen, „klassischen“ Missbrauchsverfahren.

