
1. Tagung Junges Kartellrecht

München 2023

Eva Fischer | Lena Hornkohl [Hrsg.]

Kartellrecht und Zukunftstechnologien



Nomos

<https://doi.org/10.5771/9783748941934>, am 26.06.2024, 23:31:39
Open Access –  <https://www.nomos-elibrary.de/agb>

Junges Kartellrecht

Band 1

1. Tagung Junges Kartellrecht

München 2023

Eva Fischer | Lena Hornkohl [Hrsg.]

Kartellrecht und Zukunftstechnologien



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

1. Auflage 2024

© Die Autor:innen

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-7560-0668-7

ISBN (ePDF): 978-3-7489-4193-4

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748941934>



Onlineversion
Nomos eLibrary



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

Inhaltsverzeichnis

Kurzlebensläufe der Autor:innen	7
Einleitung der Herausgeber	11
<i>Philip Marsden</i>	
What if competition law was easy?	17

Grundlagen von Kartellrecht und Zukunftstechnologien

<i>Bernadette Zelger</i>	
Möglichkeiten und Chancen der „bewirkten Wettbewerbsbeschränkung“ in der Digitalökonomie	25
<i>Philipp Loser</i>	
Adversarial Interoperability Interoperabilitätspflichten für Zukunftstechnologien	55

Zukunftstechnologien und neue Märkte

<i>Jennifer Pullen</i>	
Künstliche Intelligenz als Erkennungsinstrument für Killer-Akquisitionen Chancen und Herausforderungen	81
<i>Melani Dumancic</i>	
Marktmacht in der Stromwirtschaft: Mehr Wettbewerb durch Zukunftstechnologien?	105

(Prozessuale) Herausforderungen der kartellrechtlichen Durchsetzung bei Zukunftstechnologien

Malte Drouet

Ex ante-Haken links, ex post-Haken rechts?
Doppelbestrafung(sverbot) im Angesicht von Digital Markets Act und Kartellrecht 131

David Fila

Herausforderungen und Perspektiven für das private enforcement in der Digitalökonomie mit rechtsvergleichendem Blick in die USA und das UK 155

Legal Tech und kartellrechtliche Durchsetzung in Massenverfahren: Chancen durch Zukunftstechnologien

Thomas Thiede

Gedankensplitter aus der Praxis 179

Julius Ott

Legal-Tech-Inkasso – Keine Aktivlegitimation im Kartellschadensersatzrecht? 185

Nils Imgarten

Potentiale beim gerichtlichen Umgang mit Masseverfahren im Kartellschadensersatzprozess 207

Kurzlebensläufe der Autor:innen

Malte Drouet

Malte Drouet ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Unternehmens- und Wirtschaftsrecht an der Universität Osnabrück am Lehrstuhl von Prof. Dr. Andreas Fuchs, LL.M. (Michigan).

Melani Dumancic

Mag.a Melani Dumancic, LL.M. (King's College London), ist am Institut für Unternehmens- und Wirtschaftsrecht der Universität Wien tätig und verfasst ihre Doktorarbeit zur kartellrechtlichen Beurteilung von Green Power Purchase Agreements.

David Fila

David Fila, LL.M., ist Rechtsanwalt (Antitrust & Competition Law) am Brüsseler Standort von Norton Rose Fulbright LLP und zu einem kartellschadensersatzrechtlichen Thema Promotionsstudent an der Leuphana Universität Lüneburg. Zuvor war er unter anderem Trainee in der für private enforcement zuständigen Unit A.4. der Generaldirektion Wettbewerb (EU-Kommission) und Referendar im für Wettbewerbspolitik und Kartellrecht zuständigen Referat des BMWK.

Eva Fischer

Eva Fischer ist wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Thomas Ackermann, LL.M. (Cantab.), an der LMU München und Research Fellow an der Wirtschaftsuniversität Wien.

Lena Hornkohl

Lena Hornkohl ist Tenure Track Professorin für Europarecht an der Universität Wien und Habilitandin an der Universität Heidelberg.

Nils Imgarten

Nils Imgarten (LL.M., College of Europe) ist wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Georg-August-Universität in Göttingen, wo er zu einem kartellverfahrensrechtlichen Thema promoviert.

Philip Loser

Doktorand an der Universität Zürich am Lehrstuhl für Handels-, Wirtschafts- und Europarecht (Prof. Dr. Andreas Heinemann) und wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Tübingen am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Finanz- und Steuerrecht (Prof. Dr. Christian Seiler).

Philip Marsden

Professor Dr. Philip Marsden ist Deputy Chair bei der Bank of England im Enforcement Decision Making Committee und leitet Verfahren bei der Financial Conduct Authority. Er ist Professor für Kartellrecht und Rechtsökonomik sowie früherer Vorsitzender der Untersuchungsabteilung der britischen Competition and Market Authority (CMA). Marsden ist außerdem Herausgeber des European Competition Journal und der The Oxford Competition Law case reporter series.

Julius Ott

Julius Ott ist seit Januar 2023 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Tobias Lettl, LL.M. (Eur.), an der Universität Potsdam. Sein erstes Staatsexamen absolvierte er 2022 in Berlin. Im Rahmen seines Promotionsvorhabens befasst er sich mit der privaten Kartellrechtsdurchsetzung.

Jennifer Pullen

Jennifer Pullen ist wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin an der Universität St.Gallen. In ihrem Promotionsvorhaben erforscht sie die materiellen Eingriffskriterien der Fusionskontrolle im Kontext von Übernahmen durch Big Tech-Unternehmen.

Thomas Thiede

RA Professor Dr. Thomas Thiede, LL.M. ist Rechtsanwalt bei Spieker & Jaeger PartG mbB, Dortmund sowie Honorarprofessor an der Karl-Franzens-

Universität Graz. Er ist Fellow des European Centre of Tort and Insurance Law (ECTIL) sowie des European Law Institute (ELI).

Bernadette Zelger

Dr. Bernadette Zelger ist Universitätsassistentin am Institut für Europarecht und Völkerrecht, Leopold-Franzens-Universität Innsbruck (Mag. iur., Dr. iur. der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck, LL.M. in Competition Law der Queen Mary University of London), Fellow am Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb, München sowie Emil Noël Fellow am Jean Monnet Center for International and Regional Economic Law & Justice, NYU Law School, NYC.

Einleitung der Herausgeber

Die erste Nachwuchstagung „Junges Kartellrecht“ widmete sich den systematischen und methodischen Folgen von Zukunftstechnologien für das Kartellrecht. Solche Zukunftstechnologien sind in den letzten Jahren vor allem in Bezug auf digitale Märkte zum Gegenstand der wissenschaftlichen Streitkultur im und auch außerhalb des Kartellrechts geworden: Dies spiegelt sich in Schlagworten wie Plattformmärkten, Big Tech, Big Data, zwei- und vielseitigen Märkten, das *tipping* von Märkten, Netzwerkeffekten, Nutzerverhalten, wie *single-* oder *multihoming*, *lock-in* Effekten auf einer Plattform und Wechselkosten wider. Weniger Beachtung finden dagegen zahlreiche Zukunftstechnologien jenseits der Plattformökonomie, die für das Kartellrecht ähnlich herausfordernd sind und einer näheren Betrachtung bedürfen, so etwa die Veränderung auf Strommärkten durch neue Technologien oder der Einsatz von KI im Unternehmen. Zukunftstechnologie und die damit einhergehenden Transformationen gleichermaßen haben das Potenzial, zahlreiche Lebensbereiche der Endverbraucher und den Wettbewerb für Unternehmen grundlegend zu verändern. Grund genug, den Hüter des Wettbewerbs auf den Plan zu rufen: Kann das Kartellrecht die anrollende Welle von Innovationsleistung nehmen? Welcher Umgang mit dem Wechselspiel zwischen rechtlicher Regulation und Transformation des Rechts als Antwort auf neue Herausforderungen ist angebracht?

Womöglich lohnt sich ein Blick hinter die Kulissen und die Rückbesinnung auf die normativen Grundlagen des Kartellrechts, ehe die nächste technologische Neuerung erneut Aufmerksamkeit auf sich zieht. So blicken die Beiträge dieses Sammelwerks zunächst auf die kartellrechtlichen Grundlagen, die durch innovative Neuerungen beeinflusst wurden und werden, betrachten neu entstehende Märkte und ihre Herausforderungen und stellen sich schließlich Problemen der privaten Durchsetzung von kartellrechtlichen Ansprüchen, zunächst im Allgemeinen und schließlich im Hinblick auf das besonders praxisrelevante Problem des Sammelklage-Inkasso.

Also der Reihe nach von Beginn an: „*What if competition law was easy*“ – fragt *Keynote Speaker Philip Marsden* und stellt dabei zehn Regeln für eine Kartellrechtswissenschaft und -praxis auf, die auch auf durch Zukunftstechnologien hervorgerufene neue Herausforderungen übertragbar

sind: Zurück zu den Grundlagen also und für eine starke Durchsetzung des Kartellrechts durch *ex post* Verhaltenskontrolle, dann bietet das Kartellrecht weiterhin effektiven Wettbewerbsschutz, so *Marsden* eindrücklich.

Auf die Grundlagen der Verhaltenskontrolle mit Bezug zur Digitalwirtschaft greift auch *Bernadette Zelger* zurück – welche Methoden des Kartellrechts braucht es und was lässt sich damit wohl erreichen, wendet man sie nur sachgemäß an? Denn das Kartellrecht sieht sich in der Digitalökonomie zahlreichen neuen Herausforderungen ausgesetzt. Der Wettbewerb auf digitalen Märkten ist durch neue Verhaltensweisen gekennzeichnet, Marktmacht muss durch ungewohnte Kriterien festgestellt werden. Das berührt auch die Dogmatik der Verhaltenskontrolle selbst. Nutzt man aber Altes im neuen Gewande und greift verstärkt auf die bewirkte Wettbewerbsbeschränkung zurück, so schafft die Rechtsdurchsetzung aufgrund der Notwendigkeit der genauen Analyse der Beeinträchtigungen des Wettbewerbs durch Marktverhalten der Regelungsadressaten Standards, die Rechtssicherheit schüfen und das Kartellrecht für den Umgang mit neuartigen Verhaltensweisen schulten – *learning by doing* für die kartellrechtliche Durchsetzung. Die Anwendung der bewirkten statt der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung mahnt außerdem hinreichend zur Vorsicht. Denn diese sei geboten, solange unklar ist, ob von einer fraglichen Verhaltensweise in der digitalen Welt überhaupt eine Wettbewerbsbeschränkung ausgeht. Überregulation durch Kartellrecht möchte schließlich niemand.

Einst waren es Fähren, die nicht in Puttgarden auf Fehmarn einlaufen konnten; ein digitales Produkt ohne jegliche Andockstelle zu anderen digitalen Produkten oder Dienstleistungen aber ist ähnlich nutzlos. Richtig – *essential facilities* oder die Herstellung von Interoperabilität, sog. *adversarial interoperability* bei *reverse engineering*, zwischen Produkten und Dienstleistungen ist für den Nutzer essenziell. Erhält ein Wettbewerber aber Zugang zum digitalen Produkt, kann Wettbewerb entstehen und stehen dem Nutzer in der Folge konkurrierende Produkte oder Dienstleistungen zur Wahl. Auch können Normadressaten durch die Herstellung von Interoperabilität Wettbewerbsbedenken gegenüber der Behörde ausräumen und so Sanktionen vermeiden. Wie aber den Missbrauch konstruieren, fragt *Philipp Loser*? Zu beachten ist, dass sich neue Technologien durch starke Netzwerkeffekte bei gleichzeitigen hohen Wechselkosten auszeichnen; die Schaffung von Interoperabilität wird daher entscheidend für die Herstellung funktionsfähigen Wettbewerbs. Dies könnte als Grundbaustein einer *theory of harm* dienen. Grundsätzlich ermöglicht ein solcher Zugang wettbewerbsfähige Märkte. Aus den Erfahrungen der Anwendung der *essential-*

facilities Doktrin auf standardessentielle Patente weiß man jedoch, dass statische Effekte einer solchen Zugangsverschaffung die Innovationskraft hemmen können, dass intra- statt intertechnologischer Wettbewerb erzeugt wird. Die Schweizer Praxis zumindest aber zeigt den Weg. Sie erkennt die Vernachlässigung von Interoperabilitätspflichten als Fall der Geschäftsverweigerung an. Zu Recht weist *Losser* darüber hinaus, denn der DMA sieht die fehlende Interoperabilität als rechtswidriges Verhalten an und ermöglicht behördliche Abhilfemaßnahmen im Einzelfall.

Es sind gänzlich neue Märkte, die durch Zukunftstechnologien entstehen können. In diesem Band sind es zwei: Womöglich gibt es bald einen Markt für Künstliche-Intelligenz-Dienstleister bei Fusionsfreigaben oder für Stromanbieter von Erneuerbare-Energie-Anlagen. So kann KI dazu beitragen, bestimmte schädliche Transaktionen zu erkennen, was *Jennifer Pullen* als sog. „*killer acquisitions*“ versteht. KI ist womöglich besser (und schneller) als ein Mensch in der Verarbeitung großer Datenmengen und dadurch für die Analyse solcher *killer acquisitions* besonders geeignet. Durch die Auswertung lassen sich frühzeitig Hinweise auf die Wettbewerbschädlichkeit einer Fusion gewinnen und ein gestellter Fusionsantrag kann womöglich schneller sowie auf Grundlage einer größeren Basis von Marktdaten beurteilt werden – reduzieren sich dadurch womöglich Fehler 1. und 2. Art? Ein Wohlfahrtsgewinn wäre dies wohl, wenn weniger Fusionen verboten würden, die tatsächlich keine wettbewerbsschädlichen Auswirkungen hätten, und mehr untersagt würden, die tatsächlich negativ auf den Wettbewerb einwirken und zu Wohlfahrtsverlusten führen könnten. In seiner Umsetzung allerdings bietet der Einsatz von KI zur Entdeckung von *killer acquisitions* bisher ein Feld großer tatsächlicher und normativer Herausforderungen. Um ein Beispiel zu nennen: Sollte es (technisch) gelingen, KI im Verfahren der Fusionskontrolle nach der EU-Fusionskontrollverordnung einzusetzen, stellen sich Folgeprobleme bei der gerichtlichen Überprüfung behördlicher Tätigkeit. Zwar haben Kartellbehörden ein erhebliches Ermessen hinsichtlich des Aufgreifens und der Beurteilung eines Sachverhalts. Gerichtliche Kontrolle ist jedoch ein notwendiges Gebot des Rechtsstaats und durch Betroffene und Dritte zu erzielen. Kann das auch für eine KI bzw. KI-generierte Ausübung behördlichen Ermessens gelten und wenn ja, nach Maßstab welcher Kontrolldichte?

Angesichts der neu entstehenden Zukunftstechnologien ändert sich auch ein etablierter Markt wie der Strommarkt. Die Regulierung gestaltet sich auf dem Strommarkt ohnehin schon als schwierig, da Wettbewerbsmerkmale anderer Märkte aufgrund der natürlichen Monopole auf dem Strom-

markt nur bedingt erkennbar werden. Marktmacht und Preissetzung funktionieren aufgrund technischer Besonderheiten des Strommarktes und der Einspeisung in das Stromnetz anders, erklärt *Melani Dumancic*. Der Strommarkt begünstigt außerdem *de-facto* etablierte Anbieter, da diese aufgrund ihres diversifizierten Kraftwerksportfolios am besten schwankende Strompreise und schwankende Stromerzeugung durch die unterschiedlichen Erzeugungsquellen (Kernkraft, Gas, Erneuerbare-Energie-Anlagen etc.) ausgleichen können. Für neue Wettbewerber, vor allem Betreiber von Erneuerbarer-Energie-Anlagen, erweist sich dabei besonders die Volatilität der Stromerzeugung, nämlich in Abhängigkeit von Witterungsbedingungen, als hinderlich. Abhilfe verspricht eine neue Zukunftstechnologie, die virtuellen Kraftwerke, die womöglich auch wettbewerblich privilegiert behandelt werden sollten, um den Markt insgesamt kontestierbar zu gestalten, so *Dumancic*.

Zukunftstechnologien haben neben materiell-rechtlichen auch verfahrensrechtliche Implikationen für die kartellrechtliche Durchsetzung. Dabei stellen sich Fragen allgemeiner Art. Dazu zählt die derzeit viel diskutierte Frage nach dem Verhältnis von klassischem Kartellrecht und neuartigen Regulierungen wie dem DMA. Sind bei paralleler Anwendung Unternehmen womöglich ungerechtfertigterweise einer doppelten Bestrafung ausgesetzt, fragt *Malte Drouet*.

Auch im Schadensersatzverfahren nach mitgliedstaatlichem Recht werden Änderungen durch digitale Kontexte erzeugt. In besonderem Maße fehlt es hier nach Ansicht *David Filas* am privaten Interesse zur Erhebung von Schadensersatzklagen, obwohl der einzelne Endverbraucher einen kartellrechtsrelevanten Schaden erlitten hat. Dieses – wohl durchaus ökonomisch rationale – Desinteresse, das sich aus Informationsasymmetrie zulasten des Geschädigten, Gerichtsmüdigkeit und zu hohem zeitlichem und finanziellem Aufwand bei zu geringer Gewinnerwartung speist, schadet der Durchsetzung und wird – wie Beispiele aus den USA und UK zeigen – vielerorts bereits erkannt. Insbesondere Maßnahmen zur Bündelung von Klagen, etwa die Neuerungen zur kollektiven Rechtsdurchsetzung in UK und eine Beschleunigung von Verfahren, sollen hier Anreize zur Klage für Private schaffen. Womöglich bedarf es auch einer größeren Harmonisierung von Kartellschadensersatzansprüchen unter dem DMA, um weitläufig Klagen bündeln zu können und Nachteile auf Seiten des Geschädigten zu reduzieren.

Diesem Desinteresse kann in besonderem Maße womöglich durch *legal tech* begegnet werden – Zukunftsmusik mit erheblichem Potenzial,

finden gleich drei Autoren (*Thomas Thiede, Julius Ott* und *Nils Imgarten*). Grundstein solcher Anwendung ist das Sammelklage-Inkasso, d.h. die Abtretung von Schadensersatzansprüchen mit im wesentlichen gleichem Lebenssachverhalt (gleicher Kartellverstoß) an einen Inkassodienstleister. Das Sammelklage-Inkasso gilt als Ersatz für bis dato weitestgehend fehlenden echten kollektiven Rechtsschutz; dies ist insbesondere deshalb wichtig, da die Musterfeststellungsklage im Kartellrecht nahezu keinen Anwendungsbereich hat und die Verbandsabhilfeklage dadurch erheblich limitiert ist, dass der klagebefugte Verband ohne Gewinnstreben handeln muss. Die Instanzgerichte sollten sich also mit der Tatsache abfinden, dass Inkassoklage möglich ist – hier beweist *Ott*, dass Verstöße gegen §§ 3, 4 RDG im Kartellrecht nicht zutreffen. Die Entscheidung des EuGH auf Vorlage des LG Dortmund (NZKart 2023, 229 = BeckRSb2023, 5354) steht derzeit noch aus. Dem folgend, sollten bestehende Möglichkeiten der ZPO zu besserem *Case-management* genutzt werden, so *Imgarten*. Dazu gehört unter anderem die richterliche Hinweispflicht nach § 139 ZPO, aber auch die Möglichkeit zu Vorgaben für den Verfahrenslauf (§ 275 ZPO) und Vorgaben des Richters zur Ordnung des Streitgegenstands nach § 273 ZPO. Darüber hinaus sollten die nationalen Richter ihren gegebenen Ermessensspielraum dazu nutzen, den Prozess tatsächlich zu leiten; eine Aufforderung an Richter zur aktiveren Rolle, ohne sich freilich dem Vorwurf der Parteilichkeit auszusetzen. Um einen übergroßen Arbeitsaufwand zu vermeiden, ließe sich womöglich *legal tech* anwenden – von privaten Anbietern, die auch *due diligence*-Software bereitstellen sowie Anwendungen zur Ordnung und zum Vergleich von Beweismaterial oder zur Nachvollziehung von Erwerbsvorgängen. Der klare Vorteil eines besseren *case-management* liegt auf der Hand: Wenn die Erfolgsaussichten der Klage steigen – und dazu gehört auch die Zeitdauer eines Prozesses, die sinkt – dann sinkt das Desinteresse Privater, eine Klage einzureichen und den entstandenen Schaden im Sinne einer effektiven Durchsetzung auch tatsächlich geltend zu machen. Davor sind womöglich Reformen wie etwa die Einführung eines Vorlageverfahrens zum BGH nötig, wie *Imgarten* diskutiert. Wäre das ein Gewinn!

Wir blicken auf zwei spannende Tage in München zurück, bei der die junge Kartellrechtswissenschaft näher zusammengedrückt ist und einen Grundstein für ein hoffentlich langes Konferenzprojekt gelegt hat. Die Diskussion von knapp 100 Teilnehmern hat auch diesen Tagungsband reifen lassen. Unser Dank gebührt unseren Sponsoren, die sich insbesondere auch um den Druck dieses Bandes verdient gemacht haben und ohne die diese spannende Auftaktkonferenz zur Tagungsreihe „Junges Kartellrecht“ nicht

gelungen wäre (Gleiss Lutz, Hengeler Müller, Noerr, Cleary Gottlieb, Verlag C.H. Beck, Nomos Verlagsgesellschaft und das Münchner Kartellrechtsforum). Ebenfalls danken wir der Ludwig-Maximilians-Universität München und der Universität Wien für die organisatorische Unterstützung und den akademischen Rahmen. Wir danken unseren Helfern vor Ort: Leopold Beer, Isabel Dargatz, Daniela Gschwindt, Sophie Haiden, Johannes Lukan und Julia Zöchling für deren überobligatorische und enthusiastische Mithilfe. Leopold Beer und Jasmin Wittmann haben sich um die redaktionellen Bearbeitung dieses Buches verdient gemacht. Im Übrigen danken wir Herrn Marco Ganzhorn vom Nomos Verlag für die zügige und einwandfreie Betreuung dieses ersten Bandes der neuen Schriftenreihe und seine Hilfsbereitschaft!

Wir freuen uns auf ein Wiedersehen in Wien im September 2024!

München/Wien im Januar 2024

Eva Fischer und Lena Hornkohl

What if competition law was easy?

Philip Marsden

To contribute to the Young Competition Law Scholars Conference on 'Competition Law and Future Technologies', I wanted to remind and assure the participants that the complexity and speed of such markets does not mean that there is no role for ex post competition law. Of course, I am also a proponent of ex ante regulation with respect to some firms that act as gatekeepers to markets and have an opportunity to exclude rivals or exploit customers and other users. That is a big change, but competition law still has much to offer in high tech markets. Sometimes it can all seem too difficult though. Indeed, competition law itself has become more difficult and complex, primarily because of a switch from formal conduct-based offences, particularly in finding against dominant firms, to a more economic approach that relies on actual evidence of likely harm. But the entire concept of dominance and the conduct itself can be very complicated to identify, particularly when much tech conduct offerings are spectacular and observers miss the 'sleight' of (a just barely) visible hand that can cause harm.

The complications of the business models and practices in high tech, while daunting, really aren't all that new – not to these old eyes anyway. There is a lot we know about such structures and conduct from other markets. And yes, while we should always be evolving our analysis and approaches, a lot of what we know already can help us identify some rules of thumb for all forms of application of competition law.

I offer ten, in reverse order:

10. Please please please have a theory of harm. This sounds obvious now, but it wasn't always the case, and as I mentioned, a formalistic form of approach meant that if dominance was found, then practically any listed practice or even others, could become an offence. That changed when economists entered the field, and demanded a theory of harm, rather than a form-based offence. That made competition law enforcement more difficult but better targeted and less likely to harm aspects of the business that may be efficiency-enhancing. So, have a theory of harm, and make sure it is economically-literate, for example by including an analysis of incentives.

9. Complex markets do not always require effects-based evidence.

This rule may seem to contradict rule 1, but actually it does not. The current practice is not completely formal, but there are some object offences that may require application of experience with similar problems or the existing circumstances etc. – but not full economic effects analysis. We still see exclusion and exploitation in tech markets, but these are just analog models in digital clothes, or old wine in new bottles and shouldn't be allowed to fool anyone – least of all enforcers. But what if we meet a type of conduct that we haven't seen before, and have no experience with or we are faced with completely new circumstances? Can we still use an object-based approach? Yes, we can: if the harm is clearly obvious. This leads me to a corollary rule though.

8. If running an object theory of harm, let the harm be obvious. This means that a case team can not ask decision-makers to reserve days or even hours to assess the actual theory of harm at the core of the case. If a case team asked me for that long to look at the core legal and economic theory of harm, I would say, go back and run it as an effects case. Because if you can't explain it quickly, then the harm isn't obvious, and, by definition, a by object approach would be inappropriate and arguably unfair. Which takes me to another observation.

7. Fairness is not a theory of harm. Fairness and trust appear in so many competition enforcer speeches lately it is almost as if the officials are trying to create a vibe to prepare us for decisions that apply those concepts.

Now, I like fairness. I like trust. I like motherhood and apple pie. But an allegation of unfairness is not a theory of harm. And it certainly is not a concept that can be operationalised in enforcement cases. Keep the concept for the testimony to parliament, a press release or a speech, but in any area of life, including enforcement, people's views of what is fair for them can conflict with others – and create actual or real conflict.

Let me tell you what I think about fairness. I said it is not operational as an enforcement concept, but it does motivate a core aspect of competition law, and perhaps is the core itself. That said, if you think of competition as about improving markets through genuine rivalry, improving performance, advancing innovation, and the like, then if you work hard, use superior skill foresight and industry, and pull ahead of your rivals, then you shouldn't be turned upon when you win. I think it is absolutely fair that competitions have losers. In fact, if there isn't a loser, then it isn't a competition, it's a participation sport where everyone wins. That said, if the conduct is not performance-based competition on the merits, but instead is a form of

sabotage of rivals, or their exclusion, then that harms the competition itself, and any benefits it might bring.

6. Cui Bono? And about benefits, the businesses will always argue that there are benefits to their conduct. Usually, we assess these benefits after setting out the offence. I don't think an authority should have to wait to engage with these questions, for example at the later Art. 101 (3) TFEU stage – in all cases. Surely, at early meetings with the company, we can ask who benefits from their pro-competitive, pro-efficiency rationale for the practice in question. If that evidence stacks up, it might be possible for the authority to at least deprioritise the case earlier. Equally if the company can't answer the question about who benefits (other than pointing to themselves), then that too is telling. I like to try to work out if the practice makes any economic sense. If it doesn't other than to benefit the company and harm others then, we advance to a more involved analysis. We do need to understand the business model, incentives, and as for benefits, we should 'follow the money'. In tech this often means following the data to see how the business model is paid for, used and how available it is.

5. A case closure should be written up. At least to show where conduct is safe. The authority has done all the work, weighed the evidence, debated it all internally, and decided not to intervene, after a considerable expenditure, paid by the public. During any investigation the defendant firm and often other firms are chilled from doing much new activity. That can be good if there was an offence, but if the case is closed, then there is an opportunity, and I would say responsibility, to spend a bit more of the authority budget to write it up. Business is a minefield for all companies in a sector under investigation, or where the law is vague. A well-written no grounds for action decision should not be seen by the authority's lawyers as a dangerous precedent that binds their hands. It can be suitably qualified to still show all companies where safe is, the path through the mine field if you will. It's also a benefit to the authority in terms of signalling to complainants that the enforcers don't want their case pipeline clogged up with such matters.

4. Commitments should meet the competitive concerns. In fact, clarity and communication is key. An authority should write up its concerns clearly, so the parties can better see the problem and craft a solution through commitments, equally drafted clearly so the two sides balance. And a note for authorities: one market test of clear concerns and clear commitments and please take a view, have some self-discipline, write and test clearly and move on.

3. A watchdog needs more than one tooth. Fines are fine, they punish and they deter, they get the word out that certain conduct will not stand, man. Authorities should want to face those who violate the law with a full array of tools to clamp down on anticompetitive conduct. Director disqualifications make liability for wrong-doing personal, and this tends to focus executive minds. Direct compensation arrangements for harmed consumers can also be trialled by authorities. Some authorities have even benefitted by being more in the public eye, explaining their work in terms that laypeople can appreciate.

2. Always be enforcing. This is another obvious one, but policy statements, speeches, and guidance only go so far. An authority needs some steel in its sword, to make its other statements listened to, and to indicate to firms that they help with compliance or face the consequences, which are much more distracting, disruptive to the business and expensive.

1. Do no harm. Another obvious rule, but one that authorities need to adopt as a form of Hippocratic oath. We shouldn't intervene to replace winners with less efficient firms, and we shouldn't inflict harm or distort incentives. Obviously, if we find something malignant, we shouldn't kill the patient just to get rid of it. We are not here to change business models, but to keep them clean.

Our remedies should go with the grain of technological developments, accelerate change and innovation and do not push tech or other markets backwards. Authorities should not order firms to create products that are less innovative, or price them higher, just to help rivals catch up. That way madness lies. And would obviously harm consumers and again, not be representative of true competition. So don't handicap the leaders so the less capable can catch up. Instead, do things to spur the chasing pack and to provide opportunities for new entry too, and this will itself add competitive discipline – like chasing runner's breath on your neck – to work harder. That's what we did in our CMA banking investigation. We could have broken up the banks but that wouldn't have helped. So, we opened them up, got them to release data they were just sitting on. Fintechs and other banks can use that data to devise apps that help consumers choose between providers. And this in turn creates new services and more competitive offerings which in turn wakes up the sleepy incumbents.

Now, you may say, my 10 rules are too simple and won't always apply. You may say competition law is supposed to be hard. And I assure you it will stay that way... that's what makes it intellectually satisfying and what justifies enforcers' care, and some advisors' huge fees. But what I would say

to you is that we do these things, we work in competition law, because it is hard. All I would add is that always ask yourself, you the true future of antitrust, to do two things: first, when you are working late at night on a paper, or a file or some impossible, intractable problem, step back, nibble some chocolate and ask, 'what if this was easy?' I'm not saying this will always work, but it might give you some perspective and lift you out of the grinding nature of some analysis and let you find some insight that unlocks the problem. Secondly, please please please try to remember that if you're not having fun, there's probably something wrong. You have one life to live, if you are going to devote a large part of it to competition law, at least make it both intellectually satisfying and personally rewarding, collaborative and yes, sometimes, fun.

Grundlagen von Kartellrecht und Zukunftstechnologien

Möglichkeiten und Chancen der „bewirkten Wettbewerbsbeschränkung“ in der Digitalökonomie

Bernadette Zelger, Innsbruck*

Abstract

Die Digitalisierung und das damit einhergehende Phänomen digitaler Märkte stellen die bestehenden Kategorien von bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen und missbräuchlichen Verhaltensweisen auf den Prüfstand. So mag die Einordnung einer bestimmten Maßnahme in der „analogen Welt“ in die Kategorie der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 101 Abs. 1 AEUV oder ihrem Äquivalent im Rahmen des Art. 102 AEUV, i.e. dem *prima facie* missbräuchlichen Verhalten, zwar richtig sein, ihr Auftreten in der „digitalen Welt“ und daher im online Markt jedoch eine andere und damit davon abweichende Beurteilung bzw. Einordnung erfordern (z.B. Kopplungsmaßnahmen in digitalen Märkten). Auch neue bzw. teilweise noch nicht da gewesene Phänomene, bringen Schwierigkeiten in der Beurteilung und Einordnung von Verhaltensweisen mit sich (z.B. Selbstbegünstigungsmaßnahmen wie in *Google Shopping*). Insofern stellen digitale Märkte das Kartellrecht vor Herausforderungen, die auf die Besonderheiten digitaler Märkte sowie deren Funktionalität zurückzuführen sind. Vor diesem Hintergrund argumentiert gegenständlicher Beitrag, dass die „Effektanalyse“ und damit ein vermehrter Rückgriff auf das Konzept der Auswirkungsprüfung ein noch zu wenig (oder gar un)erkanntes *Tool* zur Bewältigung der durch die Digitalisierung auftretenden Herausforderungen darstellt, dessen verstärkte Anwendung am Ende auch zu mehr Rechtssicherheit führte.

* Mein Dank gebührt Lena Hornkohl und Eva Fischer für wertvolle Anmerkungen und Input sowie meiner studentischen Mitarbeiterin Jil Merlijn Abt für ihre Unterstützung bei der redaktionellen Bearbeitung des Beitrages.

A. Einleitung¹

Die Debatte hinsichtlich der Unterscheidung zwischen bezweckten und bewirkten Wettbewerbsverstößen ist beinahe so alt wie das europäische Kartellrecht und seine Bestimmungen, i.e. Art. 101 und 102 AEUV. Eine nähere Betrachtung der Rechtsprechung lässt die Schlussfolgerung zu, dass eine Unterscheidung in vorgenannte Kategorien im Kontext beider Bestimmungen des AEUV existiert² und der Beurteilungsrahmen daher insgesamt ein kohärenter ist.³ Auch ist im Kontext von bezweckten Beschränkungen, i.e. Verhaltensweisen, die ihrem Wesen nach geeignet sind, den Wettbewerb zu beschränken,⁴ unstrittig, dass eine sich an der Verhaltensweise rein formalistisch orientierende Einordnung einer Maßnahme, ohne Bezugnahme auf den „jeweiligen rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang“⁵,

-
- 1 Das Thema und Kernargument des nachstehenden Aufsatzes ist als ein Teilaspekt von der Autorin in nachstehender Monographie entwickelt worden: *B. Zelger, Restrictions of EU Competition Law in the Digital Age*, in: K. Purnhagen et al (Hrsg.), *Studies in European Economic Law and Regulation*, Berlin 2023. Sämtliche im Beitrag zitierten Online-Quellen wurden von der Autorin am 9. Juni 2023 abgerufen.
 - 2 *Zelger, Restrictions of EU Competition Law* (Fn. 1), S. 8, 24, 78, 132 und 197 m.w.N.; in der englischen Literatur wird u.a. von „by object abuse“ gesprochen: vgl. z.B. *R. Whish/D. Bailey, Competition Law*, Oxford University Press 2021, S. 205; *A. Jones/B. Sufrin/N. Dunne, EU Competition Law – Text, Cases and Materials*, Oxford University Press 2019, S. 375 ff; *L. Peeperkorn, Coherence in the Application of Articles 101 and 102: A Realistic Prospect or an Elusive Goal?*, *World Competition* (2016), 389; *P. Ibáñez Colomo, Beyond the “more economics-based approach”: A legal perspective on Article 102 TFEU case law*, *Common Market Law Review* 2016, 709; *P. Ibáñez Colomo/A. La-madrid de Pablo, On the notion of restriction of competition: what we know and what we don't know we know*. In: D. Gerard/M. Merola/B. Meyring (Hrsg.), *The Notion of Restriction of Competition: Revisiting the Foundations of Antitrust Enforcement in Europe*, Bruylant 2017, S. 333 (346); *P. Ibáñez Colomo, Persistent myths in competition law (V): there is no such thing as an abuse by object (or by effect) under Article 102 TFEU*, *Chilling'Competition Blog*, abrufbar unter: <https://chillingcompetition.com/2020/01/10/persistent-myths-in-competition-law-v-there-is-no-such-thing-as-an-abus-e-by-object-or-by-effect-under-article-102-tfeu/>; vgl. auch EuGH C-307/18, *Generics*, ECLI:EU:C:2020:52, Rn. 155.
 - 3 *Zelger* (Fn. 1), S. 8, 24, 78, 132 und 197 m.w.N.
 - 4 S. z.B. EuGH C-209/07, *BIDS*, ECLI:EU:C:2008:643, Rn. 17; EuGH C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV*, ECLI:EU:C:2009:343, Rn. 29; EuGH C-226/11, *Expedia*, ECLI:EU:C:2012:795, Rn. 36; EuGH C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító*, ECLI:EU:C:2013:160, Rn. 35; EuGH C-67/13 P, *Groupement des Cartes Bancaires*, ECLI:EU:C:2014:2204, Rn. 50.
 - 5 Vgl. z.B. EuGH, *Generics* (Fn. 2) Rn. 67 f.; EuGH, *T-Mobile* (Fn. 4), Rn. 31; EuGH, *Expedia* (Fn. 4), Rn. 21; EuGH, *Allianz Hungária* (Fn. 4), Rn. 29.

nicht möglich ist.⁶ Immer bedarf es einer Berücksichtigung der rechtlichen und wirtschaftlichen Umstände und Gegebenheiten im Einzelfall und daher einer – wie die Autorin es nennt – „Kontextanalyse“⁷, um eine Maßnahme der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung zuzuordnen, oder aber ihre Zugehörigkeit zur genannten Kategorie auszuschließen. Diese Kontextanalyse ist in Hinblick auf die ökonomische Beurteilungsdimension, i.e. die „wirtschaftlichen Zusammenhänge“⁸, wie im Folgenden noch gezeigt wird, u.a. informiert durch Erkenntnisse der Wirtschaftswissenschaften; die Beurteilung einer Verhaltensweise aus dem Blickwinkel des Kartellrechts ohne ökonomische Theorie ist daher unmöglich.⁹ Ob eine Verhaltensweise somit als bezweckt wettbewerbsbeschränkend oder missbräuchlich qualifiziert werden kann, hängt daher wesentlich davon ab, wie die „objektive wettbewerbsbeschränkende Tendenz“¹⁰ der jeweiligen Maßnahme bzw. Verhaltensweise aus ökonomischer Perspektive beurteilt wird.

Der Prozess der Digitalisierung, die damit einhergehenden Veränderungen der Märkte sowie insbesondere die Besonderheiten von digitalen Märkten scheinen die bestehenden Kategorien von bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen und missbräuchlichen Verhaltensweisen aufzubrechen. Dies aufgrund der Tatsache, dass die digitalen Realitäten und Gegebenheiten, i.e. der online Kontext innerhalb dessen Verhaltensweisen auftreten, eine 1:1 Beurteilung nach Maßgabe der bisherigen Erkenntnisse zu potenziellen Auswirkungen bestimmter Verhaltensweisen nicht notwendigerweise zulassen.¹¹ Mit anderen Worten: Die möglichen, negativen Effekte einer bestimmten Verhaltensweise in der analogen Welt sind nicht unbedingt

6 *Ibáñez Colomo/Lamadrid de Pablo*, On the notion of restriction of competition (Fn. 2), S. 339.

7 *Zelger*, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S. 38 ff.

8 Vgl. z.B. EuGH, *Generics* (Fn. 2) Rn. 67 f.; EuGH, *T-Mobile* (Fn. 4), Rn. 31; EuGH, *Expedia* (Fn. 4), Rn. 21; EuGH, *Allianz Hungaria* (Fn. 4), Rn. 29.

9 *P. Ibáñez Colomo*, Intel and Article 102 TFEU Case Law: Making Sense of a Perpetual Controversy, LSE Law, Society and Economic Working Papers 29/2014, 5; *T. Ackermann*, Methodological Issues in Selected Branches – §20 European Competition Law, in: K. Riesenhuber (Hrsg.), *European Legal Methodology*, Intersentia 2017, S. 523; *P. Ibáñez Colomo*, *The Shaping of EU Competition Law*, Cambridge University Press 2018, S. 13; vgl. dazu auch die Ausführungen von *S. Holzweber* im Kontext von Koppelungsmaßnahmen (*tying & bundling*): *S. Holzweber*, *Tying and bundling in the digital era*, *European Competition Journal* 2018, 342 (346 ff.).

10 *D. Zimmer* in: U. Immenga/E.-J. Mestmäcker (Hrsg.), *Kommentar Wettbewerbsrecht*, 6. Aufl., München 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 129.

11 *Zelger*, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S. 135 ff. und 153 ff.

deckungsgleich mit jenen, die im online Kontext auftreten. Vielmehr sind Auswirkungen von Verhaltensweisen in digitalen Märkten in Hinblick auf ihre Wettbewerbsschädlichkeit durchaus ambivalent oder – aufgrund der Besonderheiten digitaler Märkte – überhaupt gänzlich anders zu beurteilen. *Kurzum*: Die sich aufgrund der Digitalisierung verändernden, realen (Markt)Gegebenheiten vermögen die Beurteilung der objektiv wettbewerbsbeschränkenden Tendenz einer Verhaltensweise unter Umständen zu verändern.¹² Insofern ist bei im digitalen Kontext auftretenden Verhaltensweisen nicht immer klar, ob sie ihrem Wesen nach geeignet sind, den Wettbewerb zu beschränken; vielmehr sprechen in manchen Fällen gute Gründe dafür, sie aus wettbewerbsrechtlicher Sicht anders zu bewerten als ihre (der äußeren Form nach korrespondierenden) Äquivalente der analogen Welt.¹³ Im Ergebnis hat dies zur Folge, dass, unter Zugrundelegung der in der analogen Welt entwickelten Grundsätze für die Einordnung bestimmter Maßnahmen, eben dieselben Verhaltensweisen online nicht notwendigerweise auch in die Kategorie der bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen eingeordnet werden können.¹⁴ Dies nicht zuletzt deshalb, weil es an (ökonomischem) Erfahrungswissen in Hinblick auf die wettbewerbsschädlichen Auswirkungen der Verhaltensweisen schlicht (noch) fehlt. Der Vorschlag, der sich aufdrängt, ist ein vermehrter Rückgriff auf das Instrument der Auswirkungs- bzw. Effektanalyse. Diese ist, im Kontext des Art. 101 Abs. I AEUV, dem Begriff der „bewirkten Wettbewerbsbeschränkung“ immanent; ein wirtschaftlich-wirkungsbezogener Ansatz existiert aber auch im Kontext des Art. 102 AEUV. Im Ergebnis führte ein solcher Zugang nicht nur zu ökonomisch informierten Entscheidungen, sondern, darüber hinaus und gleichwohl die Langzeitperspektive berück-

12 Zelger, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S.154; Holzweber, Tying and bundling in the digital era (Fn. 9), 342 f.

13 Im Kontext des Artikels 101 AEUV vgl. z.B. Klauseln zur Preisbindung zweiter Hand bzw. sog. Meistbegünstigtenklauseln. Im Kontext des Artikels 102 AEUV vgl. z.B. Koppelungsgeschäfte; vgl. dazu u.a. Holzweber, Tying and bundling in the digital era (Fn. 9).

14 Vgl. z.B. die ursprüngliche, formalistische Beurteilung von Koppelungsgeschäften in der Rechtsprechung der EU Gerichte (EuGH C-333/94 P, *Tetra Pak International v Commission*, ECLI:EU:C:1996:436; EuG T-83/91, *Tetra Pak II*, ECLI:EU:T:1994:246; EuG T-30/89, *Hilti AG v Commission*, ECLI:EU:T:1991:70), welcher mit der Entscheidung des EuG in *Microsoft* (EuG T-201/04, *Microsoft Corp v Commission*, ECLI:EU:T:2007:289) aufgeweicht wurde und der sich auch in der Entscheidung des EuG in *Google Android* (EuG T-604/18, *Google and Alphabet v Commission (Google Android)*, ECLI:EU:T:2022:541) findet.

sichtigend, auch zu mehr Rechtssicherheit: Die Auswirkungsanalyse eignet sich nämlich hervorragend dazu, jene für die Einordnung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung erforderlichen Erfahrungswerte hinsichtlich der (Wettbewerbs)Schädlichkeit einer Maßnahme (aus ökonomischer Perspektive)¹⁵ überhaupt erst zu sammeln bzw. zu erlangen. Darüber hinaus argumentiert die Autorin, dass sich in der „online Welt“ drei Kategorien für die Beurteilung von Verhaltensweisen herausarbeiten lassen,¹⁶ nach Maßgabe derer die Geeignetheit der existierenden ökonomischen Beurteilungskonzepte und Schadenstheorien aus der „offline Welt“ für die Betrachtung und Einordnung derselben Verhaltensweise online festgestellt werden kann.

Vor diesem Hintergrund gliedert sich der Beitrag in fünf Abschnitte. In einem ersten Teil wird ein kurzer Überblick über die Grundlagen zur Etablierung von bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen und missbräuchlichen Verhaltensweisen gegeben (B.I.). Relevant erscheint in diesem Zusammenhang insbesondere die zur Feststellung vorgenannter Verstöße erforderliche „Kontextanalyse“ (B.II.), der in diesem Zusammenhang erforderliche Zwei-Stufen-Test (B.II.1. und B.II.2.) sowie existierende Grenzfälle, hinsichtlich derer eine Abgrenzung der Kontextanalyse von der im Kontext der bewirkten Wettbewerbsbeschränkung erforderlichen (umfangreicheren) Auswirkungsanalyse¹⁷ durchaus Schwierigkeiten bereitet (B.II.3.). Während Abschnitt C einleitend einen kurzen Überblick über die Besonderheiten digitaler Märkte skizziert (C.I.), werden im Anschluss daran die unterschiedlichen Kategorien für die Betrachtungsweise von Verhaltensweisen in der „online Welt“ herausgearbeitet (C.II.), mit Beispielen untermauert und anhand von Entscheidung der jüngeren Rechtsprechung illustriert (C.III.) sowie die Vorteile einer vermehrten Verwendung des wirtschaftlich-wirkungsbezogenen Ansatzes („Effektanalyse“) näher dargestellt (C.IV.). Abschließend werden in Abschnitt D die wesentlichen Erkenntnisse kurz zusammengefasst.

15 Zimmer (Fn. 10), Art. 101 AEUV, Rn. 130.

16 Vgl. Dazu bereits in Zelger (Fn. 1), S. 154 f.

17 Zimmer (Fn. 10), Art. 101 AEUV, Rn. 131.

B. Zweck oder Wirkung: Der kohärente Beurteilungsrahmen von Art. 101 Abs. 1 und 102 AEUV

I. Grundlagen

Im Kontext beider wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen des AEUV, i.e. Art. 101 und 102 AEUV, unterscheidet die Rechtsprechung bei der Beurteilung von Maßnahmen zwischen solchen, die sie einem legalistisch-formal begründeten Ansatz¹⁸ (sog. „conduct-oriented“ oder „form-based approach“)¹⁹, sowie solchen, die sie einem wirtschaftlich-wirkungsbezogenen Ansatz²⁰ (sog. „result-oriented“ oder „effect-based approach“)²¹ unterstellt. Diese unterschiedlichen Ansätze spiegeln sich im Wortlaut des Art. 101 Abs. 1 AEUV wider, wonach bezweckte und bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen vom Kartellverbot erfasst sind. Art. 102 AEUV enthält keine solche *expressis verbis* Unterscheidung; eine Einteilung von Maßnahmen in die vorgenannten Kategorien lässt sich aber der Rechtsprechung des EuGH entnehmen²² und ist dies – zumindest in der englischsprachigen Literatur – überwiegend anerkannt und herrschende Meinung,²³ wenngleich die Verwendung der Terminologie des Art. 101 Abs. 1 AEUV im Kontext des Missbrauchsverbots gemäß Art. 102 AEUV, i.e. der Begriff „bezweckte missbräuchliche Verhaltensweise“ (sog. „by object abuse“) durchaus kontro-

18 Die Formulierung im Deutschen so bereits in: Evaluierungsbericht der Kommission – Gruppenfreistellungs-Verordnung (EG) Nr. 240/96 für Technologietransfer-Vereinbarungen (GFTT) – Technologietransfer-Vereinbarungen nach Artikel 81 EG-Vertrag, KOM(2001) 786 endgültig („Evaluierungsbericht GFTT“), Rn. 4.

19 B. Zelger, „By object“ restrictions pursuant to Article 101(1) TFEU: a clear matter or a mess, and a critical analysis of the court’s judgement in Expedia?, *European Competition Journal* 2017, 356 (360).

20 Evaluierungsbericht GFTT (Fn. 18), Rn. 4.

21 Zelger, „By object“ restrictions (Fn. 19), 359.

22 Vom EuGH erstmals ausdrücklich betont in: EuGH C-23/14, *Post Danmark II*, ECLI:EU:C:2015:651, Rn. 65; *Ibáñez Colomo/Lamadrid de Pablo*, On the notion of restriction of competition (Fn. 3), S. 336, 346; Für eine umfassende Analyse der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 102 AEUV i.d.Z. vgl. *Ibáñez Colomo*, Beyond the “more economics-based approach” (Fn. 3); Zelger, *Restrictions of EU Competition Law* (Fn. 1), Kapitel 4.1, S. 78 ff.

23 *Whish/Bailey*, *Competition Law* (Fn. 2), S. 205 m.w.N.; *Ibáñez Colomo*, Beyond the “more economics-based approach” (Fn. 3); *Ibáñez Colomo/Lamadrid de Pablo*, On the notion of restriction of competition (Fn. 3), S. 336 f., 346; *Peeperkorn*, *Coherence in the Application of Articles 101 and 102* (Fn. 2), 407–409; Zelger, *Restrictions of EU Competition Law* (Fn. 1), S. 78 ff.; *Jones/Sufrin/Dunne*, *EU Competition Law* (Fn. 2), S. 375 ff.

vers diskutiert wird.²⁴ Im Ergebnis finden sich daher grundsätzlich auch im Anwendungsbereich des Art. 102 AEUV Verhaltensweisen, die als *prima facie* missbräuchlich qualifiziert werden²⁵ sowie Maßnahmen, welche eine konkrete und umfangreiche Auswirkungsprüfung und damit einen Nachweis der tatsächlichen bzw. potenziellen negativen Auswirkungen einer Verhaltensweise auf dem jeweiligen Markt bedürfen.²⁶ Darüber hinaus scheint wesentlich, dass im Kontext beider Bestimmungen zudem die Möglichkeit der Rechtfertigung besteht,²⁷ wenngleich Art. 102 AEUV eines Äquivalents zu Art. 101 Abs. 3 AEUV entbehrt. Auch werden bei der Etablierung einer bezweckt wettbewerbsbeschränkenden oder missbräuchlichen Verhaltensweise dieselben Standards angewendet (vgl. dazu sogleich unter B.II). Der einzige Unterschied scheint sich somit aus dem Tatbestandsmerkmal der Spürbarkeit zu ergeben, wobei sich auch dieser – bei entsprechender Lesart – in einen stimmigen Gesamtbeurteilungsrahmen beider Bestimmungen einordnen lässt.²⁸

Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass es im Rahmen beider wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen des AEUV Verhaltensweisen gibt, die, den jeweiligen rechtlichen und wirtschaftlichen Kontext berücksichtigend, ihrem Wesen nach geeignet sind, den Wettbewerb zu beschränken. Dem folgend sind sie als bezweckte Wettbewerbsverstöße bzw. als *prima facie* missbräuchliches Verhalten zu qualifizieren. Die Rechtsprechung zu Fällen aus der „analogen“ Welt ist umfassend, das sowohl in Hinblick auf das in Art. 101 AEUV verankerte Kartellverbot als auch das Marktmiss-

24 Ebd.; Kritisch zur Terminologie des „by object abuses“: Jones/Sufrin/Dunne, EU Competition Law (Fn. 2), S. 375 sowie Peepkorn, Coherence in the Application of Articles 101 and 102 (Fn. 2), 407–409.

25 Z.B. Ausschließlichkeitsbindungen (*exclusive dealing*), bedingte Treuerabattsysteme (*rebates conditional upon exclusivity*), Kampfpreisunterbietung bei Preisen unterhalb der durchschnittlichen variablen Kosten (*predatory pricing below average variable cost*), Koppelungsgeschäfte (*tying*).

26 Z.B. Kosten-Preis-Schere (*margin squeeze*); vgl. EuGH C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, ECLI:EU:C:2011:83, Rn. 64.

27 Vgl. z.B. EuGH C-27/76, *United Brands*, ECLI:EU:C:1978:22, Rn. 184; EuGH C-95/04 P, *British Airways*, ECLI:EU:C:2007:166, Rn. 69; EuGH C-209/10, *Post Danmark I*, ECLI:EU:C:2012:172, Rn. 40 und die dort angeführte Rechtsprechung; EuGH C-413/14 P, *Intel v Commission*, ECLI:EU:C:2017:632, Rn. 140; A. Fuchs in: U. Immenga/E.-J. Mestmäcker (Hrsg.), Kommentar Wettbewerbsrecht, 6. Aufl., München 2019, Art. 102 AEUV, Rn. 152 ff.

28 *Zelger*, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S. 130 f.

brauchsverbot gemäß Art. 102 AEUV.²⁹ Eine nähere Betrachtung lässt somit die Schlussfolgerung zu, dass der Beurteilungsrahmen beider Bestimmungen ein kohärenter ist.³⁰

II. Die Notwendigkeit der „Kontextanalyse“ im Rahmen von bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen und missbräuchlichen Verhaltensweisen

Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden die zur Feststellung einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung bzw. einer *prima facie* missbräuchlichen Verhaltensweise erforderliche „Kontextanalyse“ kurz dargestellt werden. Im Rahmen der Bestimmungen der Art. 101 Abs. 1 und 102 AEUV existieren nämlich keine *per se* Beschränkungen, die sich rein aufgrund der Form einer Verhaltensweise, losgelöst von den rechtlichen, wirtschaftlichen und tatsächlichen Umständen innerhalb derer ein Verhalten gesetzt wird, feststellen lassen.³¹ Das gilt für zweiseitige, kollusive Maßnahmen³² ebenso wie für unilaterales Verhalten marktmächtiger Unternehmen.³³ Die Frage nach der grundsätzlichen Geeignetheit einer Verhaltensweise, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, ist daher essenziell. Maßnahmen, die (objektiv) ungeeignet sind, überhaupt eine wettbewerbsschädliche Wirkung zu entfalten (ungeachtet der tatsächlichen Auswirkungen im Einzelfall, sind doch neben tatsächlichen auch potenzielle Effekte für die Bejahung der Geeignetheit ausreichend), sind weder bezweckt wettbewerbsbeschränkend gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV³⁴ noch *prima facie* missbräuchlich i.S.d. Art. 102 AEUV.³⁵

29 Ausführlich dazu: Zelger, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), Kapitel 3 und 4 (vgl. insb. S. 8, 24, 78, 88, 132 und 197 m.w.N.).

30 Ebd.

31 *Ibáñez Colomo/Lamadrid de Pablo*, On the notion of restriction of competition (Fn. 2), S. 336, 339.

32 Zelger, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), Kapitel 3.3, S. 38 ff.

33 Zelger, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), Kapitel 4.4, S. 91 ff.

34 Zimmer (Fn. 10), Art. 101 AEUV, Rn. 130.

35 *P. Ibáñez Colomo*, Case C-307/18 Generics (UK) and others v CMA (Paroxetine), a major landmark in the case law (II): pay-for-delay, Chilling'Competition Blog, abrufbar unter: <https://chillingcompetition.com/2020/02/28/case-c-307-18-generic-s-uk-and-others-v-cma-paroxetine-a-major-landmark-in-the-case-law-ii-pay-for-delay/>.

1. Grundlagen: Der Zwei-Stufen-Test

Die für die Einordnung einer Maßnahme als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung bzw. *prima facie* Missbrauch erforderliche Kontextanalyse besteht aus einem zweistufigen Test,³⁶ der – die Rechtsprechung abbildend – maßgeblich von *Peepkorn*³⁷ und Generalanwalt *Bobek*³⁸ in seinen Schlussanträgen in *Budapest Bank*³⁹ herausgearbeitet wurde.⁴⁰ In einem ersten Schritt gilt es der Frage nach dem wettbewerbswidrigen Zweck bzw. der grundsätzlichen (objektiven) wettbewerbsbeeinträchtigenden Tendenz einer Maßnahme nachzugehen. Diese(r) ergibt sich aus einer „objektivierten“ Beurteilung der Ziele und des Inhalts einer Verhaltensweise. *Peepkorn* spricht von sog. „*net negative effects*“.⁴¹ Ebene 1 des Zwei-Stufen-Tests ist daher der Frage gewidmet, ob eine Verhaltensweise in der Regel geeignet ist den Wettbewerb zu beschränken bzw. zu beeinträchtigen, womit einzig plausible Erklärung für die Verhaltensweise eben die Beschränkung bzw. Beeinträchtigung bleibt (*allgemeine Beurteilung*). Mit anderen Worten muss die Beurteilung einer Verhaltensweise ergeben, dass „negative Auswirkungen auf den Wettbewerb so wahrscheinlich sind, dass eine Prüfung der konkreten Effekte unterbleiben kann.“⁴² Für Preisabsprachen oder aber auch vertikale Vereinbarungen bspw., die zu einem absoluten Gebietsschutz führen, mag dies – auf ersten Blick – zutreffen (s. dazu sogleich unter 2.). Ebenso, als Beispiele einer Art. 102 AEUV Verhaltensweise, für Kampfpreisstrategien und Exklusivitätsvereinbarungen. In einem nachgelagerten, zweiten Schritt (Ebene 2, *individuelle Beurteilung*) gilt es dann zu prüfen, ob die Beurteilung der jeweiligen Maßnahme unter Berücksichtigung der individuellen tatsächlichen Gegebenheiten, i.e. vor dem Hintergrund des jeweiligen rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhanges, innerhalb dessen sie auftritt, das Ergebnis der Beurteilung auf Ebene 1 zu bestätigen

36 Im Wesentlichen herausgearbeitet von *L. Peepkorn* sowie *GA Bobek*, vgl. dazu: *L. Peepkorn*, Defining „by object“ restrictions, *Concurrence* 2015, 40; Schlussanträge *GA Bobek* C-228/18, *Budapest Bank*, ECLI:EU:C:2019:678, Rn. 41–43.

37 Ebd.

38 *GA Bobek*, Schlussanträge *Budapest Bank* (Fn. 36), Rn. 41–43.

39 EuGH, *Budapest Bank* (Fn. 46).

40 Für eine nähere Dar- und Gegenüberstellung beider Test-Varianten sowie zu deren Vereinbarkeit und materieller Identität, vgl. *Zelger*, *Restrictions of EU Competition Law* (Fn. 1), Kapitel 3.4, S. 46 ff.

41 *Peepkorn*, Defining „by object“ restrictions (Fn. 36), Rn. 18.

42 *Zimmer* (Fn. 10), Art. 101 AEUV, Rn. 130 mit Verweis auf: EuGH, *Groupement des Cartes Bancaires* (Fn. 4), Rn. 51.

vermag. So mag dies im Kontext von Preisabsprachen zwischen Wettbewerbern in der Regel der Fall sein; zu den Beispielen des absoluten Gebietschutzes in vertikalen Vereinbarungen sowie den angeführten Beispielen zu Art. 102 AEUV siehe sogleich unter 2. Bleibt die einzige Erklärung einer Verhaltensweise jene, dass sie darauf abzielt den Wettbewerb zu beschränken bzw. zu beeinträchtigen, handelt es sich um eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung bzw. *prima facie* missbräuchliche Verhaltensweise.⁴³ Sind Maßnahmen, unter Berücksichtigung des jeweiligen rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhanges, jedoch als ambivalent einzustufen, unterbleibt eine Einordnung in die Kategorie der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung bzw. missbräuchlichen Verhaltensweise und ist, für die Subsumtion einer solchen unter der jeweils relevanten, wettbewerbsrechtlichen Bestimmung, i.e. Art. 101 oder 102 AEUV, eine umfangreichere Auswirkungsanalyse und somit der Nachweis potenzieller bzw. tatsächlicher negativer Effekte auf dem jeweiligen Markt erforderlich.⁴⁴

2. Beurteilung im Einzelfall: Die „Kontextanalyse“ angewandt

Im Kontext des Art. 101 Abs. 1 AEUV beruft sich der EuGH bei der Feststellung von bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen im Kontext der „Zweckermittlung“ auf die Notwendigkeit der Berücksichtigung „aller maßgeblichen Gesichtspunkte“⁴⁵ eines Sachverhaltes sowie seines „rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhanges“⁴⁶. So sind nach der Rechtsprechung des EuGH z.B. Vereinbarungen, die zu einem absoluten Gebietsschutz füh-

43 *Ibáñez Colomo*, Intel and Article 102 TFEU Case Law (Fn. 9), 14; *Zelger*, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S. 45, 74 f m.w.N.

44 Hinsichtlich Art. 101 Abs. 1 AEUV ergeben sich die alternativen Tatbestandsvarianten aus dem Wortlaut der Bestimmung selbst, sowie dem dort angeführten „oder“ – vgl. dazu auch: EuGH 56/65, *Société Technique Minière*, ECLI:EU:C:1966:38, Rn. 249; im Kontext des Art. 102 AEUV lassen sie sich aus der Rechtsprechung des EuGH ableiten: *Whish/Bailey*, Competition Law (Fn. 2), S. 205 m.w.N.; *Ibáñez Colomo*, Beyond the “more economics-based approach” (Fn. 2); *Ibáñez Colomo/Lamadrid de Pablo*, On the notion of restriction of competition (Fn. 2), S. 336, 346; *Peepkorn*, Coherence in the Application of Articles 101 and 102 (Fn. 2), 407–409; *Zelger*, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S. 78 ff; *Jones/Sufrin/Dunne*, EU Competition Law (Fn. 2), S. 375 ff.

45 EuGH, *Allianz Hungária* (Fn. 4), Rn. 29; EuGH C-228/18, *Budapest Bank*, ECLI:EU:C:2020:265, Rn. 59.

46 EuGH, *Generics* (Fn. 2), Rn. 67 f.; EuGH, *T-Mobile* (Fn. 4), Rn. 31; EuGH, *Allianz Hungária* (Fn. 4), Rn. 29; EuGH, *Budapest Bank* (Fn. 46), Rn. 59.

ren, grundsätzlich als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen vom Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst.⁴⁷ In der Rechtssache *IHT International Heiztechnik GmbH* hat der EuGH jedoch bspw. Rücksicht auf den *rechtlichen Umstand* genommen, dass sich der absolute Gebietschutz aus einer Markenrechtsvereinbarung ergab, und subsumierte die Vereinbarung daher letztlich nicht unter dem Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung.⁴⁸ Mit anderen Worten hat der EuGH in *IHT International Heiztechnik GmbH* auf Ebene 2 des Zwei-Stufen-Tests daher die Einordnung der Maßnahme in die „*by-object-Box*“⁴⁹ aufgrund des – im individuellen Fall gegebenen – rechtlichen Zusammenhanges verneint (Ebene 2, *individuelle Beurteilung*). Dies obwohl Vereinbarungen, die zu einem absoluten Gebietschutz führen, grundsätzlich und somit in der Regel als bezweckt wettbewerbsbeschränkend gelten (Ebene 1, *allgemeine Beurteilung*).⁵⁰ Ein weiteres Beispiel, in welchem ein rechtlicher Umstand, nämlich eine ausschließliche Vorführungslicenz⁵¹ für einen Film, dazu geführt hat, dass eine Vereinbarung, die einem einzigen Lizenznehmer absoluten Gebietschutz für die Vorführung eines Films in einem Mitgliedsstaat gewährte (und somit dessen Verbreitung durch Dritte verboten war),⁵² nicht unter der Kategorie der bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen subsumiert wurde, liefert die Entscheidung des EuGH in *Coditel II*.⁵³ Gewisse Umstände und damit Sachverhalte, die eine Verzahnung mit IP- oder Markenrechten sowie in diesem Zusammenhang gewährte Lizenzen o.Ä. aufweisen, können daher eben gerade jenen rechtlichen Zusammenhang liefern, der im Einzelfall (Ebene 2, *individuelle Beurteilung*) selbst bei – aus formaler Perspektive – ausschließlich auf eine Wettbewerbsbeschränkung gerichteten Maßnahmen (sog. reine Beschränkungen bzw. „*naked restrictions*“⁵⁴ – Ebene 1, *allgemeine Beurteilung*), wie dies Vereinbarungen mit absolutem Gebietschutz auf ersten Blick zweifelsohne sind,⁵⁵ zur Verneinung der Einordnung eben einer solchen Verhaltensweise in die Kategorie der bezweckten Wett-

47 Zimmer (Fn. 10), Art. 101 AEUV, Rn. 130 und 167 ff.

48 EuGH C-9/93, *IHT International Heiztechnik GmbH*, ECLI:EU:C:1994:261, Rn. 59 ff.

49 *Whish/Bailey*, Competition Law (Fn. 2), S. 130.

50 Zimmer (Fn. 10), Art. 101 AEUV, Rn. 130 und 167 ff.

51 EuGH C-262/81, *Coditel II*, ECLI:EU:C:1982:334, Rn. 16.

52 Ebd., Rn. 15.

53 EuGH, *Coditel II* (Fn. 51); dieses, sowie auch weitere Beispiele, vgl. *Ibáñez Colomo/Lamadrid de Pablo*, On the notion of restriction of competition (Fn. 2), S. 337.

54 EuGH, *Intel* (Fn. 27), Rn. 15.

55 Zimmer (Fn. 10), Art. 101 AEUV, Rn. 130 und 167 ff m.w.N.

bewerbsbeschränkungen führen. Im Unterschied dazu existieren selbstredend auch Urteile, in welchen der EuGH eine Einordnung in die Kategorie der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung im IP-Recht Kontext bejaht hat. Die Entscheidungen in *Murphy*⁵⁶ und *Canal+*⁵⁷ seien an dieser Stelle (wiederum) beispielhaft genannt. Dabei lässt sich die unterschiedliche Einordnung der Klauseln in Lizenzvereinbarungen im Hinblick auf die Umstände des jeweiligen Einzelfalls in *Canal+* und *Murphy* erklären. Mit anderen Worten: Die Kontextanalyse in den vorgenannten Fällen führte deshalb zu einem anderen Ergebnis als in *Coditel II*, i.e. der Einordnung in die Kategorie der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung, weil der Inhalt und die Ziele der zu beurteilenden Lizenzvereinbarungen vor dem Hintergrund des rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhangs eine solche Schlussfolgerung erforderten.⁵⁸ Dies lag maßgeblich in der Tatsache begründet, dass sowohl in *Murphy* als auch *Canal+* – wie vom EuGH festgestellt – neben der ausschließlichen Lizenz „gerade *zusätzliche Verpflichtungen*, mit denen die Einhaltung der räumlichen Beschränkungen für die Nutzung der vom Inhaber eines Rechts des geistigen Eigentums gewährten Lizenzen gewährleistet werden sollte“⁵⁹, Teil der Lizenzvereinbarung waren. Der Unterschied, der das „kontext-spezifische“ Ergebnis zu erklären vermag, lag daher in ebendiesen Klauseln begründet. Wohingegen also in *Coditel II* die ausschließliche Lizenzvereinbarung an sich als nicht ihrem Wesen nach geeignet angesehen wurde, den Wettbewerb zu beschränken, führten die in der Lizenzvereinbarung enthaltenen zusätzlichen Verpflichtungen in *Canal+* und *Murphy* zu einem anderen Ergebnis.

Neben dem rechtlichen Zusammenhang spielt auch der wirtschaftliche Zusammenhang, innerhalb dessen es eine konkrete Maßnahme zu beurteilen gilt, eine wesentliche Rolle bei der Einordnung derselben in die Kategorie der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung. Die Beurteilung im Rahmen der Kontextanalyse ist damit immer auch durch Erkenntnisse der Wirtschaftswissenschaften informiert. Ohne ökonomische Theorie und ihrem Erfahrungswissen hinsichtlich der objektiven, wettbewerbsbeschränkenden Tendenz einer Verhaltensweise ist die Beurteilung und Einordnung einer solchen aus wettbewerbsrechtlicher Sicht schlicht nicht möglich.⁶⁰ So ist bspw. nicht jeder zwischen Wettbewerbern stattfindende Informationsaustausch vom

56 EuGH C-403/08 und C-429/08, *Murphy*, ECLI:EU:C:2011:631, Rn. 140.

57 EuGH C-132/19P, *Canal+*, ECLI:EU:C:2020:1007, Rn. 54.

58 EuGH, *Canal+* (Fn. 57), Rn. 52, 53.

59 EuGH, *Canal+* (Fn. 57), Rn. 53 (Hervorhebung durch die Autorin).

Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst.⁶¹ Maßgeblich in diesem Zusammenhang ist, ob eine Information „den Grad der Ungewissheit über das fragliche Marktgeschehen verringert oder beseitigt und dadurch zu einer Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Unternehmen führt.“⁶² Während daher z.B. der Austausch von preissensitiven, für die künftige Preisbildung relevanten Informationen vom EuGH in der Rechtssache *Dole Food* als bezweckt wettbewerbsbeschränkend angesehen wurde,⁶³ fiel die Beurteilung des konkreten Sachverhaltes in *Asnef-Equifax*⁶⁴ anders aus. In Letzterem hatte der Gerichtshof ein Register zum Informationsaustausch zwischen Finanzinstituten bezüglich der Zahlungsfähigkeit von Kunden zu beurteilen.⁶⁵ Auch hier hatten daher Wettbewerber über ein Register unterschiedliche Informationen zur Bonität ihrer Gläubiger u.Ä. geteilt. Der EuGH verneinte bei der Zweckermittlung des auf dem Prüfstand stehenden Informationsaustausches jedoch – unter Berücksichtigung der rechtlichen und wirtschaftlichen Gegebenheiten (und damit auf Ebene 2 des Zwei-Stufen-Tests, i.e. der *individuellen Beurteilung*)⁶⁶ – das Vorliegen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung. Vielmehr sei wesentlicher Zweck derartiger Systeme zum Austausch von Kreditinformationen, „Kreditgebern aussagefähige Informationen über vorhandene oder potenzielle Kreditnehmer, und zwar insbesondere über die Art und Weise ihrer bisherigen Schuldenbegleichung, zur Verfügung zu stellen.“⁶⁷ Während also in der Rechtssache *Dole Food* einzig logische und denkmögliche Erklärung für den Informationsaustausch zwischen den Wettbewerbern – vor dem Hintergrund der rechtlichen, wirtschaftlichen und somit tatsächlichen Gegebenheiten – jene war, den künftigen (Preis)Wettbewerb zu verringern bzw. zu beschränken, war der Zweck des Informationsaustausches über die Bonität ihrer Gläubiger zwischen den Kreditgebern nicht eindeutig nur wettbewerbsbeschränkend. Vielmehr gab es andere, plausible und nachvollziehbare Gründe, die den Gerichtshof letztlich dazu veranlassten, eine be-

60 *Ibáñez Colomo*, Intel and Article 102 TFEU Case Law (Fn. 9), 5; *Ackermann*, Methodological Issues (Fn. 9), S. 523; *Ibáñez Colomo*, The Shaping of EU Competition Law (Fn. 9), S. 13.

61 Näheres dazu vgl. *Zelger*, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S. 40 f.

62 EuGH, *T-Mobile* (Fn. 4), Rn. 35.

63 EuGH C-286/13 P, *Dole Food und Dole Fresh Fruit Europe / Kommission*, ECLI:EU:C:2015:184, Rn. 122.

64 EuGH C-238/05, *Asnef-Equifax*, ECLI:EU:C:2006:734, Rn. 2.

65 Ebd., Rn. 2.

66 EuGH, *Asnef-Equifax* (Fn. 64), Rn. 46 und 47.

67 Ebd., Rn. 46.

zweckte Wettbewerbsbeschränkung im konkreten Fall – aufgrund der Ambivalenz des zu beurteilenden Informationsaustausches – zu verneinen und das vorliegende Gericht auf die Auswirkungsprüfung zu verweisen.⁶⁸

Auch im Zusammenhang mit Art. 102 AEUV ist laut EuGH die Berücksichtigung „sämtlicher Umstände“⁶⁹ erforderlich, um eine *prima facie* missbräuchliche Verhaltensweise überhaupt feststellen zu können. Besonders gut lässt sich der unterschiedliche Ausgang im Rahmen der Beurteilung einer formal gleich anmutenden Verhaltensweise und der in diesem Zusammenhang erforderlichen Kontextanalyse nach dem Zwei-Stufen-Test anhand von potenziell missbräuchlichen, *preisbezogenen* Verhaltensweisen illustrieren. Bei der Einordnung Vorgenannter wird nämlich grundsätzlich auf, für die im wirtschaftlichen Zusammenhang durchzuführende Beurteilung relevante, (ökonomische) Kostenkonzepte bzw. Kostenrechnungsmodelle zurückgegriffen.⁷⁰ So hat der EuGH z.B. in Hinblick auf die Unterscheidung zwischen KampfpPreisstrategien („*predatory pricing*“) und (legitimen) Preissenkungen dreierlei Kategorien zur Beurteilung von im Rahmen der Preisgestaltung festgesetzten Preisen entwickelt: Danach gilt für Preise unterhalb der durchschnittlichen variablen Kosten eine Missbrauchs- bzw. Unrechtmäßigkeitsvermutung.⁷¹ Diese Unrechtmäßigkeitsvermutung liegt in der überwiegenden, herrschenden Meinung der ökonomischen Literatur begründet, der zufolge eine solche Preisstrategie jedweder Wirtschaftlichkeit entbehrt und einziges Ziel einer solchen Maßnahme nur sein kann, eine marktmächtige Position auszunutzen und Wettbewerber vom Markt zu drängen.⁷² Preise über den durchschnittlichen Gesamtkosten werden einer

68 EuGH, *Asnef-Equifax* (Fn. 64), Rn. 48.

69 EuGH Rs 322/81, *Michelin I*, ECLI:EU:C:1983:313, Rn. 73; EuGH C-549/10 P, *Tomra*, ECLI:EU:C:2012:221, Rn. 71; EuGH, *Post Danmark II* (Fn. 22), Rn. 29.

70 Vgl. dazu den vom EuGH entwickelten sog. AKZO-Test: EuGH C-62/86, *AKZO*, ECLI:EU:C:1991:286, Rn. 71 ff; zu den unterschiedlichen Kostenmodellen, s. außerdem: *Whish/Bailey*, Competition Law (Fn. 2), S. 754 m.w.N.; Mitteilung der Kommission – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl 2009 C 45/7, Rn. 26, 64 f.

71 EuGH, *AKZO* (Fn. 70), Rn. 71.

72 *Whish/Bailey*, Competition Law (Fn. 2), S. 780 m.w.N.; zur durchaus kontrovers diskutierten Beurteilung von KampfpPreisstrategien in der ökonomischen Literatur sowie der in diesem Zusammenhang existierenden unterschiedlichen ökonomischen Modelle und Schadenstheorien, vgl. *C. Fumagalli/M. Motta/C. Calcagno*, Exclusionary Practices – The Economics of Monopolisation and Abuse of Dominance, Cambridge University Press 2018, S. 14 ff.

Rechtmäßigkeitsvermutung unterstellt; sie gelten daher in der Regel als unbedenkliche, legitime Preissenkung. Eine dritte Kategorie bilden Preise, die unter den durchschnittlichen Gesamtkosten, aber über den durchschnittlichen variablen Kosten liegen. Diese werden nur dann als missbräuchlich angesehen, „wenn sie im Rahmen eines Plans festgesetzt wurden, der die Ausschaltung eines Konkurrenten zum Ziel hat.“⁷³ Eine solche Preisstrategie verfolgt daher – aus ökonomischer Perspektive – nur dann klar eine missbräuchliche Strategie, wenn weitere Faktoren hinzukommen, die für eben diesen verfolgten Zweck einer Maßnahme sprechen. Bei der Berücksichtigung der wirtschaftlichen Gegebenheiten innerhalb derer eine Preispolitik umgesetzt wird, sind daher die skizzierten Besonderheiten im Einzelfall zu berücksichtigen und fließen Vorgenannte in die Beurteilung der Maßnahme und Einordnung derselben als *prima facie* Missbrauch ein. Potenzielle, preisbezogene missbräuchliche Verhaltensweisen⁷⁴ werden daher im Rahmen der Kontextanalyse mithilfe von Kostenrechnungsmodellen der ökonomischen Theorie genauer betrachtet. Kampfpreisstrategien sind als Maßnahme daher grundsätzlich vom Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV erfasst (Ebene 1, *allgemeine Beurteilung*), ihre jeweilige Beurteilung und Einordnung hat jedoch im Einzelfall nach Maßgabe des wirtschaftlichen Zusammenhanges zu erfolgen (Ebene 2, *individuelle Beurteilung*). Mit Hilfe der vorgenannten Kostenrechnungsmodelle kann eine Kampfpreisstrategie daher der einen oder anderen Kategorie missbräuchlichen Verhaltens (*prima facie* Missbrauch vs. missbräuchliches Verhalten, das einer Wirkungsanalyse bedarf) zugeordnet werden, oder fällt sogar gänzlich aus dem Anwendungsbereich des Art. 102 AEUV heraus (wie eben Preise, die über den durchschnittlichen Gesamtkosten liegen).

Auch anhand von Rabattsystemen lässt sich die Notwendigkeit der Berücksichtigung „sämtlicher Umstände“ (und damit die Notwendigkeit der Kontextanalyse) sowie der durchaus einzelfallspezifische Ausgang („*context-specific outcome*“⁷⁵) veranschaulichen. Grundsätzlich sind Rabattsysteme im wirtschaftlichen Treiben gängige Praxis und damit, aus ökonomischer und auch wettbewerbsrechtlicher Perspektive, nicht notwendigerweise bedenk-

73 EuGH, AKZO (Fn. 70), Rn. 72.

74 Neben Kampfpreisstrategien daher u.a. Maßnahmen wie die Kosten-Preis-Schere (*margin squeeze*), überhöhte Preise (*excessive pricing*).

75 Zum einzelfallspezifischen Ausgang („*context-specific outcome*“) und einer umfassenden Rechtsprechungsanalyse im Detail vgl.: *Zelger*, *Restrictions of EU Competition Law* (Fn. 1), Kapitel 3.3 (hinsichtlich Art. 101 Abs. 1 AEUV) S. 38 ff., Kapitel 4.4. (hinsichtlich Art. 102 AEUV) S. 91.

lich.⁷⁶ Gleichwohl unstrittig ist zudem, dass Exklusivitätsvereinbarungen mit marktmächtigen Unternehmen vom Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV aufgrund ihrer marktabschottenden Wirkung erfasst und als *prima facie* missbräuchlich einzustufen sind.⁷⁷ Wenngleich selbst in der ökonomischen Literatur hinsichtlich ihrer objektiven, wettbewerbsbeschränkenden Tendenz umstritten,⁷⁸ mag bei Rabattsystemen eines marktmächtigen Unternehmens, welche in ihrer Wirkung zu einer *de facto* Exklusivität in der Abnahme von Produkten, Rohstoffen o.Ä. durch den Vertragspartner des marktmächtigen Unternehmens führen, die Beurteilung der Vereinbarkeit mit Art. 102 AEUV durchaus negativ ausfallen. Derartige Rabattsysteme, die aufgrund ihrer Ausgestaltung wie z.B. durch ein Treue-Anreizsystem, welches zu einer Erhöhung der Abnahmemenge führt und damit eine gewisse Tendenz hin zur Exklusivität aufweist, bedürfen daher einer genauen Betrachtung des wirtschaftlichen Zusammenhanges (i.e. Kontextanalyse). So können z.B. auch an sich unbedenkliche Mengenrabattsysteme⁷⁹ aus Perspektive des Art. 102 AEUV problematisch erscheinen, sofern ihre „Mengenrabatt-Natur“ nur dem Anschein nach existiert⁸⁰ und ihre tatsächliche Ausgestaltung durch vorgenannte Anreizsysteme u.Ä. vielmehr zu, aus Sicht des EU-Wettbewerbsrechts, bedenklicher Exklusivität führt.⁸¹

3. Zwischen Kontext- und Auswirkungsanalyse: Wie umgehen mit Grenzfällen?

Wesentlich scheint in diesem Zusammenhang der Hinweis, dass der Umfang der Kontextanalyse von Fall zu Fall variieren kann.⁸² Während die Kontextanalyse bei ausschließlich auf eine Wettbewerbsbeschränkung gerichteten Maßnahmen („*naked restrictions*“) in der Regel „auf das absolut notwendige Maß beschränkt“⁸³ ist, bedürfen andere Verhaltensweisen einer

76 *Fumagalli/Motta/Calcagno*, Exclusionary Practices (Fn. 72), S. 191; für einen Überblick vgl. *Zelger*, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S. 105 ff.

77 *Fumagalli/Motta/Calcagno*, Exclusionary Practices (Fn. 72), S. 239.

78 *Fumagalli/Motta/Calcagno*, Exclusionary Practices (Fn. 72), S. 129 ff.

79 Schlussanträge GA Wahl C-413/14 P, *Intel*, ECLI:EU:C:2017:632, Rn. 61.

80 EuG T-203/01, *Michelin II*, ECLI:EU:T:2003:250, Rn. 62; EuGH, *Michelin I* (Fn. 69), Rn. 72.

81 GA Wahl, Schlussanträge *Intel* (Fn. 79), Rn. 61 und die dort angeführte Rechtsprechung.

82 *Zimmer* (Fn. 10), Art. 101 AEUV, Rn. 130; *Zelger*, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S. 100 mit weiteren Beispielen.

83 EuGH C-373/14 P, *Toshiba*, ECLI:EU:C:2016:26, Rn. 29.

eingehenderen Betrachtung. Diese eingehendere Betrachtung erreicht in manchen, durch die Rechtsprechung entwickelte Fallgruppen, durchaus ein Ausmaß des Beurteilungsumfangs der Kontextanalyse, welches Gefahr läuft, sich mit der Auswirkungsprüfung als alternative Tatbestandsvariante zu vermengen.⁸⁴ Ein Beispiel für einen Grenzfall im Rahmen von Art. 101 AEUV sind Vergleichsvereinbarungen zur Streitbeilegung von Patentstreitigkeiten für Patente zur Herstellung von Medikamenten zwischen Originalhersteller und Generikaherstellern in der Pharmaindustrie (sog. „Reverse Payment Settlement Agreements“).⁸⁵ So hat der EuGH in diesem Zusammenhang einen feingliedrigen Test mit durchaus beachtlichen Variablen entwickelt,⁸⁶ wonach *Reverse Payment Settlement Agreements*, die zur Streitbeilegung in Patentangelegenheiten wohl jedenfalls legitimes Mittel sind, als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren sind.⁸⁷ Die Komplexität der Beurteilung von *Reverse Payment Settlement Agreements* ergibt sich aus dem Zusammenspiel unterschiedlicher Regelungen, i.e. dem Wettbewerbsrecht, dem IP-Recht sowie den zu beachtenden regulatorischen Rahmenbedingungen im Bereich der Pharmaindustrie.⁸⁸ Damit einher geht die Notwendigkeit der Abwägung unterschiedlicher Regelungsziele und Interessen, welcher die Kontextanalyse – nach Meinung der Autorin und wie bereits an andere Stelle ausgeführt⁸⁹ – nicht gerecht zu werden scheint. Verhaltensweisen mit „Grenzfall-Charakter“ im Rahmen des Art. 102 AEUV sind (augenscheinliche Mengen-)Rabattsysteme, die durch Anreizsysteme den Abnehmer zum ausschließlichen Bezug von Waren, Rohstoffen und dergleichen verleiten (können), ihm aber gerade keine

84 Schlussanträge GA Kokott C-8/08, *T-Mobile*, ECLI:EU:C:2009:110, Rn. 45; Schlussanträge GA Wahl C-67/13 P, *Groupement des Cartes Bancaires*, ECLI:EU:C:2014:1958, Rn. 52; vgl. i.Z.m. *Reverse Payment Settlement Agreements* außerdem: *B. Zelger*, *By Object or Effect Restrictions – Reverse Payment Settlement Agreements in light of Lundbeck, Servier and Generics*, *Journal of European Competition Law & Practice* 2020, 273.

85 Für eine umfassende Analyse von *Reverse Payment Settlement Agreements*, ihrer „Grenzfall-Natur“ sowie der einschlägigen Judikatur, vgl. *Zelger*, *Reverse Payment Settlement Agreements* (Fn. 84) sowie *Zelger*, *Restrictions of EU Competition Law* (Fn. 1), S. 65 auch das Urteil des EuGH in *Generics* (Fn. 2) berücksichtigend.

86 Ebd., 279 f.; *A. Witt*, *The Enforcement of Article 101 TFEU – What has happened to the Effects Analysis?*, *Common Market Law Review* 2018, 417 (428) m.w.N.

87 EuGH, *Generics* (Fn. 2); EuGH C-591/16, *Lundbeck*, ECLI:EU:C:2021:243; EuGH T-691/14, *Servier*, ECLI:EU:T:2018:922; Rechtssache anhängig beim EuGH C-201/19 P, *Servier u.a.*

88 *Witt*, *The Enforcement of Article 101 TFEU* (Fn. 86), 428.

89 *Zelger*, *Reverse Payment Settlement Agreements* (Fn. 84), 279 f.

eindeutige Verpflichtung und damit Ausschließlichkeitsbindung, wie dies auf den Sachverhalt der Leitentscheidung des EuGH in *Hoffmann-La Roche* zutrifft,⁹⁰ auferlegen.⁹¹ Mengenrabattsysteme, die selektive, individuelle Abnahmeziele definieren,⁹² oder auch rückwirkend greifende Rabatte,⁹³ die bei Erreichung eines Abnahmeziels einen Rabatt auf die gesamte Abnahmemenge gewähren,⁹⁴ seien in diesem Zusammenhang als Beispiele genannt. Die Problematik dieser Grenzfälle liegt darin begründet, dass sie aus ökonomischer Perspektive durchaus gängige und im Wirtschaftsverkehr grundsätzlich legitime Maßnahmen der Streitbeilegung und Geschäftspraktiken darstellen. Ihre Wettbewerbschädlichkeit ist daher nicht vollends und eindeutig zu bejahen. Auch sprechen aus ökonomischer Perspektive gute Gründe dafür, die Maßnahmen als überwiegend positiv für den Wettbewerb zu bewerten.⁹⁵ Darüber hinaus ist das in diesem Zusammenhang zur Feststellung einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung bzw. missbräuchlichen Verhaltensweise erforderliche Ausmaß der durchzuführenden Kontextanalyse derart umfang- und detailreich, dass die Grenze zur Auswirkungsanalyse eine verschwindende bzw. fließende ist.⁹⁶ Insofern scheint bei Verhaltensweisen mit Grenzfall-Charakter das Argument sie sollten, aufgrund ihrer umstrittenen wettbewerbschädlichen Natur und ambivalenten Wirkung, einer Auswirkungsanalyse unterstellt werden, sinnvoll. Dafür spricht – im Kontext von *Reverse Payment Settlement Agreements* – z.B. auch der Ansatz des US Supreme Courts (in seiner Entscheidung in *Actavis*⁹⁷), in welcher das höchste US-Gericht die Vergleichsvereinbarungen zur Streitbeilegung nach der *rule-of-reason* und damit nach Maßgabe eines

90 EuGH C-85/76, *Hoffmann-La Roche*, ECLI:EU:C:1979:36.

91 Ebd.; vgl. zudem: GA Wahl, Schlussanträge *Intel* (Fn. 79), Rn. 61.

92 EuGH, *Michelin I* (Fn. 69), Rn. 72; A. *Ezrachi*, *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases*, Hart 2018, S. 256; GA Wahl, Schlussanträge *Intel* (Fn. 79), Rn. 61.

93 EuGH, *Tomra* (Fn. 69); EuGH, *Post Danmark II* (Fn. 69), Rn. 24 f.; GA Wahl, Schlussanträge *Intel* (Fn. 79), Rn. 61.

94 EuGH, *Post Danmark II* (Fn. 69), Rn. 24 f.

95 Zur – aus ökonomischer Perspektive – ambivalenten Wirkung von durch markt-mächtige Unternehmen betriebene Rabattsystemen, vgl. *Fumagalli/Motta/Calcagno*, *Exclusionary Practices* (Fn. 72), S. 129 ff.

96 Zur verschwimmenden Grenze bei *Reverse Payment Settlement Agreements* ausführlich: Zelger, *Reverse Payment Settlement Agreements* (Fn. 85) m.w.N.; zusammengefasst: Zelger, *Restrictions of EU Competition Law* (Fn. 1), S. 68 f.; zur selben Problematik im Kontext von Rabattsystemen: Zelger, *Restrictions of EU Competition Law* (Fn. 1), S. 113 f. m.w.N.

97 US Supreme Court, *FTC v. Actavis*, 570 U.S. 133 S. Ct. 2223 (2013).

wirtschaftlich-wirkungsbezogenen Ansatzes⁹⁸ beurteilt hat. Dies insbesondere deshalb, weil die Argumentation des EuG wie des EuGH, welche im Ergebnis zu einer Einordnung der Maßnahme als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung führte, im Wesentlichen jener des US Supreme Courts in *Actavis* folgte.⁹⁹

Zusammenfassend kann daher festgestellt werden, dass die Beurteilung bestimmter, in ihrer formalen Außerscheidung unterschiedsloser Maßnahmen, bei Berücksichtigung des jeweiligen rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhanges (nach Maßgabe des Zwei-Stufen-Tests), in Umfang und Ergebnis variieren bzw. divergieren kann. Dieses Ergebnis, i.e. die unterschiedliche Beurteilung bzw. Einordnung ein und desselben Verhaltens (aus formaler Perspektive bzw. auf Ebene 1, *allgemeine Beurteilung*), liegt in den tatsächlichen Gegebenheiten, innerhalb derer es eine Maßnahme in Hinblick auf ihre Wettbewerbsschädlichkeit zu beurteilen gilt (auf Ebene 2 des Zwei-Stufen-Tests, i.e. der *individuellen Beurteilung*), begründet. Dies gilt im Kontext des Kartellverbotes nach Art. 101 Abs. 1 AEUV sowie im Rahmen des Missbrauchsverbotes nach Art. 102 AEUV gleichermaßen.

C. Die Tauglichkeit bestehender Schadenstheorien und Kategorien von Wettbewerbsbeschränkungen und missbräuchlichen Verhaltensweisen in der Digitalökonomie

Vor dem Hintergrund des vorangehenden Abschnittes wird offenbar, dass formal gleich anmutende Maßnahmen, vor dem Hintergrund sich nur im Detail unterscheidender, realer Gegebenheiten, gegebenenfalls eine unterschiedliche Beurteilung hinsichtlich der Qualifikation als bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung bzw. missbräuchliche Verhaltensweise erfahren. Insofern drängt sich im Kontext der Digitalökonomie die Frage auf, ob und inwieweit die Besonderheiten digitaler Märkte¹⁰⁰ eine andere Einordnung bzw. Beurteilung von bestimmten Verhaltensweisen aus wettbewerbsrechtlicher Perspektive verlangen. Dies letztlich, weil die recht-

98 S. oben unter B.I.

99 Vgl. dazu: *Zelger*, Reverse Payment Settlement Agreements (Fn. 85), S. 281.

100 Für einen Überblick zu den Besonderheiten digitaler Märkte: *Zelger*, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), Kapitel 5; *Holzweber*, Tying and bundling in the digital era (Fn. 9), 351 f.

lichen und insbesondere wirtschaftlichen Begleitumstände der digitalen Wirtschaft eine solche erfordern.¹⁰¹

I. Warum online Märkte anders sind

Die Digitalökonomie ist gekennzeichnet durch unzählige Besonderheiten: Online Plattform-Businessmodelle¹⁰² und damit zwei- oder vielseitige Märkte mit Netzwerkeffekten,¹⁰³ Skaleneffekten¹⁰⁴ sowie Besonderheiten, die sich aus dem sog. „Single-“ oder „Multi-Homing“ sowie Wechselkosten („switching costs“) und „Lock-in“ Effekten ergeben.¹⁰⁵ Daneben weisen online Märkte eine hohe Transparenz auf, bilden User-Daten für diverse online Businessmodelle einen wesentlichen, wettbewerbsrelevanten Faktor,¹⁰⁶ und ist auch das Phänomen des Trittbrettfahrerproblems („free riding“) den digitalen Märkten alles andere als fremd.¹⁰⁷ Etablierte, klassische ökonomische Theorien zur Funktionalität von Märkten können im Rahmen der digitalen Wirtschaft bei der Beurteilung von Maßnahmen daher nicht notwendigerweise herangezogen werden. Der Rückgriff auf ökonomische Modelle und Erfahrungswerte im Rahmen der Beurteilung von Maßnahmen in der analogen Welt scheint häufig vielmehr für die Beurteilung derselben Maßnahme online ungeeignet.¹⁰⁸ Dies aufgrund der sich anlässlich der Digitalisierung verändernden, realen (Markt)Gegebenheiten, die gegebenenfalls eine andere Beurteilung der objektiv wettbewerbsbeschränkenden Tendenz einer Maßnahme erfordern.

101 Zur Volatilität von Schadenstheorien bzw. deren Entwicklungspotenzial im Laufe der Zeit, vgl. *Ibáñez Colomo*, Beyond the “more economics-based approach” (Fn. 2), 734: „The assumptions and presumptions underpinning a particular ruling may seem accurate at the time when it is handed down. It may become clear at a subsequent stage the premises on which they were based are at odds with the experience and the knowledge acquired over the years.“

102 *Zelger*, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S. 142 f.

103 *Zelger*, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S. 143 ff.

104 *Zelger*, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S. 146.

105 Ebd.

106 Vgl. z.B. Google-Suchergebnisse, die auf vergangenen Suchabfragen des Users basieren, personalisierte Werbung, Verkaufsangebote auf Amazon u.v.m. *Zelger*, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S. 148.

107 *Zelger*, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S. 149 ff.

108 Vgl. in Hinblick auf Schadenstheorien für Koppelungsgeschäfte z.B.: *Holzweber*, Tying and bundling in the digital era (Fn. 9).

Als ein Beispiel im Rahmen des Art.101 Abs.1 AEUV seien Klauseln zur Preisbindung zweiter Hand („Resale Price Maintenance“ – „RPM“) genannt.¹⁰⁹ Während RPM in der analogen Welt nach den EU Wettbewerbsbestimmungen als bezweckt wettbewerbsbeschränkend angesehen werden (ein Beurteilungsansatz, der an sich, die ökonomischen Aspekte berücksichtigend, nicht unumstritten ist¹¹⁰), ist durchaus strittig, ob online RPM – aufgrund ihrer, aus ökonomischer Perspektive durchaus ambivalenten Wirkung – nicht einem anderen Beurteilungsansatz unterworfen werden sollten¹¹¹ (nämlich einem wirtschaftlich-wirkungsbasierten Ansatz, i.e. einer Effekt- bzw. Auswirkungsanalyse). Dasselbe gilt für sog. Meistbegünstigungsklauseln („Most Favoured Nation Clauses“ – „MFN“).¹¹² Im Rahmen von Art.102 AEUV liefern die im Kontext von Koppelungsgeschäften etablierten Schadenstheorien der analogen Welt und die Notwendigkeit einer Anpassung derselben im online Kontext ein gutes Beispiel.¹¹³ So scheint der Beurteilungsansatz von „offline“ Koppelungs-Maßnahmen, nach welchem Vorgenannte in der Regeln als (bezweckte bzw.) *prima facie* missbräuchliche Verhaltensweise angesehen werden,¹¹⁴ für Koppelungs-Maßnahmen im digitalen Kontext, aufgrund ihrer weniger eindeutig wettbewerbschädlichen Wirkung, durchaus ungeeignet. Diese Erkenntnis bzw. zumindest eine korrespondierende, diesbezügliche Tendenz hat sich bereits in der Rechtssache *Microsoft* im Jahr 2004 abgezeichnet, und scheinen sowohl die Kommission¹¹⁵ als auch das EuG¹¹⁶ diese, wie die jeweiligen Entscheidungen in der Rechtssache *Google Android* zu belegen vermögen, fortzuführen¹¹⁷ (dazu sogleich unter III.).

109 *Zelger*, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S.154 f.

110 *M. Ioannidou/J. Nowag*, Can two wrongs make a right? Reconsidering minimum resale price maintenance in the light of *Allianz Hungária*, European Competition Journal 2015, 340 (341) m.w.N. insb. in Fn. 4.

111 *P. Akman/D. Sokol*, Online RPM and MFN under Antitrust Law and Economics, Review of Industrial Organisation 2017, 133 (133, 138).

112 Ebd., 137 ff.

113 *Holzweber*, Tying and bundling in the digital era (Fn. 9).

114 Ebd.; für eine ausführliche Analyse der Rechtsprechung und weitere Nachweise, vgl. *Zelger*, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), Kapitel 4.4.3, S.114 ff.

115 *Microsoft* (COMP/C-3/37.792), Entscheidung der Kommission vom 24. Mai 2004, bekannt gegeben unter K(2004) 900, Rn. 841: „There are indeed circumstances relating to the tying of WMP which warrant a closer examination of the effects that tying has on competition in this case.“

116 EuG, *Microsoft* (Fn. 14).

117 EuG T-604/18, *Google und Alphabet / Kommission (Google Android)*, ECLI:EU:T:2022:541, anhängig beim EuGH C-738/22 P, *Google und Alphabet /*

II. Die Beurteilungskategorien für Verhaltensweisen in der Digitalökonomie

Vor diesem Hintergrund lassen sich für die Betrachtung von Verhaltensweisen in der „online Welt“ grundsätzlich drei Kategorien herausarbeiten,¹¹⁸ nach Maßgabe derer die Geeignetheit der im Rahmen der Kontextanalyse angewandten ökonomischen Beurteilungskonzepte und Schadenstheorien der „offline Welt“ für die Betrachtung und Einordnung derselben Verhaltensweise online, beurteilt werden kann:

- Kategorie (1) Verhaltensweisen, hinsichtlich derer der online Kontext keine Dimension mit sich bringt, die die realen Gegebenheiten zu verändern vermag;¹¹⁹
- Kategorie (2) Verhaltensweisen, hinsichtlich derer der online Kontext eine Dimension mit sich bringt, die die realen Gegebenheiten zu verändern vermag und die damit eine Abweichung in der Beurteilung einer Verhaltensweise erfordert;¹²⁰ sowie
- Kategorie (3) Verhaltensweisen, die in dieser Form zuvor noch nicht Gegenstand einer kartellrechtlichen Beurteilung waren. Insofern handelt es sich um quasi „neue Verhaltensweisen“. Die Neuheit ist in diesem Zusammenhang wiederum eng mit dem Phänomen „online Markt“ verzahnt bzw. liegt der Nährboden, der die Entstehung eben dieser neuen Verhaltensweisen und -formen überhaupt erst ermöglicht, in Vorgenanntem (i.e. der Digitalwirtschaft und dem Phänomen „online Markt“) begründet.¹²¹

Kommission (Google Android); Google Android (AT.40099), Entscheidung der Kommission vom 18. Juli 2018, bekannt gegeben unter C(2018) 4761 final.

118 Vgl. dazu bereits in Zelger, *Restrictions of EU Competition Law* (Fn. 1), S. 154 f.

119 Z.B. EuGH C-74/14, *Eturas u.a.*, ECLI:EU:C:2016:42; EuGH C-230/16, *Coty Germany GmbH / Parfümerie Akzente GmbH*, ECLI:EU:C:2017:941; *Google Search (AdSense)* (Case AT.40411), Entscheidung der Kommission vom 20. März 2019, bekannt gegeben unter C(2019) 2173, final anhängig beim EuG T-334/19, *Google und Alphabet / Kommission (Google AdSense)*.

120 EuG, *Google Android* (Fn. 117), anhängig beim EuGH (C-738/22 P).

121 Diesbezügliche Entscheidungen existieren maßgeblich im Kontext von Art.102 AEUV, z.B. EuG T-612/17, *Google und Alphabet / Kommission (Google Shopping)*, ECLI:EU:T:2021:763, anhängig beim EuGH C-48/22 P, *Google und Alphabet / Kommission (Google Shopping); Google Search (Shopping)* (Case AT.39740), Entscheidung der Kommission vom 27. Juni 2017, bekannt gegeben unter C(2017) 4444 final.

III. Die Beurteilungskategorien: Beispiele in der Rechtsprechung

Nachstehender Abschnitt illustriert oben entwickelte Kategorien anhand ausgewählter Beispiele der Rechtsprechung. Die folgende Darstellung und angeführte Judikatur ist lediglich beispielhaft und versteht sich nicht als abschließend.¹²²

Als Beispiel für eine Kategorie (1) Verhaltensweise in der Rechtsprechung dient das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Eturas*.¹²³ In *Eturas* hatte der Gerichtshof eine, im Online-Reisebuchungssystem *Eturas* implementierte, automatisierte Obergrenze für Rabatte zu beurteilen. Am Buchungssystem bzw. an der Buchungsplattform von *Eturas* beteiligt waren mehr als 30 litauische Reisebüros. Der eingeführte Mechanismus führte letztlich zu einer Angleichung der gewährten Rabatte und damit einer Preisangleichung. *Eturas* hatte die Obergrenze eingeführt und die beteiligten Reisebüros über eine elektronische Mitteilung des Buchungssystems *Eturas* über den Rabattsatz bzw. dessen Deckelung informiert.¹²⁴ Diese Mitteilung war im System unter der Rubrik „Informationsmitteilung“ aufrufbar und blieb von den teilnehmenden Reisebüros unbeantwortet.¹²⁵ Der EuGH sah darin – wenig überraschend – eine abgestimmte Verhaltensweise nach Maßgabe des Art. 101 Abs. 1 AEUV und somit einen Verstoß gegen das Kartellverbot. Der online Kontext innerhalb dessen es die Maßnahme zu beurteilen galt, brachte in *Eturas* keine Dimension mit sich, welche die realen Gegebenheiten veränderte. Die objektiv wettbewerbsbeschränkende Tendenz der Maßnahme, i.e. der abgestimmten Verhaltensweise hinsichtlich der gewährten Rabatte, ist im online Kontext gleichermaßen zu beurteilen wie im offline Kontext. Die Technologie diente somit lediglich als Vehikel zur Implementierung einer ausschließlich auf eine Wettbewerbsbeschränkung gerichteten Maßnahme („*naked restrictions*“). Die tatsächlichen Gegebenheiten, i.e. der rechtliche und wirtschaftliche Zusammenhang, innerhalb dessen es die Verhaltensweise zu beurteilen galt, wurden durch die digitale Komponente daher nicht insofern verändert, als dadurch eine andere Einschätzung der Wettbewerbsschädlichkeit der Maßnahme erforderlich geworden wäre. Vor dem Hintergrund des individuellen, rechtlichen und wirtschaftlichen Zu-

122 Für eine umfassende Analyse von bisher im online Kontext ergangenen Entscheidungen, vgl. *Zelger*, *Restrictions of EU Competition Law* (Fn. 1), Kapitel 6.2 und 6.3.

123 EuGH, *Eturas* (Fn. 119).

124 EuGH, *Eturas* (Fn. 119), Rn. 10.

125 EuGH, *Eturas* (Fn. 119), Rn. 43.

sammenhangs erscheint die Einordnung der Maßnahme in die Kategorie der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung daher alles andere als überraschend. Ein weiteres Beispiel liefert die Kommissionsentscheidung in *Google AdSense*,¹²⁶ aktuell beim EuG anhängig,¹²⁷ zu unterschiedlichen Exklusivitätsklauseln in Vereinbarungen zwischen Google und unterschiedlichen Vertragspartnern der Vorgenannten.¹²⁸

Die Koppelungsmaßnahmen, die neben weiteren Maßnahmen (i.e. Anti-Fragmentierungs-Vereinbarungen mit einer Geneigtheit hin zu Exklusivität¹²⁹ sowie Kompensations- bzw. Exklusivitätszahlungen¹³⁰) in der Rechtsache *Google Android*¹³¹ entscheidungsgegenständlich waren, dienen als Beispiel für eine Kategorie (2) Verhaltensweise.¹³² Durch die Koppelung von Apps, nämlich der Google Search App und der Google Chrome App einerseits mit dem Google App Store namens Google Play andererseits, hat Google, nach Meinung der Kommission und des EuG, seine Marktmacht auf dem Markt für Internetsuchdienste missbraucht und damit gegen Art. 102 AEUV verstoßen. Im Wesentlichen hat die Kommission sich bei der Beurteilung der Koppelungsmaßnahmen an den in der Rechtssache *Microsoft* entwickelten Grundsätzen orientiert, in welchen sie bereits anerkannt hatte: „*There are indeed circumstances relating to [...] tying [...] which warrant a closer examination of the effects that tying has on competition [...]*“¹³³ Dem folgend wurden auch die Koppelungsmaßnahmen in *Google Android* nach Maßgabe eines wirtschaftlich-wirkungsbezogenen Ansatzes beurteilt. Dies ist, vor dem Hintergrund der Tatsache, dass die für Koppelungsmaßnahmen im analogen Kontext gewonnenen ökonomischen Erkenntnisse aufgrund der Unterschiede zwischen traditionellen Koppelungs-

126 Kommission, *Google AdSense* (Fn. 119).

127 EuG T-334/19, *Google und Alphabet / Kommission (Google AdSense)*.

128 S. auch Zelger, *Restrictions of EU Competition Law* (Fn. 1), S. 190 f.

129 Die vom EuG als ihrer Natur nach wettbewerbsschädlich qualifiziert wurden: EuG, *Google Android* (Fn. 117), Rn. 892.

130 Deren Qualifikation als Verstoß vom EuG aufgrund der Mangelhaftigkeit in der Begründung der Kommission aufgehoben wurde: EuG, *Google Android* (Fn. 117), Rn. 802.

131 EuG, *Google Android* (Fn. 117), anhängig beim EuGH (C-738/22 P); Kommission, *Google Android* (Fn. 117). Für eine Anmerkung zur vorgenannten Entscheidung des EuG vgl. R. A. Achleitner, *Marktgrenzen und Marktmacht in digitalen Ökosystemen – Anmerkung zum Urteil des EuG v. 14.9.2022, Rs. T-604/18 (Google und Alphabet/Kommission [Google Android])*, EuR 2023, 100.

132 Vgl. Zelger, *Restrictions of EU Competition Law* (Fn. 1), Kapitel 6.3.3.2, S. 186 ff.

133 Kommission, *Microsoft* (Fn. 115), Rn. 841.

szenarien und Koppelungsszenarien im online Kontext, bei denen sich die Problematik teilweise aus dem Produktdesign selbst ergibt,¹³⁴ nicht notwendigerweise auch für die Beurteilung von Koppelungsmaßnahmen im digitalen Umfeld herangezogen werden können,¹³⁵ zu begrüßen. Die Beurteilung Vorgenannter im online Kontext ist nämlich hinsichtlich der wettbewerbsbeschränkenden Effekte vorgenannter Maßnahme, aus ökonomischer Perspektive, durchaus umstritten.¹³⁶ Insofern bringen digitale Märkte daher eben gerade jene Dimension mit sich, die eine abweichende Beurteilung von Koppelungsmaßnahmen im digitalen Kontext erforderlich macht. Ein Beispiel aus der Rechtsprechung der Unionsgerichte zu Kategorie (2) Verhaltensweisen und Art. 101 Abs. 1 AEUV existiert zum Zeitpunkt des Verfassens dieses Beitrages – soweit ersichtlich – keines. Verhaltensweisen, die aus materieller Perspektive geeignete „Kandidaten“ für die Einordnung in Kategorie (2) darstellen, bieten die bereits erwähnten RPM und MFN. Gute Gründe sprechen nämlich dafür, sie im online Kontext einer im Ergebnis anderen Beurteilung zu unterstellen, als ihre Äquivalente offline,¹³⁷ und sie damit nicht in der Kategorie der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung bzw. missbräuchlichen Verhaltensweise zu verorten (vgl. unter C.I.).

Als letztes Beispiel für eine mithin „neue“ und somit Kategorie (3) Verhaltensweise dienen die in der Rechtssache *Google Shopping*¹³⁸ aufgegriffenen Selbstbegünstigungsmaßnahmen („*self-preferencing*“), welche eine

134 *Holzweber*, Tying and bundling in the digital era (Fn. 9), S. 245; *P. Ibáñez Colomo*, The Android decision is out: the exciting legal stuff beneath the noise, Chillin'Competition Blog, abrufbar unter: <https://chillingcompetition.com/2018/07/18/the-android-decision-is-out-the-exciting-legal-stuff-beneath-the-noise-by-pablo/>; *OECD*, Abuse of dominance in digital markets, Report 2020, aufrufbar unter: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf>, S. 41 ff.

135 *P. Ibáñez Colomo*, Indispensability and Abuse of Dominance: From *Commercial Solvents* to *Slovak Telekom* and *Google Shopping*, *Journal of European Competition Law & Practice* 2019, 532 (537 ff.).

136 *R. O'Donoghue/J. Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 2. Aufl., Hart Publishing 2013, S. 599 ff. m.w.N. insbesondere zu Quellen der ökonomischen Literatur; s. auch *Zelger*, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S. 116, 189.

137 Zu einer ausführlichen Darstellung von RPM und MFN im online Kontext, vgl. *Zelger*, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), Kapitel 6.2.5., insb. S. 167 f.

138 EuG, *Google Shopping* (Fn. 121), anhängig beim EuGH (C-48/22 P); Kommission, *Google Shopping* (Fn. 121). Für eine Anmerkung zur vorgenannten Entscheidung des EuG vgl. *R. A. Achleitner*, Selbstbegünstigung als Konzept des Marktmissbrauchs unter Art. 102 AEUV. Das Grundsatzurteil der EuG zu *Google Shopping* als Initialzündung für einen Wandel in der Digitalwirtschaft? – Anmerkung zum Urteil des EuG v. 10.11.2021, Rs. T-612/17 (*Google und Alphabet/Kommission [Google Shopping]*), *EuR* 2022, 253.

beinahe nicht zu überblickende Flut an juristischen Publikationen mit sich brachten.¹³⁹ Entscheidungsgegenständlich in *Google Shopping* waren Selbstbevorzugungsmaßnahmen von Google, durch welche Vorgenannte ihre Marktmacht am Markt für Internetsuchdienste missbrauchte, indem Google bei produktbezogenen Suchen die zum eigenen Service (Google Shopping) gehörenden Suchergebnisse in bevorzugter Weise auf der Ergebnisseite positionierte (i.e. entweder weit oben in der Ergebnisliste oder in speziellen Kästchen rechts neben den Suchergebnissen). Auch waren die Software bzw. Algorithmen derart selbstbegünstigend ausgestaltet, als Ergebnisse anderer Preisvergleichsdienste erst auf nachrangigen Ergebnisseiten der Google-Suche angezeigt wurden. Das Phänomen der Selbstbevorzugung mag vor dem Zeitalter der Digitalisierung zwar als Merkmal bzw. Element der ein oder anderen Verhaltensweise bereits in Erscheinung getreten sein,¹⁴⁰ als „*standalone*“, missbräuchliche Verhaltensweise war sie bis zum Verfahren in *Google Shopping* jedoch noch nicht dagewesene Maßnahme.¹⁴¹ Insofern hat der online Kontext die Verhaltensweise von

139 Als Auszug seien hier angeführt: *L. Hornkohl*, Article 102 TFEU, Equal Treatment and Discrimination after Google Shopping, *Journal of European Competition Law & Practice* 2022, 99; *P. Ibáñez Colomo*, Self-preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles, *World Competition* 2020, 417; *P. Caro de Sousa*, What shall we do about self-preferencing? *Competition Policy International*, June Chronicle 2020, aufrufbar unter: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2020/06/What-Should-We-Do-About-Self-Preferencing-Caro-de-Sousa.pdf>; *P. Marsden*, Google Shopping for the Empress's New Clothes -When a Remedy Isn't a Remedy (and How to Fix it), *Journal of European Competition Law & Practice* 2020, 553; *T. Graf/H. Mostyn*, Do We Need to Regulate Equal Treatment? The Google Shopping Case and the Implications of its Equal Treatment Principle for New Legislative Initiatives, *Journal of European Competition Law & Practice* 2020, 561; *Jones/Sufrin/Dunne*, EU Competition Law (Fn. 2), S. 527 ff.; *M. Eben*, Fining Google: a missed opportunity for legal certainty?, *European Competition Journal* 2018, 129; *Holzweber*, Tying and bundling in the digital era (Fn. 9); *I. Kokkoris*, The Google Case in the EU: Is There a Case?, *The Antitrust Bulletin* 2017, 313; *P. Akman*, The Theory of Abuse in Google Search: A Positive and Normative Assessment Under EU Competition Law, *University of Illinois Journal of Law, Technology and Policy* 2017, 301; *N. Petit*, Theories of Self-Preferencing Under Article 102 TFEU: A Reply to Bo Vesterdorf, *Competition Law & Policy Debate* 2015, aufrufbar unter SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2592253>; *B. Vesterdorf*, Theories of Self-Preferencing and Duty to Deal – Two Sides of the Same Coin?, *Competition Law & Policy Debate*, aufrufbar unter SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2561355>.

140 Vgl. z.B. *Ibáñez Colomo*, Self-preferencing (Fn. 139), S. 2; *Holzweber*, Tying and bundling in the digital era (Fn. 9), S. 364; *Petit*, Theories of Self-Preferencing (Fn. 139), S. 2.

141 *Zelger*, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S. 180 f.

Google nicht nur befeuert bzw. überhaupt erst ermöglicht, sondern bereitet selbstredend die Einordnung der Selbstbegünstigungsmaßnahme Probleme, scheinen sämtliche in der analogen Welt entwickelten Schadenstheorien für die Einordnung – *one way or another* – ungeeignet. Mit den Worten von Akman: „[F]itting the publicly available facts of Google Search into one of these existing types of abuse is equivalent to fitting a square peg in a round hole. Without entirely disregarding some of the fundamental concepts and rules underlying the existing framework for these abuses, the facts of Google Search do not fit into these categories of abuse.“

Darüber hinaus, auch wenn die Kommission und das EuG im konkreten Fall zu einem anderen Ergebnis kamen, können Selbstbegünstigungsmaßnahmen an sich durchaus Ausdruck von gesundem (Leistungs)Wettbewerb sein;¹⁴² immerhin existiert nach den geltenden wettbewerbsrechtlichen Regelungen grundsätzlich keine Pflicht eines Wettbewerbers, seinen durch Wettbewerb erlangten Vorteil mit Rivalen zu teilen.¹⁴³ Vor diesem Hintergrund erscheint die Einordnung der Selbstbegünstigungsmaßnahme in die Kategorie der *prima facie* missbräuchlichen Verhaltensweisen, nach Meinung der Autorin, durchaus überraschend.¹⁴⁴ Dies insbesondere auch deshalb, weil die Kommission nach Einordnung der Maßnahme in die Kategorie der bezweckt missbräuchlichen Verhaltensweisen, die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen der Vorgenannten dennoch nachgewiesen hat, gleichwohl betonend dazu nicht verpflichtet zu sein.¹⁴⁵ Auch dieser zweigleisige Ansatz (von der Autorin „*janus-face approach*“ genannt)¹⁴⁶ ist kein neuer,¹⁴⁷ unterminiert jedoch Sinn und Zweck der Unterscheidung zwischen bezweckten und bewirkten Beschränkungen aus der Perspektive der effizienten Ressourcenverteilung zur Verfolgung von wettbewerbs-schädlichem Verhalten.¹⁴⁸

142 *Ibáñez Colomo*, Self-preferencing (Fn. 139), S. 4.

143 Ebd.

144 *Zelger*, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S. 179.

145 Kommission, *Google Shopping* (Fn. 121), Rn. 606.

146 *Zelger*, „By object“ restrictions (Fn. 19), 380; *Zelger*, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S. 180.

147 *Zelger*, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S. 76 und 134 und die dort angeführten Beispiele aus der Entscheidungspraxis zu Art. 101 und 102 AEUV.

148 *Zelger*, „By object“ restrictions (Fn. 19), 380; *Zelger*, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S. 179 f., 201.

IV. Gründe, die für eine vermehrte Verwendung des wirtschaftlich-wirkungsbezogenen Ansatzes („Effektanalyse“) sprechen

Vor dem Hintergrund der im vorangegangenen Abschnitt skizzierten Beispiele aus der Rechtsprechung der Unionsgerichte sowie Entscheidungspraxis der Kommission sprechen, nach Meinung der Autorin, insbesondere die nachstehenden Gründe für einen vermehrten Rückgriff auf die Auswirkungsprüfung bzw. Effektanalyse und somit auf das Konzept der bewirkten Wettbewerbsbeschränkung i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV sowie dessen Äquivalent im Rahmen des Art. 102 AEUV.

Die Auswirkungsanalyse eignet sich ideal dafür, jene Erfahrungswerte¹⁴⁹ zu sammeln, welche für die Qualifikation einer Maßnahme als bezweckt wettbewerbsbeschränkend bzw. missbräuchlich überhaupt erforderlich sind. Da es im Kontext einer Vielzahl von Verhaltensweisen und Maßnahmen an ökonomischem Erfahrungswissen im online Kontext fehlt, empfiehlt es sich daher zuerst die entsprechend notwendigen Erfahrungswerte zu generieren, um über die „objektiv wettbewerbsbeschränkende Tendenz“ einer Maßnahme verlässliche Aussagen treffen zu können. Zudem führte ein solcher Ansatz nicht nur zu ökonomisch informierten (und damit im Ergebnis zu begrüßenden) Entscheidungen, sondern würde, gleichwohl die Langzeitperspektive berücksichtigend, zu mehr Rechtssicherheit führen.¹⁵⁰ Die Auswirkungs- bzw. Effektanalyse einerseits sowie bezweckte Wettbewerbsbeschränkung bzw. missbräuchliche Verhaltensweise andererseits sind nämlich insofern als kommunizierende Gefäße zu betrachten, als die Einordnung in die erste Kategorie eine spätere Einordnung, nach entsprechendem Sammeln von Erfahrung hinsichtlich der potenziellen und tatsächlichen Auswirkungen einer Maßnahme auf den Wettbewerb, nicht ausschließt.¹⁵¹ Mit anderen Worten (und wie bereits eingangs erwähnt): Die Auswirkungsanalyse eignet sich hervorragend dazu, jene für die Einordnung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung erforderlichen Erfahrungswerte hinsichtlich der (Wettbewerbs)Schädlichkeit einer Maßnahme (aus ökonomischer Perspektive)¹⁵² überhaupt erst einmal zu

149 Zur Bedeutung von „economic analysis“ für die Bewertung bzw. -auswertung von ökonomischen Erfahrungswerten, vgl. *Peepkorn*, Defining „by object“ restrictions (Fn. 36), Rn. 23.

150 *Zelger*, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S. 200.

151 Ebd.; vgl. zudem *Ibáñez Colomo*, Beyond the “more economics-based approach” (Fn. 3), S. 734.

152 *Zimmer* (Fn. 10), Art. 101 AEUV, Rn. 130.

sammeln. Auch würde dem Anspruch an materiell, i.e. im Ergebnis, „richtige“ Entscheidungen damit entsprochen.

Darüber hinaus, wenngleich ein zugegebenermaßen eher pragmatisches Argument, spricht allein die Tatsache, dass die Kommission bei vielen der Verhaltensweisen ihre objektiv wettbewerbsbeschränkende Tendenz behauptet, um dann, in einem zweiten Schritt, erst recht ihre wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen am Markt nachzuweisen und damit daher eine Auswirkungsanalyse tatsächlich durchzuführen, für die Ambivalenz einer Maßnahme und damit einer erforderlichen Einordnung derselben in der Kategorie der bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. deren Äquivalent im Rahmen des Art. 102 AEUV.¹⁵³ Wäre sich die Kommission ihrer Beurteilung sicher, i.e. der Einordnung in die vorgenannte Kategorie, würde sie diesen zweigleisigen, janusköpfigen Ansatz wohl kaum verfolgen. Insofern würde eine vermehrte Auswirkungsprüfung in Fällen hinsichtlich derer es an Erfahrungswissen und -werten zur objektiv wettbewerbsbeschränkenden Tendenz einer Maßnahme fehlt, ein Ende eben dieses zweigleisigen Verfolgungsansatzes der Kommission („*janus-face approach*“) mit sich bringen.

D. Schlussbetrachtung

Der Beurteilungsrahmen der Art. 101 und 102 AEUV ist ein grundsätzlich kohärenter. So unterscheidet die Rechtsprechung in der Beurteilung von Maßnahmen im Rahmen beider wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen zwischen solchen, die sie einem legalistisch-formal begründeten Ansatz, sowie solchen, die sie einem wirtschaftlich-wirkungsbezogenen Ansatz (und damit einer „Effektanalyse“)¹⁵⁴ unterstellt. Auch unstrittig ist, dass eine formale Beurteilung von bezweckt wettbewerbsbeschränkenden oder missbräuchlichen Verhaltensweisen, ohne Berücksichtigung des jeweiligen individuellen, rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhanges, nicht möglich ist. Insofern ist eine Kontextanalyse bei der Beurteilung Vorgenannter unerlässlich. Die Grenzen dieser Kontextanalyse zur – im Rahmen der bewirkten Wettbewerbsbeschränkung erforderlichen – umfangreicheren Auswirkungsanalyse, sind manchmal fließend; dies bereits im Kontext von Fällen der analogen Welt (*Reverse Payment Settlement Agreements*, bestimmte „*fidelity-*

153 Zelger, *Restrictions of EU Competition Law* (Fn. 1), S. 70.

154 Zelger, „By object“ restrictions (Fn. 19), S. 359.

inducing“ Rabattsysteme). Die Tatsache, dass die sich aufgrund der Digitalisierung verändernden, realen (Markt)Gegebenheiten, eine Beurteilung der objektiv wettbewerbsbeschränkenden Tendenz einer Maßnahme unter Umständen verändern, verstärkt dieses Phänomen. Dies insbesondere deshalb, weil im Kontext digitaler Märkte klassische, ökonomische Theorien eben nicht notwendigerweise für die Beurteilung einer Maßnahme im online Kontext geeignet erscheinen. Auch fehlt es teilweise (noch) an (ökonomischem) Erfahrungswissen und -werten, auf welches für die Beurteilung der objektiv wettbewerbsbeschränkenden Tendenz einer Maßnahme zurückgegriffen werden kann. Vor diesem Hintergrund hat gegenständlicher Beitrag drei Kategorien zur Beurteilung von in der Digitalökonomie auftretenden Verhaltensweisen herausgearbeitet, nach Maßgabe derer die Geeignetheit der existierenden ökonomischen Beurteilungskonzepte und Schadenstheorien der „offline Welt“ für die Betrachtung und Einordnung derselben Verhaltensweise online, vorgenommen werden kann. Darüber hinaus plädiert die Autorin für eine vermehrte Verwendung der „Effektanalyse“ und damit einen Rückgriff auf das Konzept der Auswirkungsprüfung, welches ein zu wenig (oder gar un)erkanntes *Tool* zur Bewältigung der durch die Digitalisierung auftretenden Herausforderungen darstellt: Dessen verstärkte Verwendung führte nämlich – aufgrund jener, der Auswirkungsprüfung immanenten Tendenz der Gewinnung von Erfahrungswissen und -werten – am Ende auch zu mehr Rechtssicherheit.

Adversarial Interoperability

Interoperabilitätspflichten für Zukunftstechnologien

Philipp Loser, Zürich

A. Interoperabilität und Zukunftstechnologien

Interoperabilität ist zentral für das Wettbewerbsrecht der Zukunft. Kompatibilität und Zusammenarbeit einzelner Systeme haben für das Funktionieren digitaler Märkte eine gesteigerte Bedeutung erlangt. Gerade digitale Produkte sind regelmäßig nur in Zusammenarbeit mit anderen unabhängigen Produkten oder Systemen sinnvoll nutzbar. Die Verbindungen liegen den vernetzten Gütern meist unsichtbar zugrunde, sind aber für deren nahtloses Zusammenwirken und damit für die Architektur digitaler Produktökosysteme insgesamt unabdingbar. Beispielsweise wäre die Nutzung smarterer Geräte im Internet of Things oder die Integration bestimmter Funktionen in digitale Apps (z. B. einer Bezahlungsfunktion) ohne deren interoperable Ausgestaltung nicht möglich. Dass für Zukunftstechnologien fehlende Interoperabilität mit wettbewerblichen Problemen verbunden sein kann, zeigen zahlreiche aktuelle Beispiele.¹ Die Europäische Kommission hat bereits in ihrer Digitalen Agenda für Europa das Fehlen von Interoperabilität als eines der wichtigsten Probleme der digitalen Ökonomie identifiziert.²

Eine mögliche Lösung dieser Probleme kann in der Mandatierung von Interoperabilität liegen. Hiermit ist das Versprechen verbunden, dass sich die Zusammenarbeit einzelner Komponenten innerhalb eines Unterneh-

1 Vgl. u.a. im Bereich Internet of Things *Pressemitteilung Kommission*, Kartellrecht: EU-Kommission veröffentlicht Abschlussbericht über Sektoruntersuchung zum Internet der Dinge für Verbraucher, 2022, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_22_402; vgl. auch *Authority for Consumers and Markets* v. 05.09.2022, Case no. ACM/21/050317 / Document no. ACM/INT/440323; vgl. zudem die Beispiele unter (D.).

2 Mitteilung COM(2010)245 final von der Kommission, Eine Digitale Agenda für Europa [2010].

mens auch am Markt organisieren lässt.³ *Marsden* weist deshalb zurecht darauf hin, dass Interoperabilitätspflichten ein zentrales Instrument sein können, um wettbewerbsrechtliche Bedenken auf digitalen Märkten auszuräumen.⁴ Andere, wie beispielsweise *Scott Morton u.a.*, bezeichnen mandatierte Interoperabilität gar als wettbewerbliches "Super Tool" der Plattformregulierung.⁵ Es geht dabei um nichts anderes als die Frage, inwieweit Unternehmen auf digitalen Märkten zusammenarbeiten müssen, um Wettbewerb zu gewährleisten.

Der Beitrag versucht den hierfür zur Verfügung stehenden kartell- und regulierungsrechtlichen Rahmen zu bewerten, in dem sich Interoperabilitätspflichten bewegen. Dazu soll zunächst in das Konzept der Interoperabilität eingeführt (hierzu unter B.) und die hiermit verbunden ökonomischen Effekte dargestellt werden (hierzu unter C.), um sodann den Voraussetzungen für Interoperabilitätspflichten nachzugehen (hierzu unter D.).

B. Interoperabilität als Grad technischer Integration

I. Interoperabilität als Fähigkeit der Zusammenarbeit unabhängiger Produkte oder Systeme

Interoperabilität beschreibt die Fähigkeit unabhängiger Produkte oder Systeme, in verschieden hohem Maße zusammenzuarbeiten.⁶ Auch das Europäische Sekundärrecht enthält eine Vielzahl an Definitionen von Interoperabilität, die dieser Begriffsbestimmung grundsätzlich entsprechen und nur graduelle bzw. kontextspezifische Unterschiede aufweisen.⁷ Interoperabili-

3 Vgl. *Hovenkamp*, Antitrust Interoperability Remedies, Columbia Law Review Forum 2023, 1 (1).

4 Der Hinweis geht zurück auf den Vortrag von *Marsden*, What If Competition Law Was Easy?, 2023.

5 *F. Scott Morton et al.*, Equitable Interoperability: The 'Super Tool' of Digital Platform Governance, Yale Journal on Regulation 2021.

6 *J. Palfrey/U. Gasser*, Interop: The Promise and Perils of Highly Interconnected Systems, New York 2012, S. 5; *W. Kerber/H. Schweitzer*, Interoperability in the Digital Economy, Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law 2017, 39 (40).

7 Vgl. u.a. Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen [2009] OJ L 111/16, ErwGr 10; Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur

tät lässt sich dem allgemeineren Konzept der Kompatibilität zuordnen, welches die koordinierte Vereinbarkeit bestimmter Einheiten beschreibt, wobei die Kategorien weder erschöpfend noch exakt gelten.⁸

II. Herstellung von Interoperabilität

Die Herstellung von Interoperabilität zwischen den einzelnen Hard- und Softwareelementen erfolgt vor allem durch die Implementierung entsprechender Schnittstellen, die der Verbindung der einzelnen Komponenten sowie der wechselseitigen Übermittlung und Verwendung von Informationen dienen.⁹ Besonders wichtig sind hierbei sog. *Application Programming Interfaces* (APIs), die einen standardisierten Zugriff auf die Funktionen von Softwareprogrammen ermöglichen.¹⁰ Schnittstellen können einerseits unilateral oder kooperativ von einzelnen Unternehmen entwickelt, bzw. offengelegt werden, ggf. mit dem Ziel einen *de-facto* Standard zu etablieren, andererseits als *de-iure* Standard entwickelt werden.¹¹ Soll Interoperabilität dagegen ohne die Zustimmung des Schnittstelleneinhabers im Wege des sog. *reverse engineering* hergestellt werden, spricht man von adversatorischer Interoperabilität (*adversarial interoperability*).¹²

III. Formen der Interoperabilität

Die durch Interoperabilität bewirkte technische Integration kann je nach abgebildetem Funktionsumfang variieren und muss folglich als graduelles Konzept verstanden werden.¹³ Besonders relevant ist die Unterscheidung

Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte) [2022] OJ L 265/1, Art. 2 Nr. 29.

8 WIK-Consult, Interoperabilitätsvorschriften für digitale Dienste, 3, m.w.N.

9 A. Westernhagen, Zugang zu geistigem Eigentum nach europäischem Kartellrecht, Baden-Baden 2006, S. 53.

10 Vgl. die Definition in *United States v. Microsoft Corp.*, 84 F. Supp. 2d 9, 2–3 (D.D.C.1999).

11 K. Apel, Die kartellrechtliche Zwangslizenz im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts, Baden-Baden 2015, S. 209 f.

12 WIK-Consult, Interoperabilitätsvorschriften (Fn. 8), S. 12.

13 Kerber/Schweitzer, Interoperability (Fn. 6), 39 (40).; vgl. auch die Unterscheidung zwischen Protokoll- und Datenebene J. Crémer/Y.-A. de Montjoye/H. Schweitzer, Competition policy for the digital era, 2019, S. 6.

zwischen horizontaler und vertikaler Interoperabilität. Einzelne Elemente können hiernach entweder in einem Wettbewerbs- oder Komplementaritätsverhältnis zueinanderstehen und entweder der gleichen (horizontale Interoperabilität) oder unterschiedlichen Marktstufen (vertikale Interoperabilität) zuzuordnen sein.¹⁴ Zukunftstechnologien setzen sich regelmäßig aus einer Kombination an unterschiedlichen Funktionalitätsebenen zusammen, die jeweils eigene Funktionen für das Gesamtsystem bereitstellen. Digitale Systeme bzw. Ökosysteme¹⁵ lassen sich so in verschiedene Ebenen unterteilen.¹⁶ Auf jeder Ebene können dann horizontale und vertikale Interoperabilitätsfragen auftreten.

IV. Offene versus geschlossene Systeme

Grundlegend mit der Frage der Interoperabilität verbunden ist die Unterscheidung zwischen "offenen" und "geschlossenen" Systemen. Denn wie "offen" oder "geschlossen" ein System ist, hängt auch von seiner Fähigkeit zur Interoperabilität ab.¹⁷ Einerseits davon, welcher Grad an Interoperabilität zu Produkten oder Systemen von Wettbewerbern möglich ist (horizontale Offenheit bzw. Geschlossenheit). Andererseits davon, inwieweit Unternehmen die Entwicklung komplementärer Sekundärprodukte durch Dritte zulassen (vertikale Offenheit bzw. Geschlossenheit).¹⁸ Einzelne Komponenten können dabei entweder so integriert werden, dass vertikale Interoperabilität nur plattformintern erforderlich ist oder zusätzlich, über die vertikale Integration hinausgehend, plattformübergreifend angeboten werden.¹⁹

Der gewählte Grad an Interoperabilität ist dabei Ausdruck wettbewerblicher Freiheit und abhängig vom Geschäftsmodell des Unternehmens. Einerseits können Anreize dafür bestehen, ein offeneres System anzubieten, um von möglichst vielen Komplementärprodukten zu profitieren. Anderer-

14 Kerber/Schweitzer, Interoperability (Fn. 6), 39 (41).

15 Zum Unterschied *Autorité de la concurrence/Competition and Markets Authority*, The economics of open and closed systems, 2014, 12 f.

16 M. Bourreau/J. Krämer/M. Buiten, Interoperability in Digital Markets, Center on Regulation in Europe Report 2022, 13 ff.

17 H. Kaiser, Are 'Closed Systems' an Antitrust Problem?, Competition Policy International 2011, 91 (97).

18 J. Farrell/T. Simcoe, Four Paths to Compatibility, in: M. Peitz/ J. Waldfoegel (Hrsg.), The Oxford Handbook of the Digital Economy, Oxford 2012, 34 (36 f.).

19 Bourreau/Krämer/Buiten, Interoperability (Fn. 16), S. 15 f.

seits kann die Strategie eines Unternehmens darin liegen, ein möglichst geschlossenes System anzubieten, um den Zugang Dritter zu einzelnen Ebenen des Gesamtsystems zu kontrollieren.²⁰ Sicherlich zu weit ginge es, letzteres als per se wettbewerbsschädlich einzustufen. Auch sind die Kategorien "offen" und "geschlossen" nur bedingt aussagekräftig, da jedes System zumindest partiell interoperabel ist.²¹

C. Wettbewerbsökonomische Analyse von Interoperabilität

I. Fehlende Interoperabilität und Marktversagen

Fehlende Interoperabilität kann indes mit Marktversagen verbunden sein. Relevant sind hierbei Märkte, auf denen am Ende nur ein Wettbewerber verbleibt, beispielsweise weil ein natürliches Monopol vorliegt oder der Markt erheblichen Skalen- oder Verbundvorteilen unterliegt, sowie Märkte mit bestehenden erheblichen Netzwerkeffekten und zuletzt Märkte mit bestehenden Immaterialgüterrechten, bzw. Rechten des geistigen Eigentums.²²

Diese Formen des Marktversagen lassen sich mit den klassischen Instrumenten der Marktmachtbegrenzung in einer Marktwirtschaft, dem Kartellrecht sowie regulatorischen Eingriffen adressieren. Eine Lösung zur Herstellung von Interoperabilität ist deren Mandatierung im Wege eines Kontrahierungszwangs. Interoperabilitätspflichten zwingen Unternehmen in Ausnahmefällen dazu, ihre Systeme oder Produkte mit entsprechenden Schnittstellen zu versehen oder Schnittstelleninformationen offenzulegen, um so die erforderlichen Formen der Zusammenarbeit zwischen Unternehmen in der digitalen Ökonomie abbilden zu können.

20 C. Shapiro/H. Varian, *Information Rules*, Brighton 1998, S. 191 ff.

21 Kaiser, *Closed Systems* (Fn. 17), 91 (92 f.).

22 Hovenkamp, *Interoperability Remedies* (Fn. 3), 1 (15 ff.): "Interoperability remedies are particularly attractive in three interrelated sets of cases".

II. Wettbewerbliche Effekte von Interoperabilität

1. Fehlende horizontale Interoperabilität und proprietäre Netzwerkeffekte

Für Zukunftstechnologien sind vorrangig die von direkten und indirekten Netzwerkeffekten sowie hohen Wechselkosten ausgehenden Effekte relevant. Auf Märkten mit Netzwerkeffekten führt fehlende Interoperabilität dazu, dass deren Wirkung innerhalb der geschlossenen Systeme internalisiert wird.²³ Der selbstverstärkende Effekt proprietärer Netzwerkeffekte führt zu einem Wettbewerbsvorteil für Systeme, die zuerst über eine kritische Masse an Nutzern verfügen.²⁴ Problematisch ist dabei die bestehende Tendenz zum Kippen (*tipping*) eines Marktes.²⁵ Die bei etablierten Plattformen auf extremen Größenvorteilen beruhende Subadditivität der Kostenfunktion führt darüber hinaus zu erheblichen angebotsseitigen Wettbewerbsvorteilen.²⁶ Die verstärkte Marktkonzentration kann dann einen *Winner-Takes-All* bzw. *Winner-Takes-Most Market* zur Folge haben.²⁷

Zwar können Phasen disruptiven Innovationswettbewerbs dazu führen, dass Netzwerkeffekte auch umgekehrt wirken und so Marktmacht explosionsartig zerstören.²⁸ Für Konsumenten die bereits in ein System investiert sind, können Wechselkosten zu *lock-in* Effekten führen, so dass sich die proprietären Netzwerkeffekte perpetuieren.²⁹ Insbesondere führen die aus Wechselkosten resultierenden *lock-in* Effekte dazu, dass innovative Wettbewerber nicht ohne weiteres in einen Markt eintreten und auf diesem bestehen können. Denn Anreize für Verbraucher zu einem Produkt oder Dienst zu wechseln, ggf. einen vollständigen Systemwechsel durchzuführen,

23 *Scott Morton et. al*, Equitable Interoperability (Fn. 5), S. 4.

24 Grundlegend *M. Katz/C. Shapiro*, Network Externalities, Competition, and Compatibility, *The American Economic Review* 1985, 424 (424 ff.); *M. Katz/C. Shapiro*, Systems Competition and Network Effects, *Journal of Economic Perspectives* 1994, 93 (105 ff.).

25 Hierzu *Katz/Shapiro*, Network Effects (Fn. 24), 93 (105 ff.).

26 *Crémer/de Montjoye/Schweitzer*, Competition policy (Fn. 13), S. 20.

27 *Shapiro/Varian*, Information Rules (Fn. 20), S. 177, 187 f.

28 *D. Evans/R. Schmalensee*, Why Winner-Takes-All Thinking Doesn't Apply to the Platform Economy, *Harvard Business Review* 2016.

29 *G. Saloner*, Economic Issues In Computer Interface Standardization, *Economics of Innovation and New Technology* 1990, 135 (137) m.w.N.

müssen bestehende Wechselkosten überwiegen.³⁰ Der Monopolist in Netzwerkmärkten wird durch diese Wechselkosten geschützt.³¹

2. Interoperabilität und das Theorem bestreitbarer Marktmacht

Von besonderer Bedeutung für die Interoperabilität von Zukunftstechnologien, die starken Netzwerkeffekten und Wechselkosten unterliegen, ist daher das Theorem der Bestreitbarkeit.³² Denn die Theorie der bestreitbaren Märkte zeigt die Wirkung potenziellen Wettbewerbs, wenn Markteintritte ohne weiteres möglich sind.³³ Die aus fehlender Interoperabilität resultierenden beinahe unüberwindbaren Marktzutrittsschranken verhindern die disziplinierende Wirkung potenziellen Wettbewerbs und erhöhen zugleich die Belohnung für erfolgreiches Ausschlussverhalten.³⁴ Bei datengetriebenen Netzwerkeffekten bilden die mit der hohen Datenkonzentration zugunsten der Marktbeherrscher einhergehenden erhöhten Innovationskosten eine weitere Marktzutrittsschranke.³⁵ Fehlender Innovationsdruck führt dann dazu, dass Marktbeherrscher selbst verringerte Innovationsanreize haben.³⁶

Hiermit verbundene Annahmen finden sich auch bei klassischen Innovationstheorien. Nach *Arrow* haben Wettbewerbsunternehmen höhere Anreize innovativ zu sein, Monopolisten sind dagegen an der Erhaltung des Status quo interessiert.³⁷ Dagegen haben nach *Schumpeter* Monopolisten einen grundsätzlich höheren Innovationsanreiz, um ihr Monopol zu

30 *Westernhagen*, Zugang (Fn. 9), S. 67 f.

31 *J. Pohlmeier*, Netzwerkeffekte und Kartellrecht, Baden-Baden 2004, S. 62 f.

32 Vgl. u.a. Gesetz über digitale Märkte, ErwGr 7, 32; hierzu *O. Budzinski/J. Mendelssohn*, Regulating Big Tech: From Competition to Sector Regulation?, Social Science Research Network 2021, 17 ff.

33 Vgl. *W. Baumol/ J. Panzar/R. Willig*, Contestable Markets and the Theory of Industry Structure, New York 1982; vgl. auch *J. Jickeli*, Marktzutrittsschranken im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Baden-Baden 1990, S. 42 ff.

34 *F. Scott Morton/M. Kades*, Interoperability as a competition remedy for digital networks, Social Science Research Network 2021, S. 6.

35 *J. Krämer/D. Schnurr*, Big Data and Digital Markets Contestability, Journal of Competition Law & Economics 2022, 255 (258 ff.).

36 *Krämer/Schnurr*, Contestability (Fn. 35), 255 (258 ff.) m.w.N.; *Apel*, Zwangslizenz (Fn. 11), S. 225 f.

37 *K. Arrow*, Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention, in: National Bureau of Economic Research, The Rate and Direction of Inventive Activity, Princeton 1962, S. 609 ff.

schützen und Markteintritte zu verhindern.³⁸ Auf gekippten Märkten mit hohen Marktzutrittsschranken ist die Gefahr "schöpferischer Zerstörung" indes stark vermindert.³⁹ Kontrahierungspflichten können hier Anreize für Marktbeherrscher wiederbeleben, selbst Innovationen zu schaffen.⁴⁰

3. Wettbewerbsökonomische Effekte horizontaler Interoperabilitätspflichten

Interoperabilitätspflichten werden überwiegend als probates Instrument erachtet, um Märkte offen zu halten, da Sie zur marktweiten Verteilung von Netzwerkeffekten führen.⁴¹ Zugleich können sie gleiche Wettbewerbsbedingungen kreieren, bei denen Netzwerkeffekte keinen Wettbewerbsparameter darstellen und Marktzutrittsschranken neutralisiert werden, so dass Markteintritte ohne größere Kosten möglich sind und Wettbewerb *im* Markt stattfinden kann.⁴² Wettbewerbliche Bedenken können auf diese Weise ausgeräumt werden, ohne im Unterschied zur Entflechtung die Unternehmensstruktur selbst aufzubrechen, was mit einem schwerwiegenden Eingriff in die Marktstruktur verbunden wäre.⁴³ Zudem lassen sich so die, für die Marktmacht ursächlichen, proprietären Netzwerkeffekte adressieren, die nach einer Entflechtung erneut auftreten würden. Für datengetriebene Zukunftstechnologien kann Interoperabilität einen freien Datenaustausch gewährleisten und so datengetriebene Innovation fördern.⁴⁴

Allerdings kann Interoperabilität auch mit Nachteilen einhergehen. Die möglicherweise verringerte Produktdifferenzierung kann dazu führen, dass Konsumentenpräferenzen nicht hinreichend differenziert abgebildet und Innovationsanreize gehemmt werden.⁴⁵ Daneben kann Standardisierung mit statischen Effekten und einer Konzentration auf einen Intra- statt Inter-

38 J. Schumpeter, *Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie*, 10. Aufl., Tübingen 2020, S. 113 ff.

39 Krämer/Schnurr, *Contestability* (Fn. 35), 255 (258 ff.).

40 A. Heinemann, Die Relevanz des „more economic approach“ für das Recht des geistigen Eigentums, *GRUR* 2008, 949 (953).

41 Crémer/de Montjoye/Schweitzer, *Competition policy* (Fn. 13), 16; J. Furman et al., *Unlocking Digital Competition*, Government of the United Kingdom 2019, S. 32 ff.; *Stigler Committee on Digital Platforms*, Final Report, Chicago Booth 2019, S. 118; Scott Morton et al., *Equitable Interoperability* (Fn. 5), S. 4 ff.

42 Scott Morton/Kades, *Interoperability* (Fn. 34), S. 2.

43 Hovenkamp, *Interoperability Remedies* (Fn. 3), 1 (3 ff.).

44 Kerber/Schweitzer, *Interoperability* (Fn. 6), 39 (42).

45 Kerber/Schweitzer, *Interoperability* (Fn. 6), 39 (42).

Technologiewettbewerb verbunden sein.⁴⁶ Zuletzt kann Interoperabilität mit vorhandenem Parallelnutzungsverhalten (*multi-homing*) konfliktieren, das zu Wettbewerb *im* Markt führt, ohne Produktdifferenzierung und Wettbewerb *um* den Markt einzuschränken.⁴⁷

4. Fehlende vertikale Interoperabilität und vertikal integrierte Ökosysteme

Neben horizontaler Interoperabilität ist für Zukunftstechnologien vor allem die vertikale Integration in ein digitales Ökosystem relevant. Die mit der vertikalen Geschlossenheit eines Ökosystems verbundene vertikale Integration kann hierbei grundsätzlich prokompetitiv sein.⁴⁸ Für vertikal integrierte Plattforminhaber, denen eine regelsetzende Funktion zukommt, kann ein valides Interesse darin liegen, den optimalen Grad an Interoperabilität selbst herzustellen. Zugangsschranken können so Qualität aber auch Sicherheit und Datenschutz eines Systems sicherstellen.⁴⁹ Letzteres dient der Produktdifferenzierung und hilft Verbraucherpräferenzen sinnvoll abzubilden.⁵⁰ Die Kontrolle von Sekundärmärkten durch Immaterialgüterrechte wird zudem für grundsätzlich zulässig erachtet, um Imitationswettbewerb zu verhindern und so Innovationsanreize zu fördern.⁵¹ Problematisch ist dagegen die vollständige vertikale Integration.⁵² Wechselkosten und *lock-in* Effekte können hier den Verschluss vor- oder nachgelagerter Märkte sowie Pfadabhängigkeiten zur Folge haben.⁵³

46 *Apel*, Zwangslizenz (Fn. 11), S. 211.

47 *M. Bourreau/J. Krämer*, Interoperability in Digital Markets: Boon or Bane for Market Contestability?, Social Science Research Network 2022, S. 4 ff.; Die Parallelnutzung ist nur dann eine Alternative zur Interoperabilität, soweit die Kosten hierfür vernachlässigbar sind, vgl. *WIK-Consult*, Interoperabilitätsvorschriften (Fn. 8), S. 13.

48 So die *Chicago School of Economics*, grundlegend *R. Posner*, The Chicago School of Antitrust Analysis, University of Pennsylvania Law Review 1978, 925.

49 Vgl. *M. Barczentewicz*, Privacy and Security Implications of Regulation of Digital Services in the EU and in the US, Transatlantic Technology Law Forum Working Papers 2021, S. 3 ff.

50 *Kaiser*, Closed Systems (Fn. 17), 91 (99 ff.).

51 *OECD*, Competition Policy and Intellectual Property Rights, Competition Law & Policy OECD 1997, 7.

52 *Bourreau/Krämer/Buiten*, Interoperability (Fn. 16), S. 26 f.

53 *Kerber/Schweitzer*, Interoperability (Fn. 6), 39 (44).

5. Wettbewerbsökonomische Effekte vertikaler Interoperabilitätspflichten

Vertikale Interoperabilität kann dagegen Marktverschließung verhindern und Folgeinnovationen stimulieren, da Innovatoren mit einer potenziell größeren Nutzerbasis rechnen können.⁵⁴ Zudem führt vertikale Interoperabilität zu einer erhöhten Auswahlfreiheit in Bezug auf Komplementärprodukte. Verbraucher können sich so ihr eigenes Ökosystem zusammenstellen.⁵⁵ Damit einher geht ein positiver statischer Effekt, beispielsweise in Form von verstärktem Preis- und Mengenwettbewerb auf Sekundärmärkten.⁵⁶ Andererseits kann Interoperabilität mit typischen Effekten der vertikalen Trennung, wie doppelter Marginalisierung, Informationsasymmetrien oder *hold-up* Problemen, einhergehen.⁵⁷ Zudem kann Wettbewerb auf Komponentenebene Innovationsanreize auf Systemebene verringern.⁵⁸

III. Die Herstellung von Interoperabilität als wettbewerbsökonomischer Trade-off

Die Effektanalyse zeigt vor allem, dass die Herstellung von Interoperabilität mit unterschiedlichen Trade-offs zwischen Vor- und Nachteilen statischer und dynamischer Effekte verbunden ist.⁵⁹ Im Horizontalverhältnis vor allem zwischen Wettbewerb *im* Markt versus *um* den Markt.⁶⁰ Im Vertikalverhältnis zwischen Kontrolle und Diversität einerseits sowie System- versus Komponenteninnovation andererseits.⁶¹ Bei der Anwendung des Kartellrechts sind diese Effekte in einem *incentives balances* Test abzuwägen (hierzu D., I., 2.). Dabei erschweren disruptive Innovationen die Bewertung für Zukunftstechnologien zusätzlich.⁶² Wann mandatierte Interoperabilität überhaupt das probate Instrument darstellt, ist somit entscheidend.

54 A. Rooijen, The software interface between copyright and competition law, Austin 2010, S. 37 ff. m.w.N.

55 Sog. "*mix-and-match compatibility*", vgl. C. Matutes/P. Regibeau, "Mix and Match": Product Compatibility without Network Externalities, The RAND Journal of Economics 1988, 221 (221 ff.).

56 So Apel, Zwangslizenz (Fn. 11), S. 211.

57 Bourreau/Krämer/Buiten, Interoperability (Fn. 16), S. 26 f.

58 Kerber/Schweitzer, Interoperability (Fn. 6), 39 (52).

59 So auch Kerber/Schweitzer, Interoperability (Fn. 6), 39 (41 f.).

60 Bourreau/Krämer/Buiten, Interoperability (Fn. 16), S. 23.

61 Rooijen, The software interface (Fn. 54), S. 37 ff.

62 Hierzu R. Gilbert, Innovation matters, Cambridge 2022, S. 15 ff.

D. Interoperabilität als Frage des Wettbewerbsrechts

I. Interoperabilitätspflichten im Europäischen Wettbewerbsrecht

Das Europäische Wettbewerbsrecht kann durch geschlossene Systeme hervorgerufenen Marktversagen adressieren, wenn die Beschränkung von Interoperabilität durch marktbeherrschende Unternehmen zugleich ein wettbewerbswidriges Verhalten nach Art. 102 AEUV darstellt. Letzteres kann vor allem in der Verweigerung der Offenlegung von Schnittstelleninformationen liegen.⁶³ Daneben sind weitere missbräuchliche Interoperabilitätsbeschränkungen, insbesondere konstruktive Verweigerungspraktiken, wie die verspätete Offenlegung oder strategische Schnittstellenänderungen, denkbar.⁶⁴ Konstruktive Praktiken können dabei besonders schwer zu bewerten sein, wenn sie zugleich inkrementelle Innovationen (bspw. bessere Produktsicherheit) beinhalten und damit Ausdruck zulässigen Leistungswettbewerbs sind.⁶⁵

1. Der Interoperabilitätsmissbrauch in der Europäischen Entscheidungspraxis

In der Rechtsprechung finden sich nur wenige Entscheidungen zu interoperabilitätsbezogenen Schadenstheorien. Gerade Fälle *horizontaler* Interoperabilitätsbeschränkungen waren bisher kein Gegenstand der Entscheidungspraxis, so dass als Referenzpunkt für die Kooperation zwischen Wettbewerbern die *Aspen Skiing* Entscheidung des US-Antitrustrechts genannt wird.⁶⁶ Fälle aus der europäischen Entscheidungspraxis, die dagegen eine *vertikale* Interoperabilitätsbeschränkung zum Gegenstand hatten, haben die Voraussetzungen für einen Interoperabilitätsmissbrauch nach Art. 102 AEUV bislang stets offengelassen.⁶⁷

63 Vgl. EuG T-201/04, *Microsoft*, ECLI:EU:T:2007:289.

64 Hierzu H. Fleischer, Behinderungsmisbrauch durch Produktinnovation, Baden-Baden 1997.

65 Hierzu OECD, What is Competition on the Merits?, OECD Policy Brief 2006.

66 Vgl. bei Kerber/Schweitzer, Interoperability (Fn. 6), 39 (51).

67 A. Fuchs in: T. Körber/H. Schweitzer/D. Zimmer (Hrsg.), Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. I, 6. Aufl., Art. 102 AEUV, Rn. 326, Fn. 1429; obiter dicta auch das BVerfG, B-831/2011 – (*SIX/WEKO*), Rn. 784.

a. IBM

Erstmals relevant wurden Interoperabilitätsfragen in dem 1984 durch Verpflichtungszusagen eingestellten Verfahren *IBM/Kommission*.⁶⁸ IBM lieferte die, von Wettbewerbern zur Herstellung kompatibler Hard- und Softwareprodukte, für IBMs System/370-Computer notwendigen Schnittstelleninformationen nicht rechtzeitig. Einen Missbrauchsstandard etablierte die Kommission zwar nicht, führte allerdings an, dass IBM in der Lage gewesen sei, den Markt für kompatible Produkte zu kontrollieren, was auf die Missbrauchskriterien der Unerlässlichkeit und des Ausschlusses jeglichen Wettbewerbs hindeutet.⁶⁹ Die mit der Verpflichtungszusage verbundene Interoperabilitätspflicht sollte dagegen dazu führen, dass Verbraucher eine höhere Auswahlfreiheit an Komplementärprodukten erhielten, da Dritte Anreize hätten neue Produkte zu entwickeln.⁷⁰

b. Microsoft

Als maßgebende Schadenstheorie für Interoperabilitätsverweigerungen gilt nach wie vor der in der Rechtssache *Microsoft*⁷¹ zugrunde gelegte Missbrauchsstandard. Auch dieser Fall hatte die Offenlegung von Schnittstelleninformationen zum Gegenstand. Microsoft enthielt als Marktbeherrscher auf dem Markt für Betriebssysteme für Client-PCs und einem damit verbundenen Markt für Betriebssysteme für Arbeitsgruppenserver seinen Wettbewerbern Interoperabilitätsinformationen vor, die notwendig waren, um eine nahtlose und gleichwertige Kommunikation zwischen Arbeitsgruppenserver- und Client-PC-Betriebssystemen sicherzustellen.

Die Kommission legte hierbei die Prämisse zugrunde, dass das in Rede stehende Verhalten eine Weigerung darstelle, Dritten eine Lizenz für Immaterialgüterrechte zu erteilen. Damit wählte die Kommission die strikteste und für Microsoft günstigste Lösung, konstatierte aber zugleich, dass aus der unterlassenen Prüfung des tatsächlichen Bestehens von Sonderschutz-

68 Vierzehnter Bericht, COM(1995) 0142 final von der Kommission, über die Wettbewerbspolitik [1994] Rn. 94 f.

69 R. Gohari, *Verweigerung von Geschäftsbeziehungen*, Bern 2017, S. 540.

70 Vierzehnter Bericht, COM(1995) 0142 final von der Kommission, über die Wettbewerbspolitik [1994] Rn. 94 f.

71 EuG T-201/04, *Microsoft*, ECLI:EU:T:2007:289.

rechten nicht abgeleitet werden könne, dass es sich auch tatsächlich um einen Fall der Zwangslizenz handle.⁷² Kommission und EuG unterstellten folglich das Bestehen von Immaterialgüterrechten, um, im Wege einer Als-ob-Betrachtung, die für Lizenzverweigerungen erarbeiteten Voraussetzungen prüfen zu können.⁷³ Eine abschließende Entscheidung darüber, ob diese Voraussetzungen für sämtliche Fälle der Interoperabilitätsverweigerung maßgeblich sind, ist damit folglich nicht verbunden.⁷⁴

c. Google/Enel X Italia

Die von der italienischen Wettbewerbsbehörde (AGCM) entschiedene Rechtssache *Google/Enel X Italia*⁷⁵ überträgt die *Microsoft* Rechtsprechung nunmehr auf digitale Ökosysteme. Google weigerte sich Enel X Italia, eine Version seiner für Dienste im Zusammenhang mit dem Aufladen von Elektrofahrzeugen konzipierten App, Juice Pass, entwickeln zu lassen, die mit Android Auto kompatibel ist. Android Auto ist eine spezielle Funktion des Android Betriebssystems, die Interoperabilität mit dem Infotainment-System eines Fahrzeugs herstellt und es so ermöglicht, Apps auch während der Fahrt zu nutzen. Seine Weigerung begründete Google mit der geschäftspolitischen Entscheidung, Android Auto erlaube die Funktion aus Sicherheitsgründen nur für Messaging- und Media-Apps. Die AGCM warf Google daraufhin vor, so die Verfügbarkeit der App auf Android Auto verzögert und damit die proprietäre App Google Maps bevorzugt zu haben.

Für die angewandte Schadenstheorie war dabei einerseits ein klares Wettbewerbsverhältnis entscheidend: Tatsächlicher Wettbewerb zwischen Navigations-Apps und Apps mit einer Navigationsfunktion für E-Ladesäulen, potenzieller Wettbewerb wegen der absehbaren Integration solcher Dienste in Google Maps und zuletzt Wettbewerb um Nutzerdaten, der bei Android Auto, Google Maps sowie Juice Pass daraus folge, dass es sich um Plattformen handle, deren Geschäftsmodell auf die Generierung solcher Daten abziele. Andererseits war relevant, dass Google in seiner Eigenschaft als Plattform zugleich als Gatekeeper zwischen App-Entwicklern und End-

72 EuG T-201/04, *Microsoft*, ECLI:EU:T:2007:289, Rn. 283.

73 EuG T-201/04, *Microsoft*, ECLI:EU:T:2007:289, Rn. 283–290.

74 *Fuchs*, Wettbewerbsrecht (Fn. 67), Art. 102 AEUV, Rn. 326, Fn. 142.

75 AGCM, A529, Bollettino 20/2021, N. 29645, *Google/Enel X Italia*.

nutzern fungiert.⁷⁶ Google habe als App-Entwickler und Gatekeeper für Nutzer von Android Auto und deren Daten eine besondere Doppelrolle inne.⁷⁷ Aus dieser folge die Pflicht, dass Google bei der Ausübung seiner Vorrechte für die Entwicklung von Android Auto seiner wettbewerblichen Verantwortung nachkomme, gleiche Wettbewerbsbedingungen zu erhalten und so dem Verbot der Selbstbevorzugung zu entsprechen.⁷⁸ Letzteres erscheint schon deshalb relevant, weil diese Pflicht auch nach Art. 6 Abs. 7 DMA besteht (hierzu D., II. 2.).⁷⁹ Wohl am kontroversesten ist aber die Annahme der AGCM, Android Auto sei eine unerlässliche Einrichtung, obwohl die Juice Pass App selbst frei verfügbar und somit eine tatsächliche Alternative, in Form der Nutzung der App über das Smartphone, vorhanden war. Darin sah die AGCM indes keine gleichwertige Alternative, da Android Auto für Nutzer sicherer und einfacher sei.⁸⁰

2. Die Fallgruppen der missbräuchlichen Geschäftsverweigerung in der europäischen Entscheidungspraxis

Im Rahmen von Interoperabilitätsbeschränkungen können verschiedene Varianten der Geschäftsverweigerung vorliegen, so dass die hierfür etablierten Voraussetzungen für die Frage der Missbräuchlichkeit maßgebend sind. Indes ergibt sich auch für Fälle missbräuchlicher Geschäftsverweigerung bisher kein einheitlicher Missbrauchsstandard.⁸¹ Die Europäischen Entscheidungspraxis hat weder klare Abgrenzungskriterien noch ein einheitliches Prüfungssystem herausgearbeitet.⁸² Allerdings lassen sich neben tradierten *allgemeinen* unterschiedliche *besondere* Voraussetzungen identifizieren, die den einzelnen Geschäftsverweigerungsvarianten Rechnung tragen.⁸³

Solche *besonderen* Voraussetzungen gelten beispielweise für Zugangsverweigerungen zu Infrastruktureinrichtungen, die nur unter der in der

76 AGCM, A529, Bollettino 20/2021, N. 29645, *Google/Enel X Italia*, Rn. 272, 328 ff.

77 AGCM, A529, Bollettino 20/2021, N. 29645, *Google/Enel X Italia*, Rn. 276.

78 AGCM, A529, Bollettino 20/2021, N. 29645, *Google/Enel X Italia*, Rn. 276.

79 S. Vezzoso, Interoperability between competition law and the proposed Digital Markets Act, WuW 2021, 422 (423).

80 AGCM, A529, Bollettino 20/2021, N. 29645, *Google/Enel X Italia*, Rn. 376 ff.

81 Gohari, Geschäftsbeziehungen (Fn. 69), S. 540.

82 W. Bulst in: H.J. Bunte (Hrsg.), Kartellrecht, Bd. II, 14. Aufl., Köln 2021, Art. 102 AEUV, Rn. 257.

83 Vgl. BVGer, B-831/2011, *SIX/WEKO*, Rn. 795.

Rechtssache *Bronner*⁸⁴ zugrunde gelegten *essential facilities* Doktrin missbräuchlich sind. Daneben gelten *besondere* Voraussetzungen auch für die Verweigerung einer Lizenz, die nach der Entscheidung *Volvo*⁸⁵ zwar grundsätzlich die Substanz eines Schutzrechts ausmacht, seit der Entscheidung *Magill* allerdings unter den folgenden "außergewöhnlichen Umständen" als missbräuchlich erachtet werden kann:⁸⁶

- (i) die Unerlässlichkeit der Lizenz für die Ausübung einer Tätigkeit auf einem benachbarten Markt, bzw. für das Überleben an diesem (*essential facilities* Test)⁸⁷;
- (ii) die Fähigkeit, jeglichen bzw. effektiven Wettbewerb auf dem benachbarten Markt auszuschalten (*leveraging* Test);⁸⁸
- (iii) die Verhinderung des Entstehens eines neuen Produkts, für das eine potenzielle Verbrauchernachfrage besteht, bzw. die Einschränkung der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher, (*limiting-of-production* Test);⁸⁹ sowie
- (iv) das Fehlen einer objektiven Rechtfertigung, bzw. das Überwiegen des Wettbewerbs *im* Markt ggü. dem Wettbewerb *um* den Markt (*incentives balances* Test).⁹⁰

Ob diese *besonderen* Voraussetzungen auch für Fälle des Interoperabilitätsmissbrauchs gelten, ist indes offen.⁹¹ Eine abschließende Liste von außergewöhnlichen Umständen existiert nicht.⁹² Ob Schnittstelleninformationen, insbesondere bei fehlendem Sonderschutzrecht, eine derart strenge Bewertung durch die Kombination zweier Missbrauchskriterien (*leveraging* Test und *limiting-of-production* Test) überhaupt erfordern, ist zudem zweifelhaft, gerade weil die Produktneuheit nicht der einzig relevante Parameter

84 EuGH C-7/97, *Bronner*, ECLI:EU:C:1998:264.

85 EuGH C-238/87, *Volvo*, ECLI:EU:C:1988:477, Rn. 8 f.

86 Vgl. EuGH joined cases C-241/91 P and C-242/91 P, *Magill*, ECLI:EU:C:1995:98, Rn. 54 ff; bestätigt in EuGH C-418/01, *IMS Health*, ECLI:EU:C:2004:257, Rn. 38; dagegen die Unerlässlichkeit der Interoperabilitätsinformationen verneinend EuG T-751/15, *Contact Software*, ECLI:EU:T:2017:602.

87 EuG T-201/04, *Microsoft*, ECLI:EU:T:2007:289, Rn. 332, 369 ff.

88 EuG T-201/04, *Microsoft*, ECLI:EU:T:2007:289, Rn. 332, 561 ff.

89 EuG T-201/04, *Microsoft*, ECLI:EU:T:2007:289, Rn. 332, 643 ff.

90 EuG T-201/04, *Microsoft*, ECLI:EU:T:2007:289, Rn. 333, 666 ff.

91 *Kerber/Schweitzer*, Interoperability (Fn. 6), 39 (56); *Fuchs*, Wettbewerbsrecht (Fn. 67), Art. 102 AEUV, Rn. 326, Fn. 1429.

92 *Kommission*, COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, Entscheidung der Kommission 2007/53/EG [2004] OJ L 32/23, Rn. 555.

sein kann.⁹³ Das Erfordernis der Produktneuheit soll Imitationen verhindern und so Innovationsanreize schaffen.⁹⁴ Die Förderung dieses Innovationswettbewerbs ist Ausdruck der Zielkompatibilität zwischen Kartell- und Immaterialgüterrecht.⁹⁵ Für Fälle, in denen der Innovationswettbewerb selbst, durch Netzwerkeffekte und Wechselkosten, eingeschränkt ist (s.o.), wird daher vorgeschlagen auf die Produktneuheit zu verzichten.⁹⁶ Dass für Interoperabilitätsbeschränkungen andere Voraussetzungen gelten könnten, war bereits im Rahmen eines Diskussionspapiers der Kommission zum vorherigen Art. 82 EG erwogen worden,⁹⁷ fand aber keinen Eingang in das spätere Prioritätenpapier der Kommission. Auch die aktuelle Prioritätenmitteilung der Kommission zu Art. 102 AEUV lässt diese Frage offen.⁹⁸

3. Interoperabilitätsmissbrauch als eigene Fallgruppe der Geschäftsverweigerung

Der bislang fehlende Missbrauchsstandard für die Interoperabilitätsverweigerung sowie die Unklarheiten hinsichtlich der Anwendung der Fallgruppe der Lizenzverweigerung führen zu der Frage, wie eine alternative Schadens-*theory of harm* aussehen könnte.

Eine differenzierte Beantwortung legt das Schweizer Bundesverwaltungsgericht (BVGer) in einer Entscheidung zur dynamischen Währungsumrechnung (Dynamic Currency Conversion; DCC) vor.⁹⁹ Als *Acquirerin* von Zahlkartentransaktionen bot SIX ihren Vertragshändlern die für Debit- oder Kreditkartentransaktionen entwickelte DCC-Zusatzfunktion an, die es ermöglicht bei Zahlungen zwischen der Lokalwährung des Händlers und der Heimatwährung des Karteninhabers zu wählen. Händler hatten eine klare Präferenz für diese Funktion, da Sie an den generierten

93 EuG T-201/04, *Microsoft*, ECLI:EU:T:2007:289, Rn. 647.

94 EuG T-201/04, *Microsoft*, ECLI:EU:T:2007:289, Rn. 334.

95 Hierzu A. Heinemann, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, Tübingen 2002, S. 25 ff.

96 Vgl. u.a. I. Graef, Rethinking the Essential Facilities Doctrine for the EU Digital Economy, Social Science Research Network 2019, S. 21 f.

97 *DG Competition*, Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, European Commission 2005, S. 241 f.

98 Mitteilung C(2023)1923 der Kommission, Änderung der Mitteilung der Kommission — Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen [2023] OJ C 116/01.

99 BVGer, B-831/2011, *SIX/WEKO*.

Einnahmen partizipierten. "DCC-fähig" waren indes nur Terminals einer SIX-Konzerngesellschaft. Nach den Feststellungen der Wettbewerbskommission (WEKO) missbrauchte SIX ihre marktbeherrschende Stellung im Zahlkartenakzeptanzgeschäft, indem Sie Wettbewerbern die Offenlegung der DCC-Schnittstelleninformationen verweigerte, die zur Verbindung mit der Akzeptanzplattform der SIX notwendig waren.

In ihrer Entscheidung ging das BVGer davon aus, dass der Interoperabilitätsmissbrauch eine eigene Missbrauchskategorie bildet, die nicht nur unter "außergewöhnlichen Umständen" vorliegt.¹⁰⁰ Im Unterschied zum EuG in *Microsoft* setzte sich das BVGer mit der Existenz von Schutzrechten auseinander, um im Ergebnis den Urheberrechtsschutz an den DCC-Schnittstelleninformationen zu verneinen.¹⁰¹ Selbst bei Bestehen eines Urheberrechts an den Schnittstelleninformationen enthalte das Recht zur zustimmungsfreien Dekompilierung zu Zwecken der Herstellung adversatorischer Interoperabilität (*adversarial interoperability*) aus Art. 6 Computerprogramm-RL eine ganz wesentliche Beschränkung des Sonderschutzrechts.¹⁰² Offen lässt das Urteil dagegen, wie in Fällen zu verfahren ist, in denen die Schnittstelleninformationen durch Patente oder Geschäftsgeheimnisse geschützt sind.¹⁰³ Für das Patentrecht findet sich eine inhaltlich entsprechende Regelung in Art. 27 lit. k) EPGÜ, welcher wiederum auf Art. 6 Computerprogramm-RL verweist, und die Wirkung eines Patents beschränkt.¹⁰⁴ Etwas weiter ist sogar noch der für den Geschäftsgeheimnisschutz relevante Art. 3 Abs. 1 lit. b) Geheimnisschutz-RL, der die Rechtmäßigkeit der erlangten Geschäftsgeheimnisse im Unterschied zu Art. 6

100 BVGer, B-831/2011, *SIX/WEKO*, Rn. 795 ff., 804.

101 BVGer, B-831/2011, *SIX/WEKO*, Rn. 570–579, 582; vgl. hierzu Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen (Computerprogramm-RL) [2009] OJ L 111/16; sowie Art. 10 Abs. 1 des Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (WTO) (TRIPS-Übereinkommen) [1994] OJ L 336; es ist aber darauf hinzuweisen, dass die Frage des Urheberrechtsschutzes weiterhin *str.* ist, vgl. *J. Hoffmann/B. Gonzalez Otero*, Demystifying the Role of Data Interoperability in the Access and Sharing Debate, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law* 2020, 252 (264 f.).

102 BVGer, B-831/2011, *SIX/WEKO*, Rn. 520.

103 Vgl. hierzu *Hoffmann/Gonzalez Otero*, *Data Interoperability* (Fn. 101), 252 (265 f.).

104 Übereinkommen 2013/C 175/01 vom Rat der Europäischen Union über ein Einheitliches Patentgericht (EPGÜ) [2013] OJ C175/1; hierzu *C. Ann*, *Patentrecht*, 8. Aufl., München 2022, § 30a, Rn. 32.

Computerprogramm-RL nicht an die Herstellung von Interoperabilität knüpft.¹⁰⁵

Wenn aber aus Sicht des Immaterialgüterrechts gerade kein Schutz vor konkurrierenden interoperablen Produkten besteht, so wird die Herstellung von Wettbewerb durch Interoperabilität gleichermaßen von Kartell- und Immaterialgüterrecht bezweckt.¹⁰⁶ Für das Kartellrecht besteht folglich keine Notwendigkeit die in der europäischen Entscheidungspraxis gewachsenen Kriterien für Lizenzverweigerungen, insbesondere das Kriterium der Produktneuheit, auf Interoperabilitätsverweigerungen zu übertragen.

Neben der Fallgruppe der Lizenzverweigerung verneinte das BVGer auch die Anwendung der *essential facilities* Doktrin, da letztere keine zwingende Voraussetzung für sämtliche Geschäftsverweigerungsvarianten sei.¹⁰⁷ Geschäftsgegenstand sei hier nicht der Zugang zu einer Infrastruktureinrichtungen oder (proprietären) Primärprodukten, sondern nur die Herstellung von Interoperabilität zu diesen.¹⁰⁸ Die Unerlässlichkeit resultiere hier weder aus der tatsächlichen noch der rechtlichen Alleinstellung der Schnittstellenspezifikationen, sondern einzig aus der Verweigerung ihrer Offenlegung. Gleichwohl seien diese Informationen für ein Zusammenwirken vernetzter Produkte *per se* notwendig, so dass das BVGer von einer grundsätzlichen Verpflichtung für marktbeherrschende Unternehmen ausgeht, Schnittstelleninformationen für diese Anbindung offenzulegen.¹⁰⁹

4. Ausblick

Mit dem DCC-Urteil legt das schweizerische BVGer erstmals eine Entscheidung zu einer reinen Interoperabilitätsverweigerung vor, die als Vorbild für die Entwicklung eines interoperabilitätsspezifischen Bewertungs-

105 Richtlinie (EU) 2016/943 des Europäischen Parlament und des Rates vom 8. Juni 2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung (Geheimnisschutz-RL) [2016] OJ L 157/1; zur Reichweite der Ausnahme und dem Verhältnis zu Art. 6 Computerprogramm-RL vgl. *Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb*, Stellungnahme zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen, 2014, Rn. 35–37.

106 I.E. entsprechend für das Urheberrecht BVGer, B-831/2011, *SIX/WEKO*, Rn. 610–612, 795 ff., 804.

107 BVGer, B-831/2011, *SIX/WEKO*, Rn. 976–985.

108 BVGer, B-831/2011, *SIX/WEKO*, Rn. 997.

109 BVGer, B-831/2011, *SIX/WEKO*, Rn. 1003.

ansatzes dienen kann. Insbesondere für die benannte Zielkompatibilität zwischen Kartell- und Immaterialgüterrecht bildet das Urteil ein konkretes Beispiel.¹¹⁰ Denn das BVGer verneint den Urheberrechtsschutz für Schnittstellen und passt infolge der immaterialgüterrechtlichen Wertung die kartellrechtlichen Missbrauchsvoraussetzungen an, um den Unterschieden zwischen den Geschäftsverweigerungsvarianten Rechnung zu tragen und die Anforderungen an einen Kontrahierungszwang nicht über Gebühr auszudehnen. Ein solches Verständnis fördert Wettbewerb und Innovation durch Interoperabilität.

Daneben versuchen die in *Google/Enel X Italia* angewandten Kriterien den Entwicklungen der Plattformökonomie Rechnung zu tragen und die Bewertung des Interoperabilitätsmissbrauchs zu erleichtern.¹¹¹ Von Interesse ist dabei vor allem die Qualifikation der Verhaltensweise als Form unzulässiger Selbstbevorzugung. Ob sich der Missbrauchsstandard tatsächlich bewährt, ist dagegen offen. Der italienische Staatsrat hat die Rechtssache dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt.¹¹² Die Vorlagefrage, ob der Zugang für die Ausübung einer Tätigkeit auf einem benachbarten Markt unerlässlich sein muss oder ob es genügt, dass der Zugang zu einer bequemerer Nutzung der vom Zugangspetenten angebotenen Produkte führt, insbesondere wenn der Gegenstand der Lieferverweigerung im Wesentlichen dazu dient, die Nutzung bestehender Produkte zu erleichtern und bequemer zu machen,¹¹³ verspricht Aufklärung über das weitere Verständnis des Unerlässlichkeitskriteriums. Zugleich offenbaren sich damit die Defizite des Kriteriums in Bezug auf die Digitalökonomie. Denn ein weites Verständnis der Unerlässlichkeit ginge in Richtung einer konturlosen *convenient facilities* Doktrin.¹¹⁴ Richtigerweise wird daher angenommen auf den *essential facilities* Test in Fällen der Selbstbevorzugung vertikal integrierter Plattformen gänzlich zu verzichten.¹¹⁵

110 A. Heinemann, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht: Integration statt Isolation, in: C. Seitz/R. Straub/R. Weyeneth (Hrsg.), Rechtsschutz in Theorie und Praxis: Festschrift für Stephan Breitenmoser, Basel 2022, S. 641 ff.

111 Vezoso, Interoperability (Fn. 79), 422 (423).

112 *Consiglio di Stato*, ord. coll. N. 3584.

113 *Consiglio di Stato*, ord. coll. N. 3584, Rn. II.

114 C. Koolen, The Refusal to Allow Interoperability Between Android Auto and Third-Party Apps – A Deep Dive into *Enel X Italia v. Google*, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 2022, 758 (774) m.w.N.

115 Für andere Kriterien daher *Crémer/de Montjoye/Schweitzer*, *Competition policy* (Fn. 13), S. 7.

II. Missbrauchsunabhängige Interoperabilitätspflichten

Wettbewerbspolitisch kann die Notwendigkeit bestehen das infolge fehlender Interoperabilität auftretende Marktversagen unabhängig von der Feststellung eines Marktmissbrauchs zu adressieren. Komplementär zum Wettbewerbsrecht bestehen daher zahlreiche regulatorisch induzierte Interoperabilitätspflichten.

1. Interoperabilitätspflichten im Europäisches Regulierungsrecht

Neben sektorspezifischen Interoperabilitätspflichten die nahezu unsichtbar vor allem in Bereichen natürlicher Monopole vorhanden sind und hier kaum infrage gestellt werden,¹¹⁶ ist für datengetriebene plattformbezogene Zukunftstechnologien vor allem der Digital Markets Act (DMA)¹¹⁷ relevant.

2. Interoperabilitätspflichten für Zukunftstechnologien nach dem DMA

Mit dem DMA ist ein Regelungssystem für digitale Ökosysteme geschaffen worden, das plattformbezogene Zukunftstechnologien durch unmittelbar geltende Verhaltenspflichten erfasst und die Fairness und Bestreitbarkeit digitaler Märkte bezwecken soll.¹¹⁸ Im Unterschied zur verworfenen Idee eines *New Competition Tool*,¹¹⁹ verzichtet der DMA dabei auf einen "one size

116 Vgl. u.a. Richtlinie (EU) 2016/797 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2016 über die Interoperabilität des Eisenbahnsystems in der Europäischen Union [2016] OJ L 138/44; Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (EKEK) [2018] OJ L 321/36; vgl. für die Datenregulierung Vorschlag COM(2022)68 final von der Kommission von 23. Februar 2022 für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über harmonisierte Vorschriften für einen fairen Datenzugang und eine faire Datennutzung (Datengesetz) [2022] Kapitel VIII; vgl. aber auch die Vereinheitlichung von Ladeschnittstellen und Ladeprotokollen in der Richtlinie (EU) 2022/2380 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. November 2022 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2014/53 über die Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung von Funkanlagen auf dem Markt [2022] OJ L 315.

117 Gesetz über digitale Märkte.

118 Gesetz über digitale Märkte, ErwGr 7, Art.1, Abs.1; hierzu auch R. Podszun in: R. Podszun (Hrsg.), Digital Markets Act, 1. Aufl., Baden-Baden/Wien/Basel 2023, Einleitung, Rn. 5 ff.

119 Proposal Ares(2020)2877634 of the Commission for a Regulation by the Council and the European Parliament introducing a new competition tool [2020].

fits all-approach". Der Anwendungsbereich beschränkt sich vielmehr auf Gatekeeper die zentrale Plattformdienste betreiben.¹²⁰ Für letztere enthält der DMA eine horizontale und zwei vertikale Interoperabilitätspflichten.

Art. 7 Abs. 1 DMA enthält eine horizontale Interoperabilitätspflicht für Messengerdienste. Im Unterschied zur entsprechenden Sektorregulierung auf Basis des EKEK, der mit der Herstellung von Konnektivität einem anderen Ziel dient, enthält der DMA eine unmittelbar geltende Verpflichtung auf Ebene der EU.¹²¹ Auf Antrag sind Gatekeeper dazu verpflichtet, kostenlos Schnittstellen bereitzustellen und zu deren technischer Umsetzung ein Referenzangebot zu veröffentlichen, um Interoperabilität zu den in Art. 7 Abs. 2 DMA definierten Basisfunktionen der Dienste herzustellen.¹²² Die Beschränkung auf Basisfunktionen intendiert die Erhaltung von Produktdifferenzierung und Innovationsanreizen.¹²³ Andererseits fehlt so die nötige Flexibilität, um einzelfallbezogen die Funktionen der Dienste zu identifizieren, von denen der größte Effekt für den Wettbewerb ausgeht.¹²⁴

Die vertikalen Interoperabilitätspflichten adressieren hingegen die Doppelrolle von Gatekeepern und das damit verbundene Risiko des Marktverschlusses.¹²⁵ Art. 6 Abs. 4 DMA geht auf einen laufenden Fall zurück, der den Apple App-Store zum Gegenstand hat.¹²⁶ Die Vorschrift zwingt Gatekeeper dazu, App-Stores von Drittanbietern sowie Apps außerhalb der von Gatekeepern betriebenen App-Stores zuzulassen und führt faktisch dazu, dass Betriebssysteme insoweit interoperabel auszugestaltet sind.¹²⁷ Art. 6 Abs. 7 DMA soll dagegen den Zugang zu wesentlichen Funktionen des Betriebssystems oder der Hardware eines Geräts sicherstellen. Die Norm

120 Gesetz über digitale Märkte, Art. 1 Abs. 2, Art. 2; hierzu *P. Bongartz/A. Kirk* in: R. Podszun (Hrsg.), *Digital Markets Act* (Fn. 118), Art. 2, Rn. 2 ff.

121 Hierzu *A. Sanders-Winter/F. Klute/P. Baumgarten*, *Interoperabilitätsverpflichtungen für Messengerdienste – Rechtlicher Rahmen, Potenziale und praktische Herausforderungen*, *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht* 2022, 418 (434 ff.).

122 Zur Reichweite der Pflicht vgl. *S. Louven* in: H. Gersdorf/B. Paal (Hrsg.), *BeckOK Informations- und Medienrecht*, 41. Ed., München 2023, DMA, Art. 7, Rn. 6 ff.

123 *M. Bourreau*, *DMA: Horizontal and Vertical Interoperability Obligations*, *Center on Regulation in Europe Issue Paper*, 2022, S. 9 f.; krit. zu ggf. verbleibenden proprietären Netzwerkeffekten und negativen Effekten für *multi-homing* vgl. *Bourreau/Krämer*, *Contestability* (Fn. 47), S. 4.

124 *Bourreau*, *DMA* (Fn. 123), S. 9 f.

125 Gesetz über digitale Märkte, ErwGr 54–57.

126 *Press Release Commission*, *Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Apple on App Store rules for music streaming providers AT.40437*, 2021, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_2061.

127 *S. Louven* (Fn. 122), *DMA*, Art. 6, Rn. 48.

zielt ebenfalls auf einen laufenden Fall ab, in dem Apple die missbräuchliche Beschränkung des Zugangs zu der sog. NFC-Funktionalität, einer Standardtechnologie für kontaktlose Zahlungen, vorgeworfen wird,¹²⁸ geht indes aber weit über diesen Fall hinaus. *Google/Enel X Italia* dient hierbei als weiteres Beispiel, das wohl erfasst worden wäre.¹²⁹

3. Interoperabilitätspflichten als missbrauchsunabhängige Abhilfemaßnahme

Im Kontext vielseitig diskutierter *market investigation tools* sind zuletzt nationale Rechtsvorschriften bedenkenswert, die Interoperabilitätspflichten als marktstrukturbezogene missbrauchsunabhängige Abhilfemaßnahmen im Anschluss an eine Untersuchung bestimmter Wirtschaftszweige aufgreifen und es ermöglichen, Marktversagen flexibel und sektorspezifisch zu adressieren, ohne den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung feststellen zu müssen.¹³⁰

Exemplarisch dafür, wie zukünftig Interoperabilitätspflichten unabhängig von der Feststellung eines Marktmachtmissbrauchs induziert werden könnten, steht der von *Marsden* angesprochene Open Banking Standard.¹³¹ Dabei stellte die CMA im Rahmen einer Untersuchung des Bankensektors ein niedriges Innovationsniveau und *lock-in* Effekte bei Bankdienstleistungen fest und verlangte daraufhin von den größten britischen Banken die Entwicklung offener APIs, um die Übermittlung von Finanzdaten mit Drittanbietern zu ermöglichen und so eine Plattform zu etablieren, auf der Kunden aus einer Vielzahl an Angeboten verschiedener Finanzdienstleistungen wählen können.¹³² Open Banking ist mittlerweile vollständig

128 *Press Release Commission*, Antitrust: Commission opens investigation into Apple practices regarding Apple Pay AT.40452, 2020, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1073; Gesetz über digitale Märkte, ErwGr 56.

129 So auch *Vezzoso*, Interoperability (Fn. 79), 422 (425).

130 Bspw. § 32f Abs. 3 S. 7 Nr. 1 GWB.

131 *Competition and Markets Authority*, Retail banking market investigation – final Report, Government of the United Kingdom 2016.

132 *Competition and Markets Authority*, supplementary written evidence (FEO0114), Government of the United Kingdom 2021.

umgesetzt und hat die Art und Weise wie Millionen Verbraucher ihre Finanzdienstleistungen verwalten positiv verändert.¹³³

4. Voraussetzungenkonvergenz für Interoperabilitätspflichten

Auf Ebene der EU bleibt es vorerst bei missbrauchsbezogenen Interoperabilitätspflichten, die insbesondere um die regulierungsrechtlichen Pflichten des DMA ergänzt werden. Ob letzteres zu einem konvergenten Rechtsrahmen führt, ist indes offen. Zugleich ist damit das Verhältnis zwischen Kartell- und Regulierungsrecht angesprochen.¹³⁴

Für regulierte Märkte stellt sich insbesondere das Problem, wie mit Überschneidungen umzugehen ist. Relevant ist die Frage beispielsweise für die laufenden Verfahren gegen Apple (s.o.). Ob auch in künftigen Fällen noch Raum für Art. 102 AEUV verbleibt, ist dagegen aufgrund der offenkundig günstigeren Voraussetzungen des DMA eher zweifelhaft,¹³⁵ Problematisch sind aber Konstellationen, die ein Verhalten beinhalten, das nur in Teilen vom DMA erfasst wird.¹³⁶

Daneben können die in der regulatorischen Ausgestaltung eines Marktes zum Ausdruck kommenden Wertungen bei der Anwendung von Art. 102 AEUV auf unilaterale Verhaltensweisen relevant werden, da bereits der Verstoß gegen einen regulativen Standard den Vorwurf des Marktmachtmissbrauchs begründen kann, und zwar unabhängig von den besonderen Voraussetzungen die an eine Geschäftsverweigerung zu stellen sind.¹³⁷ Beispielsweise hat der EuGH wegen des Verstoßes gegen eine regulierungsrechtliche Vorschrift den Verzicht auf das Unerlässlichkeitskriterium ak-

133 Vgl. hierzu *Press Release Open Banking*, Open banking reaches 11 million+ payments milestone, 2023, abrufbar unter: <https://www.openbanking.org.uk/news/open-banking-reaches-11m-payments-milestone/>; *Press Release Competition and Markets Authority*, Millions of customers benefit as Open Banking reaches milestone, 2023, abrufbar unter: <https://www.gov.uk/government/news/millions-of-customers-benefit-as-open-banking-reaches-milestone>.

134 Hierzu *N. Dunne*, *Competition Law and Economic Regulation*, Cambridge 2015.

135 *G. Monti*, *The Digital Markets Act*, *European Competition and Regulatory Law Review* 2021, 90 (98).

136 Richtlinien hierzu finden sich bei *J. Crémer et al.*, *Enforcing the Digital Markets Act: institutional choices, compliance, and antitrust*, *Journal of Antitrust Enforcement* 2023, 1 (17).

137 *N. Dunne*, *Dispensing with Indispensability*, *Journal of Competition Law & Economics* 2020, 74 (86 ff.).

zeptiert.¹³⁸ Außerhalb des DMA sollten dessen Auswirkungen auf Art. 102 AEUV indes begrenzt sein, da hier gerade keine Verhaltenspflichten bestehen,¹³⁹ so dass die Notwendigkeit eines alternativen Missbrauchsstandards zumindest für Fälle des Interoperabilitätsmissbrauchs geboten ist, in denen kein regulativer Standard besteht.

E. Fazit

Interoperabilitätspflichten können ein probates Instrument sein, um Wettbewerb und Innovation auf digitalen Märkten zu fördern, sind aber dabei mit einem umfassenden Trade-off wettbewerbsökonomischer Effekte verbunden. Für das Wettbewerbsrecht ist neben dem Verständnis des Interoperabilitätsmissbrauchs als eigene Geschäftsverweigerungsvariante vor allem die komplementierende Wertung des Immaterialgüterschutzes in der Wettbewerbsordnung bedeutsam, die auf die Förderung wettbewerblicher Interoperabilität abzielt. Ergänzt wird das Wettbewerbsrecht zudem von regulierungsrechtlichen Instrumenten, die die Herstellung von Interoperabilität unabhängig vom Bestehen eines Marktmachtmissbrauchs anordnen. Von besonderer Relevanz für Zukunftstechnologien ist der DMA, dessen Zielsetzung in Bezug auf die Förderung von Interoperabilität ebenfalls mit den Wertungen des Wettbewerbs- und Immaterialgüterrechts kompatibel ist.

138 Vgl. EuGH C-857/19, *Slovak Telekom*, ECLI:EU:C:2021:139, Rn. 57, 60.

139 *J. Blockx*, The expected impact of the DMA on the antitrust enforcement of unilateral practices, Social Science Research Network 2023.

Zukunftstechnologien und neue Märkte

Künstliche Intelligenz als Erkennungsinstrument für Killer-Akquisitionen

Chancen und Herausforderungen

Jennifer Pullen, St.Gallen*

A. Einleitung

Das Phänomen der sog. *Killer-Akquisitionen* ist momentan in aller Munde.¹ *Computational Antitrust*² verspricht dagegen eine Revolution des Kartellrechts mit der Bestrebung komplexe und dynamische Märkte effizienter zu regulieren.³ Es stellt sich die Frage, ob letzteres dazu beitragen könnte, erstere Herausforderung anzugehen. In diesem Kontext plädierte der ehemalige Chefökonom der europäischen Kommission, *Pierre Régibeau*, dafür, Algorithmen zur Erkennung von Killer-Akquisitionen einzusetzen.⁴ Durch den Einsatz des maschinellen Lernens können Wettbewerbsbehörden insbesondere umfangreiche Datensätze effizienter analysieren, was auch eine Entlastung überlasteter Wettbewerbsbehörden schafft. Das Internet und *Big Data* bieten eine Fülle öffentlich zugänglicher Informationsquellen, die mithilfe von *Web-Scraping-Tools* genutzt werden können, womit auch die Möglichkeit entsteht, nicht gemeldete Killer-Akquisitionen zu identifizieren. Diese vielversprechenden Ansätze bilden den Ausgangspunkt für

* Die Autorin dankt Eva Fischer und Lena Hornkohl für äußerst wertvolle Inputs während des Publikationsprozesses. Zudem möchte die Autorin ihre Dankbarkeit gegenüber Miriam Buiten und Björn Becker für hilfreiche Anmerkungen zum Ausdruck bringen.

1 Siehe bspw. *J. Crémer/Y-A. de Montjoye/H. Schweitzer*, Competition Policy for the Digital Era, Report for the European Commission 2019; *L. Nylén*, FTC Seeks to Stop 'Killer Acquisitions' With Information Demand, *Bloomberg Law* 2023; *S. Wettach*, Ist es ein Problem, wenn Konzerne ihre kleine Konkurrenz „killen“?, Interview mit Andreas Mundt, *WirtschaftsWoche* 2023.

2 Zum Begriff siehe *CODEX*, Project, abrufbar unter: <https://law.stanford.edu/codex-the-stanford-center-for-legal-informatics/computational-antitrust-project/>.

3 *T. Schrepel*, Computational Antitrust: An Introduction and Research Agenda, *Stanford Computational Antitrust* 2021, 1 (4).

4 *C. Connor*, Enforcers must embrace algorithms, *Régibeau* says, *Global Competition Review* 2021.

den nachfolgenden Beitrag. Insbesondere setzt sich die vorliegende Analyse vertieft mit der Chance auseinander, künstliche Intelligenz als Erkennungstool für Killer-Akquisitionen einzusetzen. Darüber hinaus werden die Herausforderungen beleuchtet, die bei der Umsetzung eines solchen Vorhabens zu berücksichtigen sind. In diesem Zusammenhang gilt es in Betracht zu ziehen, inwieweit und unter welchen Bedingungen der Einsatz von künstlicher Intelligenz zur Identifizierung von Killer-Akquisitionen geeignet ist. Ferner gilt besondere Aufmerksamkeit der Überlegung, wie künstliche Intelligenz in das Fusionsverfahren zu integrieren ist und welche damit verbundenen rechtlichen Verpflichtungen und Pflichten zu beachten sind. Während das Potential von künstlicher Intelligenz als Erkennungsinstrument für Killer-Akquisitionen bereits erkannt wurde, bietet sich immer noch Raum für weitere Forschungen, welche analysieren, wie sich die damit verbundenen Chancen und Herausforderungen in diesem Kontext kontextualisieren lassen.⁵ Der vorliegende Beitrag zielt darauf ab, hierfür einige Ansatzpunkte zu liefern. Hierzu beginnt der Artikel zunächst mit der Präzisierung der Begriffe künstliche Intelligenz (B.) und Killer-Akquisitionen (C.). Anschliessend folgt eine Erörterung möglicher Anwendungsfelder eines solchen neuen Tools in der Fusionskontrolle und eine Untersuchung der damit verbundenen Herausforderungen (D.).

B. Künstliche Intelligenz: Ein Definitionsversuch

Es gibt keine allgemeine Definition der künstlichen Intelligenz.⁶ Bei Betrachtung der verschiedenen Definitionsansätze wird deutlich, dass der Terminus anhand der abstrakten Konzepte Autonomie und Intelligenz defi-

5 Anders ist dies bei der Verwendung von künstlicher Intelligenz zur Aufdeckung von Kartellen (siehe z. B. *J. de Cooman*, Outsmarting Pac-Man with Artificial Intelligence, or Why AI-Driven Cartel Screening Is Not a Silver Bullet, *Journal of European Competition Law & Practice* 2023, 186 oder *J. E. Harrington, Jr./D. Imhof*, Cartel Screening and Machine Learning, *Stanford Computational Antitrust* 2022, 133).

6 Siehe z. B. *D. Monett/C.W.P. Lewis*, Getting Clarity by Defining Artificial Intelligence – A Survey, in: V. C. Müller (Hrsg.), *Philosophy and Theory of Artificial Intelligence* 2017, Cham 2018, S. 212. Selbst im Bereich der Informatik herrscht Uneinigkeit, siehe *P. Hacker*, Europäische und nationale Regulierung von Künstlicher Intelligenz, *NJW* 2020, 2142 (2142) verweisend auf *S. Russell/P. Norvig*, *Artificial Intelligence – A Modern Approach*, 3. Aufl., Harlow, UK: Pearson Education Limited 2016, S. 1 ff.

niert wird.⁷ Dabei erweist sich der Versuch (menschliche) Intelligenz zu definieren als schwierig, da der Begriff keinen allgemeinen anerkannten objektiven Inhalt besitzt.⁸ Das Problem bezüglich der Umschreibung des Begriffs besteht insbesondere darin, dass er für verschiedene Personen unterschiedliche Bedeutungen haben kann.⁹ *Russell* und *Norvig* identifizieren bspw. vier Perspektiven, aus welchen Intelligenz definiert wird: Einerseits könnte eine Umschreibung anhand der Ähnlichkeit zu menschlichem Verhalten erfolgen. Andererseits bestünde auch die Möglichkeit, Intelligenz im Sinne einer rationalen Abwägung zu definieren. Zusätzlich heben die Autoren hervor, dass der der Intelligenz zugrundeliegende Mechanismus unterschiedlich definiert wird. Namentlich erachten manche Intelligenz als internen Denkprozess, während andere sich in der Definition auf die Zurschaustellung intelligenten Verhaltens fokussieren.¹⁰ *Nilsson* versucht Intelligenz als Eigenschaft zu definieren, die ein Wesen befähigt, in seinem Umfeld angemessen und vorausschauend zu handeln,¹¹ wobei sich jedoch die Frage stellt, welche Handlung nun als angemessen zu gelten hat¹². Autonomie offenbart sich als ein ähnlich unklarer Terminus, wobei insbesondere

-
- 7 *M.C. Buiten*, Towards Intelligent Regulation of Artificial Intelligence, *European Journal of Risk Regulation* 2019, 41 (43 ff.). Zur Definition der künstlichen Intelligenz vgl. auch *D.B. Fogel*, Defining Artificial Intelligence, in: S. Carta (Hrsg.), *Machine Learning and the City*, New York: Wiley 2022, S. 91, oder *P. Wang*, On Defining Artificial Intelligence, *Journal of Artificial General Intelligence* 2019, 1. *Kraftt, Young, Katell, Huang, & Buringo* weisen aber darauf hin, dass sich diese Definitionsansätze unterscheiden, je nachdem ob politische Entscheidungsträger oder Forschende der künstlichen Intelligenz befragt werden. Insbesondere scheinen, gemäss Autorschaft, KI-Forschende Definitionen zu bevorzugen, welche mathematische Problemspezifikationen oder Systemfunktionalität in den Vordergrund stellen. Hingegen ziehen politische Entscheidungstragende Definitionen vor, die künstliche Intelligenz mit Menschen vergleichen (*P.M. Kraftt/M. Young/M. Katell/K. Huang/G. Buringo*, Defining AI in Policy versus Practice, *AIES* 2020, S. 72 ff., 76).
 - 8 Siehe bspw. *J. Funke/V. Vaterrodt*, Was ist Intelligenz?, 2. Aufl., München 1998, S. 9, oder *S. Russell/P. Norvig*, *Artificial Intelligence – A Modern Approach*, 4. Aufl., Harlow, UK: : Pearson Education Limited 2022, S. 20 ff.
 - 9 *R. Plomin/F.M. Spinath*, Intelligence: genetics, genes, and genomics, *Journal of Personality and Social Psychology* 2004, 112 (112).
 - 10 *Russell/Norvig*, *Artificial Intelligence* (Fn. 8), S. 20 ff.
 - 11 *N.J. Nilsson*, *The Quest for Artificial Intelligence – A History of Ideas and Achievements*, Cambridge, Mass.: Cambridge University Press 2010, S. 13.
 - 12 *P. Stone et al.*, *Artificial Intelligence and Life in 2030 – One Hundred Year Study on Artificial Intelligence: Report of the 2015–2016 Study Panel*, 2016, S. 12.

fraglich ist, inwiefern sich Autonomie von Automation unterscheidet.¹³ Die Herausforderung besteht darin, zu klären, ob ein System, welches lediglich aufgrund vordefinierter Regeln handelt, bereits als künstliche Intelligenz zu qualifizieren ist, und wie unterschiedliche Automationsgrade rechtlich einzuordnen sind. Darüber hinaus unterliegen Auffassungen darüber, was eine autonome Entscheidung eines Computers darstellt, einem möglichen Wandel der Zeit.¹⁴ Entsprechend erweisen sich Konzepte wie Intelligenz und Autonomie zur Umschreibung des Phänomens als entsprechend ergebnislos, da sie zu zirkulären Definitionen führen, indem die beschreibenden Eigenschaften eben auch unklar bleiben.¹⁵ Ein zielführender Ansatz ist es, sich auf die der künstlichen Intelligenz zugrundeliegenden Technologien zu fokussieren.¹⁶ Insbesondere wird durch die technologiebasierten Umschreibungen des Begriffes gewährleistet, dass eine gezielte Regulierung sowie eine spezifische Berücksichtigung der teilweise unterschiedlichen Formen der künstlichen Intelligenz erfolgt und somit regulatorisch bestimmte technologiebasierte Merkmale aufgegriffen werden können. Ein technologiebasierter Definitionsansatz ermöglicht nämlich eine unmittelbare Auseinandersetzung mit den Herausforderungen, die sich durch die Anwendung der Technologie ergeben, ohne vorgängig abstrakte Begriffe definieren zu müssen.

Bei Umsetzung eines technologiebasierten Definitionsansatzes stellt sich unweigerlich die Frage, welche Technologien unter den Sammelbegriff der künstlichen Intelligenz zu erfassen sind. Das Konzept umfasst dabei ein

13 S. Hänsenberger, Die zivilrechtliche Haftung für autonome Drohnen unter Einbezug von Zulassungs- und Betriebsvorschriften, St. Gallen: Carl Grossmann Verlag 2018, S. 43 inkl. Verweise. Siehe zu den verschiedenen Autonomiegraden auch R. Parasuraman/T. Sheridan/C.D. Wickens, A Model for Types and Levels of Human Interaction with Automation, IEEE Transactions on Systems, Man, and Cybernetics – Part A: Systems and Humans 2000, 287.

14 Siehe Buiten, Intelligent Regulation (Fn. 7), 44.

15 M.C. Buiten, Chancen und Grenzen „erklärbarer Algorithmen“ im Rahmen von Haftungsprozessen, in: D. Zimmer (Hrsg.), Regulierung für Algorithmen und Künstliche Intelligenz, München 2021, S. 149 ff.

16 Sinngemäss Buiten, Intelligent Regulation (Fn. 7), 47 ff.; siehe Hacker, Regulierung (Fn. 6), 2142 f.; H. Surden, Artificial Intelligence and Law: An Overview, Georgia State University Law Review 2019, 1305 (1310). Insbesondere Buiten und Hacker sprechen sich für eine Regulierung des maschinellen Lernens anstelle einer KI-Regulierung aus.

breites Spektrum an Technologien und Anwendungen¹⁷ und erweist sich als wandelbar, da sich mit technologischem Fortschritt auch neue intelligente Systeme entwickeln.¹⁸ Unter anderem werden folgende Bereiche als Applikationen der künstlichen Intelligenz erachtet: Wissensbasierte Anwendungen¹⁹, maschinelles Lernen²⁰, *natural language processing*²¹, Robotik²² und Computer Vision²³. Sämtliche Bereiche umfassen dabei eine Vielzahl von

-
- 17 Siehe bspw. M. Siepermann, Künstliche Intelligenz (KI), Gabler Wirtschaftslexikon 2023; Russell/Norvig, Artificial Intelligence (Fn. 8), S. 226 ff.; oder Stone et al., AI in 2030 (Fn. 12), S. 11 f.
 - 18 Siehe bspw. Nilsson, Quest (Fn. 11), S. 433 ff., welcher darlegt, dass in den 1980er Jahren Mitarbeitende der Grundlagenforschung eine beträchtliche Anzahl neuer technischer Werkzeuge entwickelten, wie bspw. Expertensysteme, maschinelles Lernen, natural language processing oder Computer Vision.
 - 19 Wissensbasierte Anwendungen beziehen sich auf Systeme, welche explizite Wissensdarstellung (*representation*) und Argumentationstechniken (*reasoning*) nutzen, um Probleme zu lösen und intelligente Entscheidungen zu treffen. Entsprechende Technologien greifen dabei auf eine Wissensbasis zurück, anhand welcher die Anwendung, bspw. mittels Logik, gewisse Schlussfolgerungen ziehen kann. Das System kann deklarativ programmiert werden, indem lediglich das geforderte Wissen integriert wird. Möglich ist auch eine prozedurale Vorgehensweise, indem das gewünschte Verhalten im System direkt inkodiert wird (Russell/Norvig, Artificial Intelligence (Fn. 8), S. 226 ff.).
 - 20 Anhand einer Observation von Daten, erstellen Algorithmen ein Modell, welches anschliessend sowohl als Hypothese über die Welt als auch als Software, mit welcher Probleme gelöst werden können, verwendet wird. Dies kann durch *supervised*, *unsupervised* oder *reinforcement learning* geschehen. In ersterem Fall beobachtet der lernende Agent *input-out*-Paare und konstruiert Funktionen, welche den input mit dem output verbinden (sog. labels). Bei zweiterer Herangehensweise versucht der lernende Agent, Muster in einem Datenset zu erkennen, ohne dabei ein explizites Feedback zu erhalten. Im letzteren Fall erhält der lernende Agent Rückmeldung auf seine Klassifizierung, wodurch die Einordnung des Algorithmus eine Wertung erhält. Zum Bereich des maschinellen Lernens gehört auch die Methode des *Deep Learnings*. Hierbei nehmen Hypothesen die Form komplexer algebraischer Schaltkreise mit abstimmbaren Verbindungsstärken an, wobei Schaltkreise in der Regel in vielen Schichten organisiert sind. Die durch *Deep-Learning*-Methoden entwickelten Netzwerke werden oft als neuronale Netze bezeichnet. Dabei bestehen neuronale Netzwerke aus miteinander verbundenen Knoten, sog. Neuronen, die in Schichten organisiert sind. Jedes Neuron empfängt Eingangssignale, führt Berechnungen mit diesen Signalen durch und erzeugt ein neues Signal, welches anschliessend bis zum endgültigen Ausgabesignal weitergeleitet wird (Russell/Norvig, Artificial Intelligence (Fn. 8), S. 669 ff. und S. 801 f.).
 - 21 Natural language processing ermöglicht es Agenten, die natürliche Sprache zu verwenden, wobei eine Kommunikation mit und ein Lernen von Menschen angestrebt wird (Russell/Norvig, Artificial Intelligence (Fn. 8), S. 874 ff.). Zur Umsetzung dieses Prozesses werden entweder logische Regeln oder Wissensrepräsentationen oder Anwendungen des maschinellen Lernens verwendet.

konkreten Umsetzungsmöglichkeiten, die aber, innerhalb der konstruierten Kategorien, in ihren Grundzügen gleich funktionieren. Mit Blick auf zu Beginn erwähnte abstrakte Definitionsansätze sei aber anzumerken, dass es fraglich sein könnte, ob überhaupt sämtliche aufgeführte Technologien als künstliche Intelligenz zu qualifizieren sind.²⁴

Surden unterteilt künstlichen Intelligenz zu Regulierungszwecken in zwei Kategorien: (1) maschinelles Lernen und (2) logische Regeln und Wissensrepräsentation.²⁵ Die Unterscheidung erscheint sinnvoll, fällt bei Betrachtung der zuvor erläuterten, verschiedenen Bereiche auf, dass sämtliche Gebiete auf wissensbasierten Anwendungen oder auf maschinellem Lernen aufbauen. Vereinfacht ausgedrückt stellen *natural language processing*, Robotik oder Computer Vision somit vielmehr Anwendungsfelder dieser zweien Technologien dar. Die Kategorien unterscheiden sich zudem erheblich in ihrer Umsetzung, da maschinelles Lernen selbst Muster erkennt und daher autonomer handelt als wissensbasierte Systeme, die eher darauf ausgelegt sind, Regeln zu befolgen.²⁶ Diese Unterscheidung ist bei der Analyse einer möglichen Anwendung zu berücksichtigen, da sich dadurch andere Herausforderungen ergeben, beispielsweise aufgrund der stärkeren Undurchsichtigkeit des maschinellen Lernens. Die Kategorisierung erlaubt eine genügend spezifische Gruppierung der Chancen und Herausforderungen, ohne dabei aber den Umfang des vorliegenden Beitrages zu sprengen, weil detailliert auf jede Umsetzung der Technologie eingegangen werden müsste. Es stellt sich daher nun die Frage, inwiefern erläuterte Technologiebereiche zur Erkennung von Killer-Akquisitionen eingesetzt werden

22 Roboter sind physische Agenten, die Aufgaben erfüllen, indem sie in der physischen Welt gewisse Einwirkungen erzeugen, wobei sie durch zuvor erläuterte Technologien ausgelöst werden. Robotik befasst sich mit der Entwicklung solcher Roboter (*Russell/Norvig*, *Artificial Intelligence* (Fn. 8), S. 932 ff.).

23 Computer Vision beschäftigt sich mit der Fähigkeit von Agenten, anhand zuvor dargelegter Informationen, visuelle Informationen aus Bildern oder Videos zu erfassen, zu verarbeiten und zu verstehen (*Russell/Norvig*, *Artificial Intelligence* (Fn. 8), S. 988 ff.).

24 Vor allem in Bezug auf den erforderlichen Autonomiegrad, dürfte es bei gewissen wissensbasierten Anwendungen hinterfragt werden, ob sie als künstliche Intelligenz in diesem Sinne zu qualifizieren sind. Siehe mit Erfordernis der Autonomie bspw. *M.U. Scherer*, *Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, And Strategies*, *Harvard Journal of Law and Technology* 2016, 354 (359 f.).

25 *Surden*, *Law* (Fn. 16), 1310 verweisend auf *R. Buest*, *Artificial Intelligence Is About Machine Reasoning—or When Machine Learning Is Just a Fancy Plugin*, *CIO* 2017.

26 *R. Heil*, *Künstliche Intelligenz/Maschinelles Lernen*, in: A. Grundwald/R. Hillebrand (Hrsg.), *Handbuch Technikethik*, Stuttgart 2021, S. 242.

können. In einem ersten Schritt gilt es aber zunächst, den Begriff der Killer-Akquisition darzulegen (C.).

C. Killer-Akquisition

Sollten die zuvor dargestellten Technologien zur Erkennung von Killer-Akquisitionen verwendet werden, ist eine entsprechende Definition des Phänomens erforderlich. Das folgende Kapitel versucht den Begriff zu definieren (I.), und sodann dessen Wettbewerbsschaden (II.) zu identifizieren.

I. Killer-Akquisitionen: Ein Definitionsversuch

Der evokative Ausdruck *killer acquisitions* findet seinen Ursprung in der empirischen Studie über Übernahmen im pharmazeutischen Sektor von *Cunningham, Ederer* und *Ma*.²⁷ Der Begriff beschreibt dabei, gemäss Autorenschaft, diejenigen Fälle, in denen dominante Marktteilnehmende einen (potentiellen) Wettbewerber erwerben, um diesen dann auszuschalten oder dessen Produkte bzw. Dienstleistungen einzustellen.²⁸ Indem das dominante Unternehmen das akquirierte Zielobjekt oder dessen Innovationsbemühungen unterbindet, kommt es zukünftigem Wettbewerb zuvor und beseitigt so den Wettbewerbsdruck (möglicher) Konkurrenten.²⁹ Die Autoren weisen nicht nur das Vorhandensein solcher «tödlicher» Akquisitionen nach, sondern legen ferner dar, dass Arzneimittelprojekte des erworbenen Konkurrenten weniger wahrscheinlich entwickelt werden, wenn eine Überschneidung mit dem bestehenden Produktportfolio des Erwerbenden be-

27 *C. Cunningham/F. Ederer/S. Ma*, Killer Acquisitions, *Journal of Political Economy* 2021, 649 (650).

28 Die Autoren kamen zu dem Schluss, dass 5,3 % bis 7,4 % der Übernahmen in ihrer Stichprobe ihrer Definition einer Killer-Akquisition entsprachen (*Cunningham/Ederer/Ma*, Killer Acquisitions (Fn. 27), 691).

29 *Cunningham/Ederer/Ma*, Killer Acquisitions (Fn. 27), 650; *A. Gautier/J. Lamesch*, Mergers in the digital economy, *Information Economics and Policy* 2021, 1 (2).

steht.³⁰ Andere Autoren haben entsprechende Akquisitionsstrategien auch als *pre-emptive mergers*³¹ oder *acquisitions for sleep*³² bezeichnet.

Der Nachweis einer Killer-Akquisition ist jedoch komplex, da es verfehlt wäre, bei der Einstellung eines akquirierten Unternehmens oder dessen Produkte eine Killer-Akquisition anzunehmen.³³ So könnte der Grund für eine Übernahme mit Einstellung bspw. auch in der Absicht liegen, einige oder sämtliche Mitarbeitenden des Zielunternehmens anzustellen.³⁴ Zur Eruierung eines Killer-Motivs bedarf es daher zusätzlicher Daten bezüglich der prognostizierten Produktentwicklung sowie der relativen Bedeutung der durch die erworbene Partei ausgehenden Wettbewerbsbedrohung.³⁵

Die gescheiterte Übernahme von Clubhouse durch Twitter illustriert die Schwierigkeit eines Killer-Akquisitions-Nachweises.³⁶ Zwei Jahre nach der Diskussion um eine mögliche Akquisition erweist sich Clubhouse als kaum finanziell lukrativ.³⁷ Angenommen, die Akquisition hätte stattgefunden und Clubhouse befände sich derzeit in ähnlicher finanzieller Lage, könnte der Verdacht einer Killer-Akquisition aufkommen, obwohl das Killer-Narrativ zu Recht in Frage zu stellen wäre, da Clubhouse auch ohne Akquisition in finanzieller Schieflage steckt. Hingegen dürfte die Übernahme der Task-Management-App Wunderlist durch Microsoft als Beispiel einer Killer-Akquisition gelten, da nach der Akquisition im Jahre 2015 die Einstellung

30 *Cunningham/Ederer/Ma*, *Killer Acquisitions* (Fn. 27), 685. Dies sei insbesondere der Fall, wenn die Marktmacht des Erwerbers aufgrund schwachen Wettbewerbs oder entfernter Patentabläufe gross ist.

31 *European Telecommunications Network Operator's Association*, *ETNO response to the call for contributions "Shaping Competition Policy in the Era of Digitalization"*, European Commission 2018, S. 9. Auch mit Hinweis auf sog. "pre-emptivness": *M. Bourreau/A. de Stree*, *Digital conglomerates and EU Competition Policy*, Université de Namur 2019, I (33).

32 *Norbäck, Olofsson, und Persson* schreiben von *acquisitions for sleep*, da die Vermögenswerte des Zielunternehmens nach der Transaktion stillgelegt werden (*P-J. Norbäck/C. Olofsson/L. Persson*, *Acquisition for Sleep*, CESifo Working Papers No. 8095 2020. Die Autorenschaft kommen zu dem Schluss, dass *acquisitions for sleep* nur möglich sind, wenn die Qualität der Erfindung gering ist, da andernfalls die Einstiegsgewinne attraktiver sind als die Einstellung des Produkts (*ibid.*, S. 18).

33 *A.C. Madl*, *Killing Innovation?: Antitrust Implications of Killer Acquisitions*, *Yale Journal on Regulation Online Bulletin* 2020, 28 (31).

34 Zum sog. «acqui-hiring» siehe *J. F. Coyle/G. D. Polsky*, *Acqui-hiring*, *Duke Law Journal* 2013, 281 (293 ff.).

35 *Gautier/Lamesch*, *Mergers* (Fn. 29), 10.

36 *K. Roof/K. Wagner/S. Deveau*, *Twitter Held Discussions for \$4 Billion Takeover of Clubhouse*, Bloomberg 2021.

37 *E. Huet*, *Once-Hot Chat Startup Clubhouse Is Cutting Half of Staff*, Bloomberg 2023.

der App zugunsten Microsofts eigener App „To Do“ in 2017 bekanntgegeben wurde.³⁸ Die dargelegten Sachverhalte verdeutlichen die Herausforderungen, welche dem *ex-ante* Nachweis einer Killer-Akquisition zugrunde liegen, da eben unterschiedliche Gründe die Einstellung eines akquirierten Unternehmens oder dessen Produkte bewirken können. Insbesondere stellen sich Fragen hinsichtlich des Restwettbewerbs auf dem relevanten Markt und ob das akquirierte Unternehmen sich als Wettbewerber überhaupt hätte behaupten können. Hinzu kommt, dass dem Nachweis einer Killer-Akquisition gewissermassen der Beweis eines Motivs zugrunde liegt. Versuche von Gerichten und Kartellbehörden, festzustellen, ob Erwerber die akquirierte Partei lediglich erwerben, um diese dann aufzugeben, erweisen sich oftmals als schwierig. Die rationalen Bedingungen für eine Killer-Akquisition hängen von der Wahrscheinlichkeit des Projekterfolgs, den erwarteten Gewinnen für den Erwerber mit und ohne Übernahme, den Entwicklungsgewinnen sowohl für den neuen Marktteilnehmer als auch für den Erwerber, den Entwicklungskosten des neuen Projekts und dem Liquidationswert des Projekts ab.³⁹ Darüber hinaus wird zunehmend deutlich, dass insbesondere im digitalen Sektor der Zukauf junger Unternehmen weniger als Verteidigungsmechanismus, sondern mehr als Mittel zur Expansion genutzt wird. Die Erstellung solcher Prognosen erweist sich jedoch als anspruchsvoll und unbestimmt, ansonsten wären Venture Capital-Investitionen kaum mit entsprechend hohen Risiken verbunden.

So gelangen bspw. *Latham, Tecu & Bagaria* in ihrer Studie über Akquisitionen durch GAFA im Zeitraum von 2009 bis 2020 zum Ergebnis, dass nur wenige Zukäufe unter das Killer-Narrativ passen würden. Vielmehr läge die Motivation solcher Unternehmenskäufe im Anreiz, den Eintritt in neue Märkte zu erzielen.⁴⁰ Die Erkenntnis, dass die Elimination möglicher Konkurrenten auch als Expansionsstrategie genutzt werden kann, führte dazu, dass der Begriffsinhalt der Killer-Akquisition eine Erweiterung durch verschiedene Autoren erfuhr. So wurde der Ausdruck auch auf Übernahmen zu offensiven Zwecken ausgedehnt, wobei bei solchen Akquisitionen die erwerbende Partei darauf abzielt, Konkurrenten aus einem Markt zu

38 *M. Sauer mann*, Killer Acquisitions – Herausforderungen für die Fusionskontrolle, ZfKE 2022, 61 (64).

39 *Madl*, Killing Innovation? (Fn. 33), 32.

40 *O. Latham/I. Tecu/N. Bagaria*, Beyond Killer Acquisitions: Are there more common Potential Competition Issues in Tech Deals and how can these be assessed?, Competition Policy International Antitrust Chronicle 2020, 5.

verdrängen, in den Erstere erst einzutreten gedenkt.⁴¹ Crawford, Valletti & Caffara fügen an, dass entsprechende Parteien alternativ beschliessen könnten, das Produkt des übernommenen Unternehmens beizubehalten und eigene bestehende Angebote einzustellen (sog. *reverse killer acquisitions*).⁴² MacLennan, Kuhn & Wienke betiteln dabei solche Übernahmen als *zombie acquisitions*.⁴³ Die Erweiterung des Begriffes erschwert jedoch die Abgrenzung desselben. Während ursprünglich die Einbusse des Produktes oder der Dienstleistung im Fokus stand, bezieht sich der Terminus nun auf den Verlust einer (möglicherweise) konkurrierenden Partei im weiteren Sinne. Zur Veranschaulichung hierfür dient bspw. die Übernahme von Whatsapp durch Meta (damals Facebook) – ein vielfach zitiertes Beispiel einer möglichen Killer-Akquisition im digitalen Sektor. Allerdings existiert Whatsapp nach der Akquisition als Produkt weiterhin, weshalb die Übernahme nicht vollständig auf die ursprüngliche Definition einer Killer-Akquisition passen will. Die Begriffserweiterung verkompliziert die Einordnung, da es zu einer Vermischung verschiedener Szenarien kommt. Insbesondere unterscheidet sich, wie sogleich erläutert werden soll (II.), der Wettbewerbsschaden je nachdem, ob das Produkt bzw. die Dienstleistung fortgeführt wird.

II. Wettbewerbsschaden einer Killer-Akquisition

Die grundlegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs liegt im Verlust einer konkurrierenden Partei durch die Akquisition. Das Ausscheiden resultiert dabei in einer Abnahme des Wettbewerbsdruckes auf das erwerbende Unternehmen, wobei Konsumenten nicht nur die Vorteile des erhöhten Wettbewerbs verlieren, sondern – bei Zerstörung des erworbenen Produktes – auch den Zugang zu Alternativoptionen an neuen, vielleicht innovativeren

41 F. Marty/T. Warin, *Visa Acquiring Plaid: A Tartan over a Killer Acquisition?*, Cahier Scientifique CIRANO Working Paper 2020, 1. Mit derselben Unterscheidung auch *European Telecommunications Network Operator's Association*, ETNO response (Fn. 31), S. 9.

42 G. Crawford/T. Valletti/C. Caffarra, 'How tech rolls': Potential competition and 'reverse' killer acquisitions, Centre for Economic Policy Research 2020; Sauer mann, Herausforderungen (Fn. 38), 62 ff.

43 J. MacLennan/T. Kuhn/T. Wienke, *Innocent Until Proven Guilty – Five Things You Need to Know About Killer Acquisitions*, Informa Connect 2019.

Angeboten.⁴⁴ Bei Killer-Akquisitionen i. w. S. – also in denjenigen Fällen, in welchen das aufgekaufte Produkt oder Unternehmen in das Portfolio des Erwerbers integriert wird – erweist sich die Konstruktion einer Schadentheorie als komplexer, da sich die Integration innovativer komplementärer Dienste durch Effizienzbegründungen rechtfertigen lassen können.⁴⁵ In solchen Fällen ist die Schädlichkeit der Akquisition entsprechend umstritten. Es gilt zudem, allfällige Innovationsanreize zu berücksichtigen, da insbesondere die Aussicht auf Erwerb eben einen Anreiz setzen könnte, innovativ tätig zu werden.⁴⁶ Zudem wird durch die Integration der Zugriff auf innovative Alternativen den Konsumenten eben gerade nicht verweigert, sondern unter Umständen sogar erleichtert. Bei einer Killer-Akquisition i. e. S. – also in denjenigen Fällen, in welchen auf die Unterdrückung eines innovativen Alternativangebots abgezielt wird – lassen sich hingegen Beeinträchtigungen in der Bandbreite verfügbarer innovativer Entwicklungen sowie in der Wahlfreiheit der Verbrauchenden leicht nachweisen. Es

44 G. Parker/G. Petropoulos/M. Van Alstyne, Platform Mergers and Antitrust, *Industrial Corporate Change* 2021, 1307 (1319). Turgot subsumiert Killer-Akquisitionen unter zwei Formen von Schadenstheorien: Schaden für den potentiellen Wettbewerb und Schaden für die Innovation (C. Turgot, *Killer Acquisitions in Digital Markets – Evaluating the Effectiveness of the EU Merger Control Regime*, *European Competition and Regulatory Law Review* 2021, 112 (113 f.)). Killer-Akquisitionen verhindern die Durchsetzung der schöpferischen Zerstörung gemäss Schumpeter (J. A. Schumpeter, *Socialism, Capitalism and Democracy*, New York: Routledge 1942). Siehe hierzu auch K. Arrow, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, in: National Bureau of Economic Research (Hrsg.), *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors*, Princeton, New Jersey: Princeton University Press 1962, S. 609 ff. Arrow statuiert, dass neue Marktteilnehmende zu höheren Investitionen bereit sind als etablierte Unternehmen, da letztere kein Interesse an der Änderung des Status quos haben. Dies führt zum sog. *replacement effect*, wonach Monopolisten in der Tendenz durch innovativere Unternehmen ersetzt werden. Killer-Akquisitionen verhindern eben diesen Effekt. Zur Beziehung dieser zwei Theorien siehe C. Shapiro, *Competition and Innovation – Did Arrow Hit the Bull’s Eye?*, in: J. Lerner/S. Stern (Hrsg.), *The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited* (National Bureau of Economic Research), Chicago, Illinois: University of Chicago Press 2012, S. 361 ff. Andere monieren, dass Killer-Akquisitionen zu einer Verringerung und Verlagerung von innovativen Bemühungen anderer Marktteilnehmenden führen (P. Affeldt/R. Kesler, *Competitors’ Reactions to Big Tech Acquisitions: Evidence from Mobile Apps*, DIW Berlin Discussion Papers 1987). Im allgemeinen Kontext zu Start-up-Akquisitionen siehe auch: M. Motta/M. Peitz, *Big Tech Mergers*, *Information Economics and Policy* 2021, 100868.

45 Crémer/de Montjoye/Schweitzer, *Competition* (Fn. 1), S. 117 ff.

46 I. Letina/A. Schmutzler/R. Seibel, *Killer Acquisitions and Beyond: Policy Effects on Innovation Strategies*, Working Paper No. 358 2023.

erscheint daher sinnvoll, eine deutliche Abgrenzung zwischen Killer-Akquisitionen (i. e. S.) und Akquisitionen mit Integrationsabsichten vorzunehmen.⁴⁷ Summa summarum liegt der Unterschied zwischen den beiden Erwerbsstrategien darin, dass bei Akquisitionen zu integrativen Zwecken der Zugang zur innovativeren Dienstleistung bestehen bleibt, während bei Killer-Akquisitionen *stricto sensu* das Alternativangebot verschwindet. Dies soll jedoch nicht bedeuten, dass erstere nicht wettbewerbsschädlich sein kann, da auch bei Integration eines (potentiell) konkurrierenden Produktes, ein Wettbewerber aus dem Markt scheidet.

Es sei zudem anzumerken, dass die optimale Handhabung von vermuteten Killer-Akquisitionen teilweise umstritten ist. Insbesondere ist fraglich, ob eine Anpassung der Aufgriffskriterien reicht oder ob es auch einer Modifizierung der materiellen Eingriffskriterien bedarf.⁴⁸ Ergänzend dazu stehen Annahmen rund um die Existenz von Killer-Akquisitionen teilweise unter Diskussion.⁴⁹ Es besteht zweifelsohne Raum für zusätzliche empirische Forschung, um die Anwendbarkeit der Theorie auf vorgeschlagene Transaktionen genauer zu analysieren.⁵⁰ Dabei ist zu beachten, dass das Killer-Akquisition-Narrativ vorwiegend auf einer Analogie zu beobachteten Mustern in der Pharmaindustrie basiert.⁵¹ Diese ist jedoch von industriespezifischen Merkmalen, wie starkem Patentschutz oder staatlichen Marktzulassungsprozessen, geprägt, welche die Art und Weise, wie eine

47 K. C. Limarzi/H.R.S. Phillips, "Killer Acquisitions," Big Tech, and Section 2: A Solution in Search of a Problem, Competition Policy International Antitrust Chronicle 2020, 2; Marty/Warin, Visa (Fn. 41), 2; OECD, Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control, 2020, S. 7; W. Rinehart, Are 'Killer Acquisitions' by Tech Giants a Real Threat to Competition?, The center for Growth and Opportunity at Utah State University 2023.

48 Siehe bspw. L. Cabral, Merger Policy in Digital Industries, Information Economics and Policy 2021, 100866 oder R. Z. Mahari/S. C. Lera/A. Pentland, Time for a New Antitrust Era: Refocusing Antitrust Law to Invigorate Competition in the 21st Century, Stanford Computational Antitrust 2021, 52 (60 ff.).

49 Limarzi/Phillips z. B. weisen entsprechende Bedenken vollständig zurück (Limarzi/Phillips, Big Tech (Fn. 47)). Auch Ivaldi/Petit/Ünekbaş stellen in einer Stichprobe von denkbaren Killer-Akquisitionen-Fällen das Vorliegen des Phänomens im digitalen Sektor in Frage (M. Ivaldi/N. Petit/S. Ünekbaş, Killer Acquisitions – Evidence from EC merger Cases in Digital Industries, TSE Working Paper No. 13–1420 2023, S. 20).

50 K. Fayne/K. Foreman, To Catch a Killer: Could Enhanced Premerger Screening for "Killer Acquisitions" Hurt Competition?, Antitrust 2020, 8 (8).

51 N. Petit/D. J. Teece, Innovating Big Tech firms and Competition Policy: Favouring dynamic over static Competition, Industrial and Corporate Change 2021, 1168 (1185).

Killer-Akquisition sich verwirklicht, beeinflussen.⁵² Technologieunternehmen sind – aufgrund ihres Geschäftsmodells und des Nichtvorhandenseins entsprechender staatlicher Marktzulassungsprozesse – eher dazu geneigt, zumindest gewisse Aspekte eines akquirierten Produktes, in die nächste Produktiteration zu integrieren.⁵³

D. Künstliche Intelligenz und Killer-Akquisitionen

Die nachfolgenden Ausführungen verknüpfen nun den Einsatz von künstlicher Intelligenz mit der Erkennung von Killer-Akquisitionen. Dabei werden einerseits die Chancen der durch künstliche Intelligenz unterstützten Durchsetzung des Wettbewerbsrechts dargelegt (I.) sowie die mit der Umsetzung einhergehenden Herausforderungen (II.).

I. Chancen: Entlastung und Effizienzgewinne

Anwendungen der künstlichen Intelligenz ermöglichen eine schnellere und effizientere Analyse umfangreicher Datensätze, wodurch nicht nur Effizienzgewinne, sondern auch eine Entlastung überarbeiteter Wettbewerbsbehörden ermöglicht wird.⁵⁴ Das Internet und die Entwicklung von *Big Data*-Analysen bieten den Wettbewerbsbehörden zahlreiche Informationsquellen, welche öffentlich zugänglich sind oder mithilfe von *Web-Scraping-Tools* gesammelt werden können.⁵⁵ Maschinelles Lernen, kombiniert mit dieser enormen Menge an Daten, ermöglicht somit die Erkennung von Mustern, welche von der Ökonometrie nicht vorhergesehen werden können sowie

52 *Madl*, Killing Innovation? (Fn. 33), 51. Eine Berücksichtigung abweichender industriespezifischer Merkmale wäre daher vonnöten (Siehe bspw. *D.D. Sokol*, Merger Law for Biotech and Killer Acquisitions, Florida Law Review Forum 2020, 1).

53 *M. Holmström/J. Padilla/R. Stitzing/P. Sääskilähti*, Killer Acquisitions? The Debate on Merger Control for Digital Markets, Yearbook of the Finnish Competition Law Association 2018, 35 (43); *Madl*, Killing Innovation? (Fn. 33), 51.

54 *C. Coglianese*, A Framework for Governmental Use of Machine Learning, S. 34 ff.; *D. Lim*, Can Computational Antitrust Succeed?, Stanford Computational Antitrust 2021, 38.

55 *I. Lianos*, Reorienting Competition Law, Journal of Antitrust Enforcement 2022, 1 (24).

eine umfangreiche Implementierung, da entsprechende Algorithmen umfassende Datensätze schnell durcharbeiten können.⁵⁶

Jedoch stellt sich die Frage, wie künstliche Intelligenz konkret im Fusionskontrollverfahren eingesetzt werden soll. Hierbei nimmt die nachfolgende Analyse eine Unterscheidung vor: In einem ersten Schritt wird dargestellt, inwiefern Instrumente der künstlichen Intelligenz in der Entdeckung vor Notifikation der Behörde, also in der formellen Prüfebene (1.), helfen können. In einem weiteren Schritt wird dann erläutert, inwiefern entsprechende Tools in der effektiven Überprüfung des Fusionsvorhabens, also in der materiellen Prüfebene (2.), unterstützen können. Anzumerken sei hierbei, dass sich der vorliegende Beitrag spezifisch mit der *Erkennung* von Killer-Akquisitionen auseinandersetzt. Nicht behandelt wird, wie künstliche Intelligenz in der Beurteilung anderer möglicherweise wettbewerbsschädigenden Zusammenschlussvorhaben eingesetzt werden oder wie computergestütztes Kartellrecht indirekt der Erkennung von Killer-Akquisitionen dienen könnte.⁵⁷ Vielmehr liegt nachfolgend der Fokus auf der künstlichen Intelligenz als Erkennungsinstrument, d. h. als Mittel, welches eine Killer-Akquisition direkt identifizieren würde.

1. Künstliche Intelligenz in der formellen Prüfebene

Killer-Akquisitionen entgehen einer Überprüfung der Wettbewerbsbehörden, da Umsatzschwellen aufgrund des oftmals eingeschränkten Umsatzes des Zielunternehmens nicht erreicht werden.⁵⁸ Um diesem Vorkommnis entgegenzuwirken, kündete die Kommission an, ihre Praxis unter Art. 22 FKVO insofern zu ändern, dass EU-Mitgliedstaaten die Kommission neu darum ersuchen können, einen Zusammenschluss zu prüfen, welcher we-

56 *Lianos*, Reorienting Competition Law (Fn. 55), 23; *OECD*, Data Screening Tools for Competition Investigations, S.16 und *A. von Bonin/S. Malhi*, The Use of Artificial Intelligence in the Future of Competition Law Enforcement, *Journal of European Competition Law & Practice* 2020, 468 (468 f.), jedoch beide mit Bezug auf Screenings für mögliches kollusives Verhalten.

57 Siehe bspw. die Entwicklung und Verwendung von Suchbegriff-Familien als Ausgangspunkt zur Priorisierung der frühzeitigen Fallbewertung und der Überprüfung von Dokumenten in Australien (*T. Schrepel/T. Groza*, The Adoption of Computational Antitrust by Agencies: 2nd Annual Report, *Stanford Computational Antitrust* 2023, 55 (64)).

58 Siehe bspw. *Cunningham/Ederer/Ma*, Killer Acquisitions (Fn. 27), 685 ff. oder *Mahari/Lera/Pentland*, *New Antitrust* (Fn. 48), 56.

der nationale noch EU-Umsatzschwellenwerte erreicht.⁵⁹ Trotz des Verweisungsmechanismus bleibt es aber Aufgabe der Behörden, mögliche Killer-Akquisitionen zu erkennen. Für solche Fälle erweist sich künstliche Intelligenz als hilfreiches Utensil im *Screening-Prozess*, wobei insbesondere das maschinelle Lernen vielversprechend scheint, da auf umfangreiche Datensets nach Indikationen nicht gemeldeter, wettbewerbsschädigender Akquisitionen zurückgegriffen werden könnte.⁶⁰

Im Ansatz wird der Einsatz der korrespondierenden Tools durch verschiedene Wettbewerbsbehörden bereits getestet. Bspw. werden in Armenien Algorithmen zur automatischen Analyse von Datensätzen verschiedener staatlicher Behörden eingesetzt, um Transaktionen zu kennzeichnen, die höchstwahrscheinlich potentielle Rechtsverstöße im Kontext der Fusionskontrolle aufweisen.⁶¹ Im Vereinigten Königreich entwickelte die *Data, Technology and Analytics Unit* eine Anwendung, welche mithilfe von maschinellem Lernen Fusionstätigkeiten auf dem Markt automatisiert verfolgen kann. Dabei sammelt das Instrument Daten aus Nachrichtenartikeln von verschiedenen *APIs* und *RSS-Feeds* und wendet auf diese ein Modell für *natural language processing* an. Dadurch kann eine Vorhersage darüber getroffen werden, ob ein analysierter Artikel mit einer Fusion in Verbindung steht.⁶² In analoger Herangehensweise könnte auch ein Screening zur Erkennung von Killer-Akquisitionen durchgeführt werden, wobei zwei Vorgehensweisen in Erwägung zu ziehen sind.⁶³ Einerseits ist eine Analyse derjenigen Marktstrukturen möglich, die ein erhöhtes Risiko einer Killer-Akquisition aufweisen. Zu denken sei bspw. an eine Betrachtung der Nähe des Wettbewerbs der in der Akquisition involvierten Parteien. Andererseits

59 Siehe *Europäische Kommission*, Leitfaden zur Anwendung des Verweisungssystems nach Artikel 22 der Fusionskontrollverordnung auf bestimmte Kategorien von Vorhaben, ABl. 2021 C113/01, insbesondere Ziff. 9 mit Hinweis auf Unternehmen mit geringem Umsatz. Diese - in der Literatur äußerst umstrittene - Kehrtwende in der Auslegung des Art. 22 FKVO wurde vom Europäischen Gericht in erster Instanz zunächst bestätigt, siehe EuG, Urteil v. 13.7.2022, T-227/21 – *Illumina/Grail*, ECLI:EU:T:2022:447. Das Rechtsmittelverfahren ist beim EuGH unter dem Az. C-611/22 P anhängig.

60 In diesem Zusammenhang kann auch auf das technologiebasierte Screening für potentielle Kartelle verwiesen werden. Zur Thematik des Kartellscreenings siehe *OECD*, *Data Screening* (Fn. 56) oder *de Cooman, Pac-Man* (Fn. 5), 186 ff.

61 *Schrepel/Groza*, Annual Report (Fn. 57), 61.

62 *Schrepel/Groza*, Annual Report (Fn. 57), 156.

63 In Analogie zu *de Cooman, Pac-Man* (Fn. 5), 189, welcher diese Unterscheidung in Bezug auf Screening nach Kartellen darlegt.

ist eine Überwachung unternehmerischen Verhaltens, welches ein tödliches Motiv indiziert, denkbar. So könnte z. B. die Bezahlung eines bestimmten Deal-Multiples als Hinweis einer möglichen Killer-Akquisition erachtet werden.⁶⁴ Eine Verheißung des Einsatzes künstlicher Intelligenz-Systeme liegt darin, dass solche Tools entsprechende Analysen – aufgrund des Zugangs zu einer enormen Masse an Daten – umfassender und – aufgrund der automatisierten Verarbeitung – schneller vornehmen können.⁶⁵ Hinzu kommt, dass maschinelles Lernen eine Klassifizierung in stärker daten-gesteuerter Art und freier von anfänglichen Annahmen formulieren kann, wodurch die Erkennung neuer Muster und eine genauere Einordnung technisch umgesetzt wird.⁶⁶ Im Hinblick auf die Wettbewerbsrechtsdurchsetzung ermöglicht maschinelles Lernen zudem eine Kombination mehrerer Screenings. Mit anderen Worten könnte maschinelles Lernen daher als ein Tool zur Erkennung von wettbewerbsschädigenden Vereinbarungen im Allgemeinen verwendet werden, ohne dass spezifische Indikatoren für die Umsetzung entsprechender Screenings entwickelt werden müssten.⁶⁷

II. Künstliche Intelligenz in der materiellen Prüfebene

Im Falle einer möglichen Killer-Akquisition befindet sich das Zielunternehmen oft in den frühen Phasen der Produktentwicklung. In solchen Fällen involviert die Analyse nicht nur die Formulierung hypothetischer Szenarien, sondern auch die Berücksichtigung noch unbekannter Wettbewerbsbedingungen.⁶⁸ Bei der Überprüfung eines möglichen Killer-Akquisition-Falles kann demnach ein vorausschauendes, insbesondere spekulatives Element zugrunde liegen. Künstliche Intelligenz könnte dabei als Unterstützung in der Erstellung entsprechender Prognosen und als Entscheidungshilfe für die Bewertung von Unternehmenszusammenschlüssen dienen.

64 *K.-U. Kuhn*, Screening for Potential Killer Acquisitions across Industries, CCP Perspectives on Competition and Regulation Working Paper 2021.

65 *Schrepel*, Computational Antitrust (Fn. 3), S. 8 verweisend auch auf *OECD*, Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age, 2017.

66 *OECD*, Data Screening (Fn. 56), S. 16.

67 Siehe bspw. in der Anwendung auf Kartelle *M. Huber/D. Imhof*, Deep Learning for detecting Bid Rigging: Flagging Cartel Participants based on Convolutional Neural Networks, forthcoming.

68 *C. S. Hemphill/T. Wu*, Nascent Competitors, University of Pennsylvania Law Review 2020, 1879 (1888).

Software wird bereits zur Prognose allfälliger Fusionseffekte eingesetzt. Ein Beispiel hierfür wäre die Software MergerSim der Tschechischen Republik, welche im Jahr 2020 zur Bewertung von Fusionen auf dem Kraftstoffmarkt entwickelt wurde. Die Applikation dient dabei der Erstellung von Simulationen, um mögliche Auswirkungen einer Akquisition aufzuzeigen.⁶⁹

In analoger Herangehensweise zur vorgeschlagenen Anwendung in der formellen Prüfebene könnten künstliche Intelligenz-Systeme dafür verwendet werden, Informationen eines notifizierten bzw. durch die Wettbewerbsbehörde bereits aufgegriffenen Akquisitionsvorhabens auf eine mögliche Killer-Akquisition hin zu analysieren. Mittels Expertensystemen könnten Regeln formuliert werden, welche indizieren, wann eine Killer-Akquisition vorliegen würde. Hingegen könnte maschinelles Lernen eingesetzt werden, um historische Übernahmedaten zu analysieren und Muster zu identifizieren, die auf Killer-Akquisitionen hinweisen könnten. Ein Beispiel hierfür wäre der Einsatz von *natural language processing*, welches eine Stimmungsanalyse anhand relevanter Nachrichtenartikel, die Zitate von Branchenkommentatoren, Wettbewerbern und Kunden enthalten, durchführen kann.⁷⁰ Zudem könnten entsprechende Systeme auch bei der Analyse des Zielunternehmens von Nutzen sein. Insbesondere könnten Anwendungen der künstlichen Intelligenz potentielle Killer-Akquisitionen erkennen, indem sie die Leistungsfähigkeit von Unternehmen analysieren und die Fähigkeit eines Unternehmens messen, Grösse in Wachstum umzusetzen.⁷¹ Künstliche Intelligenz könnte angeben, wie wahrscheinlich das akquirierte Unternehmen sich zu einem effektiven Wettbewerber entwickelt hätte, womit die Formulierung des *counterfactuals* erleichtert wird.

III. Herausforderungen

Richtig eingesetzt, verspricht künstliche Intelligenz eine effizientere und bessere Erkennung von Killer-Akquisitionen. Allerdings gestaltet sich die adäquate Anwendung nicht frei von Herausforderungen. Der vorliegende Beitrag identifiziert drei Problemfelder in diesem Kontext. Erstens ist fraglich, inwiefern und unter welchen Bedingungen Anwendungen der künstlichen Intelligenz zur Erkennung von Killer-Akquisitionen geeignet sind (I.).

69 Schrepel/Groza, Annual Report (Fn. 57), 89.

70 R. Muhamedrahimov, Using Natural Language Processing in Competition Cases, Compass Lexecon 2022.

71 T. Schrepel, A first look at computational antitrust, ALTI 2021.

Zweitens bedarf es einer Evaluation darüber, wie künstliche Intelligenz als Teil des Fusionsverfahrens zu integrieren ist (2.). Drittens muss, sollten entsprechende Systeme spezifisch Killer-Akquisitionen erkennen können, die Definition einer Killer-Akquisition feststehen (3.).

1. Eignung der künstlichen Intelligenz als Erkennungstool von Killer-Akquisitionen

Die dargelegten Chancen realisieren sich nur, wenn es künstlicher Intelligenz auch *gelingt*, Killer-Akquisitionen zu erkennen. Logische Regeln und Wissensrepräsentationen können zwar hilfreiche Unterstützungstools sein, grosse Effizienz- und Präzisionsgewinne werden jedoch vor allem durch den Einsatz von Systemen des maschinellen Lernens erhofft, da diese nicht nur Muster aus umfangreichen Datensätze erkennen, sondern auch diese aufgedeckten Muster verwenden können, um Vorhersagen zu treffen.⁷² Herausfordernd ist hierbei jedoch, dass künstliche Intelligenz stark informationsabhängig ist. Ein beschränktes Datenvolumen aufgrund der Unvollständigkeit des zugrundeliegende Datensets kann zu fehlerhaften Ergebnissen führen.⁷³ Insbesondere könnte die Unvollkommenheit gewisse *Biases* replizieren, indem diejenigen Fälle hervorgehoben werden, die zum Training des Algorithmus verwendeten Fällen ähnlich sind.⁷⁴ Eine entsprechende Verzerrung wäre im digitalen Sektor denkbar, da dieser mit Blick auf Killer-Akquisitionen im Fokus steht. Um der Datenknappheit entgegenzuwirken, wäre der Datenaustausch über verschiedene Unternehmenszusammenschlüsse zwischen Wettbewerbsbehörden denkbar, wobei jedoch der Datenschutz weiterhin gewährleistet sein müsste. Als mögliche Lösungsansätze könnten dabei der Einsatz von *federated learning*⁷⁵ und synthetischen Daten⁷⁶ in Betracht gezogen werden. Synthetische Daten

72 K. P. Murphy, *Machine Learning – A Probabilistic Perspective*, Cambridge, Mass.: The MIT Press 2012, S. 1.

73 Siehe bspw. P. Domingos, *Master Algorithm – How the Quest for the Ultimate Learning Machine Will Remake Our World*, London, UK: Penguin Books 2015.

74 M. Mattiuzzo/H.F. Machado, *Algorithmic Governance in Computational Antitrust – A Brief Outline of Alternatives for policymakers*, *Stanford Computational Antitrust* 2022, 23 (29 f.).

75 Schrepel, *Computational Antitrust* (Fn. 3), S. 8.

76 Synthetische Daten sind entweder von Grund auf künstliche Daten oder Produkte einer fortschrittlichen Datenmanipulationstechnik (S. I. Nikolenko, *Synthetic Data for Deep Learning*, Cham 2021, S. 11 ff.).

könnten darüber hinaus dazu genutzt werden, neuartige und vielfältige Trainingsbeispiele zu generieren, um dem Problem der mangelnden Datenvielfalt entgegenzuwirken.⁷⁷

Nicht nur die Verfügbarkeit der Daten stellt eine Herausforderung dar, sondern auch deren Qualität, da die Effektivität der künstlichen Intelligenz ganz maßgeblich davon abhängt.⁷⁸ Insbesondere maschinelles Lernen wird nicht vorprogrammiert, um auf bestimmte Weise zu handeln, sondern erlernt vielmehr anhand der Daten gewisse Tendenzen. Fehlerhafte Daten verfälschen daher das Resultat und verschlechtern die Qualität des algorithmischen Outputs.⁷⁹ Fehlen relevante Daten oder ist der Algorithmus nicht darauf ausgerichtet, bestimmte Verhaltensweisen zu erkennen, könnte er potentielle Killer-Akquisitionen übersehen oder fälschlicherweise solche identifizieren.⁸⁰ Die Verwendung von Daten bedingt zusätzlich eine adäquate Datenverwaltung.⁸¹ Abschliessend gilt es zu bedenken, ob die verwendete Technologie dem vorgesehenen Einsatz zweckdienlich ist.⁸² Dabei gilt es vor allem, die Stärken und Grenzen der künstlichen Intelligenz zu berücksichtigen. So ist es keine Stärke von künstlicher Intelligenz, mit Abstraktionen umzugehen, Bedeutungen zu erfassen, Wissen von einer Tätigkeit auf eine andere zu übertragen oder völlig unstrukturierte oder offene Aufgaben zu bewältigen. Erfolgreiche Umsetzungen finden sich eher in stark strukturierten Bereichen, in denen klar richtige oder falsche Antworten vorliegen und erkennbare Muster algorithmisch identifiziert werden.⁸³ In diesem Sinne sollte künstliche Intelligenz also für diejenigen Aufgaben eingesetzt werden, für welche sie, aufgrund ihrer Stärken, besonders geeignet ist.

77 *Ibid.*, S. 12.

78 *De Cooman*, Pac-Man (Fn. 5), 192 mit Bezug auf das Screening nach Kartellbildungen.

79 *D. Lehr/P. Ohm*, Playing with the Data: What Legal Scholars Should Learn About Machine Learning, UC Davis Law Review 2017, 653 (671).

80 Sog. Type I and Type II error. Siehe hierzu *De Cooman*, Pac-Man (Fn. 5), 192 ff.

81 *Ibid.*, S. 195; *Coglianesi*, Framework (Fn. 54), S. 41 ff. Siehe hierzu auch das Erfordernis der angemessenen Daten-Governance und Datenverwaltungsverfahren in Art. 10(6) des Vorschlags für ein Gesetz über künstliche Intelligenz (*Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Gesetz über künstliche Intelligenz) COM (2021) 206 final).

82 *Schrepel*, Computational Antitrust (Fn. 3), S. 13.

83 *Surden*, Law (Fn. 16), 1337.

2. Integration der künstlichen Intelligenz in das Fusionskontrollverfahren

Der Übergang zu einer durch künstliche Intelligenz unterstützten Kartellrechtsdurchsetzung ist alles andere als trivial. Wettbewerbsbehörden werden Entscheidungen darüber treffen müssen, wann und zu welchem Zweck sie welche spezifischen algorithmischen Werkzeuge einsetzen sollen.⁸⁴ Hierbei bedarf es einer vorsichtigen Integration der künstlichen Intelligenz in das Fusionskontrollverfahren, da diese eine potentielle Aushöhlung einer Reihe fundamentaler Rechtsschutzmechanismen zur Folge haben könnte.⁸⁵ Insbesondere stellt die an künstlicher Intelligenz orientierte Wettbewerbsrechtsdurchsetzung die Grundsätze der ordnungsgemässen Verwaltung und der Begründungspflicht in Frage⁸⁶ Letztere wäre theoretisch erfüllt, wenn der Nutzer, also die Wettbewerbsbehörde, offenlegen kann, wie die verschiedenen Parameter gewichtet wurden und inwieweit diese Empfehlung für die endgültige Entscheidung massgeblich war.⁸⁷ Die Undurchsichtigkeit künstlicher Intelligenz-Systeme könnte jedoch eine entsprechende Begründung verhindern.⁸⁸ Wie *De Cooman* richtigerweise darlegt, kann eine bloße Verweisung auf die Entscheidung der künstlichen Intelligenz die Begründungspflicht nicht erfüllen, da aufgrund Undurchsichtigkeit keine effektive gerichtliche Überprüfung der Verwaltungsentscheidung möglich ist.⁸⁹

Eine weitere Herausforderung ist die Handhabung eines durch künstliche Intelligenz generierten Resultates durch die Wettbewerbsbehörde.⁹⁰ Zu denken ist hierbei an den sog. *automation bias*, welcher die Tendenz beschreibt, sich selbst bei Verdacht auf Fehlfunktion auf automatisierte Entscheidungen zu verlassen.⁹¹ Diese verhaltensbezogene Verzerrung ist in

84 C. Coglianese, AI for the Antitrust Regulator, ProMarket 2023.

85 von Bonin/Malhi, Future (Fn. 56), 469.

86 F. Pasquale, Inalienable Due Process in an Age of AI: Limiting the Contractual Creep toward Automated Adjudication, in: H-W. Micklitz/O. Pollicino/A. Reichman/A. Simoncini/G. Sartor/G. De Gregorio (Hrsg.), Constitutional challenges in the Algorithmic Society, Cambridge, Mass.: Cambridge University Press 2021.

87 K. Yeung, Why Worry about Decision-Making by Machine?, in: K. Yeung/M. Lodge (Hrsg.), Algorithmic Regulation, Oxford UK: Oxford University Press 2019, S. 28 f.

88 Zur Undurchsichtigkeit siehe J. Burrell, How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms, Big Data & Society 2016.

89 De Cooman, Pac-Man (Fn. 5), 197 mit Verweis auf das Kartellscreening.

90 Schrepel, Computational Antitrust (Fn. 3), S. 14.

91 Siehe bspw. R. Parasuraman/V. Riley, Humans and automation: Use, misuse, disuse, abuse, Human Factors 1997, S. 230 f.; C. D. Wickens/B. A. Clegg/A. Z. Vieane/A. L.

Anbetracht der Tatsache, dass künstliche Intelligenz sich tendenziell selbst bestätigen wird, besonders schädlich.⁹² Ein Algorithmus, welcher auf früheren Entscheidungen der Wettbewerbsbehörde basiert, wird nämlich versuchen, diese Entscheidung, inklusive Fehlentscheidungen, nachzubilden.⁹³ Zudem stellt sich die Frage, wie Wettbewerbsbehörden auf eines durch künstliche Intelligenz generiertes Ergebnis reagieren sollten. Es muss eruiert werden, inwiefern Wettbewerbsbehörden im Rahmen ihrer Entscheidung auf künstliche Intelligenz vertrauen dürfen und wen die Verantwortung für die Fehlentscheidung einer künstlichen Intelligenz treffen würde.⁹⁴ Eine Option wäre es auch, das Resultat einer künstlichen Intelligenz an gewisse rechtliche Konsequenzen zu knüpfen, wie bspw. die Einführung einer Beweislastumkehr im Falle eines Killer-Akquisitionsverdachtes.⁹⁵ Im Zusammenhang mit der Integration künstlicher Intelligenz in das Fusionskontrollverfahren ist ferner die Unterscheidung zwischen automatisierter Durchsetzung und Empfehlungssystemen zu beachten.⁹⁶ Empfehlungssysteme können Rechtsdurchsetzung selbst nicht vornehmen und sind somit an ein menschliches Tätigwerden gebunden, weshalb ein höheres Mass an menschlicher Kontrolle vorhanden bleibt. Entsprechend scheinen sie weniger problematisch als ihr automatisiertes Gegenstück. Es sei aber anzumerken, dass Empfehlungssysteme nicht frei von den oben beschriebenen Problemen sind und es fraglich bleibt, wie strikt entsprechenden Empfehlungen gefolgt werden soll.⁹⁷

Als Gegenmittel gegen zuvor beschriebene Herausforderungen wird die Sicherstellung menschlicher Aufsicht und die Einführung von Transparenz-anforderung vorgeschlagen. Dabei soll menschliche Aufsicht gewährleisten, dass die menschliche Autonomie erhalten bleibt, indem menschliche

Sebok, Complacency and automation bias in the use of imperfect automation, Human Factors and Ergonomics Society 2015, 728.

92 *De Cooman*, Pac-Man (Fn. 5), 200; *T. Nachbar*, Algorithmic Fairness, Algorithmic Discrimination, Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2020–1.

93 *A. J. Casey/A. Niblett*, Micro-Directives and Computational Merger Review, Stanford Computational Antitrust 2021, 132 (133).

94 *Yeung*, Don't Worry (Fn. 87), S. 24 ff.

95 Zur Umkehrung der Beweislast siehe: *OECD*, Start-ups (Fn. 47), S. 39; *T. Valletti*, How to Tame the Tech Giants: Reverse the Burden of Proof in Merger Reviews, ProMarket 2021.

96 *K. Yeung*, Algorithmic regulation: A critical interrogation, Regulation and Governance 2018, 505.

97 *N. Petit*, Artificial Intelligence and Automated Law Enforcement – A Review Paper, 2021.

Akteure im gesamten Prozess eingebunden, informiert und in Kontrolle bleiben.⁹⁸ Transparenz hingegen soll die Rückverfolgung eines bestimmten Ergebnisses ermöglichen, wobei der Einfluss eines bestimmten Faktors auf die Entscheidung analysiert wird.⁹⁹ Die Durchsetzung beider Mechanismen soll dabei erreichen, dass künstliche Intelligenz nachvollziehbar und erklärbar bleibt.¹⁰⁰

3. Erfordernis zur Präzisierung des Phänomens

Wie vorgängig dargelegt, sind Definition und Nachweis einer Killer-Akquisition alles andere als einfach. Soll künstliche Intelligenz Killer-Akquisitionen erkennen können, bedarf es jedoch einer klaren Umschreibung des Phänomens. Anderenfalls ist es kaum realisierbar, entsprechende Regeln für logische Systeme aufzustellen oder Anwendungen des maschinellen Lernens dahingehend zu trainieren, entsprechende Akquisitionen zu identifizieren. Im Falle des *supervised learning* bräuchten Anwendungen des maschinellen Lernens Daten, welche nach Killer-Akquisitionen gelabelt werden können.¹⁰¹ Ohne Klarheit darüber, unter welchen Gegebenheiten nun eine Killer-Akquisition vorliegt, gestaltet sich die Kennzeichnung solcher Akquisitionen in einem Datenset als unmöglich. Selbst im Rahmen des *unsupervised learning* bedarf es zumindest einer Klarstellung darüber, welche Übernahmen als Killer-Akquisitionen einzustufen sind, damit ein entsprechendes Datenset zur Verfügung gestellt werden kann, anhand welchem künstliche Intelligenz Muster erkennen könnte.¹⁰² Es sei aber anzumerken, dass Anwendungen der künstlichen Intelligenz auch ohne Eingrenzung des Killer-Akquisition-Begriffs wettbewerbsschädigende Unternehmenszusammenschlüsse erkennen könnten. Mit Bezug auf die oben genannten Herausforderungen betreffend Integration der künstlichen Intelligenz in

98 C. Coglianesse/A. Lai, Antitrust by Algorithm, Stanford Computational Antitrust 2022, I (2).

99 F. Doshi-Velez et al., Accountability of AI Under the Law: The Role of Explanation, Berkman Klein Center for Internet & Society working paper 2017, S. 3.

100 Ob ein schlichtes Forderung nach Transparenz ausreichend ist, oder ob nicht konkretere Anhaltspunkte notwendig sind, darf zu Recht in Frage gestellt werden (siehe *Buiten*, Intelligent Regulation (Fn. 7), 53 ff.). Der Vorschlag für ein Gesetz über künstliche Intelligenz versucht beide Mechanismen in Art. 13 und Art. 14 umzusetzen.

101 OECD, Data Screening (Fn. 56), S. 16 mit Verweis auf das Kartellscreening.

102 M. E. Celebi/K. Aydin, Preface, in: M. E. Celebi/K. Aydin (Hrsg.), Unsupervised Learning Algorithms, Cham 2016, S. v.

das Fusionskontrollverfahren scheint jedoch ein gänzlich unstrukturierter Einsatz von künstlicher Intelligenz als unwahrscheinlich. Die Verknüpfung an eine bestimmte Schadenstheorie bleibt notwendig.

E. Zusammenfassendes Schlusswort

Die Begriffe künstliche Intelligenz und Killer-Akquisitionen sind zwar aufmerksamkeitsregende Schlagwörter, jedoch in ihrem konkreten Begriffsinhalt von gewisser Unschärfe geprägt. Zur Definition der künstlichen Intelligenz empfiehlt sich daher eine technologiebasierte Umschreibung, welche die verschiedenen Anwendungen wissensbasierter Systeme und maschinellen Lernens einschließt. Der Begriff Killer-Akquisitionen beschreibt die Eliminierung eines Wettbewerbers durch die Akquisition eines dominanten, konkurrenzierenden Unternehmens. Der grundlegende Wettbewerbsschaden im Kontext von Killer-Akquisitionen liegt im Verlust einer konkurrenzierenden Partei, wodurch der Wettbewerbsdruck auf das erwerbende Unternehmen abnimmt. Bei Killer-Akquisitionen i. e. S. verlieren Konsumenten zudem den Zugang zu Alternativoptionen an innovativen Produkten oder Dienstleistungen, wobei in solchen Fällen die Schädlichkeit der Akquisition in Anbetracht möglicher Effizienzgewinne und potentieller Einflüsse auf Innovationsanreize umstritten sein kann. Der Nachweis einer Killer-Akquisition gestaltet sich aufgrund der vielfältigen Ursachen für eine Einstellung des erworbenen Unternehmens (oder dessen Produkte) und aufgrund der erschwerten Beweisführung betreffend eines möglichen „Killer“-Motivs des Erwerbers als komplex. Ferner entgehen aufgrund des eingeschränkten Umsatzes des akquirierten Unternehmens Killer-Akquisitionen oftmals einer Überprüfung durch Wettbewerbsbehörden, da entsprechende Umsatzschwellen nicht erreicht werden. Überprüft eine Wettbewerbsbehörde eine mögliche Killer-Akquisition, erschwert die Unsicherheit, ob das Zielunternehmen sich effektiv als Wettbewerber hätte durchsetzen können, die materielle Analyse. In beiden Fällen könnte künstliche Intelligenz gewissermaßen Abhilfe schaffen, jedoch nicht ohne Fallstricke. Insbesondere muss berücksichtigt werden, inwieweit und unter welchen Voraussetzungen Anwendungen künstlicher Intelligenz zur Identifizierung von Killer-Akquisitionen überhaupt geeignet sind, wie künstliche Intelligenz in das Fusionsverfahren integriert werden und was unter den Begriff einer Killer-Akquisition fallen soll.

Marktmacht in der Stromwirtschaft: Mehr Wettbewerb durch Zukunftstechnologien?

Melani Dumancic, Wien

A. Einleitung

In unterschiedlichsten Bereichen der Gesellschaft wird zur Erreichung der Klimaneutralität auf Strom als Energiequelle gesetzt. So wird Strom in Zukunft etwa für den Antrieb von Kraftfahrzeugen, die Produktion von Wasserstoff als Ersatz für Gas und insbesondere auch im Hinblick auf die zunehmende Digitalisierung benötigt. Klimaneutral kann dies aber nur sein, wenn auch bei der Stromproduktion keine Luftschadstoffe ausgestoßen werden. Der Wandel unserer Wirtschaft zur Klimaneutralität ist also entscheidend davon abhängig, dass die Stromerzeugung nachhaltig wird. Dies gelingt nur durch den Einsatz von erneuerbaren Energien, wie Wasser-, Wind- und Sonnenkraft sowie Biomasse. Kraftwerke, die erneuerbare Energien zur Stromerzeugung nutzen (Erneuerbare-Energien-Anlagen) sind daher für die Erreichung der Klimaneutralität bei gleichzeitiger Stromversorgungssicherheit unerlässlich. Sie sind eine bedeutende Zukunftstechnologie.

Der Stromsektor wurde vor über 20 Jahren liberalisiert.¹ Das Ziel war die Schaffung eines europäischen Binnenmarkts für Strom mit funktionierendem Wettbewerb.² Das Entstehen wettbewerbsfähiger Märkte schritt jedoch nur hinkend voran. Die Marktmacht ehemaliger Monopolisten und die Besonderheiten des Strommarkts, insbesondere das Bestehen hoher Marktzutrittschranken, verhinderten Wettbewerb durch neue Akteure.³ Weitere EU-Liberalisierungspakete und der effektive Einsatz von Kartellrecht konn-

-
- 1 Für einen Überblick über die geschichtliche Entwicklung vgl. *J.-P. Schneider* in: *J.-P. Schneider/C. Theobald* (Hrsg.), *Recht der Energiewirtschaft*, 5. Aufl., München 2021, § 2 Rn. 33 ff.
 - 2 ErwGr. 4, 9 RL 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Dezember 1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt [1997] ABl. L 27, S. 20.
 - 3 Vgl. ErwGr. 2 RL 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt [2003] ABl. L 176,

ten jedoch nach und nach mehr Wettbewerb auf den Strommärkten schaffen.⁴

Diesen Prozess begünstigte der verstärkte Ausbau von Erneuerbare-Energien-Anlagen, der zu einem Abbau von Marktzutrittsschranken führte. Aufgrund ihrer volatilen Stromerzeugung begünstigen Erneuerbare-Energien-Anlagen aber auch die Marktstellung der Betreiber konventioneller, flexibler Kraftwerke. Vor diesem Hintergrund geht der vorliegende Beitrag der Frage nach, wie der Ausbau von Erneuerbare-Energien-Anlagen, mit einem Fokus auf Windkraft- und Photovoltaikanlagen, die Marktmacht am Strommarkt beeinflusst hat. Nach einer Einführung in die Funktionsweise und wettbewerblichen Besonderheiten der Stromwirtschaft (B.), werden die Faktoren zur Beurteilung von Marktmacht dargestellt (C.). Daran anschließend wird erörtert, wie Erneuerbare-Energien-Anlagen diese Marktmachtfaktoren verändern und vor welche Herausforderungen sie den Stromsektor stellen (D.). Eine Möglichkeit, diesen Herausforderungen zu begegnen, sind virtuelle Kraftwerke. Diese tragen ebenfalls zum Abbau von Marktmacht bei (E.), bringen aber auch (neue) kartellrechtliche Fragestellungen mit sich (F.). Der Fokus liegt auf den Strommärkten in Deutschland und Österreich sowie europäischem, deutschem und österreichischem Kartellrecht.

B. Der Strommarkt: Ein Markt mit besonderen Eigenschaften

I. Rechtliche, technische und wirtschaftliche Aspekte des Stromflusses

Grundlage für die kartellrechtliche Analyse von Zukunftstechnologien im Strommarkt ist das Verständnis von der Funktionsweise des Stromsektors.⁵

S. 37; *BNetzA/BKartA*, Leitfaden für die kartellrechtliche und energiegroßhandelsrechtliche Missbrauchsaufsicht im Bereich Stromerzeugung/-großhandel, 2019, Rn. 46.

4 So etwa *Deutscher Stromgroßhandelsmarkt, Regelenenergiemarkt* (COMP/39.388 und 39.389) Entscheidung der Kommission [2008] ABl. C 146 mit der sich E.ON verpflichtete, sein Übertragungsnetz und einen erheblichen Teil seiner Erzeugungskapazitäten zu veräußern. Vgl. auch *M. Schulz*, Kartellrecht als Regulierungsinstrument, Köln 2018.

5 Für eine Einleitung in die Funktionsweise des Stromsektors vgl. *M. Linnemann*, *Energiewirtschaft für (Quer-) Einsteiger*, Wiesbaden 2021; vgl. weiter *A. Löschel/D. Rübbelke/W. Ströbele/W. Pfaffenberger/M. Heuterkes*, *Energiewirtschaft*, 4. Aufl., Oldenbourg 2020, S. 307 ff.; *L. Meeus*, *The Evolution of Electricity Markets in Europe*, Cheltenham, Mass.: Edward Elgar Publishing 2020; *S. Storr*, *Energierrecht – Eine Einführung für Ausbildung und Praxis*, Wien 2022, S. 1 ff., 121 ff., 225 ff.

Beim Weg des Stroms vom Kraftwerk in die Steckdose sind zwei Teilsysteme zu unterscheiden: einerseits der physische Weg, andererseits der wirtschaftliche Weg.⁶ Der physische Weg beschreibt den tatsächlichen Fluss von Strom. Dieser wird in Kraftwerken produziert und danach in das Stromnetz eingespeist. Der Strom fließt dann im Übertragungs-⁷ und Verteilnetz⁸ zu den Stromverbrauchern, die ebenfalls am Netz angeschlossen sind.

Komplizierter ist der wirtschaftliche Weg: der Handel mit Strom. Stromerzeuger können ihren Strom über verschiedene Wege vermarkten. Auf der einen Seite können sie ihren Strom direkt an die Stromverbraucher veräußern. Auf der anderen Seite können sie ihren Strom über den Stromgroßhandelsmarkt an andere Marktteilnehmer verkaufen. Diese Marktteilnehmer sind Stromhändler, -versorger oder -weiterverteiler, etwa Stadtwerke. Auch am Stromgroßhandelsmarkt wird der überwiegende Teil des Stroms mittels bilateraler Verträge verkauft. Das wird OTC-Handel (Over-the-Counter) genannt.⁹ Hinzu kommt der Handel über die Strombörse. Der langfristige Handel an der Strombörse ist der Terminmarkt, an dem Verträge mit Laufzeiten von einigen Wochen bis zu sechs Jahren gehandelt werden.¹⁰ Der Spotmarkt ist der kurzfristige Handel an der Strombörse. Hier wird zwischen Day-Ahead- und Intraday-Handel unterschieden. Im Day-Ahead-Handel werden mittels einer Auktion Verträge über die stündliche Lieferung von Strom für den nächsten Tag abgeschlossen. Der Intraday-Handel ist der spontane Handel für die Lieferung von Strom noch am selben Tag.¹¹ Die Akteure am Stromgroßhandelsmarkt verkaufen den Strom dann wiederum im Stromeinzelhandel an die Endverbraucher.

Die Lieferung von Strom ist ferner leitungsgelassen, das heißt Strom kann nur über Stromnetze transportiert werden.¹² In diesen Stromnetzen muss nach den Gesetzen der Physik immer ein Gleichgewicht zwischen einge-

6 Löschel/Rübbelke/Ströbele/Pfaffenberger/Heuterkes, *Energiewirtschaft* (Fn. 5), S. 308.

7 Höchstspannungsnetz, 220 oder 380 kV.

8 Nieder-, Mittel- und Hochspannungsnetz, 230 V bis 150 kV.

9 M. Czakainski/F. Lamprecht/M. Rosen, *Energiehandel und Energiemärkte*, Essen 2010, S. 19.

10 Storr, *Energerecht* (Fn. 5), S. 228.

11 Linnemann, *Energiewirtschaft* (Fn. 5), S. 135 f.; Czakainski/Lamprecht/Rosen, *Energiehandel* (Fn. 9), S. 39.

12 C. Theobald/C. Theobald, *Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts*, 3. Aufl., München 2013, S. 14.

speistem und entnommenem Strom bestehen.¹³ Hinzu kommt, dass Strom nicht in großen Mengen wirtschaftlich speicherbar ist.¹⁴ Deswegen müssen sich die Erzeugung und der Verbrauch von Strom zu jeder Tageszeit entsprechen, da die Stromnetze ansonsten zu versagen drohen und Blackouts auftreten können.

Seit der Liberalisierung des Strommarkts wurden verschiedene rechtliche und technische Mechanismen eingeführt, um einen Kollaps der Stromnetze zu verhindern.¹⁵ So müssen neben den Netzbetreibern auch die Stromversorger zu einem Gleichgewicht im Stromnetz beitragen. Dies wird sichergestellt, indem jeder Stromversorger für mindestens ein virtuelles Energiemengenkonto, in Deutschland Bilanzkreis¹⁶ und in Österreich Bilanzgruppe¹⁷ genannt, verantwortlich ist. In einem Bilanzkreis wird einerseits abgebildet, wie viel Strom der Stromversorger in das Netz einspeist. Hierzu zählen sowohl die Erzeugung von Strom als auch die im Handel eingekaufte Menge. Andererseits sind alle Entnahmen – der Verbrauch der Kunden dieses Stromversorgers und die im Handel verkaufte Menge – abgebildet. Die beiden Seiten müssen immer ausgeglichen sein. Der Verbrauch und die Erzeugung können sich jedoch jederzeit ändern. Die Stromversorger müssen dann kurzfristig wieder ein Gleichgewicht herstellen. Haben sie zu wenig Strom im Bilanzkreis, können sie entweder selbst kurzfristig mehr Strom erzeugen oder den Strom an der Börse einkaufen. Haben sie zu viel Strom in ihrem Bilanzkreis, können sie den überschüssigen Strom an der Börse verkaufen. Um sicherzustellen, dass diese Verpflichtungen auch tatsächlich eingehalten werden und der Bilanzkreis ausgeglichen ist, müssen die Stromversorger bei Verletzung ihrer Pflicht zur Herstellung des Gleichgewichts von Aus- und Einspeisung teure Ausgleichsenergie zukaufen.¹⁸ Die

13 A. Ockenfels/M. O. Bettzüge, Wettbewerb in den nicht-regulierten Stufen der Strom- und Gasmärkte, in: J. Baur/P. Salje/M. Schmidt-Preuß (Hrsg.), *Regulierung in der Energiewirtschaft*, 2. Aufl., Köln 2016, Rn. 7.

14 P. Zweifel/A. Praktiknjo/G. Erdmann, *Energy Economics*, Berlin 2017, S. 273.

15 Dazu zählen etwa der Regulenergiemarkt oder Redispatch-Maßnahmen, vgl. *Theobald/Theobald*, *Grundzüge* (Fn. 12), S. 220 ff.

16 § 3 Nr. 10d Energiewirtschaftsgesetz, BGBl. I S. 3621/1970.

17 §§ 85 ff. Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz 2010 (EIWOG 2010), BGBl. I 110/2010.

18 Für Deutschland vgl. §§ 4 ff. Stromnetzzugangsverordnung, BGBl. I S. 2243/2005; für Österreich vgl. §§ 23, 85 ff. EIWOG 2010.

Übertragungsnetzbetreiber sorgen dafür, dass alle Bilanzkreise innerhalb ihres Übertragungsnetzgebiets ausgeglichen sind.¹⁹

Zuletzt sind die Merit-Order und die Preisbildung an der Strombörse zu erläutern. Im Day-Ahead-Handel bietet jeder Stromerzeuger die Lieferung einer bestimmten Menge Strom für jede Stunde oder für Stundenblöcke des darauffolgenden Tags zu einem bestimmten Preis pro MWh an. Maßgeblich für den Preis sind die Verfügbarkeit von Kraftwerkskapazität und die kurzfristigen Grenzkosten des jeweiligen Kraftwerks.²⁰ Der Betreiber der Strombörse reiht die Angebote nach dem angebotenen Preis. Diese Reihung ist die Merit-Order. Die Erzeugung aus Erneuerbare-Energien-Anlagen ist am billigsten, Gas am teuersten.²¹ Wie hoch der Preis ist, bestimmt sich nun nach der Nachfrage. Für die Deckung der Nachfrage werden zuerst die günstigsten Anlagen eingesetzt. Genügen diese nicht, um die Nachfrage zu decken, kommen Atomkraftwerke, Kohlekraftwerke und zum Schluss Gaskraftwerke an die Reihe. Der Preis ist so hoch wie der Preis desjenigen Kraftwerks, dessen Kapazität noch notwendig ist, um die Nachfrage nach der letzten MWh zu decken (Grenzkraftwerk). Erhöht sich die Nachfrage bei gleichbleibendem Angebot, wird der Preis höher. Wird weniger angeboten bei gleichbleibender Nachfrage, wird der Preis auch höher. Jeder Stromerzeuger, dessen Kapazität für die Deckung der Nachfrage in Anspruch genommen wird, erhält denselben Preis für seinen Strom (markträumender Gleichgewichtspreis). Das bedeutet Kraftwerke mit niedrigen Grenzkosten, etwa Laufwasserkraftwerke, erhalten denselben Preis wie Kraftwerke mit hohen Grenzkosten und haben entsprechend höhere Gewinnmargen.²² Dieser markträumende Gleichgewichtspreis ist für den gesamten Stromsektor bedeutsam, da er auch außerhalb des Börsenhandels den maßgeblichen Referenzpunkt darstellt.²³

19 Für eine ausführliche Erklärung zu Bilanzkreisen und -gruppen vgl. *R. Pirstner-Ebner*, *Energierecht*, Wien 2020, S. 72 f.; *A. Lüdtker-Handjery* in: C. Theobald/J. Kühling (Hrsg.), *Energierecht*, 119. EL, München 2023, *StromNZV* § 5 Rn. 1 ff.

20 *T. Heymann*, *Der Strommarkt 2.0 im Lichte des europäischen und deutschen (Wettbewerbs) Rechts*, Baden-Baden 2019, S. 45 f.

21 *Storr*, *Energierecht* (Fn. 5), S. 226 f.

22 *F. J. Säcker*, *Marktabgrenzung, Marktbeherrschung, Markttransparenz und Machtmissbrauch auf den Großhandelsmärkten für Elektrizität*, Frankfurt a. M. 2011, S. 119.

23 *Ockenfels/Bettzüge*, *Wettbewerb* (Fn. 13), Rn. 11.

II. Wettbewerbliche Besonderheiten des Strommarkts im Vergleich mit herkömmlichen Märkten

Der Stromsektor funktioniert also in vielerlei Hinsicht anders als andere Märkte. Daraus ergeben sich einige Besonderheiten für den Wettbewerb.

Strom ist ein homogenes Produkt, dessen wichtigster Wettbewerbsparameter der Preis ist.²⁴ Unternehmen können deswegen nur beschränkt mittels Innovation Wettbewerbsdruck aufeinander ausüben. Darüber hinaus ist die Nachfrage nach Strom kurzfristig unelastisch.²⁵ Da der Strombedarf auf kurze Sicht nur eingeschränkt erhöht oder verringert werden kann, haben kurzfristige Strompreisschwankungen keine Auswirkungen auf die Nachfrage.

Die Ausübung von Marktmacht am Stromerzeugungsmarkt kann sich durch Kapazitätszurückhaltungen äußern.²⁶ Durch die Zurückhaltung von Erzeugungskapazität (Verknappung des Angebots) erhöht sich bei gleichbleibender Nachfrage der Preis. Wird die Kapazität eines Grenzkraftwerks nicht angeboten, müssen die nächstteureren Kraftwerke herangezogen werden, wodurch der markträumende Gleichgewichtspreis höher wird. Eine solche Zurückhaltung kann physisch oder wirtschaftlich erfolgen. Physische Kapazitätszurückhaltung bedeutet, dass das Kraftwerk dem Markt vorenthalten wird, obwohl es profitabel hätte angeboten werden können. Bei einer wirtschaftlichen Kapazitätszurückhaltung wird die Kapazität zwar angeboten, jedoch zu einem Preis, der deutlich über den Grenzkosten und damit dem markträumenden Gleichgewichtspreis liegt.²⁷ Diese Strategie ist für einen Stromerzeuger nur dann profitabel, wenn er mit der angebotenen Leistung anderer Kraftwerke von dem höheren Preis profitieren kann und die erhöhte Einnahmequelle den Ausfall der Kapazität kompensiert.²⁸ Begünstigt wird dieses Vorgehen durch die kurzfristig unelastische Nachfrage, die auf den kurzfristigen, potentiell substantiellen Preisanstieg nur mit sehr geringen Nachfragerückgängen reagiert.²⁹ Die Analyse von Marktmacht

24 Löschel/Rübbelke/Ströbele/Pfaffenberger/Heuterkes, *Energiewirtschaft* (Fn. 5), S. 341.

25 Löschel/Rübbelke/Ströbele/Pfaffenberger/Heuterkes, *Energiewirtschaft* (Fn. 5), S. 350 ff.; Ockenfels/Bettzüge, *Wettbewerb* (Fn. 13), Rn. 8.

26 Ockenfels/Bettzüge, *Wettbewerb* (Fn. 13), Rn. 25 ff.; *Monopolkommission*, Sondergutachten 54: Strom und Gas 2009, Rn. 180.

27 Säcker, *Marktabgrenzung* (Fn. 22), S. 120.

28 *Monopolkommission*, Sondergutachten 54 (Fn. 26), Rn. 175.

29 *Monopolkommission*, Sondergutachten 54 (Fn. 26), Rn. 175.

im Strommarkt geht also auch immer der Frage nach, ob Stromerzeuger Anreize haben, Kapazitäten vom Markt zurückzuhalten.³⁰

C. Faktoren zur Beurteilung von Marktmacht im Stromerzeugungs- und -großhandelsmarkt

Nach einer kurzen Einführung in das Konzept der Marktmacht, werden in diesem Kapitel die Faktoren vorgestellt, die regelmäßig zur Beurteilung von Marktmacht im Stromerzeugungs- und -großhandelsmarkt herangezogen werden. Hierfür wird primär auf die Rechtsprechungspraxis der Europäischen Kommission und des Bundeskartellamts (BKartA) zurückgegriffen.

Marktmacht und die damit einhergehenden Ineffizienzen sind das wesentliche Anliegen des Kartellrechts.³¹ Der Europäische Gerichtshof (EuGH) und die Europäische Kommission definieren Marktmacht aus kartellrechtlicher Sicht als die Fähigkeit des Unternehmens, sich unabhängig von anderen Marktteilnehmern zu verhalten.³² Der Wettbewerb kann seine disziplinierende Wirkung auf marktmächtige Unternehmen nicht oder nur beschränkt ausüben. Deswegen wird wettbewerblich relevantes Verhalten von marktmächtigen Unternehmen durch das Kartellrecht besonders kritisch beurteilt.

Marktmacht kann immer nur auf einem bestimmten Markt bestehen.³³ Da dieser Beitrag die Marktmacht von Stromerzeugern behandelt, wird, der ständigen Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission folgend, ein Stromerzeugungs- und -großhandelsmarkt abgegrenzt, der die Produktion und den Import von Strom und die Vermarktung an Stromweiterverteiler und -händler umfasst.³⁴ Dieser Markt wird grundsätzlich national abge-

30 Vgl. etwa das Verfahren der Kommission gegen E.ON wegen ebendieser Praktik, *Deutscher Stromgroßhandelsmarkt, Regelle Energiemarkt* (Fn. 4), Rn. 28 ff.; vgl. auch *GDF Suez/International Power* (COMP/M.5978) Entscheidung der Kommission [2011] ABl. C 60, Rn. 79 ff.

31 Vgl. nur *R. van den Bergh*, *Comparative Competition Law and Economics*, Cheltenham, UK: Edward Elgar 2017, S. 124.

32 Statt vieler EuGH Rs. 27/76, *United Brands*, ECLI:EU:C:1978:22, Rn. 63/66.

33 *C. Jung* in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der EU*, 78. EL, München 2023, AEUV Art. 102 Rn. 33.

34 *RWE/E.ON Assets* (M.8871) Entscheidung der Kommission [2019] ABl. C 111, Rn. 13; *Sydskraft/Granięe* (COMP/M.3268) Entscheidung der Kommission [2003] ABl. C 297, Rn. 19.

grenzt, mit der Ausnahme von Deutschland und Luxemburg, die einem gemeinsamen geographischen Markt angehören.³⁵

Die Faktoren, die Marktmacht beeinflussen können, sind vielfältig und je nach Markt unterschiedlich. Für die Zwecke dieser Untersuchung wurden die im Stromsektor besonders relevanten Faktoren ausgewählt und in zwei Gruppen zusammengefasst. Einerseits gibt es marktbezogene Marktmachtfaktoren, die sich aufgrund der Eigenschaften des Markts und dessen besonderer Struktur ergeben. Andererseits kann man unternehmensbezogene Marktmachtfaktoren feststellen, die aus der Marktposition und den Eigenschaften der jeweiligen Unternehmen resultieren.

I. Marktbezogene Marktmachtfaktoren der stromerzeugenden Unternehmen

1. Marktanteile als Indikator für Marktmacht

Ausgangspunkt der kartellrechtlichen Analyse von Marktmacht ist in der Regel der Marktanteil.³⁶ Marktanteile stellen den prozentuellen Anteil des Umsatzes eines Unternehmens am mengenmäßigen oder wertmäßigen Gesamtvolumen eines Markts dar. Im Bereich der Stromerzeugung kann der Marktanteil kapazitäts-, mengen- oder wertbezogen berechnet werden. Am aussagekräftigsten ist eine Berechnung nach tatsächlichen Erzeugungsmengen.³⁷

35 So etwa in *Verbund/Energie Allianz* (COMP/M.2947) Entscheidung der Kommission [2003] ABl. L 92, Rn. 57; *Edison/Hellenic Petroleum JV* (COMP/M.5249) Entscheidung der Kommission [2008] ABl. C 255, Rn. 13; *RWE/E.ON Assets* (Fn. 34), Rn. 17 f.; *RWE/Newco Eemshaven* (M.10713) Entscheidung der Kommission [2022] ABl. C 30, Rn. 16; vgl. auch A. Godde, *Marktabgrenzung im Stromsektor*, Baden-Baden 2013, S. 264, 269; S. Klaue/H.-P. Schwintowski, *Die Abgrenzung des räumlich-relevanten Marktes bei Strom und Gas nach deutschem und europäischem Kartellrecht*, BB-Special 2/2010, 1 (5).

36 *Kommission*, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen [2009] ABl. C 45, S. 7, Rn. 13; *BKartA*, Wettbewerbsverhältnisse im Bereich der Erzeugung elektrischer Energie 2021 (Marktmachtbericht), 2022, Rn. 51, 70.

37 *BKartA*, Marktmachtbericht 2021 (Fn. 36), Rn. 70 f.; vgl. etwa *BEH Electricity* (AT.39767) Entscheidung der Kommission [2015] ABl. C 334, Rn. 39; *RWE/Stadtwerke Unna* (B8–94/11) Beschluss des BKartA [2011], Rn. 42 ff.

Ab welchem Prozentsatz ein Unternehmen über Marktmacht verfügt, kann nicht eindeutig festgelegt werden und muss immer im Einzelfall aufgrund der sonstigen Marktgegebenheiten analysiert werden. Je höher die Marktanteile sind, umso höher ist auch die Marktmacht des Unternehmens. Laut einer Studie im Auftrag der Europäischen Kommission ist ein Marktanteil von mehr als 20 % bereits Grund zur Sorge.³⁸

2. Wettbewerber mit Ausübung tatsächlichen Wettbewerbsdrucks

In der Regel geht der bedeutendste Wettbewerbsdruck für Unternehmen von ihren schon bestehenden Wettbewerbern aus. Deren Marktstellung ist für die Analyse von Marktmacht unerlässlich. Primär entscheidend ist, wie hoch der Marktanteil der Wettbewerber ist und wie die verschiedenen Marktanteile zueinander stehen. Je höher die Marktanteile der Wettbewerber sind und je geringer der Abstand zwischen den Marktanteilen ist, umso größeren Wettbewerbsdruck können die Unternehmen aufeinander ausüben.³⁹

Das Verhalten von Unternehmen wird von ihren Wettbewerbern beobachtet und gegebenenfalls wettbewerbslich sanktioniert. Dies funktioniert regelmäßig so, dass die Wettbewerber bei einem Preisanstieg durch ein Unternehmen ihre Preise entweder beibehalten oder weniger stark anheben. Dadurch wechseln die Kunden zu den günstigeren Wettbewerbern und ein Preisanstieg hat keine wirtschaftlichen Vorteile für das Unternehmen. Aufgrund des Merit-Order-Systems im Stromerzeugungs- und -großhandelsmarkt funktioniert die Sanktionierung anders. Hält ein Stromerzeuger seine Stromproduktion zurück, um den Preis in die Höhe zu treiben, können seine Wettbewerber ihre Stromproduktion erhöhen und diese Preisstrategie vereiteln. Wie hoch der Wettbewerbsdruck ist, der von anderen Stromerzeugern ausgeht, hängt also nicht alleine von den jeweiligen Marktanteilen ab. Entscheidend ist insbesondere auch, ob die Wettbewerber Kapazitäten haben, mit denen sie die mit der Kapazitätszurückhaltung verfolgte Preisstrategie vereiteln können, insbesondere flexible Kraftwerke.⁴⁰

38 *Kommission*, The economic impact of enforcement of competition policies on the functioning of EU energy markets, 2016, S. 19.

39 Vgl. *Jung* (Fn. 33), AEUV Art. 102 Rn. 91.

40 Vgl. *Monopolkommission*, Sondergutachten 54 (Fn. 26), Rn. 174.

3. Marktzutrittsschranken behindern den Markteintritt neuer Wettbewerber

Wettbewerbsdruck kann auch von Unternehmen ausgehen, die bisher nicht am Strommarkt tätig waren. Ist es diesen relativ schnell möglich, in den Markt einzutreten, üben auch sie Wettbewerbsdruck aus und die Marktmacht ist entsprechend geringer. Das Vorhandensein von Marktzutrittsschranken verhindert oder verlangsamt den Eintritt neuer Wettbewerber in den Markt und erhöht dementsprechend die vorhandene Marktmacht.⁴¹

Die Europäische Kommission hat wiederholt festgestellt, dass es am Stromerzeugungs- und -großhandelsmarkt hohe Marktzutrittsschranken gibt.⁴² Regulatorische Hindernisse bestehen in den Bau- und sonstigen Genehmigungen, die für die Errichtung neuer Kraftwerke eingeholt werden müssen. Um in den Markt für die Stromerzeugung eintreten zu können, müssen erhebliche Anfangsinvestitionen für den Bau von neuen Kraftwerken getätigt werden, die mit langen Amortisationszeiträumen verbunden sind.⁴³

Nach Errichtung des Kraftwerks muss der erzeugte Strom entsprechend vermarktet werden. Für die Teilnahme am Börsenhandel ist ein gewisses technisches Know-how erforderlich. Soll der Strom nicht über die Strombörse gehandelt werden, müssen alternative Vertriebswege in bilateralen Verhandlungen oder über Stromdienstleister gefunden werden. Hinzu kommt die Verantwortlichkeit für einen eigenen Bilanzkreis.⁴⁴ In diesem Zusammenhang haben bestehende Marktteilnehmer erhebliche Vorteile, da sie in der Regel bereits über das notwendige Know-how und entsprechende Vertriebswege verfügen.

Hinzu kommen besondere Marktzutrittsschranken für konventionelle Kraftwerke. In Deutschland dürfen Kernkraftwerke nicht mehr zugebaut

41 A. Fuchs in: U. Immenga/E.-J. Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. I, 6. Aufl., München 2019, AEUV Art. 102 Rn. 97 ff.

42 EDF/EnBW (COMP/M.1853) Entscheidung der Kommission [2001] ABl. L 59, Rn. 32 ff.; Verbund/Energie Allianz (Fn. 35), Rn. 65 ff.; E.ON/Fortum (COMP/M.3173) Entscheidung der Kommission [2003] ABl. C 157, Rn. 9; RWE/Essent (COMP/M.5467) Entscheidung der Kommission [2009] ABl. C 222, Rn. 239.

43 Vgl. European Parliament, Competition Policy and an Internal Energy Market, PE 607.327, 2017, S. 27; Deutscher Stromgroßhandelsmarkt, Regelenergiemarkt (Fn. 4), Rn. 21.

44 Verbund/Energie Allianz (Fn. 35), Rn. 71, 119.

werden,⁴⁵ in Österreich wurde noch nie ein Atomkraftwerk in Betrieb genommen.⁴⁶ Das Potenzial zum Ausbau von Wasserkraftwerken ist erheblich eingeschränkt, da der Großteil der vorhandenen Ressourcen bereits ausgeschöpft ist. So ist in Österreich über 70 % des Wasserkraft-Potenzials in Fließgewässern ausgebaut;⁴⁷ in Deutschland sind es 80 %.⁴⁸ Die Braunkohletagebaureviere sind vollständig in der Hand von RWE, Vattenfall und E.ON.⁴⁹ In Österreich ist seit 2020 kein Kohlekraftwerk mehr in Betrieb.⁵⁰ Seit dem beschlossenen Kohleausstieg Deutschlands 2020 ist der Bau neuer Stein- und Braunkohleanlagen verboten.⁵¹ Ein Zubau konventioneller Kraftwerke, mit Ausnahme von Gaskraftwerken, ist also schon aufgrund natürlicher und rechtlicher Gegebenheiten nicht möglich.

4. Grenzüberschreitender Stromhandel übt Wettbewerbsdruck aus

Spürbaren Wettbewerbsdruck können auch Stromim- und -exporte ausüben. Aufgrund nicht ausreichend ausgebauter Grenzkuppelstellenkapazität werden keine räumlich relevanten Märkte, die größer als der deutsch-österreichische Markt sind, abgegrenzt.⁵² Nichtsdestotrotz wird zunehmend Handel zwischen den nationalen Stromerzeugungsmärkten betrieben. Steigt der Preis an einem Markt, etwa durch Kapazitätszurückhaltungen, führt dies, bei vorhandener Grenzkuppelstellenkapazität, zu einem verstärkten Import von Strom. Dadurch wird der Preiseffekt wieder abgeschwächt.⁵³

45 § 7 Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren, BGBl. I S. 814/1959.

46 Vgl. § 2 Bundesverfassungsgesetz für ein atomfreies Österreich, BGBl. I 149/1999.

47 *Umweltdachverband*, Aktuelle Wasserkraftwerksplanungen in Österreich, 2017.

48 *Umweltbundesamt*, Nutzung von Flüssen: Wasserkraft, 2019.

49 *C. Lang*, Marktmacht und Marktmachtmessung im deutschen Großhandelsmarkt für Strom, Wiesbaden 2007, S. 2.

50 *S. Grasel*, Das letzte Kohlekraftwerk Österreichs ist Geschichte. Energie aus Kohle aber nicht., *Trendingtopics* 2020.

51 § 53 Kohleverstromungsbeendigungsgesetz, BGBl. I S. 1818/2020.

52 Die Europäische Kommission grenzt die europäischen Stromerzeugungsmärkte regelmäßig als nationale Märkte ab, *C. König*, Engpassmanagement in der deutschen und europäischen Elektrizitätsversorgung, Baden-Baden 2013, S. 341 ff.; vgl. weiters *L. Sandberg/L. Davies*, The relevant geographic market – Electricity, in: *L. Hancher/C. Jones* (Hrsg.), *EU Competition Law and Energy Markets*, 4. Aufl., Deventer, NL: *Claeys & Casteels* 2019, Rn. 2.110.

53 Vgl. auch *Monopolkommission*, Sondergutachten 54 (Fn. 26), Rn. 333; *BKartA*, Markt-machtbericht 2021 (Fn. 36), Rn. 85.

II. Unternehmensbezogene Marktmachtfaktoren begünstigen etablierte Stromerzeuger

Obwohl Strom ein homogenes Produkt ist, ist Stromerzeugung nicht gleich Stromerzeugung. Gewisse organisations- und größenbezogene Faktoren von Unternehmen begünstigen eine marktmächtige Stellung ihrerseits.

Hierzu gehört zunächst ein *vorteilhaftes Kraftwerksportfolio*. Die einzelnen Kraftwerke produzieren Strom zu unterschiedlichen Grenzkosten und mit verschieden hoher Flexibilität.⁵⁴ So haben Gaskraftwerke die höchsten Grenzkosten, sind aber am flexibelsten. Atomkraftwerke haben sehr niedrige Grenzkosten, ihre Stromproduktion kann jedoch nicht kurzfristig auf- oder abgeregelt werden, sondern ist immer konstant. Pumpspeicherkraftwerke sind äußerst flexibel und können mit niedrigeren Kosten Strom speichern und produzieren. Laufwasserkraftwerke bieten eine konstante Stromerzeugung zu niedrigen Kosten. Windkraft- und Photovoltaikanlagen sind in der Erzeugung unflexibel, produzieren jedoch den kostengünstigsten Strom. Ein Unternehmen, das in seinem Portfolio möglichst viele verschiedene Kraftwerke hat, kann sowohl die Kosten- als auch die Flexibilitätsvorteile nutzen. In Spitzenlastzeiten können sie mit ihren flexiblen Kraftwerken von hoher Nachfrage und entsprechend hohen Preisen profitieren. Insbesondere können nur für solche Stromerzeuger Kapazitätszurückhaltungen eine sinnvolle Strategie sein.⁵⁵ Sie können etwa die Kapazität von Grenzkraftwerken zurückhalten und mit ihren günstigen Kraftwerken umso mehr von dem resultierenden Preisanstieg profitieren. In Deutschland haben die großen Stromerzeuger traditionell eine solche breite Angebotspalette.⁵⁶

Stromerzeuger mit vielen Kunden und Kraftwerksarten können in Bezug auf die Kosten für ihren Bilanzkreis von *Skaleneffekten* profitieren. Der Strombedarf der vielen Kunden und der flexible Einsatz der eigenen Kraftwerke führen dazu, dass sich der Bilanzkreis des Stromlieferanten selbständig ausgleicht und entsprechend die Kosten für Ausgleichsenergie reduziert.⁵⁷ In der Vergangenheit haben außerdem das Vorhandensein von

54 Vgl. die Übersicht bei *European Parliament*, Competition policy (Fn. 43), S. 26.

55 Vgl. *Monopolkommission*, Sondergutachten 54 (Fn. 26), Rn. 175.

56 *Monopolkommission*, Sondergutachten 54 (Fn. 26), Rn. 175.

57 C. Jones, Merger control in the electricity and gas sectors, in: L. Hancher/C. Jones (Fn. 52), Rn. 4.158.

weitreichenden *Kapitalverflechtungen* und *vertikaler Integration* zum Befund von Marktmacht geführt.⁵⁸

III. Residual Supply Index: ein besonderer Ansatz für Stromerzeugung

Das BKartA verwendet in ständiger Praxis den Residual Supply Index (RSI) als Hilfsmittel zur Ermittlung von Marktmacht im Stromerstabatzmarkt.⁵⁹ Der Index gibt an, ob die im Markt verbleibende Kapazität, wenn ein Unternehmen ausfällt, ausreicht, um die Gesamtnachfrage zu decken. Ist das nicht der Fall, ist das Unternehmen ein unverzichtbarer Anbieter. Ist das Unternehmen in mehr als 5 % der gemessenen Zeiträume unverzichtbar, wird angenommen, dass es über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.⁶⁰ In den Jahren 2007 und 2008 waren die vier größten deutschen Stromerzeuger (RWE, E.ON, Vattenfall, EnBW) in deutlich mehr als 5 % der Zeit unverzichtbar und damit marktmächtig.⁶¹

D. Erneuerbare-Energien-Anlagen und ihr Einfluss auf die Marktmacht von Stromerzeugern

In diesem Kapitel wird aufgezeigt, wie sich der Ausbau von Erneuerbare-Energien-Anlagen auf die verschiedenen Marktmachtfaktoren auswirkt und vor welche Herausforderungen sie die Stromwirtschaft stellen.

58 So etwa in *Deutscher Stromgroßhandelsmarkt, Regelenenergiemarkt* (Fn. 4), Rn. 17; vgl. auch *Kommission, Inquiry* (Fn. 44), Rn. 449 ff.

59 Zum ersten Mal in *BKartA*, Sektoruntersuchung Stromerzeugung und -großhandel, 2011 angewendet und wird auch weiterhin eingesetzt, vgl. *BNetzA/BKartA*, Leitfaden (Fn. 3), Rn. 45 ff. Das BKartA grenzt den relevanten Markt der Stromerzeugung ohne die Erneuerbare-Energien-Anlagen, die dem EEG unterfallen, ab. Da diese aber indirekt in die RSI-Analyse miteinfließen, hat dieser für den gesamten Stromerzeugung- und -großhandelsmarkt Aussagekraft, vgl. *BKartA*, Sektoruntersuchung (Fn. 59), S. 103.

60 *BKartA*, Wettbewerbsverhältnisse im Bereich der Erzeugung elektrischer Energie 2022 (Marktmachtbericht), 2023, Rn. 93.

61 *BKartA*, Sektoruntersuchung (Fn. 59), S. 105.

I. Positive Auswirkungen von Erneuerbare-Energien-Anlagen auf den Wettbewerb

Der Einsatz von Erneuerbare-Energien-Anlagen hat vorhandene *Marktzutrittsschranken* erheblich gesenkt und den Markteintritt neuer Wettbewerber begünstigt. Primär ist dies durch die staatliche Förderung von Erneuerbare-Energien-Anlagen geschehen. Dies war eine bewusste politische Entscheidung für den Ausbau dieser Kraftwerksarten, der vom Markt alleine nicht gestemmt hätte werden können. In Deutschland⁶² wird der Ausbau von Erneuerbare-Energien-Anlagen unter anderem durch die Verpflichtungen der Netzbetreiber, die Anlagen an das Netz anzuschließen⁶³ und den gesamten produzierten Strom abzunehmen,⁶⁴ sowie durch ein garantiertes Entgelt für den produzierten Strom⁶⁵ gefördert. In Österreich wurde 2021 das Erneuerbaren-Ausbau-Gesetz (EAG)⁶⁶ eingeführt, das Erneuerbare-Energien-Anlagen durch die Zahlung von Marktprämien⁶⁷ und Investitionszuschüssen⁶⁸ fördert.⁶⁹

Jedoch ist der Bau neuer Windkraft- und Photovoltaikanlagen auch außerhalb des Förderregimes günstiger möglich. Konventionelle Stromkraftwerke, wie Gas-, Kohle-, Atom- und Wasserkraftwerke, erfordern zur Rentabilität immer eine gewisse Größe. Potenzielle Wettbewerber müssen daher besonders hohe Investitionen tätigen, um überhaupt auf dem Markt tätig werden und Erlöse erzielen zu können. Bei Windkraft- und Photovoltaikanlagen hingegen ist der Bau „kleinerer“ Anlagen mit geringeren Kosten möglich. Unternehmen können also schneller auf den Markt treten. Zusätzlich stehen Windkraft- und Photovoltaikanlagen keine natürlichen Schranken im Weg. Anders als bei konventionellen Kraftwerken, ist weder

62 In Deutschland wurde 2000 das Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) eingeführt, das seitdem mehrmals novelliert wurde; zuletzt 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 405). Vgl. weiterführend C. Theobald/J. Kühling (Hrsg.), *Energierecht*, Bd. I, 120. EL, München 2023, *Erneuerbare Energien*.

63 § 8 Abs. 1 EEG 2023.

64 § 11 Abs. 1 EEG 2023.

65 §§ 19 ff. EEG 2023.

66 BGBl. I 150/2021.

67 §§ 9 ff. EAG.

68 §§ 55 ff. EAG.

69 Das EAG ersetzt zu einem großen Teil das bisher geltende Förderregime des Ökostromgesetzes 2012, BGBl. I. 75/2011. Vgl. weiterführend Storr, *Energierecht* (Fn. 5), S. 246 ff.

in Österreich noch in Deutschland das vollständige Ausbaupotential ausgenutzt.

Darüber hinaus ermöglichen Windkraft- und Photovoltaikanlagen Endverbrauchern, ihren Strom *selbst zu produzieren*. Sie haben dadurch alternative Möglichkeiten, ihren Strom zu beziehen und sind weniger von marktmächtigen Stromerzeugern abhängig.

Mehr Wettbewerber, mehrere kleinere Anlagen und die Produktion durch Stromverbraucher selbst führen zu einer *Dezentralisierung* der Stromerzeugung. Die Stromerzeugung ist daher nicht in den Händen einiger weniger Unternehmen konzentriert. Die Dekonzentration sowie die volatile Stromerzeugung⁷⁰ machen es für die Stromerzeuger wesentlich schwieriger, Kapazitätszurückhaltungen einzusetzen, da das Angebot und die Nachfrage sehr stark schwanken und dadurch nicht vorhersehbar ist, wann Kapazitätszurückhaltungen profitabel eingesetzt werden können.

Der stetig ansteigende Einsatz von Erneuerbare-Energien-Anlagen führt zu einer Verschiebung der *Marktanteile*. Der Anteil des von großen, etablierten Energieunternehmen produzierten Stroms an der gesamten Stromerzeugung wird geringer.⁷¹ Diese Entwicklung findet statt, obwohl die größten Stromerzeuger selbst ebenfalls Erneuerbare-Energien-Anlagen betreiben. Dies verdeutlicht, dass der Rückgang von Marktzutrittsschranken den Markteintritt neuer Wettbewerber und den Ausbau der Marktstellung bestehender Wettbewerber merklich begünstigt. Aufgrund der Marktabgrenzung des BKartA, die Stromerzeugung aus EEG-geförderten Anlagen ausklammert, gibt es keine aktuellen Daten zu Marktanteilen an der gesamten deutschen Stromerzeugung. Nichtsdestotrotz kann man schon anhand der sinkenden Marktanteile im vom BKartA abgegrenzten Markt eine Verringerung der Marktmacht erkennen. So hatten die vier größten Stromerzeuger Deutschlands im Jahr 2008 einen Anteil von 84 % (RWE: 36 %, E.ON: 22 %, Vattenfall: 15 %, EnBW: 11 %) an der Nettostromerzeugung.⁷² Im Jahr 2021 hatten die fünf größten Stromerzeuger nur mehr einen Anteil von 66,9 % (RWE: 26,1 %, LEAG: 15,7 %, EnBW: 11,4 %, E.ON: 9,2 %, Vattenfall: 4,5 %).⁷³ In demselben Jahr betrug der Anteil erneuerbarer Energien an

70 Siehe sogleich unter Punkt D.II.

71 Vgl. *BKartA/BNetzA*, Monitoringbericht 2017, S. 22 f.

72 *BKartA*, Sektoruntersuchung 2011 (Fn. 59), S. 90.

73 *BKartA*, Marktmachtbericht 2022 (Fn. 60), Rn. 72.

der deutschen Stromerzeugung 45,4 %.⁷⁴ Hinzu tritt, dass der Anteil dieser Unternehmen an der Stromproduktion von EEG-geförderten Anlagen lediglich rund 6,4 % beträgt. Bei einer Berechnung der Marktanteile in einem sachlichen Markt, der den EEG-geförderten Strom miteinbezieht, wären die Marktanteile erheblich geringer.⁷⁵ Welche Auswirkungen ein geringerer Marktanteil auf den Wettbewerb hat, hat das Missbrauchsverfahren der Europäischen Kommission gegen E.ON gezeigt. E.ON verpflichtete sich zum Verkauf von 5000 MW Kraftwerkskapazität aufgrund eines vermuteten missbräuchlichen Verhaltens durch Kapazitätszurückhaltung und hatte dadurch einen geringeren Anteil an der Nettostromerzeugung.⁷⁶ Diese Maßnahme führte zu niedrigeren Großhandelspreisen.⁷⁷

Auch das BKartA hat seit der Sektoruntersuchung 2011 in Anwendung des RSI einen Rückgang der Marktmacht festgestellt. Kein Stromerzeuger war bis 2020 für mehr als 5 % der gemessenen Zeiträume unverzichtbar für die Deckung der Nachfrage.⁷⁸

Anhand des bisher Ausgeführten kann festgehalten werden, dass Erneuerbare-Energien-Anlagen grundsätzlich wettbewerbsfördernd sind und zu einem Rückgang von Marktmacht im Stromsektor führen können.⁷⁹

II. Die Volatilität der erneuerbaren Stromerzeugung als Marktmachtfaktor

Wie zu Beginn bereits erläutert, kommen Erneuerbare-Energien-Anlagen in der Merit-Order zuerst an die Reihe, da sie Strom am günstigsten produzieren. Zu Zeiten, wo viel erneuerbarer Strom produziert wird, führt dies grundsätzlich zu einem niedrigen markträumenden Gleichgewichtspreis.⁸⁰

74 BMWi, Erneuerbare Energien 2020 – Daten der Arbeitsgruppe Erneuerbare Energien Statistik, S. 3.

75 BKartA, Marktmachtbericht 2022 (Fn. 60), Rn. 73.

76 Deutscher Stromgroßhandelsmarkt, Regelenergiemarkt (Fn. 4).

77 Kommission, economic impact (Fn. 38), S. 35.

78 BKartA, Wettbewerbsverhältnisse im Bereich der Erzeugung elektrischer Energie 2020 (Marktmachtbericht), 2020, Rn. 88 ff.; RWE/E.ON (B8–28/19) Beschluss des BKartA [2019], S. 8.

79 Zum Ergebnis rückläufiger Marktmachttendenzen gelangen auch BKartA und BNetzA, Monitoringbericht 2014, S. 32; BKartA/BNetzA, Monitoringbericht 2015, S. 38; BKartA/BNetzA, Monitoringbericht 2016, S. 38; BKartA/BNetzA, Monitoringbericht 2017, S. 22, 44; BKartA/BNetzA, Monitoringbericht 2018, S. 45; BKartA/BNetzA, Monitoringbericht 2019, S. 49 f.; BKartA/BNetzA, Monitoringbericht 2020, S. 42 f.; BKartA/BNetzA, Monitoringbericht 2021, S. 48.

Jedoch kann die Stromproduktion aus Wind- und Sonnenkraft nicht gesteuert werden, sondern ist vom Wetter abhängig. Diese *Volatilität* der Stromerzeugung ist das größte Problem von Windkraft- und Photovoltaikanlagen und stellt die Stromwirtschaft vor große Herausforderungen.⁸¹

Die Herstellung des physikalisch notwendigen Gleichgewichts zwischen Aus- und Einspeisung in den Stromnetzen wird dadurch erheblich erschwert. Die volatile Stromerzeugung von Erneuerbare-Energien-Anlagen muss durch flexible, konventionelle Kraftwerke – insbesondere Gas- und Wasserkraftwerke – ausgeglichen werden. Diese müssen entweder bei zu hoher Stromproduktion abgeschaltet werden oder bei zu niedriger Stromproduktion ihre Produktion erhöhen. Daraus ergeben sich vielseitige Folgen für die Marktmacht der Betreiber konventioneller Kraftwerke.

Die Volatilität der Stromerzeugung stellt eine *Marktzutrittschranke* für neue Wettbewerber dar. Einerseits ist die Vermarktung von Strom aus Erneuerbare-Energien-Anlagen komplizierter, da keine garantierte Strommenge produziert und verkauft werden kann und dies entsprechende Vertragsgestaltungen benötigt. Andererseits können die Kosten für die Führung eines Bilanzkreises erheblich höher sein. Die sehr kurzfristigen Schwankungen in der Produktion erfordern teure, kurzfristige Zu- und Verkäufe von Strom im Intraday-Handel und unter Umständen die Zahlung von Ausgleichsenergie. In diesem Zusammenhang haben die großen Stromerzeuger mit einem diversifizierten Kraftwerksportfolio, das ihnen erlaubt, ihren Bilanzkreis mithilfe ihrer eigenen Kraftwerke auszugleichen, und entsprechendem Know-how in der Vermarktung einen erheblichen Wettbewerbsvorteil.

Darüber hinaus nehmen die konventionellen, flexiblen Kraftwerke an Bedeutung zu. Dies wird dadurch verstärkt, dass vermehrt konventionelle Kraftwerke, wie Atom- und Kohlekraftwerke, vom Netz genommen werden.⁸² Dadurch stehen dem Markt immer weniger Kraftwerke zur Verfügung, die eine bestimmte Menge Strom zuverlässig erzeugen. Ist nun die Stromerzeugung durch Erneuerbare-Energien-Anlagen aufgrund der Wetterlage gering und die Nachfrage hoch, werden flexible Kraftwerke zur

80 Sogenannter Merit-Order-Effekt von erneuerbaren Energien, vgl. *Heymann*, Strommarkt (Fn. 20), S. 62 ff.

81 *B. Moreno/G. Díaz*, The impact of virtual power plant technology composition on wholesale electricity prices: A comparative study of some European Union electricity markets, *Renewable and Sustainable Energy Reviews* 2019, 100.

82 *BKartA/BNetzA*, Monitoringbericht 2022, S. 4.

Deckung der Nachfrage und Herstellung des Gleichgewichts im Netz benötigt. Die Marktstellung der großen Stromerzeuger wird dadurch wiederum verstärkt. Da die in der Regel von ihnen betriebenen, flexiblen Kraftwerke *unerlässlich* zur Deckung des Strombedarfs sind, können sie besonders hohe Preise verlangen und den günstigen Preiseffekt von Erneuerbare-Energien-Anlagen vereiteln. Die wettbewerblichen Besonderheiten des Strommarkts begünstigen dieses Verhalten. Einerseits können die Wettbewerber nicht disziplinierend auf dieses Verhalten einwirken, da ihre Kapazitäten entweder nicht ausreichen oder nicht flexibel genug sind. Andererseits ist die Nachfrage kurzfristig unelastisch und wird den hohen Preis nicht durch eine Senkung der Nachfrage ausgleichen. Den großen Stromerzeugern ist es also möglich, sich unabhängig von anderen Marktteilnehmern zu verhalten. Ihre Marktmacht steigt.⁸³

Dieser Befund wird in den Marktmachtberichten des BKartA bei Anwendung des RSI bestätigt. Der Prozentanteil an Zeiträumen, in denen die größten Stromerzeuger unverzichtbar sind, ist gewachsen und hat bei RWE in den Jahren 2021 und 2022 bereits die 5 %-Schwelle überschritten, womit die Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung besteht.⁸⁴ Auch die Zeiträume, in denen LEAG und EnBW für die Deckung der Nachfrage unverzichtbar waren, sind im Jahr 2022 angestiegen.⁸⁵

Diese Analyse zeigt, dass die volatile Stromerzeugung von Erneuerbare-Energien-Anlagen selbst einen Marktmachtfaktor darstellt, der das Entstehen und Bestehen von Marktmacht begünstigt.

E. Neue Technologien zur Rettung: Virtuelle Kraftwerke

Der Schlüssel zu mehr Wettbewerb und weniger Marktmacht konventioneller Stromerzeuger besteht daher darin, die Volatilität der Stromerzeugung auszugleichen. Dies kann durch Zukunftstechnologien gelingen.⁸⁶ So sollen

83 RWE/Stadtwerke Unna (Fn. 37), Rn. 58; Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Energie: Wettbewerb mit neuer Energie, 2019, Rn. 20 ff.; vgl. auch Löschel/Rübbelke/Ströbele/Pfaffenberger/Heuterkes, Energiewirtschaft (Fn. 5), S. 358 f.

84 Vgl. BKartA, Marktmachtbericht 2021 (Fn. 36), Rn. 107; BKartA, Marktmachtbericht 2022 (Fn. 60), Rn. 118 f.

85 BKartA, Marktmachtbericht 2022 (Fn. 60), Rn. 144.

86 Kommission, Vorschlag für eine VO des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der VO (EU) 2019/943 und (EU) 2019/942 sowie der RL (EU) 2018/2001

Stromspeicher⁸⁷ überschüssigen Strom für Zeiten geringer erneuerbarer Stromerzeugung speichern und das Netz durch den Bau von Smart Grids⁸⁸ leistungsfähiger werden. Die Kapazitäten an den Grenzkuppelstellen sollen ausgebaut werden und durch Algorithmen und Kooperation der Übertragungsnetzbetreiber mehr europaweiter Handel mit Strom möglich sein, wodurch Stromim- und -exporte mehr Wettbewerbsdruck ausüben können.

Eine solche Zukunftstechnologie sind virtuelle Kraftwerke. Unter einem virtuellen Kraftwerk versteht man die zentrale Steuerung von dezentralen Erneuerbare-Energien-Anlagen und oft auch Speichertechnologien und Verbrauchern.⁸⁹ Der erzeugte Strom wird gemeinsam über das virtuelle Kraftwerk vermarktet. Das virtuelle Kraftwerk ist, wie der Name schon sagt, kein physisches Kraftwerk, sondern lediglich eine zentrale Schnittstelle, die mittels Algorithmus die zugehörigen Anlagen optimal einsetzt und steuert.⁹⁰ Die volatile Stromerzeugung einzelner Windkraft- und Photovoltaikanlagen soll durch die konstante und flexible Erzeugung anderer Kraftwerke, insbesondere Biogas- und Wasserkraftanlagen, oder durch die Speicherung von Strom ausgeglichen werden. Sind auch Verbraucher eingebunden, können sie durch Verminderung oder Erhöhung ihres Verbrauchs zum Ausgleich beitragen. Die einzelnen Anlagen können so besser in den

und (EU) 2019/944 zur Verbesserung der Gestaltung der Elektrizitätsmärkte in der EU, COM(2023) 148 final, S. 2 f.

87 Energiespeicherung bezeichnet gem. Art. 2 Z. 59 der Elektrizitätsbinnenmarkt-RL (EU) 2019/944 „im Elektrizitätsnetz die Verschiebung der endgültigen Nutzung elektrischer Energie auf einen späteren Zeitpunkt als den ihrer Erzeugung oder die Umwandlung elektrischer Energie in eine speicherbare Energieform, die Speicherung solcher Energie und ihre anschließende Rückumwandlung in elektrische Energie oder Nutzung als ein anderer Energieträger“. Darunter fallen etwa Batteriespeicher, Pumpspeicherkraftwerke oder Power-to-Gas-Anlagen, die den Strom in speicherbares Gas umwandeln.

88 Ein konventionelles Elektrizitätsnetz wird durch Kommunikations-, Mess-, Steuer-, Regel- und Automatisierungstechnik sowie IT-Komponenten aufgerüstet, um Netzzustände in Echtzeit erfassen zu können sowie Möglichkeiten zur Steuerung und Regelung der Netze zu schaffen, vgl. *J.-Ch. Pielow*, *Energiewirtschaft 4.0: Smart Grids und Smart Markets in Zeiten voranschreitender Digitalisierung*, in: T. Körber/J. Kühling (Hrsg.), *Regulierung – Wettbewerb – Innovation*, Baden-Baden 2017, S. 27 (28 ff.).

89 *H. Auer et. al.*, *Faire Wettbewerbsbedingungen für Virtuelle Kraftwerke*, Wien 2016, S. 17; *VDE-Studie*, *Smart Distribution 2020 – Virtuelle Kraftwerke in Verteilungsnetzen*, S. 5; *R. Höfer/F. Schmaltz*, *Das virtuelle Kraftwerk als zentrale Schnittstelle im Energiemarkt*, et 6/2015, 18.

90 *PWC*, *Virtuelle Kraftwerke als wirkungsvolles Instrument für die Energiewende*, 2012, S. 13.

Strommarkt integriert werden.⁹¹ Der wesentliche Vorteil von virtuellen Kraftwerken liegt also in der *Flexibilisierung* der einzelnen Anlagen.

Die konkrete Ausgestaltung von virtuellen Kraftwerken unterscheidet sich stark. Betreiber von Erneuerbare-Energien-Anlagen können etwa ihre eigenen Kraftwerke zu einem virtuellen Kraftwerk zusammenfassen und so ihren Strom vermarkten. Virtuelle Kraftwerke werden aber auch als Dienstleistungen für dritte Stromerzeuger angeboten. In diesem Fall vermarktet der Betreiber eines virtuellen Kraftwerks nicht den selbst produzierten Strom, sondern den Strom von verschiedenen Erneuerbare-Energien-Anlagen. Diese Dienstleistung wird von neu auftretenden Dienstleistungsunternehmen⁹² oder bestehenden Energieversorgungsunternehmen⁹³ angeboten.

Durch die Flexibilisierung von Erneuerbare-Energien-Anlagen mittels virtueller Kraftwerke wird die *Abhängigkeit* der Stromversorgung von konventionellen Kraftwerken *verringert*. Das virtuelle Kraftwerk kann in Zeiten niedriger erneuerbarer Stromerzeugung gespeicherten Strom in das Netz einspeisen oder die Nachfrage verringern. Das kann dazu führen, dass die flexiblen Kraftwerke nicht mehr unerlässlich zur Deckung des Strombedarfs sind. Der Wettbewerb übt dadurch wieder eine disziplinierende Wirkung auf Stromerzeuger aus.

Der Einsatz von virtuellen Kraftwerken führt darüber hinaus zu einem *Abbau von Marktzutrittschranken*, insbesondere für Erneuerbare-Energien-Anlagen und Speichertechnologien.⁹⁴ Die Betreiber von Erneuerbare-Energien-Anlagen müssen sich nicht selbst um die Vermarktung ihres Stroms kümmern, sondern können auf das Know-how des Betreibers des virtuellen Kraftwerks zurückgreifen. Da virtuelle Kraftwerke meist eigene Bilanzkreise darstellen, müssen die einzelnen Betreiber nicht den Ausgleich ihrer Bilanzkreise sicherstellen. Die Flexibilität führt außerdem zu einer Einsparung an Ausgleichsenergiekosten, da Ein- und Ausspeisungen besser geplant werden können.⁹⁵

91 T. Dürr/J.-C. Heyne, Virtuelle Kraftwerke für Smart Markets, in: O. Doleski (Hrsg.), Herausforderung Utility 4.0, Wiesbaden 2017, S. 653 (654).

92 Bspw. Next Kraftwerke, www.next-kraftwerke.at/; GETEC Energie, www.getec-energie.de/uber-uns/virtuelles-kraftwerk/.

93 Bspw. EnBW, www.interconnector.de/; Uniper, www.uniper.energy/de/virtuelles-kraftwerk.

94 Vgl. Auer, Wettbewerbsbedingungen (Fn. 89), S. 17.

95 Auer, Wettbewerbsbedingungen (Fn. 89), S. 14; Dürr/Heyne, Virtuelle Kraftwerke (Fn. 91), S. 668.

Virtuelle Kraftwerke stellen somit eine Zukunftstechnologie dar, die die Marktintegration von Erneuerbare-Energien-Anlagen zu wettbewerblichen Bedingungen erleichtern und damit einen Beitrag zum Abbau von Marktmacht am Stromerzeugungs- und -großhandelsmarkt leisten.

F. (Neue) kartellrechtliche Fragestellungen

Für die weitere Entwicklung eines funktionierenden Wettbewerbs am Stromerzeugungs- und -großhandelsmarkt ist es bedeutend, dass aufgrund virtueller Kraftwerke keine weiteren Wettbewerbsdefizite entstehen. In diesem Zusammenhang werden hier ausgewählte kartellrechtliche Fragestellungen aufgezeigt, jedoch nicht in der Tiefe analysiert.⁹⁶

Da im Rahmen eines virtuellen Kraftwerks mehrere Stromerzeuger die Vermarktung des von ihnen produzierten Stroms zentralisieren, stellt sich die Frage, ob es sich dabei um wettbewerbswidrige *Kooperationsvereinbarungen* i.S.d. Art. 101 AEUV, § 1 GWB bzw. § 1 KartG handeln kann. Dies erfordert eine detaillierte kartellrechtliche Beurteilung der einzelnen Ausgestaltungsformen. Hier werden einige Gesichtspunkte, die sich bei der Prüfung eines virtuellen Kraftwerks als Vereinbarung zum gemeinsamen Vertrieb ergeben, aufgezeigt.

Zunächst ist zu prüfen, ob die an einem virtuellen Kraftwerk Beteiligten Wettbewerber sind. Betreiber von Erneuerbare-Energien-Anlagen stehen zueinander im Wettbewerb. Wie sieht es jedoch mit Stromspeicheranlagen und Verbrauchern aus? Stromabnehmer, deren Verbrauch flexibel gesteuert werden kann, können Flexibilitätsleistungen anbieten, indem sie bei hoher Stromnachfrage ihren Verbrauch reduzieren und bei hoher Stromproduktion ihren Verbrauch erhöhen. Sie speisen selbst also nie Strom ein. *Prima facie* ist daher nicht von einem Wettbewerbsverhältnis auszugehen. Bei Stromspeicherbetreibern ist die Lage unklarer. Werden sie zusammen mit einer Erneuerbare-Energien-Anlage von einem Stromerzeuger betrieben, stehen sie zu anderen Stromerzeugern im Wettbewerb. Darüber hinaus ist die konkrete Gestaltung der Kooperation, etwa die Laufzeit, eine

96 Diese Darstellung soll auf mögliche kartellrechtliche Probleme und Gefahren aufmerksam machen. Eine ausführliche Beantwortung der Fragen würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen.

Ausschließlichkeitsbindung und die Art der Preisfestsetzung, ausschlaggebend.⁹⁷

In diesem Zusammenhang kann die *Fusionskontrolle* eine entscheidende Rolle spielen. Der Zusammenschluss zwischen einem Stromerzeuger und einem Anbieter von Flexibilität, etwa einem Betreiber eines virtuellen Kraftwerks, ist vor dem Hintergrund der Volatilität der Stromerzeugung besonders kritisch zu prüfen. Es ist nicht nur auf die Marktanteile der beteiligten Unternehmen zu achten. Vielmehr kann die Marktmacht eines Stromerzeugers durch die zusätzliche Flexibilität wachsen, da sein Kraftwerksportfolio vorteilhafter wird und er potenziell Anreize zu Kapazitätszurückhaltungen hat. Auch hier stellt sich die Frage, in welchem Wettbewerbsverhältnis die Unternehmen zueinander stehen. Je nachdem handelt es sich um eine horizontale, vertikale oder konglomerate Fusion. Ein solcher Zusammenschluss kann jedoch auch zu Effizienzgewinnen führen, da die Volatilität der Erneuerbare-Energien-Anlagen ausgeglichen werden kann und diese dadurch zu effizienteren Wettbewerbern werden.⁹⁸ Solche Zusammenschlüsse können also auch zu einem Rückgang von Marktmacht beitragen.

Das Marktverhalten von Betreibern virtueller Kraftwerke ist im Allgemeinen genau zu beobachten. Virtuelle Kraftwerke einer bestimmten Größe könnten aufgrund ihrer Flexibilität selbst unerlässlich für die Deckung der Nachfrage werden und über Marktmacht verfügen.⁹⁹

G. Fazit

Zukunftstechnologien haben die Marktstruktur und den Wettbewerb auf den Strommärkten stark verändert. Zunächst führte der Ausbau von Erneuerbare-Energien-Anlagen zu einem Rückgang der Marktmacht der großen Energieversorger, indem Marktzutrittsschranken abgebaut wurden und neue Wettbewerber auf den Markt getreten sind. Die aufgrund der Volatilität der Stromerzeugung aus Windkraft- und Photovoltaikanlagen entstandene zeitweise Unerlässlichkeit konventioneller Kraftwerke und damit einhergehende Marktmacht können durch eine Flexibilisierung der erneuerbaren Stromerzeugung bewältigt werden. Virtuelle Kraftwerke leisten

97 D. Schroeder in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Fn. 33), AEUV Art. 101 Rn. 660 ff.

98 Vgl. *Kommission*, economic impact (Fn. 38), S. 13.

99 Hierzu gibt es bereits ökonomische Literatur, vgl. *Moreno/Díaz*, impact (Fn. 81), 102.

einen Beitrag zur Flexibilisierung, indem verschiedene dezentrale Erneuerbare-Energien-Anlagen und Speichertechnologien zentral gesteuert werden. Zusätzlich erleichtern sie den Marktzutritt, da sie die Vermarktung des Stroms übernehmen. Durch das Zusammenspiel verschiedener Zukunftstechnologien entsteht somit mehr Wettbewerb auf dem Stromerzeugungs- und -großhandelsmarkt.

(Prozessuale) Herausforderungen der kartellrechtlichen
Durchsetzung bei Zukunftstechnologien

Ex ante-Haken links, ex post-Haken rechts? Doppelbestrafung(sverbot) im Angesicht von Digital Markets Act und Kartellrecht

Malte Drouet, Osnabrück*

A. Einleitung

Verstöße gegen das Kartellrecht werden regelmäßig mit sehr hohen Geldbußen – bis zu zehn Prozent des Umsatzes (Art. 23 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1/2003¹ („Verfahrens-VO“)) – sanktioniert.² Für die betroffenen Unternehmen stellen solche Geldbußen regelmäßig harte Schläge dar. Mit der seit Mai 2023 geltenden Verordnung (EU) 2022/1925³ („DMA“) kommt eine weitere Verordnung hinzu, durch die Unternehmen sogar noch höher – bis zu 20 Prozent des Umsatzes (Art. 30 Abs. 2 DMA) – bebußt werden können. Zweck des DMA ist es ausweislich von Art. 1 Abs. 1 DMA, bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor zu gewährleisten, wozu er insbesondere in Art. 5 bis 7 DMA eine Reihe von Vorgaben in Form von Ge- und Verboten enthält. Deren Adressaten sind die nach Art. 3 DMA benannten Torwächter („Gatekeeper“). Die Europäische Kommission („KOM“) hat bislang Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta und Microsoft

* Herzlicher Dank für wertvolle Anmerkungen gilt Eva Fischer, Lena Hornkohl und Marvin Seidel.

- 1 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln [2002] OJ L 001.
- 2 So wurde beispielsweise gegen Google eine Geldbuße in Höhe von 4,34 Milliarden wegen des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung verhängt: vgl. *Pressemitteilung Europäische Kommission*, Kartellrecht: Kommission verhängt Geldbuße von 4,34 Milliarden Euro gegen Google wegen illegaler Praktiken bei Android-Mobilgeräten zur Stärkung der beherrschenden Stellung der Google-Suchmaschine, 2018, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_18_4581.
- 3 Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte) [2022] OJ L 265/1.

zu Gatekeepern benannt.⁴ Die Vorgaben sind oftmals zuvor ergangenen kartellrechtlichen Entscheidungen nachgebildet, welche insbesondere auf Grundlage der Missbrauchskontrolle nach Art. 102 AEUV, aber auch wegen der Verletzung des Kartellverbots nach Art. 101 Abs. 1 AEUV gegen eben jene großen Digitalkonzerne ergangen sind.⁵ Zwar darf hieraus nicht der Schluss gezogen werden, dass ein Gatekeeper zugleich auch ein marktbeherrschendes Unternehmen und ein Verstoß gegen eine Vorgabe des DMA zugleich der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung wäre. Überschneidungen sind aber zu erwarten.⁶ Daraus folgt, dass Gatekeepern nicht nur die bereits erwähnten Schläge durch das Kartellrecht drohen, sondern auch durch den DMA. Infolgedessen stellt sich die Frage, ob ein Gatekeeper wegen ein und derselben Verhaltensweise sowohl nach dem DMA als auch dem Kartellrecht bebußt werden könnte oder ob dem das Doppelbestrafungsverbot entgegenstünde.

In Bezug auf das Kartellrecht kommt insbesondere die Missbrauchskontrolle nach Art. 102 AEUV in Betracht. Möglich ist aber auch ein Verstoß gegen das Kartellverbot nach Art. 101 Abs. 1 AEUV. Grundsätzlich kommt ebenfalls die Verletzung von mitgliedstaatlichem Kartellrecht in Betracht. Da die Mitgliedstaaten bei Anwendung des Kartellverbots oder der Missbrauchskontrolle des mitgliedstaatlichen Kartellrechts in Fällen der Zwischenstaatlichkeit – welche im Falle der Gatekeeper wohl stets vorliegen wird – aber nach Art. 3 Abs. 1 S. 1 und S. 2 Verfahrens-VO auch das Unionskartellrecht anwenden müssen, ist letzteres maßgebend. Eine Besonderheit besteht insoweit, falls ein Mitgliedstaat von der nach Art. 3 Abs. 2 S. 1 Verfahrens-VO ermöglichten Option Gebrauch gemacht hat und strengere Vorgaben bei einseitigen Handlungen macht. In dem Fall könnte lediglich mitgliedstaatliches Recht relevant sein, sofern die Voraussetzungen der

4 *Pressemitteilung Europäische Kommission, Faire digitale Märkte: Neue Pflichten für Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta und Microsoft, 2023*, abrufbar unter: https://germany.representation.ec.europa.eu/news/faire-digitale-markte-neue-pflichten-fur-alphabet-amazon-apple-bytedance-meta-und-microsoft-2023-09-06_de.

5 Siehe dazu die Übersicht bei *F. Bostoen, Understanding the Digital Markets Act, The Antitrust Bulletin* 68 (2023), 263 (282 f.).

6 *J. Brueckner/O. Tzanetis, Ne bis in idem – Verfahrenskumulierung im europäischen Wettbewerbsrecht nach bpost und Nordzucker, WuW* 2023, 62 (65); *Huerkamp/Nuys* in: R. Podszun (Hrsg.), *DMA-Kommentar, Baden-Baden 2023*, Art. 30, Rn. 17; *I. Kapusta, Pflichten von Gatekeepern im Digital Markets Act, GPR* 2023, 83 (90); *J. van den Boom, What does the Digital Markets Act harmonize? – exploring interactions between the DMA and national competition laws, European Competition Journal* 19 (2023), 57 (78).

Missbrauchskontrolle nach Art. 102 AEUV nicht vorliegen. Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang der ebenfalls zur Kontrolle großer Digitalkonzerne eingeführte § 19a GWB.⁷ Bevor die Frage beantwortet werden kann, ob eine Bebußung nach dem DMA und nach § 19a GWB gegen das Doppelbestrafungsverbot verstoßen könnte, ist jedoch zunächst die Vorfrage zu klären, ob § 19a GWB vor dem Hintergrund von Art. 1 Abs. 5 und Abs. 6 DMA überhaupt neben dem DMA angewendet werden kann.⁸ Insofern beschränkt sich dieser Beitrag auf das unionale Kartellrecht.

Das Doppelbestrafungsverbot – *ne bis in idem* – ist ein grundrechtsähnliches Prinzip, das als rechtsstaatliche Vorgabe⁹ in vielen Rechtsordnungen existiert.¹⁰ Eine entsprechende Vorschrift im Primärrecht der Union befindet sich in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union („GRCh“). Nach Art. 50 GRCh

„darf [niemand] wegen einer Straftat, derentwegen er bereits in der Union nach dem Gesetz rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren erneut verfolgt oder bestraft werden“.

Nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh verpflichtet Art. 50 GRCh zuvörderst die Union, aber auch die Mitgliedstaaten, wenn diese unionales Recht anwenden.¹¹ Daher ist Art. 50 GRCh von den zuständigen Behörden unabhängig davon zu beachten, ob die KOM den DMA und unionales Kartellrecht oder die mitgliedstaatlichen Kartellbehörden unionales Kartellrecht anwenden. Art. 50 GRCh enthält im Wesentlichen zwei Voraussetzungen: Es muss eine, also dieselbe, Straftat vorliegen und ein Betroffener muss nach dem Gesetz rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden sein.¹² In Bezug auf die Forschungsfrage ist dabei maßgebend, ob Geldbußen nach dem Kartellrecht und dem DMA Strafen im Sinne von Art. 50 GRCh sind (II.), die Bestimmung der Tatidentität in der Rechtsprechung des Europäischen

7 BReg, Entwurf 10. GWB-Novelle, BT-Drs. 19/23492, S. 56.

8 Instrukтив zu dieser Thematik D. Zilsdorf, Markiert der Digital Markets Act die Endstation von § 19a GWB?, K&R 2023, 305.

9 Jarass in: H. Jarass (Hrsg.), GRCh-Kommentar, 4. Aufl., München 2021, Art. 50, Rn. 2; T. Liebau, „Ne bis in idem“ in Europa, Berlin 2005, S. 47 f.

10 So beispielsweise in Deutschland in Art. 103 Abs. 3 GG, in Frankreich in Art. 368 Code de Procédure Pénale und in den Niederlanden in Art. 68 Abs. 1 des Wetboek van Strafrecht.

11 Jarass, GRCh-Kommentar (Fn. 9), Art. 50, Rn. 3.

12 Blanke in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar, 6. Aufl., München 2022, GRCh Art. 50, Rn. 3 f.

Gerichtshofs („EuGH“) (III.) sowie eine mögliche Einschränkung des Doppelbestrafungsverbots nach Art. 52 Abs. 1 GRCh (IV.).

B. Geldbußen nach Kartellrecht und DMA als Verwaltungsunrecht mit strafrechtlichem Charakter

Zunächst stellt sich die Frage, ob Bußgelder nach Art. 23 Verfahrens-VO und nach Art. 30 DMA überhaupt Strafen im Sinne von Art. 50 GRCh sind. Zweifel könnten deshalb bestehen, da beide Vorschriften den Titel Geldbußen tragen, womit sie begrifflich als bloßes Verwaltungsunrecht und damit gerade nicht als Strafrecht eingeordnet werden.¹³

Der Begriff der Straftat im Sinne von Art. 50 GRCh ist allerdings weit auszulegen und umfasst auch Verwaltungsunrecht, das einen strafrechtlichen Charakter aufweist.¹⁴ Um den strafrechtlichen Charakter einer Vorschrift zu ermitteln, bezieht sich der EuGH auf die *Engel*-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte („EGMR“).¹⁵ Danach ermittelt der EuGH zunächst, ob die Vorschrift von der jeweiligen Rechtsordnung als Strafrecht oder Verwaltungsunrecht oder beides zugleich eingeordnet wird.¹⁶ Dabei handelt es sich jedoch nur um einen Ausgangspunkt, der nur formalen und relativen Wert hat.¹⁷ Mehr Gewicht spricht der EuGH der Art der Zuwiderhandlung zu.¹⁸ Diesbezüglich kommt es darauf an, ob die verhängte Sanktion insbesondere eine repressive Zielsetzung verfolgt.¹⁹ Schließlich ist auch der Schweregrad der Sanktion von Bedeutung, die dem Betroffenen droht.²⁰ Bei einer Geldbuße, die einen Betrag bis zum Zehnfachen des Ertrags oder des Gewinns aus der Zuwiderhandlung erreichen kann, spricht dies für den strafrechtlichen Charakter.²¹ Die Voraussetzungen müssen allerdings nicht kumulativ vorliegen, stattdessen ist bereits vom strafrechtlichen Charakter einer Vorschrift auszugehen, wenn

13 Zur Abgrenzung BGH NJW 1977, 1629 (1629).

14 EuGH C-617/10, *Åklagare*, ECLI:EU:C:2013:105, NJW 2013, 1415 Rn. 34.

15 EuGH C-117/20, *bpost*, ECLI:EU:C:2022:202, BeckRS 2022, 5011 Rn. 25; EuGH C-524/15, *Menci*, ECLI:EU:C:2018:197, MwStR 2018, 554 Rn. 26; EuGH C-489/10, *Bonda*, ECLI:EU:C:2012:319, EuZW 2012, 543 Rn. 37.

16 *Case of Engel and others v. the Netherlands*, 08. Juni 1976, Series A no. 22, Rn. 82.

17 *Case of Engel and others v. the Netherlands*, 08. Juni 1976, Series A no. 22, Rn. 82.

18 *Case of Engel and others v. the Netherlands*, 08. Juni 1976, Series A no. 22, Rn. 82.

19 EuGH C-489/10, *Bonda*, ECLI:EU:C:2012:319, EuZW 2012, 543 Rn. 39.

20 *Case of Engel and others v. the Netherlands*, 08. Juni 1976, Series A no. 22, Rn. 82.

21 EuGH C-537/16, *Garlsson Real Estate*, ECLI:EU:C:2018:193, NJW 2018, 1233 Rn. 35.

eines der Kriterien erfüllt ist.²² Dass es nicht auf die formale Einordnung als Strafe ankommt, deckt sich auch mit der Erläuterung zu Art. 50 GRCh. Diese spricht lediglich von Sanktionen und führt eine vom Strafgericht verhängte Strafe bloß als Fallbeispiel an.²³

Der EuGH hat bereits entschieden, dass das Doppelbestrafungsverbot bei kartellrechtlichen Verfahren zu beachten ist, die auf eine Verhängung von Geldbußen gerichtet sind.²⁴ Zwar postuliert Art. 23 Abs. 5 Verfahrens-VO, dass nach Art. 23 Abs. 1 und Abs. 2 Verfahrens-VO getroffene Entscheidungen keinen strafrechtlichen Charakter hätten. Dies ändert aber nichts daran, dass es sich – insbesondere aufgrund der hohen Bußgeldandrohung – dabei um Vorschriften mit strafrechtlichem Charakter im Sinne des im Primärrecht verankerten Doppelbestrafungsverbots handelt.²⁵

Bislang nicht gerichtlich geklärt ist der strafrechtliche Charakter von Geldbußen wegen einer Verletzung einer materiellen Vorschrift des DMA. In Bezug auf das erste Engel-Kriterium sind die Vorschriften des DMA nicht eindeutig. So können einerseits nach Art. 30 DMA Geldbußen verhängt werden, welche bei formaler Betrachtung gerade keine Strafen, sondern begrifflich bloßes Verwaltungsunrecht sind. Andererseits führt der einschlägige Erwägungsgrund (86) DMA aus, dass das Verbot der doppelten Bestrafung beachtet werden müsse. Insofern ordnet der DMA die Sanktion dem Anschein nach als Ordnungswidrigkeit mit strafrechtlichem Charakter ein, andernfalls müsste das Doppelbestrafungsverbot nicht zwingend beachtet werden. Hinsichtlich des zweiten Engel-Kriteriums schweigen sich die Erwägungsgründe dazu aus, ob die Sanktion insbesondere repressiver Natur ist. Allerdings sprechen Art. 32 und 33 DMA bezugnehmend auf Art. 30 DMA von Sanktionen, was für einen repressiven Charakter spricht. Noch deutlicher ist in diesem Zusammenhang die englische Sprachfassung, die den Begriff „*penalty*“ verwendet. Dies spricht stark dafür, dass die Geldbußen insbesondere repressiven Charakter haben, sodass auch das zweite Kriterium vorliegt. In Anbetracht der empfindlich hohen Geldbußenandrohung des DMA von bis zu zehn Prozent des Umsatzes des vorangegangenen

22 In diesem Sinne EuGH C-27/22, *Volkswagen Group Italia*, ECLI:EU:C:2023:663, BeckRS 2023, 24054 Rn. 54; C. Grabenwerter/K. Pabel, EMRK – Studienbuch, 7. Aufl., München 2021, § 24, Rn. 19.

23 Amtsblatt der Europäischen Union v. 14.12.2007 – ABl. 2007 C 303/31.

24 EuGH C-17/10, *Toshiba Corporation*, ECLI:EU:C:2012:72, EuZW 2012, 223 Rn. 94 mwN.

25 T. Streinz, »Ne bis in idem« bei Sanktionen nach deutschem und europäischem Kartellrecht, JURA 2009, 412 (414).

nen Geschäftsjahrs bei einer Zuwiderhandlung der Pflichten aus Art. 5 bis 7 DMA (Art. 30 Abs. 1 DMA) und im Wiederholungsfalle sogar bis zu 20 Prozent (Art. 30 Abs. 2 DMA) ist jedenfalls das dritte Kriterium erfüllt, sodass im Ergebnis Geldbußen nach Art. 30 DMA strafrechtlichen Charakter haben.²⁶

Insofern auch Abhilfemaßnahmen im Sinne von Art. 7 Verfahrens-VO oder von Art. 18 Abs. 1 DMA als Strafen eingeordnet werden,²⁷ ist dem zu widersprechen. Abhilfemaßnahmen bezwecken die Beseitigung der festgestellten Zuwiderhandlung, um den rechtmäßigen Zustand wiederherzustellen.²⁸ Sie sind daher lediglich in die Zukunft gerichtete Maßnahmen,²⁹ die keinen strafrechtlichen Charakter haben.³⁰ Zwar sind mit Abhilfemaßnahmen, insbesondere solchen struktureller Natur, schwere Eingriffe in die Rechte derer Adressaten verbunden, die im Einzelfall in der Wirkung auch über die von Geldbußen hinausgehen können. Dies ist dann aber eine Frage der Verhältnismäßigkeit und keine des Doppelbestrafungsverbots.³¹ Insofern ist das Doppelbestrafungsverbot lediglich bei der Verhängung von Geldbußen, nicht aber bei Abhilfemaßnahmen zu beachten.

26 L. Harta, Der Digital Markets Act und das Doppelverfolgungsverbot, NZKart 2022, 102 (103); Hübener/Reims in: J. Schmidt/F. Hübener (Hrsg.), DMA-Handbuch, 2023, § 10, Rn. 20; L. Solek, Anwendbarkeit des Doppelbestrafungsverbots in EU-Kartellverfahren, WuW 2021, 545 (548 f.); im Ergebnis auch Käseberg/Gappa, DMA-Kommentar (Fn. 6), Art. 1, Rn. 31; K. Weiß/T. Schneider/O. Timm, Der neue Digital Markets Act (DMA) – Vorreiter und Revolution des (Europäischen) Digitalmarkts, Newsdienst Compliance 2022, 220032.

27 Dies voraussetzend A. Ribera Martínez, An inverse analysis of the digital markets act: applying the Ne bis in idem principle to enforcement, European Competition Journal 19 (2023), 86 (passim).

28 Breit in: H. von der Groeben/J. Schwarze/A. Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., Baden-Baden 2015, VO (EG) 1/2003 Art. 7, Rn. 11.

29 EuGH C-89/85, *Ahlström*, ECLI:EU:C:1993:120, BeckRS 2004, 73857 Rn. 184; Otto in: U. Loewenheim/K. Meessen/A. Riesenkampff/C. Kersting/H. Meyer-Lindemann (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl., München 2020, § 32, Rn. 1.

30 Breit, Europäisches Unionsrecht (Fn. 28), VO (EG) 1/2003 Art. 7, Rn. 11.

31 Ritter/Wirtz in: U. Immenga/E. Mestmäcker (Begr.), T. Körber/H. Schweitzer/D. Zimmer (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. I, 6. Aufl., München 2019, VO 1/2003, Rn. 38 ff.

C. Abkehr des EuGH von der dreifachen Identität bei kartellrechtlichen Sachverhalten

Die Rechtsprechung des EuGH zum Begriff der Identität der Straftat ist nicht einheitlich. Dieser hat in kartellrechtlichen Verfahren bisweilen einen von den sonstigen Verfahren abweichenden Begriff verwendet.

I. Zweifache Identität als grundsätzliches Begriffsverständnis des EuGH

Um den Begriff derselben Straftat auszulegen, gibt es im Wesentlichen zwei Ansätze: Entweder kann auf die Tatsachen, also einen einheitlichen Lebenssachverhalt, abgestellt werden (*idem factum*) oder auf den Rechtsverstoß, auf dem die Entscheidung beruht (*idem crimen*).³² Der EuGH beurteilt in ständiger Rechtsprechung – bisher außerhalb des Kartellrechts – ob es sich um dieselbe Straftat handelt,

„nach dem Kriterium der Identität der materiellen Tat [...], verstanden als das Vorliegen einer Gesamtheit konkreter, unlösbar miteinander verbundener Umstände, die zum Freispruch oder zur rechtskräftigen Verurteilung des Betroffenen geführt haben“³³.

Insofern stellt er grundsätzlich auf einen einheitlichen Lebenssachverhalt und nicht auf den Rechtsverstoß ab, womit er eine zweifache Identität voraussetzt: die des Sachverhalts und die des Zuwiderhandelnden.³⁴

II. Modifikation zur dreifachen Identität in kartellrechtrechtlichen Verfahren bis bpost und Nordzucker

In mehreren Entscheidungen modifizierte der EuGH in kartellrechtlichen Sachverhalten die Voraussetzungen derselben Tat allerdings. Statt der zweifachen Identität setzte er – ergänzt um das Kriterium der Identität des

32 G. Dannecker, Die Garantie des Grundsatzes „ne bis in idem“ in Europa, in: H. Hirsch/J. Wolter/U. Brauns (Hrsg.), Festschrift für Günter Kohlmann, Köln 2003, S. 593 (603).

33 EuGH C-524/15, *Menci*, ECLI:EU:C:2018:197, MwStR 2018, 554 Rn. 35 mwN.

34 Blanke, EUV/AEUV-Kommentar (Fn. 12), GRCh Art. 50, Rn. 4.

geschützten Rechtsguts – auf eine dreifache Identität.³⁵ Faktisch entfernte sich der EuGH damit von dem lebenssachverhaltsbezogenen Tatbegriff hin zu einem rechtsverstoßbezogenen Tatbegriff. Dadurch gewährte der EuGH dem europäischen Kartellrecht einen autonomen Anwendungsbereich – gewissermaßen einen schützenden Kokon – vor bereits zuvor ergangenen Entscheidungen, ursprünglich insbesondere von mitgliedstaatlichen Kartellbehörden, und sicherte so dessen effektive Durchsetzung.³⁶ Nicht zu Unrecht kritisierten Teile der Literatur³⁷ und auch Generalanwälte³⁸ den EuGH für die uneinheitlich angewendeten Anforderungen.

III. Anwendung der zweifachen Identität auch in kartellrechtlichen Verfahren seit *bpost* und *Nordzucker*

Der EuGH rückte in den Entscheidungen *bpost*³⁹ und *Nordzucker*⁴⁰ – jüngst bestätigt durch eine weitere Entscheidung⁴¹ – von der in kartellrechtlichen Verfahren angewendeten dreifachen Identität und damit von den un-

35 EuGH C-152/19 P, *Slovak Telekom*, ECLI:EU:C:2021:238, NZKart 2021, 238 Rn. 43; EuGH C-17/10, *Toshiba Corporation*, ECLI:EU:C:2012:72, EuZW 2012, 233 Rn. 97; EuGH joined cases C-101/07 P and C-110/07 P, *Coop de France bétail et viande*, ECLI:EU:C:2008:741, BeckRS 2008, 71347 Rn. 127, 130; EuGH C-204/00 P, *Aalborg Portland*, ECLI:EU:C:2004:6, WuW 2005, 557 = BeckRS 2004, 74942 Rn. 338. Siehe auch *Harta*, Doppelverfolgungsverbot (Fn. 26), Fn. 28 zu der Entscheidungspraxis des EuG.

36 *F. Meyer*, „Menci“ für alle Fälle? Zur Vereinheitlichung des unionsrechtlichen ne bis in idem-Begriffs und ihren Auswirkungen auf multiple Enforcement-Verfahren, NZWiSt 2022, 345 (347); *B. Zelger*, The Principle of ne bis in idem in EU competition law: The beginning of a new era after the ECJ's decisions in *bpost* and *Nordzucker*?, Common Market Law Review 2023, 239 (250).

37 *S. Brammer*, Ne bis in idem im europäischen Kartellrecht – Neue Einsichten zu einem alten Grundsatz, EuZW 2013, 617 (619); *Harta*, Doppelverfolgungsverbot (Fn. 26), 106; *B. Kreße*, Anmerkung zu EuGH v. 25.2.2021 – C-857/19 – *Slovak Telekom a.s. ./. Protimonopolný úrad Slovenskej republiky*, GPR 2021, 284 (287); *F. Zeder*, Ne bis in idem als (ältestes) Grundrecht: Kritischer Blick auf die Judikatur des EuGH im Wettbewerbsrecht und bei bestimmten Sanktionen, in: G. Hochmayr (Hrsg.), „Ne bis in idem“ in Europa, Baden-Baden 2015, S. 145 (156).

38 *GA Wahl*, Schlussanträge EuGH C-617/17, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życi*, ECLI:EU:C:2018:976, BeckRS 2018, 30369 Rn. 45; *GA Kokott*, EuGH C-17/10, *Toshiba Corporation*, ECLI:EU:C:2011:552, BeckEuRS 2011, 757850 Rn. 114 ff.

39 EuGH C-117/20, *bpost*, ECLI:EU:C:2022:202, BeckRS 2022, 5011 Rn. 34.

40 EuGH C-151/20, *Nordzucker*, ECLI:EU:C:2022:203, NZKart 2022, 200 Rn. 39.

41 EuGH C-27/22, *Volkswagen Group Italia*, ECLI:EU:C:2023:663, BeckRS 2023, 24054, Rn. 66 f.

einheitlichen angewendeten Anforderungen wieder ab.⁴² Diese Kehrtwende begründete der EuGH lakonisch damit, dass das geschützte Rechtsgut für die Feststellung, ob dieselbe Straftat vorliege, nicht erheblich sei, da die Reichweite des in Art. 50 GRCh gewährten Schutzes nicht von einem Bereich des Unionsrechts zum anderen unterschiedlich sein könne.⁴³ Die Ausführungen von Generalanwalt *Bobek* in den Schlussanträgen zu *bpost* sind in seiner Begründung ergiebiger: Die unterschiedliche Auslegung im Kartellrecht lasse sich zwar prinzipiell mit dessen Eigenheiten begründen, er sehe aber keinen tatsächlichen Unterschied zu anderen Rechtsgebieten.⁴⁴ Zudem ergebe sich durch die unterschiedliche Auslegung eine Unvorhersehbarkeit der Prüfungen, sodass nicht immer ersichtlich sei, welche der beiden Auslegungen im Einzelfall anwendbar sei.⁴⁵ Schließlich, als wichtigster Aspekt, bedeute die unterschiedliche Auslegung, dass ein und dieselbe primärrechtliche Vorschrift – Art. 50 GRCh – je nach Situation einen unterschiedlichen Inhalt hätte.⁴⁶ Freilich schloss *Bobek*, dass die Uneinheitlichkeit behoben werden sollte, indem das Kriterium des geschützten Rechtsguts grundlegend Bestandteil der Auslegung des Begriffs derselben

42 *R. Achleitner*, Digital Markets Act beschlossen: Verhaltenspflichten und Rolle nationaler Wettbewerbsbehörden, NZKart 2022, 359 (365); *B. Beems*, The DMA in the broader regulatory landscape of the EU: an institutional perspective, European Competition Journal 19 (2023), 1 (18); *M. Böse*, Der Schutz vor doppelter Verfolgung von Wettbewerbsverstößen in mehreren Mitgliedstaaten – Konvergenzen und Divergenzen in der Rechtsprechung des EuGH zum Grundsatz „ne bis in idem“, NZWiSt 2023, 81 (81); *A. v. Bonin*, Die Entwicklung des Unionsrechts bis Mitte 2022, NJW 2022, 3481 (3482); *N. Cyriac/D. Fila*, Harmonisierung des Grundsatzes ne bis in idem im Wettbewerbsrecht („Nordzucker u.a.“), EWiR 2022, 284 (285); *Horstkotte/Jannausch*, Ne bis in idem im Europäischen Wettbewerbsrecht, IWRZ 2022, 147 (149); *S. Huemer*, Ne bis in idem bei Anwendung von Art. 101 AEUV durch zwei nationale Wettbewerbsbehörden, NZKart 2022, 267 (270); *Käseberg/Gappa*, DMA-Kommentar (Fn. 6), Art. 1, Rn. 32; *M. Klusmann/O. Schley*, Einmal ist keinmal? Der EuGH und der Grundsatz ne bis in idem, NZKart 2022, 264 (266); *Meyer*, Vereinheitlichung (Fn. 36), 346; *Ribera Martínez*, Analysis (Fn. 27), 101.

43 EuGH C-117/20, *bpost*, ECLI:EU:C:2022:202, BeckRS 2022, 5011 Rn. 34 f.; EuGH C-151/20, *Nordzucker*, ECLI:EU:C:2022:203, NZKart 2022, 200 Rn. 39 f.

44 *GA Bobek*, Schlussanträge EuGH C-117/20, *bpost*, ECLI:EU:C:2021:680, BeckRS 2021, 25037 Rn. 92.

45 *GA Bobek*, Schlussanträge EuGH C-117/20, *bpost*, ECLI:EU:C:2021:680, BeckRS 2021, 25037 Rn. 93 f.

46 *GA Bobek*, Schlussanträge EuGH C-117/20, *bpost*, ECLI:EU:C:2021:680, BeckRS 2021, 25037 Rn. 95.

Straftat sein sollte⁴⁷ und kam somit in diesem Punkt zu einem der Position des EuGH entgegengesetzten Ergebnis.

Statt der dreifachen Voraussetzung stellt der EuGH in beiden Entscheidungen wieder auf das bekannte Kriterium der Identität der materiellen Tat ab, verstanden als das Vorliegen einer Gesamtheit konkreter, unlösbar miteinander verbundener Umstände, die zum Freispruch oder zur rechtskräftigen Verurteilung des Betroffenen geführt haben.⁴⁸ Das Kriterium des geschützten Rechtsguts thematisiert der EuGH allerdings weiterhin, dies lediglich im Rahmen einer möglichen Einschränkung von Art. 50 GRCh und nicht mehr unter dem Begriff derselben Straftat.⁴⁹ Damit ist zu erwarten, dass der EuGH sich nun endgültig von dem Kriterium der dreifachen Identität verabschiedet hat.⁵⁰ Dies resultiert nicht zuletzt daraus, dass er das Kriterium des geschützten Rechtsguts in die Prüfung einer möglichen Einschränkung verschoben hat. Dadurch erreicht er auch weiterhin das ursprünglich hinter der zusätzlichen Voraussetzung der Identität des geschützten Rechtsguts stehende Ziel, dem Kartellrecht einen Autonomiebereich zu gewähren.

Daraus lässt sich für eine mögliche Bebußung nach dem Kartellrecht und dem DMA schließen, dass der EuGH auch in einem solchen Verfahren richtigerweise die zweifache Identität anwendete und die Prüfung der Identität des geschützten Rechtsguts nicht im Tatbestand vornahm. Das Vorliegen des Tatbestands von Art. 50 GRCh scheiterte daher nicht an dem Kriterium der Rechtsgutsidentität.⁵¹

47 *GA Bobek*, Schlussanträge EuGH C-117/20, *bpost*, ECLI:EU:C:2021:680, BeckRS 2021, 25037 Rn. 132 f.

48 EuGH C-117/20, *bpost*, ECLI:EU:C:2022:202, BeckRS 2022, 5011 Rn. 33; EuGH C-151/20, *Nordzucker*, ECLI:EU:C:2022:203, NZKart 2022, 200 Rn. 38.

49 *Beems*, *Landscape* (Fn. 42), 18; *M. Gierok*, Aktuelle strafrechtliche Entscheidungen des EuGH – Teil I, IWRZ 2023, 3 (7); *Käseberg/Gappa*, DMA-Kommentar (Fn. 6), Art. 1, Rn. 32; *Klusmann/Schley*, Grundsatz (Fn. 42), 266; *R. Raum*, Ne bis in idem nach Art. 50 GrCh – Ein Beitrag zur Menci-Rechtsprechung des EuGH, ZWeR 2023, 149 (155).

50 *Käseberg/Gappa*, DMA-Kommentar (Fn. 6), Art. 1, Rn. 33; *Zelger*, Principle (Fn. 36), 246.

51 *Brueckner/Tzanetis*, Verfahrenskumulierung (Fn. 6), 65; *Zelger*, Principle (Fn. 36), 258.

D. Einschränkung des Doppelbestrafungsverbots durch divergierende Zielsetzungen

Jedoch könnte das in dem Doppelbestrafungsverbot enthaltene Recht zulässigerweise eingeschränkt werden. Wie sich aus Art. 52 Abs. 1 GRCh ergibt, ist die Einschränkung der in der Grundrechte-Charta verankerten Rechte grundsätzlich möglich. Die grundsätzliche Einschränkung des Doppelbestrafungsverbots bejahte der EuGH erstmals in der Entscheidung *Zoran Spasic*.⁵²

Eine Einschränkung nach Art. 52 Abs. 1 GRCh enthält vier Voraussetzungen: Die Einschränkung muss gesetzlich vorgesehen sein, sie muss den Wesensgehalt der eingeschränkten Rechte und Freiheiten achten, sie muss entweder der von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzung oder alternativ den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen sowie verhältnismäßig sein. Für die Frage, ob das Doppelbestrafungsverbot eine Bebußung sowohl nach dem Kartellrecht als auch dem DMA verhindert, ist der zentrale Anknüpfungspunkt dabei die Wahrung des Wesensgehalts der eingeschränkten Rechte und Pflichten.

Abstrakt lässt sich die Wesensgehaltsgarantie dann als geachtet ansehen, wenn die Gewährleistung dieses Rechts nicht in Frage gestellt wird und die Einschränkung nur aufgrund des individuellen Verhaltens und in Ausnahmefällen greift.⁵³ Der EuGH präzisiert die Anforderungen an diese Voraussetzung speziell für eine Einschränkung des Doppelbestrafungsverbots in *bpost*:

„Diese Möglichkeit, Verfolgungsmaßnahmen und Sanktionen zu kumulieren, wahrt den Wesensgehalt von Art. 50 der Charta, sofern die nationale Regelung es nicht ermöglicht, denselben Sachverhalt aufgrund desselben Verstoßes oder zur Verfolgung desselben Ziels zu verfolgen und zu ahnden, sondern nur die Möglichkeit einer Kumulierung von Verfolgungsmaßnahmen und Sanktionen aufgrund unterschiedlicher Regelungen vorsieht.“⁵⁴

Ausdrücklich verlangt der EuGH zwar nur unterschiedliche Regelungen, impliziert aber, dass diese Regelungen auch unterschiedliche Ziele verfol-

52 EuGH C-129/14 PPU, *Zoran Spasic*, ECLI:EU:C:2014:586, NJW 2014, 3007 Rn. 55.

53 *Jarass*, GRCh-Kommentar (Fn. 9), Art. 52, Rn. 29.

54 EuGH C-117/20, *bpost*, ECLI:EU:C:2022:202, BeckRS 2022, 5011 Rn. 43; EuGH C-151/20, *Nordzucker*, ECLI:EU:C:2022:203, NZKart 2022, 200 Rn. 51.

gen müssen. Andernfalls liefe die Feststellung ins Leere, dass nicht nur nicht derselbe Sachverhalt aufgrund desselben Verstoßes verfolgt und geahndet werden dürfte, sondern auch zur Verfolgung desselben Ziels. Denn auch zwei unterschiedliche Vorschriften können dasselbe Ziel verfolgen. Dass es sich bei den jeweiligen kartellrechtlichen Regelungen und den jeweiligen Regelungen des DMA um unterschiedliche Vorschriften handelt, ist unzweifelhaft. Fraglich ist allerdings, ob sie auch unterschiedliche Ziele verfolgen.

I. Ziel des Kartellrechts

Das Kartellrecht bezweckt den Schutz des Wettbewerbs als Institution und als Prozess.⁵⁵ Entsprechend hat der EuGH in *Nordzucker* zu Art. 101 AEUV und in *bpost* zu Art. 102 AEUV ausgeführt, dass diese jeweils das für das Funktionieren des Binnenmarkts unerlässliche Ziel verfolgten, zu garantieren, dass der Wettbewerb im Binnenmarkt nicht verfälscht werde.⁵⁶ Eine allgemein anerkannte Bestimmung des Begriffs Wettbewerbs existiert freilich nicht.⁵⁷ Üblicherweise wird daher auf die auf *von Hayek* zurückgehende Umschreibung „Wettbewerb als Entdeckungsverfahren“ zurückgegriffen.⁵⁸

II. Ziele des DMA

Der DMA verfolgt zwei verschiedene Arten von Zielen: Das erste ist die Rechtsvereinheitlichung als funktionales Ziel, welches insbesondere der Wahl von Art. 114 AEUV als Rechtsgrundlage geschuldet ist.⁵⁹ Das zweite ist nach Art. 1 Abs. 1 und Erwägungsgrund (7) DMA bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor als inhaltliches Ziel zu gewährleisten.

55 *Schulte/Just* in: J. Schulte/C. Just (Hrsg.), *Kartellrecht – Kommentar*, 2. Aufl., Köln 2016, Einleitung, Rn. 18.

56 EuGH C-117/20, *bpost*, ECLI:EU:C:2022:202, BeckRS 2022, 5011 Rn. 46.

57 *Wiedemann* in: G. Wiedemann (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 4. Aufl., München 2020, § 1, Rn. 3.

58 *Meessen/Kersting*, *Kartellrecht* (Fn. 29), Einführung, Rn. 7.

59 *A. Lamadrid de Pablo/N. Bayón Fernández*, *Why the Proposed DMA Might Be Illegal under Article 114 TFEU, and How to Fix It*, *Journal of European Competition Law & Practice* 12 (2021), 576 (578); *D. Zimmer/J. Göhsl*, *Vom New Competition Tool zum Digital Markets Act: Die geplante EU-Regulierung für digitale Gatekeeper*, *ZWeR* 2021, 29 (35).

Der DMA umschreibt den Begriff Bestreitbarkeit in Erwägungsgrund (32) DMA damit, dass er sich auf die Fähigkeit von Unternehmen beziehe, Hindernisse für einen Markteintritt oder eine Expansion wirksam zu überwinden und den Gatekeeper aufgrund der Vorzüge ihrer Produkte und Dienstleistungen herausfordern. Die Bestreitbarkeit lässt sich also grob als die Fähigkeit zum Markteintritt umschreiben,⁶⁰ sodass sich die Bestreitbarkeit von Märkten auf das Verringern von Marktzutrittsschranken bezieht.⁶¹ Differenzieren lässt sich dabei zwischen dem Beitritt auf den Primärmarkt und dem auf den sekundären, also abgeleiteten, Markt. Der DMA scheint dabei ausweislich Erwägungsgrund (32) zwar nur den Marktzutritt auf den Primärmarkt, auf dem die Gatekeeper ihre zentralen Plattformdienste betreiben, im Blick zu haben. Bei einer genaueren Betrachtung der Verhaltenspflichten aus Art. 5 und 6 DMA wird aber deutlich, dass es auch um den Beitritt zu sekundären Märkten geht.⁶² So ist beispielsweise das Verbot der Selbstbevorzugung nach Art. 6 Abs. 5 DMA ein klassischer Fall des Missbrauchs der marktmächtigen Stellung von einem Primärmarkt auf einen abgeleiteten Markt (*leveraging of market power*).⁶³

Wie der Begriff der Fairness im DMA auszulegen ist, bereitet aufgrund der Unbestimmtheit des Begriffs Schwierigkeiten.⁶⁴ Nach Erwägungsgrund (33) DMA bezieht sich Fairness auf das Ungleichgewicht zwischen den Rechten und Pflichten der gewerblichen Nutzer, durch das der Gatekeeper einen unverhältnismäßigen Vorteil erlangt. Ein Beispiel für unfaires Verhalten enthält Erwägungsgrund (62) DMA. Danach sollten preisliche oder andere allgemeine Zugangsbedingungen als unfair angesehen werden, wenn sie zu einem Ungleichgewicht zwischen den gewerblichen Nutzern auferlegten Rechten und Pflichten führen oder dem Torwächter einen Vorteil verschaffen, der in Anbetracht seiner Dienstleistung für die gewerblichen

60 Käseberg/Gappa, DMA-Kommentar (Fn. 6), Art. 1, Rn. 6.

61 Bostoën, Understanding (Fn. 5), 266.

62 Beems, Landscape (Fn. 42), 5; König in: B. Steinrötter (Hrsg.), Europäische Plattformregulierung, Köln 2023, § 11, Rn. 20 ff.

63 S. Burchardi, Die Selbstbegünstigung von Plattformunternehmen im Fokus des Kartell- und Regulierungsrechts, NJW 2022, 610 (612).

64 Beems, Landscape (Fn. 42), 7 f.; Mendelsohn/Budzinski, DMA-Handbuch (Fn. 26), § 2, Rn. 25 ff.; H. Schweitzer, The Art to Make Gatekeeper Position Contestable and the Challenge to Know What Is Fair: A Discussion of the Digital Markets Act Proposal, ZEuP 2021, 503 (512 ff.); Van den Boom, Interactions (Fn. 6), 62 f.; D. Zimmer/N. Nittenwilm, For whose sake, and by which means? Fairness Concepts in European Law A reflection on the occasion of recent European legislation, especially the passage of the Digital Markets Act, ZEuP 2022, 820 (827 ff.).

Nutzer unverhältnismäßig ist, oder wenn durch sie gewerbliche Nutzer, die dieselben oder ähnliche Dienstleistungen wie der Torwächter erbringen, benachteiligt werden.

III. Verhältnis der Ziele des Kartellrechts und des DMA zueinander

Zu dem Verhältnis der Ziele des Kartellrechts und der des DMA äußert sich dieser bereits selbst. Neben dem genauen Inhalt stellt sich zudem die Frage, welche Auswirkungen dies hat. Darüber hinaus ist das Verhältnis der Ziele auf deren Grundlage selbst herauszuarbeiten.

1. Verhältnis nach dem DMA selbst

Zu dem Verhältnis der Ziele des Kartellrechts und des DMA sieht Erwägungsgrund (11) DMA vor:

„Diese Verordnung verfolgt ein Ziel, das das im Wettbewerbsrecht definierte Ziel, den unverfälschten Wettbewerb auch bestimmten Märkten zu schützen, ergänzt, aber sich davon unterscheidet; sie soll sicherstellen, dass Märkte, auf denen Torwächter tätig sind, bestreitbar und fair sind und bleiben – ungeachtet der tatsächlichen, möglichen oder vermuteten Auswirkungen des unter diese Verordnung fallenden Verhaltens eines Torwächters auf einem Markt. Diese Verordnung soll daher ein anderes rechtliches Interesse als das durch jene Vorschriften Geschützte schützen und unbeschadet ihrer Anwendung gelten.“

Die Frage ist nun, wie sich diese Erklärung auf die Frage auswirkt, ob der DMA und das Kartellrecht verschiedene Ziele im Sinne der Einschränkung des Doppelbestrafungsverbots verfolgen. Vermutungen zufolge wurde dieser Erwägungsgrund gerade aufgrund des Doppelbestrafungsverbots eingefügt.⁶⁵ Ob diese formale Erklärung Auswirkungen auf die Wertungen des Doppelbestrafungsverbots hat, ist gleichwohl zweifelhaft. Das Doppelbestrafungsverbot ist ein Grundrecht beziehungsweise ein grundrechtsähnliches Recht, welches den Einzelnen vor dem Staat schützen soll, ihm mithin

65 König, Europäische Plattformregulierung (Fn. 62), § 11, Rn. 17; N. Moreno Bellosio/N. Petit, The EU Digital Markets Act (DMA) – A Competition Hand in a Regulatory Glove, Social Science Research Network, April 2023, S. 27, abrufbar unter: <https://ssrn.com/abstract=4411743>.

ein Abwehrrecht gegen den Staat verleiht.⁶⁶ Diese Funktion würde ausgehöhlt, wäre es dem einfachen Gesetzgeber erlaubt, eine Einschränkung des Grundrechts durch eine bloß formal gesetzte Zielrichtung eines Gesetzes zu umgehen. Eine solche ist daher nicht ausreichend.⁶⁷ Insofern ist es unerheblich, dass der DMA vorgibt, ein anderes Ziel als das Kartellrecht zu verfolgen.⁶⁸ Im Anwendungsbereich des DMA kann dieser zwar diese – untechnisch gesprochen – Fiktion unterschiedlicher Ziele und sich ergänzender Anwendungsbereiche postulieren. Dies hat aber keine Auswirkung auf die Auslegung des Doppelbestrafungsverbots und seiner möglichen Einschränkung.

2. Verhältnis auf Grundlage einer eigenständigen Bewertung

Da eine formale Betrachtung des vom DMA selbst postulierten Ziels keine Einschränkung des Doppelbestrafungsverbots rechtfertigen kann, ist das Verhältnis auf Grundlage einer eigenständigen Bewertung maßgebend.⁶⁹

a. Hohe Übereinstimmung der vom DMA und vom Kartellrecht verfolgten Ziele

Wenngleich der DMA auf den digitalen Sektor beschränkt ist und selbst zumindest keine begriffliche Verbindung zum Wettbewerb knüpft, erinnert die Formulierung Gewährleistung bestreitbarer und fairer Märkte stark an das vom EuGH in *bpost* und *Nordzucker* von Art. 101 und Art. 102 AEUV festgestellte Ziel „zu garantieren, dass der Wettbewerb im Binnenmarkt

66 *Blanke*, EUV/AEUV-Kommentar (Fn. 12), GRCh Art. 50, Rn. 1.

67 So aber *Käseberg/Gappa*, DMA-Kommentar (Fn. 6), Art. 1, Rn. 33; in diesem Sinne auch *F. Haus/S. Steinseifer*, Digital Markets Act (DMA) – Verhältnis zu § 19a GWB und private Rechtsdurchsetzung, ZWeR 2023, 105 (116).

68 *Achleitner*, Verhaltenspflichten (Fn. 42), 365; *Brueckner/Tzanetis*, Verfahrenskumulierung (Fn. 6), 65; *P. Larouche/A. de Stree*, The European Digital Markets Act: A Revolution Grounded on Traditions, Journal of European Competition Law & Practice 12 (2021), 542 (544 f.); *Schweitzer*, Contestable (Fn. 64), 511; in diesem Sinne *GA Bobek*, Schlussanträge EuGH C-117/20, *bpost*, ECLI:EU:C:2021:680, BeckRS 2021, 25037 Rn. 139; aA wohl *Hübener/Reims*, DMA-Handbuch (Fn. 26), § 10, Rn. 21.

69 *GA Bobek*, Schlussanträge EuGH C-117/20, *bpost*, ECLI:EU:C:2021:680, BeckRS 2021, 25037 Rn. 139; *Brueckner/Tzanetis*, Verfahrenskumulierung (Fn. 6), 65.

nicht verfälscht werde“. So sind faire und bestreitbare Märkte notwendige Bedingungen eines funktionierenden Wettbewerbs.⁷⁰

Dass auch das Kartellrecht die Bestreitbarkeit von Märkten zum Ziel hat, lässt sich für Primärmärkte anhand des potentiellen Wettbewerbs darlegen. Dieser ist so wie der aktuelle Wettbewerb vom Schutz des Kartellrechts umfasst.⁷¹ Damit potentieller Wettbewerb aber überhaupt vorliegen kann, müssen Märkte bestreitbar sein. Andernfalls gibt es keine Möglichkeit zum Marktbeitritt sonstiger Unternehmen und die durch den potentiellen Wettbewerb bestehende disziplinierende Wirkung tritt nicht ein.⁷² In Bezug auf Sekundärmärkte lässt sich die Bestreitbarkeit exemplarisch anhand der „*essential facilities doctrine*“ darstellen. Aus dieser folgt ein Anspruch auf Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung, um auf diese Weise auf dem der wesentlichen Einrichtung nachgelagerten Markt tätig werden zu können.⁷³

Der schillernde Begriff der Fairness ist im Kartellrecht zwar nicht derart allgegenwärtig wie im DMA, aber dennoch nicht unbekannt.⁷⁴ Er findet sich wenn auch nicht in den deutschen, so doch in den englischen Sprachfassungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV, in dem es um einen *fair share of the resulting benefit* geht, von Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV, der *unfair purchasing or selling prices or other unfair trading conditions* betrifft sowie von der Präambel des AEUV, welche als Ziel die Gewährleistung von *fair competition*

70 R. Achleitner, Begrenzung der Marktmacht in der Digitalökonomie als Innovationsbremse? Der Digital Markets Act: Rechtsgrundlage, Verhältnis zum Wettbewerbsrecht und Fragen der Primärrechtskonformität, in: A. Heger/S. Gourdet (Hrsg.), Fairen Wettbewerb in der EU sichern, Baden-Baden 2022, S. 77 (80); J. Basedow, Das Rad neu erfunden: Zum Vorschlag für einen Digital Markets Act, ZEuP 2021, 217 (220 f.); Beems, Landscape (Fn. 42), 6; P. Bongartz, § 19a GWB – a keeper?, WuW 2022, 72 (73); Bostoën, Understanding (Fn. 5), 266; G. Colangelo, In Fairness We (Should Not) Trust: The Duplicity of the EU Competition Policy Mantra in Digital Markets, Social Science Research Network, September 2023, S. 13, abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4360057; S. Horn/A. Schmalenberger, Kartellrechtsnahe Regulierung von Gatekeepern – der Digital Markets Act, K&R 2022, 465 (466); N. Petit, The Proposed Digital Markets Act (DMA): A Legal and Policy Review, Journal of European Competition Law & Practice 12 (2021), 529 (529 f.); R. Polley/F. Konrad, Der Digital Markets Act – Brüssels neues Regulierungskonzept für Digitale Märkte, WuW 2021, 198 (199); Schweitzer, Contestable (Fn. 64), 509; Zimmer/Göhl, Competition (Fn. 59), 36.

71 Lübbig, Handbuch des Kartellrechts (Fn. 57), § 8, Rn. 16; siehe auch EuGH 6–72, *Continental Can*, ECLI:EU:C:1973:22, BeckRS 1973, 106883 Rn. 25.

72 Thomas in: U. Immenga/E. Mestmäcker (Begr.), T. Körber/H. Schweitzer/D. Zimmer (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. III, 6. Aufl., München 2020, GWB § 36, Rn. 181.

73 Fuchs, Wettbewerbsrecht, Bd. I (Fn. 31), AEUV Art. 102, Rn. 331 ff.

74 Colangelo, Fairness (Fn. 70), 6.

vorsieht. Darüber hinaus findet er sich in den Erwägungsgründen (1) und (3) der Richtlinie (EU) 2019/1⁷⁵ (ECN+-RL), wobei ersterer von faireren und offeneren Märkten spricht, was wiederum an die bestreitbaren und fairen Märkte des DMA erinnert. Fraglich ist gleichwohl, ob der Fairnessbegriff im Kartellrecht und im DMA identisch ausgelegt werden.⁷⁶ Eine identische Auslegung machte die Überschneidungen noch deutlicher. Doch auch wenn der Fairnessbegriff im Kartellrecht und im DMA unterschiedlich ausgelegt würden,⁷⁷ so gibt es zwischen dem hinter dem Fairnessbegriff des DMA stehenden Konzept und dem Kartellrecht jedenfalls starke Parallelen.⁷⁸ So entspricht das bereits genannte Beispiel für unfaires Verhalten aus Erwägungsgrund (62) DMA dem Preis- und Konditionenmissbrauch aus Art. 102 S. 2 lit. a AEUV⁷⁹ und weist daher Überschneidungen zu dem kartellrechtlichen Ausbeutungsmissbrauch auf.⁸⁰

b . Einwand der lediglich partiellen Überschneidung

Dem könnte nun der Einwand entgegengebracht werden, der DMA schütze nicht den Wettbewerb insgesamt, sondern bloß die Bestreitbarkeit und die Fairness auf digitalen Märkten. Auch wenn die Bestreitbarkeit und die Fairness notwendiger Bestandteil des Schutzes von Wettbewerb seien, sei das Ziel des DMA damit deutlich enger gefasst als das des Kartellrechts, womit unterschiedliche Ziele vorlägen. Ein solcher Einwand verkennte jedoch die Anforderungen an die Unterschiedlichkeit der Ziele: Es ist nicht notwendig, dass die Ziele exakt deckungsgleich sind. Es genügt, wenn eines der Ziele vollständig oder zumindest weitgehend in dem anderen aufgeht. Andernfalls würde der gewährleistete Schutz des Doppelbestrafungsverbots zu sehr eingengt. Darüber hinaus führte dies aber auch zu Rechtsunsicherheiten, da eine Bestimmung, ob die Ziele einer Vorschrift exakt deckungsgleich sind, im Einzelfall sehr schwierig sein kann. Schließlich würde ein

75 Richtlinie (EU) 2019/1 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts [2019] OJ L 11/3.

76 *Beems*, Landscape (Fn. 42), 7.

77 *Beems*, Landscape (Fn. 42), 7.

78 *Bostoën*, Understanding (Fn. 5), 266.

79 Vertiefend dazu *Fuchs*, Wettbewerbsrecht, Bd. I (Fn. 31), AEUV Art. 102, Rn. 174 ff.

80 *Brueckner/Tzanetis*, Verfahrenskumulierung (Fn. 6), 65; *Haus/Steinseifer*, Verhältnis (Fn. 67), 115 f.; *Käseberg/Gappa*, DMA-Kommentar (Fn. 6), Art. 1, Rn. 7.

solches Verständnis die Anwendung des Doppelbestrafungsverbots faktisch zur Disposition des einfachen Gesetzgebers stellen, da er ohne Weiteres eine geringfügige Abweichung von Zielen erreichen könnte.

c. Einwand der Rechtsgrundlage des DMA

Der DMA wurde auf Art. 114 AEUV als Rechtsgrundlage gestützt. Dies ist insofern beachtenswert, als dass das Unionsrecht mit Art. 103 AEUV eine Rechtsgrundlage vorsieht, durch die die in Art. 101 und 102 AEUV enthaltenen materiellen Grundsätze des Kartellrechts verwirklicht werden können. Daher stellt sich die Frage, welche Auswirkung die Wahl der Rechtsgrundlage auf das Verhältnis der Ziele hat. Art. 114 AEUV zielt auf eine Verwirklichung des Binnenmarktes ab. Auf den ersten Blick ist dies ein anderes Ziel als der Schutz des Wettbewerbs. Allerdings ist die Verwirklichung des Binnenmarktes kein inhaltliches, sondern ein funktionales Ziel.⁸¹ Denn sie ist kein Selbstzweck, sondern das Mittel zur Verwirklichung eines übergeordneten Ziels, welches besser durch eine Regelung auf unionaler statt auf mitgliedstaatlicher Ebene erreicht werden kann.⁸² Die Verwirklichung des Binnenmarktes kann als inhaltliches Ziel auch den Schutz des Wettbewerbs bezwecken. Beide Ziele – der Schutz des Wettbewerbs und die Verwirklichung des Binnenmarktes – befinden sich auf unterschiedlichen Abstraktionsebenen, sodass es für das Verhältnis vom Kartellrecht zum DMA unerheblich ist, dass der DMA nicht auf Art. 103 AEUV gestützt wurde.

d. Übertragbarkeit der Argumentation aus *bpost* auf das Verhältnis des DMA zum Kartellrecht

Darüber hinaus wurde die Argumentation des EuGH aus *bpost* angeführt und argumentiert, dass das Ergebnis beim Doppelbestrafungsverbot betreffend das Kartellrecht und den DMA dasselbe sei wie bei *bpost*, da der

81 Tietje in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar, München 80. EL August 2023, AEUV Art. 114, Rn. 6.

82 Korte, EUV/AEUV-Kommentar (Fn. 12), AEUV Art. 114, Rn. 2.

DMA wie das belgische Postgesetz Regulierungsrecht sei.⁸³ Von einer höheren Abstraktionsebene aus betrachtet ging es in *bpost* um das Verhältnis des Ziels des Kartellrechts zu einer sektorspezifischen Vorschrift.⁸⁴ Da der EuGH dort davon ausging, dass die gegenständlichen Vorschriften unterschiedliche Ziele verfolgten, ist fraglich, wie der EuGH dies begründet. Die sektorspezifische Vorschrift bezwecke es, den Binnenmarkt für Postdienste zu liberalisieren.⁸⁵ Es sei legitim, dass das Fortschreiten des Liberalisierungsprozesses des Binnenmarkts für Postdienste (Ziel der sektorspezifischen Vorschrift) bei gleichzeitiger Sicherstellung seines Funktionierens (Ziel des Kartellrechts) durch das gleichzeitige Ahnden von Verstößen gegen das sektorspezifische Recht und gegen das Kartellrecht gewährleistet werde.⁸⁶ Klassischerweise geht es bei der Liberalisierung der von natürlichen Monopolen geprägten Netzwirtschaften darum, Märkte zu öffnen und so Wettbewerb überhaupt erst zu ermöglichen;⁸⁷ oftmals durch die Zerschlagung staatlicher Monopole.⁸⁸ Typisierend wird dabei auch vom Regulierungsrecht gesprochen.⁸⁹ Freilich ist dieser Begriff nicht unproblematisch, da eine gesetzliche Begriffsbestimmung fehlt und die Literatur in der Folge mannigfaltige Bestimmungen erdacht hat.⁹⁰ Abgrenzen lassen sich das Regulierungsrecht in diesem Sinne und das Kartellrecht derart, dass Ersteres den Wettbewerb überhaupt erst ermöglicht, während

83 J. Brauneck, Der Digital Markets Act (DMA) – das neue, bessere digitale EU-Wettbewerbsrecht?, RD 2023, 27 (32); Huerkamp/Nuys, DMA-Kommentar (Fn. 6), Art. 30, Rn. 21; M. Zober, Durchsetzung des DMA-E und dessen Verhältnis zum Kartellrecht, NZKart 2021, 611 (615); in diesem Sinne Haus/Steinseifer, Verhältnis (Fn. 67), 116.

84 In diesem Sinne Beems, Landscape (Fn. 42), 19.

85 EuGH C-117/20, *bpost*, ECLI:EU:C:2022:202, BeckRS 2022, 5011 Rn. 45.

86 EuGH C-117/20, *bpost*, ECLI:EU:C:2022:202, BeckRS 2022, 5011 Rn. 47; kritisch Achleitner, Verhaltenspflichten (Fn. 42), 365.

87 M. Schmidt-Preuß, Das Recht der Regulierung – Idee und Verwirklichung, in: F. Säcker/M. Schmidt-Preuß (Hrsg.), Grundsatzfragen des Regulierungsrechts – Schriften der Wissenschaftlichen Vereinigung für das gesamte Regulierungsrecht, Bd. I, Baden-Baden 2015, S. 68 (68 f.); J. Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, München 2004, S. 31 f.

88 M. Burgi, Regulierung: Inhalt und Grenzen eines Handlungskonzepts der Verwaltung, in: P. Bultmann/K. Grigoleit/C. Gusy/J. Kersten/C. Otto/C. Preschel (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – Festschrift für Ulrich Battis, München 2014, S. 329 (333).

89 Siehe nur Burgi, Regulierung (Fn. 88), 332 f.

90 Siehe nur J. Kühling, Regulierungsrecht als Infrastrukturregulierungsrecht oder mehr?, in: F. Säcker/M. Schmidt-Preuß (Hrsg.), Grundsatzfragen des Regulierungsrechts – Schriften der Wissenschaftlichen Vereinigung für das gesamte Regulierungsrecht, Bd. I, Baden-Baden 2015, S. 44 (46 ff.).

Zweiteres sich darauf beschränkt, ihn zu gewährleisten.⁹¹ Anders gewendet bringt die sektorspezifische Vorschrift den Ball ins Rollen, während die kartellrechtliche Vorschrift ihn in der Spur hält.

Ein Bezug dieser Entscheidung zu der Forschungsfrage ist deswegen nicht fernliegend, da auch der DMA in der Literatur bereits früh als Regulierung(srecht) bezeichnet wurde.⁹² Es ist dementsprechend denkbar, dass eine Betrachtung der Argumentation aus *bpost* sich derart auf das Verhältnis des DMA zum Kartellrecht auswirkt, dass letztlich doch von unterschiedlichen Zielen auszugehen ist.⁹³

Die Feststellung des EuGH bedeutet für das Verhältnis des Ziels des Kartellrechts zum DMA, dass herausgearbeitet werden muss, ob der DMA nun Regulierungsrecht in dem zuvor beschriebenen Sinne oder Kartellrecht ist. Soll er den Ball also ins Rollen bringen oder in der Spur halten? Theoretisch wäre es auch denkbar, dass der DMA ein drittes, von beiden abweichendes Ziel verfolgt. Allerdings dürfen die Ziele einer Vorschrift nicht zu kleinteilig eingeordnet werden, da dies eine Verwässerung der Voraussetzung der Wesensgarantie zur Folge hätte.⁹⁴ Die kleinstmögliche Differenzierung ist daher bereits die vom EuGH im Verhältnis der sektorspezifischen Vorschrift und Art. 102 AEUV vorgenommene.

Entscheidend für die Einordnung des DMA ist die Perspektive: Während die Beiträge, die ihn als Regulierung(srecht) einordnen, dies vor allem aus der Perspektive des DMA selbst tun, ist für die Forschungsfrage die Perspektive der Einschränkung des Doppelbestrafungsverbots unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des EuGH entscheidend. Für diese ist ledig-

91 *Burgi*, Regulierung (Fn. 88), 336 f.; *F. Säcker*, Das Verhältnis von Wettbewerbs- und Regulierungsrecht, *EnWZ* 2015, 531 (532); *Zilsdorf*, Endstation (Fn. 8), 306.

92 So *Basedow*, Vorschlag (Fn. 70), 219; *F. Chirico*, Digital Markets Act: A Regulatory Perspective, *Journal of European Competition Law & Practice* 12 (2021), 493 (494); *A. Heinemann/G. Meier*, Der Digital Markets Act (DMA): Neues «Plattformrecht» für mehr Wettbewerb in der digitalen Wirtschaft, *EuZ* 2021, 86 (88 f.); *Horn/Schmalenberger*, Regulierung (Fn. 70), 467; *D. Jovanovic/J. Greiner*, DMA: Überblick über den geplanten EU-Regulierungsrahmen für digitale Gatekeeper – Paradigmenwechsel im Umgang mit digitalen Plattformen?, *MMR* 2021, 678 (678); *L. Kumkar*, Der Digital Markets Act nach dem Trilog-Verfahren – Neue Impulse für den Wettbewerb auf digitalen Märkten, *RDi* 2022, 347 (348); *D. Wielsch*, Wettbewerbsrecht zweiter Ordnung: Der DMA als Teil einer digitalen Medienverfassung, *ZUM* 2023, 153 (157); *Zimmer/Göhsel*, Competition (Fn. 59), 35.

93 *Huerkamp/Nuys*, DMA-Kommentar (Fn. 6), Art. 30, Rn. 20 f.

94 *GA Wahl*, Schlussanträge EuGH C-117/20, *bpost*, ECLI:EU:C:2021:680, BeckRS 2021, 25037 Rn. 139.

lich das Ziel der Vorschrift relevant.⁹⁵ Worauf es dagegen nicht ankommt, ist ein konzeptioneller Vergleich.⁹⁶ Auch wenn sich die Methoden des DMA von denen des Kartellrechts unterscheiden,⁹⁷ ist dies daher unbeachtlich.

Der ordnungspolitische Hintergrund des DMA ist insbesondere den Besonderheiten von digitalen Märkten geschuldet, die durch Netzwerkeffekte, Datennutzung und Skaleneffekte geprägt sind, die schließlich zum Kippen (*Tippling*) dieser Märkte führen können.⁹⁸ Daraus begründet sich auch die Schwäche des Kartellrechts auf eben jenen Märkten: Durch die langen Verfahrensdauer, die die aufwendigen Einzelfallprüfungen mit sich bringen, kommt eine Entscheidung häufig erst, wenn die Märkte bereits zugunsten der marktmachtmissbrauchenden Unternehmen gekippt sind.⁹⁹ Daher soll der DMA primär dieses Durchsetzungsdefizit des Kartellrechts ausgleichen.¹⁰⁰ Gerade dies macht auch den Unterschied zu den Netzwirtschaften deutlich. Denn bei diesen ist aufgrund der natürlichen Monopole zunächst die Herstellung von Wettbewerb erforderlich. Im digitalen Sektor ist dieser dagegen vorhanden und muss lediglich gewährleistet werden. Die auf digitalen Märkten vorhandenen Plattformen sind trotz ihrer Tendenz

95 Laut *Brueckner/Tzanetis*, Verfahrenskumulierung (Fn. 6), 64 bleibe es unklar, ob das Ziel unterschiedlich sein müsse oder ob sich die Unterschiedlichkeit auch auf die Mittel der Durchsetzung beziehen könnte. Der Wortlaut der Entscheidung spricht allerdings stark für die hier vertretene Auffassung.

96 So *Ribera Martínez*, Analysis (Fn. 27), 106 ff.

97 *Moreno Bellosa/Petit*, Regulatory Glove (Fn. 65), 30.

98 Ausführlich zu den Besonderheiten auf digitalen Märkten: *J. Crémer/Y. de Montjoye/H. Schweitzer*, Competition policy for the digital era, Kommission 2019, S. 5 ff., abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>; Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, BMWK 2019, S. 12 ff., abrufbar unter: https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/bericht-der-kommission-wettbewerb-srecht-4-0.pdf?__blob=publicationFile&v=1; instruktiv auch *König*, Europäische Plattformregulierung (Fn. 62), § 11, Rn. 7 ff.

99 *M. Botta*, Sector Regulation of Digital Platforms in Europe: Uno, Nessuno e Centomila, *Journal of European Competition Law & Practice* 12 (2021), 500 (500); *König*, Europäische Plattformregulierung (Fn. 62), § 11, Rn. 15; *Podszun*, DMA-Kommentar (Fn. 6), Einleitung, Rn. 11.

100 Siehe Erwägungsgrund (5) DMA; *P. Akman*, Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act, Social Science Research Network, Dezember 2021, S. 2 f., abrufbar unter: <https://ssrn.com/abstract=3978625>; *G. Colangelo/M. Cappai*, A Unified Test for the European Ne Bis in Idem Principle: The Case Study of Digital Markets Regulation, Social Science Research Network, Oktober 2021, S. 21 f., abrufbar unter: <https://ssrn.com/abstract=3951088>; *Ribera Martínez*, Analysis (Fn. 27), 88.

zum Kippen keine natürlichen Monopole, da die parallele Nutzung mehrerer Dienste jedenfalls möglich ist.¹⁰¹ Der Unterschied zu den natürlichen Monopolen wird auch nochmal durch Erwägungsgrund (32) DMA deutlich: Der DMA soll eben nicht – wie das Regulierungsrecht im Sinne der Netzwirtschaften – bloß die Bestreitbarkeit und damit den Wettbewerb auf Sekundärmärkten schützen, sondern eben auch auf die von Primärmärkten, auf denen die Gatekeeper ihre zentralen Plattformdienste anbieten.

Im Ergebnis entspricht die Zielsetzung des DMA der des Kartellrechts und nicht der des Regulierungsrechts im Sinne der Netzwirtschaften.¹⁰² Aus Perspektive der Wesensgehaltsgarantie ist der DMA damit Kartell- und kein Regulierungsrecht.

e. Zwischenergebnis

Eine eigenständige Bewertung des Verhältnisses der Ziele des DMA und des Kartellrechts führt dazu, dass die Ziele in hohem Maße übereinstimmen. Mögliche Einwände überzeugen nicht. Insofern ist eine Einschränkung des Doppelbestrafungsverbots nach Art. 52 Abs. 1 GRCh nicht möglich.

E. Ergebnis

Es bleibt festzuhalten: Eine doppelte Sanktionierung eines Gatekeepers wegen derselben Tat nach dem Kartellrecht und nach dem DMA verstieße gegen das Doppelbestrafungsverbot aus Art. 50 GRCh. Eine Straftat im Sinne von Art. 50 GRCh liegt vor, da beide Sanktionen – insbesondere aufgrund der hohen Bußgeldandrohung – strafrechtlichen Charakter haben, auch wenn es sich aus einer formalen Betrachtung dabei bloß um Verwaltungsunrecht und damit nicht um Strafrecht handelt. Um dieselbe Straftat handelt es sich, da auf die zweifache Identität des Sachverhalts und des Betroffenen abzustellen ist und nicht mehr wie zuvor in kartellrechtlichen

101 S. Wizemann, Finanzmarktregulierung und Kartellrecht, Tübingen 2022, S. 23; H. Schweitzer/J. Haucap/W. Kerber/R. Welker, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, S. 12 f., abrufbar unter: https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen.pdf?__blob=publicationFile&v=12.

102 Beems, Landscape (Fn. 42), 18; Brueckner/Tzanetis, Verfahrenskumulierung (Fn. 6), 65; Schweitzer, Contestable (Fn. 64), 508; im Ergebnis auch Akman, Assessment (Fn. 100), S. 19 f.

Verfahren zusätzlich auf die Identität des Rechtsguts. Eine Einschränkung des Doppelbestrafungsverbots nach Art. 52 GRCh scheiterte konkret daran, dass der Wesensgehalt des Doppelbestrafungsverbots nicht gewahrt würde, sanktionierte die KOM und bzw. oder eine mitgliedstaatliche Behörde einen Gatekeeper aufgrund von sowohl dem Kartellrecht als auch dem DMA, da beide – zumindest aus Perspektive des Doppelbestrafungsverbots – dasselbe Ziel verfolgen.

Abschließend bleibt festzuhalten: Nein, Gatekeeper erwartet kein links-rechts Haken, denn ein solcher wäre regelwidrig.

Herausforderungen und Perspektiven für das private enforcement in der Digitalökonomie mit rechtsvergleichendem Blick in die USA und das UK

David Fila, Brüssel

A. Einleitung

Die private (Kartell)rechtsdurchsetzung (*private enforcement*) in der EU und vielen ihrer Mitgliedstaaten hat seit dem Urteil des EuGH in *Courage*¹ und der Verabschiedung und Umsetzung der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie² (KSERL) zur Geltendmachung von Kartellschadensersatz eine bemerkenswerte Entwicklung genommen. Abseits klassischer Kartelle führten die Herausforderungen der Digitalökonomie³ und damit einhergehender Marktmacht einzelner Unternehmen jedoch zu einer regulatorischen Neuorientierung.

Auf EU- und nationaler Ebene wurden neue Instrumente eingeführt, die sich mit dem Digital Markets Act⁴ (DMA) mehr, mit § 19a GWB hingegen weniger aus dem traditionellen Korsett kartellrechtlicher Missbrauchsaufsicht, die im *private enforcement* ohnehin im Schatten einer umfassenden Rechtsprechungspraxis zu Art. 101 AEUV stand, lösten.⁵ Die traditionelle Missbrauchsaufsicht nach Art. 102 AEUV und § 19 GWB soll in der Digitalökonomie zwar keineswegs obsolet werden.⁶ Die neuen Instrumente wie

1 EuGH C-453/99, *Courage v. Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465.

2 Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union [2014] ABl. L 349, S. 1–19.

3 S. insbesondere aus rechtspolitischer Perspektive A. Kuenzler, *Competition Law as a Catalyst for Collective Market Governance*, *Yearbook of European Law* 2022, 252 ff.

4 Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 [2022] ABl. L 265, S. 1–66.

5 Aus historischer Sicht s. P. Popiel, *The Push to Regulate Digital Markets and Services*, *Current History* 2023, 15 (19 ff.).

6 So etwa Vizepräsidentin der Kommission und Wettbewerbskommissarin Vestager: *“The synergies between the DMA and the experience we gain from digital enforcement are*

der DMA und § 19a GWB scheinen jedoch vordergründig ein Ungleichgewicht zugunsten der öffentlichen Rechtsdurchsetzung (*public enforcement*) der EU-Kommission (Kommission) und des Bundeskartellamtes (BKartA) zu bewirken. Dieser Beitrag geht daher unter Einbezug der Rechtspraxis in den USA und dem UK der Frage nach, vor welchen Herausforderungen und Perspektiven das *private enforcement* in der Digitalökonomie in der EU – und hierbei im Schwerpunkt beim DMA und § 19a GWB – steht.⁷

B. Herausforderungen der Digitalökonomie für das *private enforcement*

Private enforcement zur Behebung wettbewerblicher Defizite in der Digitalökonomie war bislang kein besonders häufig auftretendes Phänomen in der EU.⁸ Die dafür mitverantwortlichen Besonderheiten digitaler Märkte (B.I.) und diesbezügliche Erfahrungen mit *private enforcement* in den USA und dem UK (B.II.) sind ein hilfreicher Ausgangspunkt für die Zukunft des *private enforcement* in der EU.

I. Marktmacht, Schadenstheorien und Interventionen in der Digitalökonomie

Die sich teils gegenseitig verstärkenden Faktoren für die bisweilen monopolartigen Marktstellungen einzelner Plattformen in der Digitalökonomie sind wohlbekannt: von enormen globalen Skalenvorteilen der angebotenen Dienste, über Netzwerkeffekte und durch Plattformnutzer angehäufte Datenmassen, hin zum Einfluss von Voreinstellungen, Vorinstallationen oder

working to our advantage, but that same experience shows that the two approaches are complementary – both will remain necessary. No one should expect the new regulatory instrument to replace Article 101 and 102 enforcement actions.“, Rede am 25.03.2022, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_22_2079; für die deutsche Missbrauchskontrolle sieht § 19a Abs. 3 GWB ohnehin die parallele Anwendbarkeit von §§ 19, 20 GWB vor.

7 Für *private enforcement* in der Digitalökonomie auf Grundlage der Art. 102 AEUV bzw. §§ 19, 20 GWB, s. R. Podszun, Private Enforcement and Gatekeeper Regulation: Strengthening the Rights of Private Parties in the Digital Markets Act, *Journal of European Competition Law & Practice* 2022, 254 ff.

8 S. als Ausnahme bspw. die in Portugal von der Non-Profit-Organisation *Ius Omnibus* angestregten Kollektivverfahren gegen Google (*Play Store*, 2022) und Sony (*PlayStation*, 2023).

Rankings auf und von Plattformen.⁹ Dass mit dieser Marktmacht auch Verhaltensweisen einhergehen, die das Interesse der Kartellbehörden wecken, haben zahlreiche Verfahren etwa der EU-Kommission in den vergangenen 15 Jahren gezeigt. Neben traditionellen Schadenstheorien (wie z. B. *Bundling/Tying*)¹⁰ entwickelten Kartellbehörden auch neue, die die Eigenheiten der Digitalökonomie spezifisch adressierten, wie z. B. die vom EuG in *Google Shopping*¹¹ als eigenständige Schadenstheorie bestätigte Selbstbevorzugung (*self-preferencing*).¹²

Die Defizite in der Durchsetzung dieser Verfahren (z. B. überlange Verfahrensdauern; Marktabgrenzung) führten jedoch in jüngster Zeit zu einem generellen Trend einer Regulierung der Digitalökonomie mit sektorspezifischen Ge- und Verboten. Neue Rechtsinstrumente wie der DMA haben daher das Ziel, die oben aufgeführten Faktoren für eine – in den Worten des DMA – „gefestigte und dauerhafte Position“ einzelner Plattformen zurückzudrängen, um Märkte „bestreitbar und fair“ zu machen. Der Gemengelage alter und neuer Rechtsinstrumente und ihrer Implikationen auch für das *private enforcement* ist daher zunächst ein rechtsvergleichender Blick in die USA und das UK entgegenzusetzen.

II. Private enforcement in der Digitalökonomie in den USA und im UK: ein Vorbild?

Die jüngsten Entwicklungen in den USA und im UK sind allein schon deshalb in den Blick zu nehmen, da insbesondere Wettbewerber oder gewerbliche Nutzer den ihnen günstigsten Gerichtsstandort zur Durchsetzung ihrer Ansprüche nutzen können (*forum shopping*). Daher könnte sich jedenfalls innerhalb der EU – und wo dies die Umstände des Einzelfalls und des internationalen Privatrechts erlauben auch im Verhältnis von EU-

9 A. Fletcher, International pro-competition regulation of digital platforms: healthy experimentation or dangerous fragmentation?, Oxford Review of Economic Policy 2023, 12 (13 ff.).

10 OECD, Abuse of dominance in digital markets 2020, 23 ff.

11 EuG T-612/17, *Google Shopping*, ECLI:EU:T:2021:763.

12 Zur Eigenständigkeit dieser Schadenstheorie, s. M. Tagliavini, Self-preferencing and the concept of abuse of dominance: much ado about nothing?, European Competition Law Review 2023, 201 ff.

Mitgliedsstaaten und Drittstaaten – ein Wettbewerb um den attraktivsten Gerichtsstandort entwickeln.¹³

1. Private enforcement in der Digitalökonomie in den USA

Private enforcement spielt im institutionellen Design des US-Kartellrechts insbesondere seit dem Zweiten Weltkrieg eine zentrale Rolle,¹⁴ auch wenn seine Bedeutung in der Digitalökonomie im Gegensatz zur traditionellen Kartellrechtsdurchsetzung noch am Anfang steht.

a) Bisherige Fallpraxis

Das Geschäftsmodell App Stores steht auch in den USA im Zentrum des *enforcement* in der Digitalökonomie. Der *US Supreme Court* hatte daher zunächst in *Apple v. Pepper*¹⁵ klarstellen müssen, ob Verbraucher (als App-Nutzer) angesichts der *Illinois Brick*-Doktrin¹⁶ als indirekte Abnehmer überhaupt klagebefugt sind. Der *US Supreme Court* stellte klar, dass Verbraucher durch App-Käufe aus Apples App Store als direkte Abnehmer einzustufen sind und mögliche Preisaufschläge durch die 30 %-Gebühr durch Apple auf jeden App-Kauf daher als Monopolisierungsschaden in einer *class action* geltend gemacht werden können. Auf diesem mehrseitigen Markt wären andernfalls nur App-Entwickler klagebefugt gewesen; etwaige Schäden der nächsten Marktstufe, also der Verbraucher, könnten daher nur indirekt von App-Entwicklern aufgrund des Ausschlusses der *Passing-On-Defense*¹⁷ geltend gemacht werden.

13 Dies ist z. B. erklärtes Ziel der Bundesregierung, s. im Kontext englischsprachiger „Commercial Courts“, die auch für *private enforcement* von Kartellrecht eingerichtet werden können sollen, *BMJ*, RefE zur Stärkung des Justizstandortes Deutschland durch Einführung von Commercial Courts und der Gerichtssprache Englisch in der Zivilgerichtsbarkeit, BT-Drs. 20/8649, S. 20.

14 S. dazu ausführlich *D. Zambrano et al.*, *Private Enforcement in the States*, *University of Pennsylvania Law Review*, forthcoming.

15 *Apple Inc. v. Pepper*, 587 U.S. ____ (2019).

16 Nach dieser Doktrin sind grundsätzlich nur direkte Abnehmer klagebefugt, *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977).

17 Beklagte können sich (spiegelbildlich zu *Illinois Brick*) nicht auf den Einwand der Schadensweiterwälzung berufen, *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968).

Eine weitere Schwierigkeit neben der Frage der Klagebefugnis zeigte sich im Fall *Epic Games v. Apple* wegen mutmaßlichen Verstößen gegen den *Sherman Act* und kalifornisches Kartellrecht.¹⁸ In diesem Fall wehrte sich Epic gegen Beschränkungen bei der Bezahlung und Verbreitung von Apps für den Apple App Store wegen seiner Gaming-App Fortnite (sog. *Steering*). In Anwendung des Leiturteils des *US Supreme Court* in *Ohio v. American Express*¹⁹ definierte die Richterin einen separaten Produktmarkt für Gaming-Apps, der nicht auf einzelne Plattformen beschränkt war. Dadurch senkte sich der Marktanteil Apples auf diesem Markt unter die relevante Schwelle für *monopolization* unter Section 2 des *Sherman Act*, sodass Epic in der ersten Instanz einen Unterlassungsanspruch gegen das Anti-Steering nur auf Grundlage des *California Unfair Competition Law* erreichte. In zweiter Instanz hat das *Ninth Circuit Court of Appeals* die Vorinstanz im Wesentlichen bestätigt.²⁰ Beide Parteien haben den *US Supreme Court* im September 2023 darum ersucht, die ihnen nachteiligen Aspekte der Entscheidungen neu zu verhandeln. Ob und welche Aspekte der *US Supreme Court* aufgreifen wird, ist derzeit noch nicht absehbar.

b) Lehren aus den USA für private enforcement in der Digitalökonomie

Private enforcement in Bezug auf die Digitalökonomie hat in den USA noch nicht ausgeschöpftes Potenzial. Generell gilt *US private enforcement* durch seine spezifischen Eigenschaften, zu denen z. B. die vorgerichtliche *Discovery*, *class actions*, *contingency fees* (Erfolgshonorare) oder *treble damages* (dreifacher Schadensersatz) gehören, zwar als überaus klägerfreundlich. Die bisherige Fallpraxis zeigt jedoch die derzeit überwiegenden Defizite auf.

So würden z. B. in Bezug auf digitale Plattformen komplexe Nachfrage-und-Angebot-Dynamiken entstehen, die die Zertifizierung einer *class* erschweren (z. B. durch Verschränkung mehrerer Dienste eines Anbieters und die Spanne an betroffenen Kunden).²¹ Auch muss bestehendes *case law* (wie in *Illinois Brick*) vor dem Hintergrund der Besonderheiten der Digitalökonomie teilweise neu gedacht werden. Diese Schwierigkeiten zeigten

18 20–5640 – *Epic Games, Inc. v. Apple Inc.*

19 *Ohio v. American Express Co.*, 585 U.S. ____ (2018).

20 *Epic Games, Inc. v. Apple, Inc.*, No. 21–16506 (9th Cir. 2023).

21 S. Shao, Antitrust in the Consumer Platform Economy: How Apple Has Abused Its Mobile Platform Dominance, *Berkeley Technology Law Journal* 2021, 353 (405 f.).

sich insbesondere in der Frage der Klagebefugnis von Verbrauchern oder in der Definition des relevanten Produktmarktes. Werden diese Hürden der oben diskutierten Fallpraxis von der Rechtsprechung aus dem Weg geräumt, kämen mittelbar auch die dem *US private enforcement* eigenen und überaus klägerfreundlichen Charakteristika zum Tragen (z. B. umfassende *Discovery*-Regeln oder *contingency fees*). Aus EU-Perspektive dürfte wohlwollend zu überlegen sein, ob vorgerichtliche *Discovery*-Prozesse (über die Prinzipien der KSERL hinaus) gerade angesichts komplexer digitaler Schadenstheorien für Betroffene effektivere Mittel zur Anspruchsdurchsetzung darstellten.

Weiteres Potenzial liegt im unterentwickelten Zusammenspiel zwischen *public* und *private enforcement* durch die geringe Anzahl an Verfahren der zuständigen US-Kartellbehörden.²² Selbst da, wo US-Kartellbehörden entsprechende Verfahren anstrengen, scheitern sie wie beispielsweise im Fall *FTC v. Meta*²³ (bereits) am Nachweis einer Monopolstellung.²⁴ Die Zurückhaltung der US-Kartellbehörden ist ein Grund dafür gewesen, warum US-Politiker – auch inspiriert vom DMA-Gesetzgebungsprozess – an mehreren Gesetzentwürfen für eine Regulierung von digitalen Plattformen gearbeitet haben.²⁵ Bei Annahme dieser Vorhaben dürfte sich auch ein positiver Effekt auf das *private enforcement* in der Digitalökonomie ergeben, da diese z. B. die Möglichkeit von *treble damages* im *American Choice and Innovation Online Act* oder im *Ending Platform Monopolies Act* vorsehen.²⁶

Im Ergebnis ergibt sich daher hinsichtlich möglicher Lehren für die EU ein zweischneidiges Schwert: Auf der einen Seite verfügt das US-Recht weiterhin über weitergehende prozessuale Mittel, vor deren Einführung in der EU insbesondere im Vorlauf zu KSERL aus Angst vor einer „Klageindustrie“ drastisch und zum Teil übertrieben gewarnt worden war. Auf der anderen Seite konnten sich die prozessualen Erleichterungen noch nicht mit den Herausforderungen der Digitalökonomie verbinden lassen, auch

22 *Shao*, Antitrust (Fn. 21), S. 410 f.

23 US District Court of Columbia, Order v. 28.06.2021, Civil Action No. 20–3590, Federal Trade Commission v. Facebook, Inc. (*FTC v. Meta*).

24 *M. Steinbaum*, Establishing Market and Monopoly Power in Tech Platform Antitrust Cases, *The Antitrust Bulletin* 2022, 130 (131).

25 *G. Monti*, Taming Digital Monopolies: A Comparative Account of the Evolution of Antitrust and Regulation in the European Union and the United States, *The Antitrust Bulletin* 2022, 40 (61).

26 *T. Tombal*, Ensuring contestability and fairness in digital markets through regulation: a comparative analysis of the EU, UK and US approaches, *European Competition Journal* 2022, 468 (493).

weil es bislang keine politische Einigung zu o. g. Gesetzesvorhaben gegeben hat.

3. *Private enforcement* in der Digitalökonomie im UK

Im UK wurde das *private enforcement* durch den *Consumer Rights Act* im Jahr 2015 gestärkt. Durch diese Reform hat das *Competition Appeal Tribunal* (CAT) die Kompetenz erhalten, nicht nur *follow-on*, sondern auch *stand-alone* Kartellschadensersatzklagen zu hören. Zudem wurde die Möglichkeit kollektiven Rechtsschutzes (*collective proceedings*) eingeführt, die strikt auf kartellrechtliche Ansprüche beschränkt wurde. Nach dem wichtigen Urteil in der Rs. *Merricks*²⁷, in dem der *UK Supreme Court* (UKSC) die Voraussetzungen für die Zertifizierung von *collective proceedings* durch die sog. *collective proceedings orders* (CPOs) klarstellte und von nicht allzu hohen Anforderungen²⁸ abhängig machte, ist ein deutlicher Anstieg an *collective proceedings* festzustellen.²⁹

Der wohl wichtigste Aspekt in diesem Zusammenhang war die Einführung von *opt-out collective proceedings*, die im UK eine Neuerung im UK-Zivilprozessrecht darstellten.³⁰ Dies war eine Reaktion auf die Unzulänglichkeiten des bestehenden *opt-in*-Systems, in dem selbst bei erfolgreichen Verfahren Verbraucher ihnen zustehenden Schadensersatz trotz geringer Hürden nicht abgerufen haben.³¹ Seitdem ist das CAT mit einer Vielzahl verschiedener Kartellschadensersatzfälle befasst, die auf Grundlage der verschiedenen zur Verfügung stehenden zivilprozessualen Mittel (wie hybriden *opt in* und *opt out collective actions*) durchgeführt werden.³²

27 *MasterCard Incorporated & Others v Walter Hugh Merricks* CBE [2020] UKSC 51.

28 Z. B. an die Darlegung, warum ein Kollektivverfahren sinnvoller („*suitable*“) als mehrere Einzelverfahren ist.

29 *Minards-Tonge et al.*, UK collective proceedings in 2022 and beyond, *Competition Law International* 2022, 67 ff.

30 *R. Mulheron*, The United Kingdom's New Opt-Out Class Action, *Oxford Journal of Legal Studies* 2017, 814 (817 ff.).

31 *L. Rigby/L. Grimes*, Collective consciousness: opt-out collective redress takes off in the UK, *Competition Law International* 2021, 25 (26).

32 *R. Whish*, Institutional architecture of UK competition law, *Competition Law International* 2022, 123 (132).

a) Bisherige Fallpraxis

Hinsichtlich App Stores sind die Verfahren *Epic v. Alphabet*³³ sowie *Kent v. Apple*³⁴ hervorzuheben. Ähnlich wie in *Epic v. Apple* in den USA geht es in *Epic v. Alphabet* um einen möglichen Marktmachtmissbrauch auf dem Markt für die Verteilung von Android-Apps, indem Alphabet/Google mit seiner generellen Google Play Store-Praxis den eigenen Dienst durch Anti-Steering-Vorgaben unrechtmäßig bevorzugt und unfaire Preise für den Vertrieb von Android-Apps von Entwicklern verlangt habe. In *Kent v. Apple*, auf Basis eines *opt-out collective proceedings*, soll Verbrauchern ein Schaden dadurch entstanden sein, dass Apple seine beherrschende Stellung auf dem Markt zur Verteilung von iOS-Apps durch seine restriktiven Apple App Store-Bedingungen missbraucht und App-Entwickler so entstandene exzessive und unfaire Preise an diese weitergewälzt habe. Die *class* soll im betreffenden Zeitraum 19,6 Millionen UK-Verbraucher, die im App Store Käufe getätigt haben, umfassen. Das CAT als erstinstanzliches Gericht, das auch für die Zertifizierung einer *class* zuständig ist, hat den Antrag auf CPO bestätigt.³⁵

In Bezug auf missbräuchliche Datenverarbeitungspraktiken ist das am 11. Februar 2022 angestrebte (und zwischenzeitlich aufgrund methodologischer Mängel in der Schadensbestimmung nachgebesserte) *opt-out collective proceeding* von Dr. Liza Lovdahl Gormsen als *proposed class representative* (PCR) gegen Meta hervorzuheben.³⁶ Meta soll durch seine extensive Datenverarbeitungspraxis und dazugehörige Datenverarbeitungsbedingungen gegenüber seinen Nutzern seine marktbeherrschende Stellung missbraucht haben. Die Größe der *class* schätzt die PCR auf 45 Millionen Personen, d. h. alle Facebook-nutzenden Personen im UK, für die sie einen Schaden von £2,3 Mrd. geltend macht.

In *Claudio Pollack v Alphabet Inc. and Others* macht Claudio Pollack als PCR Schadensersatz für UK-Publisher geltend, die von Alphabets/Googles mutmaßlich marktmachtmissbrauchenden (selbstbevorzugenden) Praktiken im Ad-Tech-Sektor geschädigt worden sein könnten.³⁷ In *Charles Ar-*

33 CAT, 1378/5/7/20, *Epic Games, Inc. and Others v Alphabet Inc., Google LLC and Others* (*Epic v. Alphabet*).

34 CAT, 1403/7/7/21, *Dr. Rachael Kent v Apple Inc. and Apple Distribution International Ltd* (*Kent v. Apple*).

35 CAT, Urt. vom 29.06.2022, [2022] CAT 28, *Kent v. Apple*.

36 CAT, 1433/7/7/22, *Dr Liza Lovdahl Gormsen v Meta Platforms, Inc. and Others*.

37 CAT, 1572/7/7/22, *Claudio Pollack v Alphabet Inc. and Others*.

thur v Alphabet Inc. & Others macht Charles Arthur als PCR Schadensersatz für UK-Bewohner geltend, die von Alphabets/Googles Marktmacht im Markt für sog. „open display advertising“ geschädigt worden sein könnten. Konkret wirft der PCR Alphabet/Google vor, seine marktbeherrschende Stellung missbrauchend gefestigt und ausgebaut zu haben, indem Umstellungskosten erhöht, Multihoming verhindert und Verleger sowie Werbetreibende in sein vertikal integriertes Ökosystem für Online-Werbung gebunden wurden.³⁸ Interessanterweise hat auch das BKartA auf beide Verfahren in seiner Sektoruntersuchung „Online-Werbung“ Bezug genommen,³⁹ sodass, wie das BKartA auch selbst sagt,⁴⁰ erwartet werden kann, dass mögliche Verfahrensergebnisse auch für die eigene Behördenpraxis Berücksichtigung finden könnten.

Nicht aus dem Bereich der Digitalökonomie, aber mit wohl signifikanten Auswirkungen auf zumindest jene Kollektivklagen mit Bezug zur Digitalökonomie, die prozessfinanziert werden, ist das Urteil des UKSC in *R (on the application of PACCAR Inc and others) v Competition Appeal Tribunal and others*.⁴¹ Darin entschied es, dass sog. *litigation funding agreements* (LFA), die im Falle des Obsiegens eine prozentuale Beteiligung an der Schadenssumme ermöglichen, *damages based agreements* (DBA) darstellen, die gerade für *opt-out*-Kollektivverfahren jedoch von Gesetzes wegen verboten sind.⁴²

b) Lehren aus UK für private enforcement in der Digitalökonomie

Noch handelt es sich beim *private enforcement* im UK durch die im Jahr 2015 herbeigeführten Änderungen um ein vergleichsweise junges System. Dennoch lassen sich erste Lehren auch für die EU ziehen. Es ist offensichtlich, dass die neu zur Verfügung gestellten Instrumente der kollektiven Rechtsdurchsetzung auf *opt-out*-Basis auch vor ersten Leiturteilen des CAT

38 CAT, 1582/7/7/23, *Charles Arthur v Alphabet Inc. & Others*.

39 BKartA, Sektoruntersuchung Online-Werbung, Mai 2023, B6–25/18, S. 23.

40 BKartA, Sektoruntersuchung (Fn. 39), S. 64 f.

41 UKSC, Urt. v. 26.3.2023, [2023] UKSC 28.

42 S. eingehend *J. Galvez*, *The UK Supreme Court Rams Down Damages-Based Funding Agreements*, *Kluwer Competition Law Blog* 2023.

bereits rege genutzt werden.⁴³ Das CAT ist zudem bemüht, die Verfahren durch die Zertifizierung mittels CPO und durch effektives *case management* nicht zu sehr in die Länge zu ziehen.⁴⁴ Dadurch eignet sich das CAT nicht nur die Expertise in rechtlichen Fragen, sondern auch in der praktischen Durchführung dieser neuen Verfahrensart an. Darin zeigt sich der Vorteil, den ein zentrales landesweites Gericht für Kartellschadensersatzansprüche haben kann.⁴⁵

Dagegen muss abgewartet werden, ob und wie der UK-Gesetzgeber mit den Nachwirkungen des UKSC-Urteils auf das Thema Prozessfinanzierung umgehen wird. Dies könnte sich andernfalls als erheblicher Stolperstein für die Entwicklung des neuen Regimes für Kollektivverfahren erweisen. Weiterhin ist fraglich, ob vom britischen Gegenstück des DMA, dem *Digital Markets, Competition and Consumers Bill* (DMCC), weitere Impulse für das *private enforcement* zu erwarten sind,⁴⁶ für das der Gesetzgeber keine herausgehobene Rolle vorgesehen hat (z. B. ist kein Vorgehen auf *stand-alone*-Basis möglich).

C. *Private enforcement* unter dem DMA und § 19a GWB

I. *Private enforcement* unter dem DMA

1. Die Verankerung des *private enforcement* im DMA

Inwiefern die Kommission auf mögliche Synergien aus einem dualen Durchsetzungssystem mit gewerblichen und Endnutzern als *private attorneys general* setzen und vertrauen wird, dürfte angesichts eigener limitierter Ressourcen ein wesentlicher Erfolgsfaktor für den DMA werden.⁴⁷

43 Laut Website des CAT gibt es derzeit 32 aktive Kollektivverfahren, die sich etwa zu einem Drittel der Digitalökonomie zuordnen lassen, s. <https://www.catribunal.org.uk/cases> (Stand 04.10.2023).

44 Dies sei nach dem CAT-Präsidenten *Sir Marcus Smith* angesichts einer möglichen „Explosion“ solcher Fälle auch notwendig, s. S. *Zekaria*, Expect ‚explosion‘ in tech dominance-abuse mass claims, UK antitrust court chief say, MLex 2023.

45 S. auch EuGH C-30/20, *RH v AB Volvo*, ECLI:EU:C:2021:604, Rn. 37.

46 N. *Dunne*, Pro-competition Regulation in the Digital Economy: The United Kingdom’s Digital Markets Unit, The Antitrust Bulletin 2022, 341 ff.

47 J. *Crémer et al.*, Enforcing the Digital Markets Act: institutional choices, compliance, and antitrust, Journal of Antitrust Enforcement 2023, 1 (5).

Ob der DMA *private enforcement* ermöglicht oder überhaupt ermöglichen soll, ist seit dem ersten DMA-Entwurf lebhaft umstritten.⁴⁸ Erst im Laufe des DMA-Gesetzgebungsverfahrens haben einzelne Andeutungen in Bezug auf *private enforcement* Einzug in den finalen DMA-Text erhalten.⁴⁹ Dazu gehört zuvorderst Art. 39 DMA, der die Zusammenarbeit der Kommission mit nationalen Gerichten in Anlehnung an Art. 15 und 16 der kartellrechtlichen VO 1/2003⁵⁰ regelt und im Zusammenhang mit Erwägungsgrund 92 des DMA gelesen werden muss. Ebenso setzt in allgemeinerer Sprache Erwägungsgrund 42 des DMA *private enforcement* voraus. Des Weiteren spricht der Einbezug der EU-Verbandsklagenrichtlinie durch Art. 42 DMA für die Möglichkeit des *private enforcement*.⁵¹ Auch die Kommission geht davon aus, dass zumindest Schadensersatzansprüche auf Grundlage des DMA möglich sein werden, da es sich bei dem DMA um eine Verordnung mit präzisen Ge- und Verboten handele, die direkt vor nationalen Gerichten durchgesetzt werden könne.⁵² Zu beachten ist jedoch, dass jegliches *private enforcement* des DMA zunächst die aktive Benennung von Torwächtern durch die Kommission gemäß Art. 3 DMA erfordert.⁵³

2. Herausforderungen für das *private enforcement* des DMA

Das Design des *public enforcement* des DMA lässt vermuten, dass es in erster Linie oder zumindest überwiegend auf *stand-alone*-Basis (insb. Unterlassungsansprüche im Eilverfahren) durchgeführt werden wird.⁵⁴

48 S. ablehnend O. Andriychuk, Do DMA obligations for gatekeepers create entitlements for business users?, *Journal of Antitrust Enforcement* 2023, 123 (131 f.).

49 S. auch L. Kumkar, Der Digital Markets Act nach dem Trilog-Verfahren – Neue Impulse für den Wettbewerb auf digitalen Märkten, *RD* 2022, 347 (352 f.).

50 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln [2003] ABl. L 1, S. 1–25.

51 A. Witt, The Digital Markets Act – Regulating the Wild West, *Common Market Law Review* 2023, 625 (658).

52 Kommission, Questions and Answers, Digital Markets Act: Ensuring fair and open digital markets, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/en/qanda_20_2349/QANDA_20_2349_EN.pdf.

53 S. auch J. Hoffmann et al., Gatekeeper's Potential Privilege – the Need to Limit DMA Centralisation, *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper* No. 23–01, 1 (5).

54 S. auch R. Podszun et al., Digital Markets Act – Neue Regeln für Fairness in der Plattformökonomie, *NJW* 2022, 3249 (3253 f.).

Der DMA sieht eine spezielle *Non-Compliance*-Prozedur in Art. 29 DMA vor, in der die Kommission einen sog. „Nichteinhaltungsbeschluss“ über Nichteinhaltung der Ge- und Verbote aus dem Katalog des Art. 29 Abs. 1 DMA (also insbesondere Art. 5, 6 und 7 DMA) erlassen kann.⁵⁵ Wie Art. 29 Abs. 2 DMA vorgibt, „bemüht“ sich die Kommission, diesen Nichteinhaltungsbeschluss „innerhalb von zwölf Monaten nach Einleitung des Verfahrens“ zu erlassen. Es wäre zu erwarten, dass Torwächter etwaige Nichteinhaltungsbeschlüsse im Wege der Nichtigkeitsklage gem. Art. 263 Abs. 4 AEUV angreifen würden. Diese hätte jedoch nach Art. 278 AEUV keine aufschiebende Wirkung. Nichteinhaltungsbeschlüsse könnten demnach bereits vor einer finalen Entscheidung der Uniongerichtsbarkeit für *Follow-On*-Klagen genutzt werden.⁵⁶ Die Kommission kann also durch internes Prozessmanagement beeinflussen, ob potenziell Geschädigte von der bindenden Wirkung eines Nichteinhaltungsbeschlusses im *private enforcement* profitieren und so effektiveren Rechtsschutz erhalten können.⁵⁷

Eine zentrale Herausforderung für ein effektives *private enforcement* des DMA wird insbesondere darin liegen, welche Ressourcen die Kommission für den Kooperationsmechanismus mit nationalen Gerichten nach Art. 39 Abs. 1 DMA (auf Ersuchen nationaler Gerichte) und Art. 39 Abs. 3 DMA (von Amts wegen) aufwenden wird. Ein Vergleich mit den Parallelnormen in der VO 1/2003 (Art. 15 Abs. 1 und Abs. 3) zeigt, dass von diesen Möglichkeiten bislang selten Gebrauch gemacht wurde.⁵⁸ Soweit ersichtlich ist die Kommission im *private enforcement* (hier, in Kartellschadensersatzfällen) bislang nur vereinzelt als *amicus curiae* vor UK-Gerichten gem. Art. 15 Abs. 3 VO 1/2003 aufgetreten. Vor dem Hintergrund, dass der DMA als wettbewerblich gefärbtes Regulierungsinstrument eine Vielzahl an neuen Rechtsfragen aufwerfen wird, erscheint es naheliegend, dass sowohl die

55 S. zu den einzelnen Konstellationen und Folgen der Feststellung eines Verstoßes oder des Fehlen desselben, B. Becker, *Privatrechtliche Durchsetzung des Digital Markets Act*, ZEuP 2023, 403 (412 ff.).

56 R. Podszun, in: Podszun (Hrsg.), *Digital Markets Act: DMA*, 1. Aufl., Baden-Baden 2023, Art. 29 DMA Rn. 15 f.

57 Auch wenn es nationalem Recht vorbehalten ist, ob ein Nichteinhaltungsbeschluss Bindungswirkung oder nur Indizwirkung für einen DMA-Verstoß entfaltet, s. Podszun (Fn. 56), Art. 29 DMA Rn. 16.

58 Für Fälle nach Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003 s. https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust/national-courts/requests-information-or-opinion_en; für Fälle nach Art. 15 Abs. 3 VO 1/2003 s. https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust/national-courts/amicus-curiae-observations_en.

Kommission als auch die nationalen Gerichte von beiden Kooperationsmechanismen stärker als im Kartellrecht Gebrauch machen werden.⁵⁹

3. Regelungslücken im DMA

Wie soeben dargestellt, verhält sich der Text des DMA kaum zum *private enforcement*. Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass es *de lege lata* erhebliche Regelungslücken gibt. In Abwesenheit nationaler Regelungen ist die Hoffnung, *private enforcement* als zweite Durchsetzungssäule zu etablieren, daher zunächst erschwert.

Eine für das *private enforcement* zentrale Herausforderung ist zunächst, inwiefern Kläger ihre Informationsasymmetrie reduzieren können.⁶⁰ Daher sieht die KSERL in den Art. 5–8 KSERL ein umfangreiches Offenlegungsregime für Beweismittel in der Verfügungsgewalt von Beklagten oder Dritten bzw. von Kartellbehörden vor.⁶¹ Offenlegungsbegehren in Zivilprozessen auf Basis des DMA würden sich daher bei Fehlen spezieller Regelungen nach allgemeinen zivilprozessualen Vorschriften im nationalen Recht richten,⁶² sofern der EuGH nicht ein allgemeines *Offenlegungsprinzip* (z. B. aus dem Effektivitätsgrundsatz) aus EU-Recht herleitet⁶³.

Begehren Kläger wegen DMA-Verstößen Schadensersatz, wird sich die Frage nach Möglichkeiten des Schadensnachweises stellen.⁶⁴ Anders als Art. 17 Abs. 2 KSERL für Kartelle streitet für DMA-Verstöße keine Vermutung eines Schadenseintrittes. Ob es eines solchen Instruments bedarf, wird

59 Ebenfalls für eine weite Auslegung von Kooperationspflichten auf Grundlage von Art. 4 Abs. 3 EUV und dem effet-utile-Prinzip plädierend R. Lahme/A. Ruster, in: Podszun (Hrsg.), Digital Markets Act: DMA, 1. Aufl., Baden-Baden 2023, Art. 39 DMA Rn. 17 und 22.

60 S. z. B. Erwägungsgrund 15 KSERL.

61 G. Klumpe, Blunt Sword – Die Offenlegungsansprüche im GWB, in: A. Kirk/P. Offergeld/T. Rohner (Hrsg.), Kartellrecht in der Zeitenwende, Baden-Baden 2023, S. 267.

62 Daher wird zum Teil vertreten, dass den Kläger eine reduzierte Substantiierungslast bzw. eine sekundäre Darlegungslast des beklagten Torwächters treffen sollte, s. Lahme/Ruster (Fn. 59), Art. 39 Rn. 31.

63 So der EuGH im Ansatz im Kartellrecht in EuGH C-536/11, *Donau Chemie*, ECLI:EU:C:2013:366, Rn. 29 ff. und EuGH 365/12 P, *EnBW*, ECLI:EU:C:2014:112, Rn. 100 ff.

64 S. allgemein zur Frage der Schadensschätzung im Plattformwettbewerb R. Dewenter/S. Louven, Plattformwettbewerb, Wert von Daten und Schadensschätzung, WuW 2023, 197 ff.; F. Stancke, Zur Berechnung eines „angemessenen Entgelts“ bei Datenzugangsansprüchen, WuW 2023, 264 ff.

die Erfahrung mit kommenden Schadensersatzprozessen auf Grundlage von DMA-Ansprüchen zeigen.⁶⁵ Derzeit gebe es auch im *public enforcement* nicht genügend abgeschlossene Fälle aus der Digitalökonomie, um allgemeinverbindliche Regeln und rechtliche Vermutungen aufzustellen, dass unilaterale Kartellrechtsverstöße in der weit überwiegenden Zahl der Fälle zu monetären Schäden führten.⁶⁶

Offen bleibt auch weitgehend die Frage, wie kollektiver Rechtsschutz gegenüber Torwächtern ermöglicht wird. Im Kartellrecht waren die Bemühungen um effektive *opt-in*-Mechanismen in der Vergangenheit nicht von Erfolg gekrönt.⁶⁷ Zwar profitieren (in der Theorie) Verbraucher davon, dass DMA-Verstöße in den Anwendungsbereich der EU-Verbandsklagenrichtlinie einbezogen worden sind.⁶⁸ Wie die rechtsvergleichenden Ausführungen gezeigt haben, sind es oftmals jedoch von wettbewerbswidrigen Praktiken betroffene Wettbewerber und gewerbliche Nutzer, die gegen marktmächtige Plattformen vorgehen, die jedoch vom persönlichen Anwendungsbereich der EU-Verbandsklagenrichtlinie ausgenommen sind.⁶⁹ Damit verbunden ist das Thema der Prozessfinanzierung, für die z. B. im UK für *collective proceedings* zumindest bis zum oben angesprochenen UKSC-Urteil ein recht liberaler Ansatz verfolgt wurde. In der EU nimmt das Thema der sog.

65 Derzeit noch skeptisch *Becker*, *Privatrechtliche Durchsetzung* (Fn. 55), 428; auch im Kartellschadensersatzrecht war die Rechtsprechung bisweilen zurückhaltend mit der Annahme von Schadensvermutungen (in Fällen vor Anwendbarkeit der KSERL), s. z. B. BGHZ 224, 281 (Rn. 40).

66 S. ausführlich *J. Mouton*, *The challenges for private competition law enforcement concerning anticompetitive conducts in digital markets*, *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies* 2022, 9 (22 ff.); allgemeiner wurde auch bezweifelt, ob es genügend Fallpraxis gegeben habe, um daraus den DMA-Verhaltenskatalog mit *per-se*-Verboten abzuleiten, s. *P. Akman*, *Regulating Competition in Digital Platform Markets: a Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act*, *European Law Review* 2022, 85 (93 ff.).

67 S. ausführlich zur unverbindlichen Empfehlung der EU-Kommission zur kollektiven Rechtsdurchsetzung aus 2013, *R. Whish/D. Bailey*, *Private enforcement of competition law: its role and development in the EU*, in: B. Rodger/M. Ferro/F. Marcos (Hrsg.), *Research Handbook on Private Enforcement of Competition Law in the EU*, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing 2023, S. 2 (23 f.).

68 S. jedoch kritisch zur schwachen Stellung von Verbrauchern im DMA-Konzept *A. Moskal*, *Digital Markets Act (DMA): A Consumer Protection Perspective*, *European Papers* 2022, 1113 (1116 f.).

69 S. auch *J. Drexel et al.*, *Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 2 May 2023 on the Implementation of the Digital Markets Act (DMA)*, *GRUR Int* 2023, 864 (879 f.).

Third Party Litigation Funding langsam an Fahrt auf und wird insbesondere vom EU-Parlament auf die Agenda der Kommission gesetzt.⁷⁰

Ein weiteres Problemfeld könnte sich für Zivilgerichte beim Einwand der Schadensweiterwälzung stellen. Weder der DMA selbst noch z. B. die 11. GWB-Novelle verhalten sich dazu, wie mit dem Phänomen der Schadensweiterwälzung umgegangen werden soll (z. B. in Übereinstimmung mit Kapitel IV der KSERL). Gerade in Kombination mit kollektivem Rechtsschutz, von dem auch Verbraucher profitieren würden, stellen sich in der Praxis vielfältige Probleme, mit denen aktuell z. B. auch die Gerichte im UK beschäftigt sind.⁷¹

Eine weitere Herausforderung, die sich nicht nur im *public*, sondern auch im *private enforcement* stellen dürfte, ist das Zusammenspiel des DMA mit sich teilweise überschneidenden (noch kommenden) Rechtsregimen (dazu gehören die DSGVO, der Data Act, Data Governance Act, AI Act oder etwa die P2B-VO).⁷² Diese Herausforderung könnte sich zukünftig z. B. in der Durchsetzung von Datenzugangsansprüchen (oder Sekundäransprüchen im Falle einer rechtswidrigen Verweigerung) gewerblicher Nutzer gegenüber Plattformen zeigen, die je nach Konstellation in den Anwendungsbereich der P2B-VO, des DMA und/oder (zukünftig) des Data Act fallen können.⁷³

4. Eine „Damages Directive“ für den DMA?

Auch wenn dies nicht in naher Zukunft zu erwarten sein wird, lohnt sich schon jetzt eine Diskussion darüber, ob die Kommission ähnlich wie mit

70 Und dabei einen recht restriktive Ansicht vertretend, s. *Europäisches Parlament*, Entschließung vom 13.09.2022 mit Empfehlungen an die Kommission zur verantwortungsbewussten privaten Finanzierung von Rechtsstreitigkeiten 2020/2130(INL) [2022] ABl. C 125.

71 S. *Rodger*, Let's Talk About Consumers: Competition Law Compensation for Indirect Purchasers' Losses – A United Kingdom Perspective, *Antitrust Law Journal* 2022, 389 ff.

72 S. ausführlich zum Verhältnis des DMA zu anderen EU-Rechtsakten *K. Bania*, Fitting the Digital Markets Act in the existing legal framework: the myth of the “without prejudice” clause, *European Competition Journal* 2022, 116 ff.

73 S. dazu *H. Weis*, Datenzugang des gewerblichen Plattformnutzers und Grundlagen der Privatautonomie, *ZEuP* 2023, 582 ff.

der KSERL für Kartellschadensersatzansprüche das *private enforcement* des DMA (zumindest im Ansatz) harmonisieren sollte.⁷⁴

a) Vorüberlegungen

Die auf den ersten Blick naheliegende Lösung wäre, den sachlichen Regelungsbereich der KSERL auf DMA-Ansprüche auszuweiten. Diese Lösung, den Sinngehalt der KSERL auch auf DMA-Ansprüche zu übertragen, wurde insbesondere in Deutschland für das GWB überwiegend positiv diskutiert.⁷⁵ Ungeachtet der leidenschaftlichen Diskussionen um die übrigen Aspekte der 11. GWB-Novelle löste die geplante Harmonisierung von Ansprüchen nach dem DMA mit den §§ 33 ff. GWB keine größeren Kontroversen aus und überstand folgerichtig nahezu unverändert den Gesetzgebungsprozess.⁷⁶

b) Kann und soll die KSERL unionsrechtlich auf *private enforcement* nach dem DMA erstreckt werden?

Zunächst ist zu diskutieren, ob die KSERL unionsrechtlich überhaupt auf privatrechtliche Ansprüche aus dem DMA erstreckt werden könnte. Ein eleganter Zeitpunkt dafür wäre, ein gemeinsames Rechtsinstrument bei einer ohnehin mittelfristig anstehenden Überarbeitung der KSERL zu schaffen.⁷⁷

Die KSERL ist nicht nur auf die kartellrechtliche Durchführungsvorschrift des Art. 103 AEUV, sondern auch auf den allgemeineren Art. 114 AEUV gestützt. Wie die Kommission in ihrem KSERL-Vorschlag betont hatte, war die KSERL nämlich auch auf Art. 114 AEUV zu stützen, da ein

74 Optimistischer jedoch G. Klumpe, „Think twice“ – Die private Rechtsdurchsetzung des DMA nach dem Referentenentwurf zum Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz, in: A. Kirk/P. Offergeld/T. Rohner (Hrsg.), Kartellrecht in der Zeitenwende, Baden-Baden 2023, S. 131 (138); skeptisch Becker, Privatrechtliche Durchsetzung (Fn. 55), 431 f.; s. auch Drexel et al., Position Statement (Fn. 69), 867 f.

75 S. z. B. im Grundsatz zustimmend Podszun et al., DMA (Fn. 54), 3254.

76 S. Wirtschaftsausschuss des deutschen Bundestages, Beschlussempfehlung und Bericht zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksache 20/6825 – Entwurf Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz, BT-Drs. 20/7625.

77 S. auch Kommission, Bericht über Umsetzung der Schadensersatzrichtlinie, Pressemitteilung vom 14.12.2020.

wichtiges Ziel die „stärkere Angleichung der Wettbewerbsbedingungen für die im Binnenmarkt tätigen Unternehmen und Vereinfachungen für die Verbraucher und Unternehmen für die Ausübung der ihnen aus dem Binnenmarkt erwachsenden Rechte“ war.⁷⁸ Damit sei eine kompetenzrechtliche Grenze erreicht gewesen, da die KSERL auch Änderungen der nationalen Rechtsvorschriften herbeiführen sollte, die das Recht auf Schadensersatzklagen bei Zuwiderhandlungen gegen (parallel anwendbares) nationales Wettbewerbsrecht betreffen.⁷⁹

Der DMA selbst ist ausschließlich auf Art. 114 AEUV als Rechtsgrundlage gestützt. Nach Erwägungsgrund 8 DMA sollten „gezielte harmonisierte rechtliche Verpflichtungen festgelegt werden, um zum Vorteil der Wirtschaft der Union insgesamt und letztlich der Verbraucher in der Union bestreitbare und faire digitale Märkte, auf denen Torwächter tätig sind, im Binnenmarkt sicherzustellen“. Im Gesetzgebungsprozess wurde bisweilen diskutiert, den DMA aufgrund der kartellrechtlichen Nähe auch auf Art. 103 AEUV zu stützen.⁸⁰ Bisweilen wurde sogar infrage gestellt, ob Art. 114 AEUV überhaupt als Rechtsgrundlage für den DMA herangezogen werden durfte.⁸¹

Zunächst besteht kein Zweifel daran, dass die KSERL unter dem strengeren Art. 114 AEUV per se geändert werden kann. Dies folgt aus Art. 114 Abs. 3 AEUV, der ausdrücklich zur Berücksichtigung neuer Entwicklungen verpflichtet.⁸² Eine solche „neue Entwicklung“ kann sicherlich schon in dem viel diskutierten Verhältnis von steigenden Kartellschadensersatzklagen und damit möglicherweise zusammenhängend (zumindest bis vor kurzem) sinkenden Kronzeugenanträgen auf Ebene sowohl der EU als auch der Mitgliedstaaten gesehen werden.

Aus EU-rechtlicher Sicht spricht daher *prima facie* wenig dagegen, ein gemeinsames Instrument für kartellrechtliche und DMA-Ansprüche einzu-

78 *Commission*, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union [2013] COM(2013) 404 final, S. 9 f.

79 *M. Ludwigs*, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 78. EL Januar, München 2023, Art. 103 AEUV Rn. 24.

80 S. für einen Überblick auch *J. Mendelsohn/O. Budzinski*, in: J. Schmidt/F. Hübener, *Das neue Recht der digitalen Märkte*, 1. Aufl., Baden-Baden 2023, § 2 Rn. 15 f.

81 *A. Lamadrid de Pablo/N. Bayón Fernández*, *Why the Proposed DMA Might Be Illegal under Article 114 TFEU, and How to Fix It*, *Journal of European Competition Law & Practice* 2021, 576 ff.

82 *C. Tietje*, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 78. EL Januar, München 2023, Art. 114 Rn. 112.

führen. Ob dies auch sinnvoll wäre, ist eine andere Frage. Da die Kommission besonderen Wert auf die Feststellung legt, dass der DMA kein kartellrechtliches Instrument ist, wäre eine gemeinsame Richtlinie für beide Anspruchsformen widersprüchlich.

Auch wenn sich daraus wegen der privatrechtlichen Perspektive kein offener Konflikt mit dem *ne bis in idem*-Prinzip ergibt, hätte ein gemeinsames Instrument Implikationen für das *public enforcement* des DMA und des Kartellrechts, sofern es um die Sanktionierung desselben Verhaltens geht. Betroffene Unternehmen könnten vor EU-Gerichten die distinkte Rechtsnatur des DMA mit dem Argument in Zweifel ziehen, dass auch das EU-Recht den DMA und Kartellrecht nicht strikt trennt. Darüber würde eine Vermengung beider Instrumente in einer gemeinsamen Richtlinie vor dem Hintergrund der Besonderheiten der Digitalökonomie auch wenig sinnvoll und artifiziell wirken: z. B. ist nicht gewährleistet, dass die Frage, wie mit einer Schadensvermutung in Kartellen und bei DMA-Verstößen umgegangen wird, gleich zu beantworten ist. Diese Position vertritt gewissermaßen auch der deutsche Gesetzgeber, indem er nur einzelne Bestimmungen des Kartellschadensersatzrechts auch auf DMA-Verstöße erstreckt. Zudem würde man sich der Möglichkeit berauben, weitere spezifische Probleme des *private enforcement* in der Digitalökonomie aufzugreifen: Neben materiellrechtlichen (s. o., Frage der Schadensvermutung) könnten insbesondere prozessrechtliche Aspekte (z. B. in Bezug auf kollektive Rechtsdurchsetzung (s. die umfangreichen *classes* im UK) oder weitergehende Offenlegungsregeln) zukünftig eine eigenständige Antwort verlangen.

Sollte der EU-Gesetzgeber also daran denken, eine harmonisierende Richtlinie für DMA-Ansprüche zu formulieren, spricht Einiges dafür, dies in einem separaten Rechtsinstrument zu vollziehen. Damit könnte auch – neben nationalen Entwicklungen – abgewartet werden, wie der EuGH sich in kommenden Vorlageverfahren zum DMA *private enforcement* an seiner jüngsten Rechtsprechung zur KSERL orientieren wird. Wie in der Rs. *Tráficos Manuel Ferrer* versteht der EuGH Teile der KSERL als (bloße) Kodifizierung seiner Rechtsprechung auf Grundlage des Effektivitätsprinzips.⁸³ Bevor die Kommission also einen Sekundärrechtsakt entwirft, kann dem EuGH die Möglichkeit gegeben werden, zunächst die primärrechtlichen Konturen des DMA *private enforcement* zu zeichnen und sich dazu zu positionieren, ob das nicht immer greifbare Konzept des *effet utile*

83 EuGH C-312/21, *Tráficos Manuel Ferrer*, ECLI:EU:C:2023:99, Rn. 35, 61.

ähnliche oder doch unterschiedliche Schlussfolgerungen erfordert als im Kartellrecht.

II. Private enforcement unter § 19a GWB

Private enforcement wird unter dem § 19a GWB dagegen eine wohl nur nachrangige Rolle spielen. Dies liegt – gerade im Vergleich zum DMA – maßgeblich daran, dass die Verbote in § 19a Abs. 2 GWB nicht *self-executing* sind, d. h. erst einer Feststellungsentscheidung des Bundeskartellamts (BKartA) über das Vorliegen einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb im Sinne des § 19a Abs. 1 GWB, dann einer Untersagungsverfügung einer Verhaltensweise aus dem Katalog des § 19a Abs. 2 GWB bedürfen.⁸⁴ Erst ein Verstoß gegen die Untersagungsverfügung würde ein erleichtertes *follow-on*-Vorgehen ermöglichen.

Für Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadensersatzansprüche sind daher zwei Szenarien zu unterscheiden. Sobald das BKartA (im zweiten Schritt des § 19a GWB-Mechanismus) zum einen eine Untersagungsanordnung nach § 19a Abs. 2 GWB erlässt, haben Unternehmen, die von einer untersagten Verhaltensweise betroffen sind, *ex nunc* Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadensersatzansprüche nach den §§ 33, Abs. 1 Var. 2, 33a GWB (nicht aber direkt auf § 19a GWB).⁸⁵ Vereinfacht würde die Situation für Geschädigte zum anderen jedoch, wenn das BKartA einen (vorsätzlichen oder fahrlässigen) Verstoß gegen die Untersagungsverordnung selbst festgestellt hat, der eine Ordnungswidrigkeit nach § 81 Abs. 2 Nr. 2 lit. a GWB darstellt, und damit die Bindungswirkung einer BKartA-Entscheidung nach § 33b GWB zum Tragen kommt.⁸⁶ Es bleibt jedoch abzuwarten, wie häufig es tatsächlich zu letzterem Szenario einer *Follow-On*-Situation kommt, in der das BKartA einen Verstoß gegen eine Untersagungsanordnung feststellt. Zwar wurde bereits die überragende marktübergreifende Bedeutung von verschiedenen Unternehmen für den Wettbewerb mehrfach festgestellt. Wie das Beispiel der Verfahrensbeendigung in Bezug auf *Meta*

84 S. auch C. Karbaum/M. Schulz, "Antitrust Litigation 2.0" – Die 10. GWB-Novelle als Katalysator des Private Enforcement?, NZKart 2022, 187 (188 f.).

85 S. ausführlich Karbaum/Schulz, Antitrust Litigation 2.0 (Fn. 84), 189 f.

86 Karbaum/Schulz, Antitrust Litigation 2.0 (Fn. 84), 190; M. Wolf, in: F. Säcker/P. Meier-Beck (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Bd. II, 4. Aufl. 2022, § 19a GWB Rn. 91.

*Quest*⁸⁷ zeigt, könnten Verfahren auf Grundlage von § 19a GWB (und, wie hier, zusätzlich § 19 GWB) überwiegend über eine einvernehmliche Verfahrensbeendigung abgeschlossen werden. Daneben bleibt abzuwarten, inwiefern das BKartA tatsächlich eine eigenständige Anwendung des § 19a GWB mit dem in substanzieller Hinsicht teilweise überlappenden DMA behaupten kann.⁸⁸

Mittelbar könnte sich jedoch ein positiver Effekt aus dem *public enforcement* des § 19a GWB auf das *private enforcement* der §§ 19, 20 GWB ergeben. Kürzlich wurde etwa ein Eilantrag auf Wiederfreischaltung eines Google-AdSense-Kontos wegen unrechtmäßiger Blockade desselben und einem damit verbundenen Marktmachtmissbrauch auf Grundlage von § 19 GWB gewährt.⁸⁹ In diesem Zusammenhang bemerkenswert ist, dass sich das Gericht unter anderem auch auf den Feststellungsbeschluss des BKartA zur überragenden marktübergreifenden Bedeutung Googles für den Wettbewerb im Sinne des § 19a Abs. 1 GWB bezogen hat.⁹⁰ Sofern zukünftig Ansprüche nicht ohnehin auf den DMA gestützt werden können und sich das BKartA weiter aktiv in der Durchsetzung des § 19a GWB zeigt, könnten weitere Gerichte Anspruchstellern zumindest einen Teil der Anspruchsbeurteilung (nämlich das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung) erleichtern.

D. Fazit

Private enforcement verspricht gerade durch den DMA zukünftig eine wichtige Rolle bei der Rechtsdurchsetzung in der Digitalökonomie zu spielen. Der Blick in die USA und das UK hat gezeigt, welche Herausforderungen es auch im DMA-Kontext zu berücksichtigen gilt oder welche Regelungslücken der EU-Gesetzgeber zukünftig schließen sollte. Gerade im Hinblick auf die kollektive Rechtsdurchsetzung sollte besonderes Augenmerk auf die zahlreichen beim CAT anhängigen Verfahren im UK gelegt werden, das derzeit eine globale Vorreiterrolle im *private enforcement* in der Digitalökonomie einnimmt.

87 S. *Meta Quest* (B6–55/20) Fallbericht des BKartA [2023] –.

88 Anhaltspunkte für weiteres *enforcement* in enger Abstimmung mit der Kommission vermittelt die Entscheidung *Google* (B7–70/21) Entscheidung des BKartA [2023].

89 LG Hamburg, 415 HKO 84/22.

90 LG Hamburg (Fn. 89), Rn. 8.

Wie zukünftig das DMA *private enforcement* funktioniert, wird sich im Zusammenspiel zwischen Kommission, nationalen Gesetzgebern, nationalen Gerichten und dem EuGH zeigen. Ob sich Deutschland dabei als attraktiver Gerichtsstandort erweisen wird, muss zumindest aus Verbraucherperspektive teilweise in Zweifel gezogen werden. Der Gesetzgeber hat die Gelegenheit verpasst, parallel auch den kollektiven Rechtsschutz zu stärken, von dem insbesondere auch Verbraucher hätten profitieren können. Das Verbandsklagenrichtlinienumsetzungsgesetz (VRUG) bzw. die Pläne für ein Leitentscheidungsverfahren beim Bundesgerichtshof, die eigentlich das Ziel haben, kollektiven Rechtsschutz zu stärken, werden voraussichtlich nicht geeignet sein, für das DMA *private enforcement* signifikante Impulse zu setzen: Bei ersterem werden Verbandsklagen weiterhin an den Nachteilen gegenüber *opt-out*-Mechanismen (wie vormals im UK) krankeln, bei letzterem würden durch kaum abgekürzte Verfahrensdauern nur schwache Reize für DMA *private enforcement* ausgelöst⁹¹. Dagegen ist zu erwarten, dass DMA *private enforcement* parallel zu den Erfahrungen und möglicherweise auch in der Anwendung mit Art. 102 AEUV/§§ 19 ff. GWB zumindest aus Perspektive gewerblicher Nutzer zu weiteren erfolgreichen Verfahren, insbesondere im Eilrechtsschutz, führen wird.

91 Nach § 552 S. 1 ZPO-E kann erst das Revisionsgericht nach eingeleiteter Revision diese zu einem Leitverfahren erklären, sofern diese über den Einzelfall hinaus erhebliche Rechtsfragen aufwirft, s. Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Einführung eines Leitentscheidungsverfahrens beim Bundesgerichtshof, BT-Drs. 20/8762, S. 13.

Legal Tech und kartellrechtliche Durchsetzung in Massenverfahren: Chancen durch Zukunftstechnologien

Gedankensplitter aus der Praxis

Thomas Thiede, Dortmund*

I. Einführung

Die Beiträge von *Julius Ott* und *Nils Imgarten* zeigen jeweils höchst elegant und prägnant auf, wie die Zukunft des Kartellschadensersatzprozesses strukturiert werden könnte, und um das Ergebnis vorwegzunehmen, wohl auch sein sollte.

Beiden Beiträgen ist dabei schon in der jeweils ausgeführten Prämisse ausdrücklich beizupflichten. Die Autoren erkennen den für das deutsche Kartellschadensersatzrecht drohenden Typ 2-Fehler: Es droht im Zusammenspiel zwischen Informationsasymmetrie, rationaler Apathie und Gerichtsmüdigkeit ein *Under-Enforcement* des Kartellschadensersatzrechts. Wenn ein Kartell nur hinreichend groß ist und Schäden damit auf möglichst viele Geschädigte verteilt sind, haben Geschädigte schlicht keinen Anlass, derartige Streuschäden gerichtlich geltend zu machen. Dies gilt vor allem für Verbraucher und kleine und mittlere Unternehmen. Die rationale Apathie überwiegt und lässt sich wohl nur im Kollektiv überwinden. Es bedarf also Auswege, die darin bestehen müssten, dass die Vielzahl der Kleinstschäden gleichwohl verfolgt wird.

II. Notwendigkeit des Sammelklage-Inkasso

Es ist verdienstvoll, dass die Autoren die Potentiale von gleichsam „echtem“ kollektiven Rechtsschutz intensiv ausloten. Ihnen ist dabei unbedingt darin beizupflichten, dass die Musterfeststellungsklage im Kartellschadensersatzrecht keinen Anwendungsbereich hat, sobald es sich bei Kartellgeschädigten um Unternehmen handelt; im Bereich von Kartellen, die Verbraucher betreffen könnten, dürften Schäden so gering sein, dass selbst die kollektive Geltendmachung die rationale Apathie eher nicht überwinden kann.

* Der Autor dankt Frau Tanja Elidrisi und Frau Anita Langner für umsichtige Hilfe bei der Erstellung des Manuskriptes.

Ähnliches dürfte für die Verbandsabhilfeklage gelten. Wobei hier durchaus schwer wiegt, dass nur qualifizierte Einrichtungen als Klägerinnen derartige Verfahren führen dürften und das fehlende Gewinnstreben, das für eine derartige Qualifikation vorausgesetzt wird, die vorbeschriebene rationale Apathie wieder nicht überwinden kann. Damit bleibt *de lege lata* allein das Sammelklage-Inkasso, das sich an deutschen Instanzgerichten freilich keiner besonderen Beliebtheit erfreut.

III. „Gerichtsmüdigkeit“?

Wenn Instanzgerichte mit einer Vielzahl von gebündelten kartellschadensersatzrechtlichen Ansprüchen konfrontiert werden, macht zuweilen das Wort von der „Gerichtsmüdigkeit“, ja gar der „richterlichen Notwehr“ die Runde und es wird darauf verwiesen, dass Kammern wohl oft lediglich *pro forma* mit je 3 Richterstellen ausgestattet sind, dies aber in aller Regel keine „Vollzeitstellen“ sein dürften, sondern jene Richter als Vorsitzende in anderen Kammern – oft Kammern für Handelssachen – eben auch tätig sind.

Bei oberflächlicher Betrachtung scheint dabei der Verweis auf diese fehlende Personalausstattung und ein diffuses Mitgefühl mit den Kammern naheliegend, wohl auch, weil etwa im Rahmen der Kartellbetroffenheit eine Vielzahl von redundanten und repetitiven Belegen, so etwa Rechnungen und dergleichen, durch die befassten Richter zu prüfen ist. Bei vertiefter Betrachtung wird man sich daher kaum des Appelles nach verbesserter Personalausstattung der Gerichte verschließen dürfen, aber eben auch den Sinnspruch von den geöffneten Augen bei der Berufswahl anführen. Schließlich mag dem befassten Praktiker (insbesondere, wenn eine Vergütung nach RVG erfolgt) das vorbeschriebene Mitgefühl auch weniger leicht in die Feder zu fließen, weil sowohl klägerische Unternehmen und ihre Rechtsvertreter als auch die beklagten Kartellanten und deren Rechtsvertreter entsprechende Belege im Vorfeld des Verfahrens eingehend untersucht haben.

Naturgemäß bedarf es einer solchen Prüfung nicht, wenn andere Gründe bestehen, die Klage eines Klagevehikels abzuweisen. *Ott* zeigt in seinem Beitrag – kritisch und präzise – auf, dass trotz Gesetzesreform und entgegenstehender Urteile des BGH verschiedene Instanzgerichte die Nichtigkeit der Abtretung unter Verweis auf die Vorschriften des RDG begründen und

stellt die Herleitung des derzeit anhängigen Vorabentscheidungsverfahrens beim EuGH eingehend dar.

IV. „Und sie dreht sich doch“

Folgt man der These, dass es schlussendlich auch in Deutschland ein Sammelklage-Inkasso geben wird, gewinnt *Imgartens* Aufruf, die bereits bestehenden Möglichkeiten der ZPO zu nutzen, ganz erhebliches Gewicht.

Es ist wohl nicht völlig fernliegend, dass es Beklagtenvertretern wohl oft weniger auf Mitwirkung bei der Rechtsfindung, sondern einzig und allein darauf ankommt, die angesichts der kartellrechtsimmanenten Informationsasymmetrie ohnedies benachteiligten Kläger in Ansehung der ohnedies bestehenden rationalen Apathie weiter zu „zermürben“ und sich dabei der Gerichte zu bedienen.

Namentlich *Johannes Heyers* hat die naheliegende Strategie der Vertreter der beklagten Kartellanten sehr treffend beschrieben:

„Ein Kartellrechtsverstoß wird im Detail auch dann bestritten, wenn eine bestands- und rechtskräftige kartellbehördliche Entscheidung vorliegt: (angeblich regelmäßig unverschuldete) Hardcore-Kartelle degenerieren zu einem bloßen Austausch von Informationen, der schon von Haus aus nicht geeignet gewesen sei, die Preisbildung zu beeinflussen... kartellierte Produkte ... seien dagegen viel zu differenziert. Die beklagten Kartellanten, die sich angeblich so sehr der Einzelfallgerechtigkeit widmen, scheuen nicht davor zurück, die Kläger mit Unmengen ökonomischer Gutachten einzudecken, die weder ihre Datengrundlage offenbaren, noch mit den Beschaffungsmengen des konkreten Einzelfalls zu tun haben. Auch sind ihre Verteidigungslinien über Kartelle und Prozesse hinweg immer die gleichen: Die Jahre oder Jahrzehnte andauernde kartellrechtswidrige Verhaltensweise sei „nicht umgesetzt“ worden, so dass eine Auswirkung auf die Preise fernliege; die Grundabsprache sei lediglich in einzelnen, unbedeutenden Regionen durchgesetzt worden; die geltend gemachten Schadenspositionen bezögen sich auf andere Waren als die vom Bußgeldbescheid erfassten.“¹

1 „Kartellschadensersatzprozesse laufen in Deutschland zu lang!“, D-Kart Blog, online <www.d-kart.de/blog/2022/09/29/kartellschadensersatzprozesse-laufen-in-deutschland-zu-lang/> (zuletzt abgerufen am 25.11.2023).

Immer neue Schriftsatzrunden werden von deutschen Gerichten zugelassen, oft ohne jedwede gerichtlichen Hinweise; Verfahren laufen zum Teil seit bald einem Jahrzehnt.

Vor diesen Hintergründen ist *Imgarten* in seinen Ausführungen zum „Case-Management“ unbedingt beizupflichten: Es ist schon für einfache, gleichsam ungebündelte Kartellschadensersatzklagen, doch erst recht für das Sammelklage-Inkasso unabdingbar, entsprechende Prozesse sachgemäß im Sinne von § 139 ZPO gerichtlich zu leiten. Eine gezielte gerichtliche Prozessplanung, der fokussierte (und einmalige!) Vortrag von Rechtsansichten und nach Themenkomplexen gegliederte Termine sollten wohl nicht Option sein, sondern für die Bewältigung des Prozessstoffes zwingend und, dies ist zu betonen, auch nach geltendem Recht möglich sein.

Es mag auch nicht überraschen, dass der Autor dieser Zeilen die von *Imgarten* geforderte Schadensschätzung unter Anwendung von § 287 ZPO begrüßt. Tatsächlich spricht nichts dagegen, in einem möglichst frühen Stadium des Prozesses, so etwa nach der Klärung der Kartellbetroffenheit und der Bindungswirkung etwaiger behördlicher Erkenntnisse, die Fragen der Schadenshöhe nicht einem Konglomerat von Gutachtern zu überlassen, die, so hat es das *Competition Appeal Tribunal* jüngst recht unumwunden festgestellt, weder auf Kläger- noch auf Beklagenseite zutreffende Ergebnisse produzieren, so dass ein drittes (teures!) Gerichtsgutachten gefordert wird, was der ohnedies bestehenden rationalen Apathie der Kläger in keinem Fall zuträglich sein dürfte.²

Diese vorgreiflichen Fragen, die sich nicht nur beim „einfachen“ Kartellschadensersatzprozess, sondern eben auch beim Sammelklage-Inkasso stellen, können sodann anhand verschiedener Gruppen, die innerhalb der gebündelten Ansprüche wohl oftmals leicht auszumachen sind, weiter abgeschichtet werden. Auch mit Blick auf die Erledigungszahlen der befassten Kammern spricht nichts dagegen, etwaige Gruppen sodann abzutrennen.

2 Siehe etwa *Competition Appeal Tribunal*, 7.2.2023 – (2023) CAT 6 – Royal Mail Group Ltd. v DAF Trucks Ltd. und aus der Literatur Bornemann/Suderow NZKart 2023, 478 (480); Tolkmitt ZwER 2023, 309 (314 f.), 324 f.), 326; Bayer/Rinnen/Wandschneider NZKart 2021, 407; Beckmann/Heller/Mattke NZKart 2021, 555; Hornkohl/Imgarten NZKart 2021, 621; Rinnen/Wandschneider NZKart 2021, 147; Thole NZKart 2021, 5; Thiede NZKart 2020, 657.

V. Legal Tech

Vor diesen Hintergründen überzeugt der Brückenschlag zum *Legal Tech*: In der Praxis findet sich vorbeschriebene redundant repetitive Arbeit insbesondere im Bereich der *Due Diligences*, wo in aller Regel eine ähnlich hohe Anzahl von Dokumenten zu prüfen ist.

Die Verwendung von Datenräumen ist hier Gang und Gäbe. Entsprechende Anbieter sind zu hunderten, wenn nicht sogar tausenden am Markt. Das dort verwendete Dokument, um in *Imgartens* Duktus des „Basisdokumentes“ zu bleiben, wäre ein *Due Diligence*-Bericht, der in der Regel in Tabellenform erstellt wird. Gerade der Hinweis auf eine Verlinkung im Rahmen einer Excel-Tabelle ist bei inländischen und ausländischen (Kartell-)Behörden auch durchaus üblich. Die entsprechende Technologie dürfte der öffentlichen Hand demgemäß zugänglich sein.

VI. Resümee

Ein *Over-Enforcement* ist für Deutschland beim jetzigen Stand des Kartellschadensersatzrechts gewiss nicht zu befürchten. Es gibt nur wenige Vergleiche und noch weniger Leistungsurteile der Instanzgerichte. So droht – gerade bei Streuschäden – das völlige Ausbleiben von Kompensation und eine erhebliche Beschädigung des Justizstandortes. So ist für die Zukunft zu hoffen, dass die Beiträge der Autoren möglichst weites Gehör finden, weil ihre Vorschläge den Weg in die Zukunft weisen können.

Legal-Tech-Inkasso – Keine Aktivlegitimation im Kartellschadensersatzrecht?

Julius Ott, Potsdam

A. Einleitung

Durch Kartellrechtsverstöße kommt es häufig zu Streu- und Massenschäden. Das bedeutet, dass eine Vielzahl von Marktteilnehmern (geringe) Schäden wegen des jeweiligen Verstoßes erleidet.¹ Aufgrund geringer finanzieller sowie rechtlicher Anreize werden diese Schäden im Wege eines Schadensersatzverfahrens häufig nicht geltend gemacht. Anspruchsbündelungen nach dem sog. „Sammelklage-Inkasso“ könnten einen Beitrag dazu leisten, den Anreiz der Geschädigten zur Geltendmachung dieser Ansprüche zu erhöhen. Unter dem Begriff „Sammelklage-Inkasso“ (auch Inkassoession) wird die Abtretung einer Reihe von Forderungen, die sich gegen denselben Schuldner richten und die im Wesentlichen gleichgelagerten Lebenssachverhalten entspringen, an ein Inkassodienstleistungsunternehmen verstanden, das diese gebündelt geltend macht.² Insbesondere mit der Unterstützung von Legal-Tech-Anwendungen (Legal-Tech-Inkasso) könnte eine solche Anspruchsbündelung ein effektives Mittel darstellen, um dem Problem der ausbleibenden Geltendmachung von Streu- und Massenschäden entgegenzuwirken.

Während andere europäische Mitgliedstaaten entsprechende Möglichkeiten der Anspruchsbündelung im Rechtsverkehr vorsehen,³ hat sich

-
- 1 C. Krüger/A. Weitbrecht in: A. Fuchs/A. Weitbrecht (Hrsg.), Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung, München 2019, § 19, Rn. 1 ff.; vgl. auch BT-Drs. 15/3640, S. 36; Zur Unterscheidung von Streu- und Massenschaden siehe bspw. C. Meller-Hanich, Sammelklagen, Gruppenklagen, Verbandsklagen – bedarf es neuer Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes im Zivilprozess?, NJW – Beilage 2018, 29 (30); zum Begriff des Streuschadens auch A. Kruß, Kartellschaden und Verbraucherschutz, Hamburg 2010, S. 21 ff.
 - 2 Dabei handelt es sich um fiduziarische Abtretungen, bei denen das Beitreibungsrisiko bei der Zedentin verbleibt; siehe BGHZ 230, 255, Rn. 13 – AirDeal; BGH NJW 2018, 2254, Rn. 25 ff.; vgl. auch K. Engler, Die Bedeutung der unechten Legal Tech-Sammelklagen für den kollektiven Rechtsschutz, Baden-Baden 2022, S. 112.
 - 3 Bspw. Rechtbank Amsterdam C/13/486440 / HA ZA 11–944, Rn. 2.7.

die Inkassozeession in Deutschland speziell im Kartellschadensersatzrecht (noch) nicht durchgesetzt. Dieser Beitrag soll daher der Frage nachgehen, ob rechtliche Aspekte der Zulässigkeit der kartellrechtlichen Inkassozeession am Justizstandort Deutschland tatsächlich im Weg stehen oder ob eine Zulässigkeit nicht doch geboten scheint. Ein besonderes Augenmerk soll dabei auf die Frage gelegt werden, inwiefern der Einsatz von Legal-Tech Argumente für die Zulässigkeit des Sammelklage-Inkassos liefern kann.

Zu diesem Zweck soll sich der Beitrag zunächst mit dem rationalen Desinteresse auseinandersetzen, um das Bedürfnis nach einer Anspruchsbündelung zu verdeutlichen (B.). Im Anschluss soll darauf eingegangen werden, welche Aspekte des deutschen Rechts, insbesondere des Rechtsdienstleistungsgesetzes (RDG), eine Rolle bei der Zulässigkeit der Inkassozeession spielen (C.). Ferner soll die Zulässigkeit des Sammelklage-Inkassos vor dem Hintergrund des unionsrechtlichen Effektivitätsgebots untersucht werden, um die entsprechende Vorlage beim Europäischen Gerichtshof (EuGH) durch das LG Dortmund zu würdigen (D.).⁴ Letztlich wird ein Fazit hinsichtlich einer möglicherweise gebotenen Zulässigkeit des Sammelklage-Inkassos gezogen (E.).

B. Rationales Desinteresse der Geschädigten als Ausgangspunkt

Das rationale Desinteresse (auch rationale Apathie) stellt eine wesentliche Überlegungsgrundlage dar, um Problemen im Zusammenhang mit der Inkassozeession zu begegnen. Das rationale Desinteresse bedeutet, dass (möglicherweise) Anspruchsberechtigte aufgrund des hohen Aufwands, insbesondere aufgrund von Prozesskosten und -risiken für das gesamte Verfahren sowie der geringen Höhe des zu erwartenden eigenen Schadensersatzanspruchs, vor der Geltendmachung ihrer Ansprüche zurückschrecken.⁵ Dieser – gegenüber der geringen Höhe des Schadens – hohe Aufwand trifft gerade kleine und mittlere Unternehmen (KMU) sowie Verbraucher besonders stark. Bei besonders kleinen Schäden stellt sich sogar die Frage, ob die betreffende Person überhaupt Kenntnis davon hat.⁶ Große Unternehmen

4 LG Dortmund BeckRS 2023, 5354 bzw. EuGH C-253/23 (ASG).

5 Krüger/Weitbrecht (Fn. 1), § 19, Rn. 11 ff.; in Bezug auf Verbraucher auch BT-Drs. 19/27673, S. 14.

6 Vgl. Krüger/Weitbrecht (Fn. 1), § 19, Rn. 13; Engler, Legal Tech-Sammelklagen, (Fn. 2), S. 42 ff.

können demgegenüber in der Lage sein, kartellrechtliche Verstöße systematisch zu verfolgen.⁷ Für Verbraucher und KMU stellt sich das Problem, dass sie keinen Anreiz haben, eine gerichtliche Verfolgung der Ansprüche wahrzunehmen, um die aufgrund des Verstoßes erlittenen Nachteile auszugleichen, deshalb oft besonders groß dar.

Hinzu kommt, dass das finanzielle Interesse an einem Obsiegen auf Kläger- und Beklagtenseite unterschiedlich stark ausgeprägt ist. Aufgrund einer potenziellen Vielzahl parallel gelagerter Verfahren geht das finanzielle Interesse der Beklagtenseite, die Präzedenzen verhindern möchte, regelmäßig über dasjenige der Geschädigten hinaus, das sich auf die Höhe des einzelnen Anspruchs beschränkt. Dementsprechend hat die Beklagtenseite deutlich höhere Anreize in den Prozess zu investieren.⁸ Das gilt im Kartellrecht insbesondere dann, wenn eine kartellbehördliche Entscheidung mit Bindungswirkung nicht vorliegt und es sich beim Schadensersatzverfahren somit um ein *Stand-Alone*-Verfahren handelt. In einem solchen müsste der Kartellverstoß im Laufe des Schadensersatzverfahrens vom zuständigen Gericht erst festgestellt werden.

Diese Gesichtspunkte führen allesamt dazu, dass potenziell Geschädigte häufig davor zurückschrecken, ihre Schadensersatzansprüche durchzusetzen. Die Europäische Kommission geht davon aus, dass Betroffenen jährlich Schäden im zweistelligen Milliardenbereich entgehen.⁹ Um diesen Hürden zu begegnen, denen sich Rechtssuchende hinsichtlich ihrer Schadensersatzansprüche ausgesetzt sehen, bedarf es folglich geeigneter Mechanismen, die die Geltendmachung der jeweiligen Ansprüche erleichtern. Andernfalls bleibt das Kartellrecht hinter dem Maß effektiver Durchsetzung zurück. Inwiefern die Inkassoession dabei eine Rolle spielt, soll im Folgenden näher untersucht werden.

7 *A. Petrasincu/C. Unseld*, Vom Leitbild des Inkassos und dem Zusammenspiel beweglicher Teile, NZKart 2021, 280 (281).

8 Vgl. *R. Bone*, Class Action, in: Sanchrício (Hrsg.), *Procedural Law and Economics*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA 2012, S. 67 (69 f.); *B. Rentsch*, Anscheinsbeweis, tatsächliche Vermutung und effet utile in kartellrechtlichen follow on-Klagen: Unionsrechtliche Scheinimperative, Zeitschrift für das gesamte Verfahrensrecht 2022, 4, Rn. 25; *Petrasincu/Unseld*, Leitbild (Fn.7), 281; *A. Morell*, Keine Kooperation ohne Konflikt, JZ 2019, 809 (813); ausführlich zu den Hürden mit einer Unterscheidung von Streu- und Massenschaden *Engler*, Legal Tech-Sammelklagen (Fn. 2), S. 42 ff.

9 *Europäische Kommission*, Competition Policy Brief 2015–1, S. 2.

C. Die Inkassozeession in Deutschland

I. Zulässigkeit der Inkassozeession nach dem RDG

Mit der Reform des RDG im Jahr 2021 (auch Legal-Tech-Reform), sollte dem Abweichen vom klassischen Berufsfeld der Inkassodienstleister durch Legal-Tech-Anbieter Rechnung getragen werden.¹⁰ Rechtssicherheit brachte dies für die Inkassozeession im Kartellschadensersatzrecht jedoch nicht. Während der Bundesgerichtshof (BGH) in verschiedenen Verfahren, die nicht das Kartellrecht betrafen, die Zulässigkeit des Sammelklage-Inkassos bejahte,¹¹ wichen seit der RDG-Reform einige Landgerichte vor der Zulässigkeit im Kartellschadensersatzrecht zurück. Verstöße gegen §§ 3, 4 RDG sollen zur Nichtigkeit der Abtretungen führen (§ 134 BGB), so dass es in den einschlägigen Verfahren an der Aktivlegitimation der Kläger mangelte.¹² § 3 RDG verlangt, dass die Erbringung von Rechtsdienstleistungen nur im vom Gesetz zulässigen Umfang erfolgt. § 4 RDG soll demgegenüber Interessenkollisionen bei der Erbringung der Rechtsdienstleistung verhindern. Als ausschlaggebend für die RDG-Verstöße wurden in den einschlägigen Verfahren unter anderem bestimmte Charakteristika des Kartellrechts, wie der große Umfang der Schadensersatzverfahren sowie eine daraus resultierende Komplexität, das breite Spektrum möglicher Geschädigter über verschiedene Marktstufen hinweg oder die Ausgestaltung von Vergütung und Prozessfinanzierung, angesehen. Dass diese kartellrechtlichen Besonderheiten, insbesondere unter Berücksichtigung der BGH-Rechtsprechung, jedoch weder einen Verstoß gegen § 3 RDG noch § 4 RDG zu begründen vermögen, soll nachfolgend dargelegt werden.

10 BT-Drs. 19/27673, S. 1.

11 BGHZ 234, 125 – financialright; BGHZ 230, 255 – AirDeal; BGH BeckRS 2019, 30591 – Lexfox.

12 LG Mainz BeckRS 2022, 34038 – Rundholzvermarktung Rheinlandpfalz; LG Stuttgart BeckRS 2022, 10278 – LKW-Kartell; LG Stuttgart BeckRS 2022, 362 – Rundholzvermarktung. Mit der fehlenden Aktivlegitimation geht die Gefahr der Verjährung einher; siehe C. Krüger/M. Seegers, Kartellrechtliche Abtretungsmodelle, Legal-Tech und die Reform des Rechtsdienstleistungsgesetzes: Wer wird geschützt und wovor?, BB 2021, 1031 (1036) m.w.N.

1. Kein Verstoß gegen § 3 RDG

Im Zusammenhang mit § 3 RDG stellt sich die Frage, ob Kartellschadensersatzansprüche überhaupt inkassofähig sind oder ob die Erbringung einer Inkassotätigkeit in diesem Rechtsgebiet über das gesetzlich zulässige Maß hinausgeht, so dass ein Verstoß vorliegt. Die Erbringung von Rechtsdienstleistungen, zu denen auch die Inkassodienstleistung gehört (§ 2 Abs. 2 S. 1 RDG), ist gesetzlich nur vorgesehen, wenn die Inkassodienstleister entsprechend registriert sind, § 10 Abs. 1 Nr. 1 RDG. Es handelt sich bei § 3 RDG somit um ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.¹³ Diese Registrierung erfordert einen Nachweis besonderer Sachkunde, vgl. § 11 Abs. 1 RDG. Für das Kartellschadensersatzrecht gehen die Landgerichte aufgrund dessen Komplexität davon aus, dass die Inkassodienstleister über diese Sachkunde, trotz vorgenommener Registrierung, nicht verfügen und die Inkassotätigkeit deshalb über das im Rahmen des § 3 RDG zulässige Maß hinausgehe.¹⁴

a) Die Nichtaufnahme des Kartellrechts in § 11 Abs. 1 RDG

Zunächst soll die Nichtaufnahme des Kartellrechts in § 11 Abs. 1 RDG für eine zu hohe Komplexität des Kartellschadensersatzrechts in der Weise sprechen, als dass grundsätzlich keine Inkassotätigkeit in diesem Rechtsgebiet in Betracht kommt. Schlüssig erscheint diese Annahme im Ergebnis jedoch nicht. Dies wird nicht zuletzt durch einen Blick in die Gesetzesmaterialien zur RDG-Reform verdeutlicht, die eine Aufnahme des Kartellrechts ursprünglich vorsahen.¹⁵

Das LG Stuttgart sieht in der fehlenden Aufnahme ein Argument dafür, dass das Kartellrecht zu komplex sei, um Gegenstand einer Inkassotätigkeit zu sein. Dass die Gesetzgebungsmaterialien davon sprechen, es gäbe im Kartellrecht „etablierte Angebote am Markt, ohne dass hier Probleme bekannt geworden wären“ hält die Kammer für einen offensichtlichen Wi-

13 Vgl. R. Kremer, Vereinbarkeit von Sammelklagemodellen mit dem RDG: Bestandsaufnahme und Bewertung aus der Praxis, NZKart 2022, 684 (685).

14 LG Mainz BeckRS 2022, 34038, Rn. 81 ff. – Rundholzvermarktung Rheinlandpfalz; LG Stuttgart BeckRS 2022, 10278, Rn. 61 ff. – LKW-Kartell; LG Stuttgart BeckRS 2022, 362, Rn. 90 ff. – Rundholzvermarktung.

15 Vgl. BT-Drs. 19/27673, S. 53 ff.

derspruch zur Realität.¹⁶ Das LG Mainz hält demgegenüber fest, nicht zu verkennen, dass es sich um keine abschließende Aufzählung im Rahmen des § 11 Abs. 1 RDG handele, verweist jedoch im Übrigen auf die Ausführungen aus Stuttgart. Eine abschließende Aufzählung scheint die Kammer des LG Stuttgart zwar ebenfalls nicht anzunehmen. Zumindest sind sich die Kammern aber wohl darüber einig, dass die fehlende Nennung impliziere, dass das Kartellrecht gerade nicht mit den aufgezählten Rechtsgebieten vergleichbar sei und dies für die hohe Komplexität spreche.¹⁷

Diese Ausführungen vermögen im Ergebnis nicht zu überzeugen, wie die Gesetzgebungsmaterialien zu § 11 Abs. 1 RDG verdeutlichen. Aufgrund der genannten „Angebote am Markt“ ist nämlich zu erkennen, dass die Bundesregierung, aus deren Reihen der Entwurf stammte, gerade nicht davon ausging, dass das Kartellrecht von der Inkassotätigkeit ausgeschlossen sein sollte. Andernfalls hätte sie nicht auf ebensolche Angebote verwiesen. Ob diese tatsächlich bestehen, kann zunächst dahinstehen. Jedenfalls ist § 11 Abs. 1 RDG vor dem Hintergrund der Gesetzgebungsmaterialien nicht so zu verstehen, als dass das Kartellrecht *per se* von der Inkassotätigkeit ausgenommen sein sollte.¹⁸

Darüber hinaus verdeutlicht die BGH-Rechtsprechung, dass die vom jeweiligen Inkassodienstleister bereits für die Registrierung nachgewiesene Sachkunde ausreicht, um einer fehlerhaften Rechtsdienstleistung vorzubeugen. Dies wird zunächst in der *AirDeal*-Entscheidung verdeutlicht, in der der BGH festhält, dass aufgrund des Inkassounternehmens, das seine für genügend befundene Sachkunde nachgewiesen hat und diese bei der Forderungseinziehung einsetzt, keine Gefahr für fehlerhafte Rechtsdienstleistungen besteht.¹⁹ Außerdem findet sich in der Entscheidung zu *financialright* ein Hinweis darauf, dass die vom Inkassodienstleister nachgewiesene Sachkunde ausreicht, um jegliche Forderungen einzuziehen. Es soll nämlich gerade nicht notwendig sein, dass die später tatsächlich angebotene Inkassodienstleistung auch in dem Rechtsgebiet erfolgen muss, indem auch der Sachkundenachweis erbracht wurde.²⁰ Zumindest können

16 Vgl. LG Stuttgart BeckRS 2022, 10278, Rn. 69 – LKW-Kartell; LG Stuttgart BeckRS 2022, 362, Rn. 101 – Rundholzvermarktung, mit Bezug auf BT-Drs. 19/27673, S. 62.

17 Vgl. LG Mainz BeckRS 2022, 34038, Rn. 91 – Rundholzvermarktung Rheinlandpfalz.

18 Vgl. auch *A. Petrasincu/C. Unseld*, Die Entscheidung des LG Stuttgart zum Rundholzkartell – oder von der Axt im Walde, WuW 2022, 384 (385).

19 BGHZ 230, 255, Rn. 27 – *AirDeal*.

20 BGHZ 234, 125, Rn. 27 ff. – *financialright*; vgl. auch *C. Deckenbrock/D. Markworth*, Berufsrechtsreport, Zeitschrift für die anwaltliche Praxis 2022, 103 (110).

diese Ausführungen nicht zum Umkehrschluss führen, dass § 11 Abs. 1 RDG bestimmte Rechtsgebiete aufgrund ihrer Komplexität von ihrer Inkassofähigkeit entbindet.²¹ Unterstrichen wird diese Argumentation auch durch die Systematik des RDG. Im Rahmen der Registrierung nach § 10 RDG ist zu beachten, dass § 10 Abs. 1 S. 2 RDG die Möglichkeit vorsieht, die Registrierung nur für einen Teilbereich vornehmen zu können. Daraus folgt, dass eine Registrierung ohne Beschränkung auch unbeschränkt zu sein hat.²²

Die Systematik des RDG ebenso wie die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Sammelklage-Inkasso dürften deshalb keinen Zweifel daran lassen, dass das Kartellrecht grundsätzlich Gegenstand einer Inkassotätigkeit sein kann, obwohl § 11 Abs. 1 RDG auf eine Nennung ebendieses verzichtet.

b) Komplexität und Umfang der Schadensersatzverfahren

Die weiteren Aspekte der Komplexität und des Umfangs, die zum Unvermögen einer Inkassotätigkeit im Kartellrecht führen sollen, können ebenso wenig überzeugen. Einerseits sollen die Sachverhalte komplexe rechtliche Fragestellungen, aufgrund ständiger Fortentwicklung des deutschen und europäischen Kartellrechts mit entsprechenden Novellen, aufwerfen.²³ Andererseits sollen die „tatsächlichen“ Fragen zu einem der Inkassozeption untypischen Umfang an Fragen führen. Mit Letzterem ist gemeint, dass allenfalls der Schuldner des Schadensersatzanspruchs feststeht, während es den Inkassodienstleistern gebührt, Fragen wie diejenigen nach der Kartellbetroffenheit oder dem Umfang des Schadens zu beantworten.²⁴

Gerade weil der BGH in *Lexfox* betont, dass es sich im Rahmen des § 3 RDG um eine Abwägung im Einzelfall handelt,²⁵ wird angeführt, dass es in der Praxis häufig dazu komme, dass unberechtigte Ansprüche geltend gemacht werden. Besonders im Kartellrecht stelle es bei der Beurteilung von Anspruchsbündelungen ein Problem dar, dass manche der Ansprüche gar nicht bestünden, ein Produkt betreffen, das nicht vom Kartell erfasst

21 Vgl. insoweit *A. Petrasincu/C. Unsel*, Zulässigkeit des Sammelklage-Inkassos nach den financialright-Entscheidungen des BGH, NZKart 2023, 9 (12).

22 So *C. Heinze*, Kartellrechtliches Sammelklagen-Inkasso nach Airdeal und RDG-Reformgesetz, NZKart 2022, 193 (195).

23 Bspw. LG Stuttgart BeckRS 2022, 362, Rn. 92 – Rundholzvermarktung.

24 Bspw. LG Stuttgart BeckRS 2022, 362, Rn. 94 – Rundholzvermarktung; zur Komplexität im Stand-alone-Verfahren vgl. auch LG Dortmund BeckRS 2023, 5354, Rn. 26.

25 BGH BeckRS 2019, 30591, Rn. 110 – Lexfox.

sei oder gar verjährt seien. Nicht zuletzt soll dies insbesondere damit zusammenhängen, dass die Ansprüche in ihrem Bestehen von Legal-Tech-Produkten geprüft werden, die einer menschlichen Prüfung nach wie vor unterlegen seien.²⁶ Sofern man davon ausgeht, dass es tatsächlich zur Geltendmachung einer solchen Fülle an von vornherein unberechtigten Ansprüchen kommt, sind Zweifel an der Inkassofähigkeit zunächst wohl angemessen. Insbesondere, wenn man berücksichtigt, dass die Landgerichte, im Falle der gegebenen Aktivlegitimation, Verfahren über mehrere hunderttausend Erwerbsvorgänge hätten führen müssten.²⁷

Nichtsdestotrotz überzeugen die landgerichtlichen Ausführungen, dass das Kartellschadensersatzrecht schon an sich zu komplex oder umfangreich sei, nicht. Es fragt sich bereits, ob die Komplexität bestimmter rechtlicher Fragestellungen *per se* an einem einzelnen Rechtsgebiet festgemacht werden kann. Die ständige Fortentwicklung, ob unionsrechtlich oder innerstaatlich, sollte kein Argument dafür sein, ein Rechtsgebiet von der Möglichkeit der Inkassotätigkeit auszunehmen. Gerade eine ständige Fortentwicklung vermag die Relevanz des Rechtsgebiets zu verdeutlichen, was dafürsprechen kann, dass das Bedürfnis nach Inkassotätigkeiten – beispielsweise aufgrund anhaltender Rechtsverstöße – besonders hoch ist. Im Übrigen können auch andere Rechtsgebiete, wie das Verbrauchsgüterkaufrecht, von entsprechenden Entwicklungen geprägt sein.²⁸ Außerdem ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Inkassodienstleister auf die Expertise von spezialisierten Ökonomen und Rechtsanwälten zurückgreifen können.²⁹ In diesem Zusammenhang sollte erwähnt sein, dass der BGH in *AirDeal* aufgrund des Anwaltszwangs aus § 79 Abs. 1 S. 2 ZPO darauf hingewiesen hat, dass die Gefahr einer fehlerhaften Rechtsdienstleistung nicht besteht.³⁰ Dieses Argument ist aufgrund des § 87 GWB auf das Kartellschadensersatzrecht übertragbar, weil sich daraus die ausschließliche Zuständigkeit der Landgerichte für Kartellschadensersatzverfahren ergibt. Mithin gilt auch für Kartellschadensersatzverfahren der Anwaltszwang.³¹

26 *Kremer*, Sammelklagemodelle (Fn. 13), 685 ff.

27 Vgl. LG Stuttgart BeckRS 2022, 362, Rn. 173 – Rundholzvermarktung; siehe hierzu auch *N. Imgarten* in diesem Band, S. 189 ff.

28 *Petrasincu/Unselde*, Rundholzkartell (Fn. 18), 385 f.

29 Vgl. *Petrasincu/Unselde*, Sammelklage-Inkasso (Fn. 21), 12; *Petrasincu/Unselde*, Rundholzkartell (Fn. 18), 386.

30 Vgl. BGHZ 230, 255, Rn. 26 ff. – *AirDeal*.

31 *Heinze*, Sammelklagen-Inkasso (Fn. 22), 195.

Somit dürfte es zweifelhaft sein, dass das Kartellschadensersatzrecht mit einer zu hohen Komplexität für eine Inkassodienstleistung behaftet ist. Selbstverständlich soll es in der Praxis nicht dazu kommen, dass reihenweise unberechtigte Ansprüche von einer Anspruchsbündelung erfasst sind. Angesichts der hier vorgebrachten Argumente sowie der höchst-richterlichen Rechtsprechung ist eine Bereichsausnahme des Kartellschadensersatzrechts für Inkassodienstleistungen jedoch nicht, weder aufgrund der Nichtaufnahme in § 11 Abs. 1 RDG noch aufgrund der Komplexität, geboten, sodass ein Verstoß gegen § 3 RDG nicht grundsätzlich vorliegen dürfte.

2. Kein Verstoß gegen § 4 RDG

Die zweite problematische Norm (§ 4 RDG) betrifft das Verhältnis der Beteiligten untereinander. Die Vorschrift soll verhindern, dass es zu einer konkreten Gefahr der Pflichtverletzung bei der Erbringung der Inkassodienstleistung aufgrund eines Interessenkonflikts kommt.³² Kartellrechtsspezifische Argumente, die die Marktposition der Geschädigten betreffen, aber auch sonstige Aspekte wie die Prozessfinanzierung oder die Vergütung der Zessionarin spielen dabei eine wichtige Rolle. Im Ergebnis scheinen diese Ausführungen jedoch nicht ausreichend stichhaltig.³³

a) Interessenkonflikt aufgrund der Marktposition

Zu überzeugen vermag zunächst nicht, dass kartellrechtliche Besonderheiten zu einem Interessenkonflikt zwischen Zessionarin einerseits und den Zedentinnen untereinander andererseits führen sollen. Eine sich aus dem Umstand unterschiedlicher Marktstufen bzw. Stellungen im Markt ergeben-

32 C. Deckenbrock in: C. Deckenbrock/M. Henssler (Hrsg.), Rechtsdienstleistungsgesetz, 5. Aufl., München 2021, § 4, Rn. 1 ff.

33 Unabhängig davon, ob ein Interessenkonflikt vorliegt, stellt sich im Übrigen die Frage nach der Folge eines Verstoßes gegen § 4 RDG. Krit. hinsichtlich der Schutzgesetzzeigenschaft *Krüger/Seegers*, Abtretungsmodelle (Fn. 12), 1036; vgl. auch A. Stadler, Zulässigkeit von Inkasso-Bündelungs- und Finanzierungsmodellen nach RDG, *Recht Digital* 2021, 513, Rn. 6; krit. hinsichtlich eines Durchschlags auf die dingliche Ebene T. Makatsch/B. Kacholdt, Kartellschadensersatz und Bündelungsmodelle im Lichte von Prozessökonomie, Grundrechten und effektivem Rechtsschutz, *NZKart* 2021, 486 (489).

de Heterogenität der Ansprüche soll Auswirkungen auf die Erfolgsaussichten der verschiedenen Ansprüche haben, so dass manche Ansprüche im Ergebnis entwertet würden. In der Folge würde das bedeuten, dass Ansprüche mit hohen Erfolgsaussichten ein überproportionales Risiko tragen.³⁴ Dies könne eine Quersubventionierung bedeuten, die dem kompensatorischen Charakter des Schadensersatzes widerspreche.³⁵

Es ist zwar nicht von der Hand zu weisen, dass das Kartellrecht bei unterschiedlichen Marktstufen der potenziell Geschädigten gerade mit der Schadensabwälzung (*Passing-on-Defense*) eine Besonderheit vorsieht (§ 33c Abs. 2 GWB).³⁶ Bei einer Anspruchsbündelung könnte dies zu dem Problem führen, dass Abnehmer der höheren Marktstufe das Gegenteil der Abnehmer der niedrigen Marktstufe beweisen müssten.³⁷ Hinzu kommt außerdem, dass Darlegungs- und Beweislast dann höher sind, wenn sich Preisschirmgeschädigte der Anspruchsbündelung anschließen.³⁸

Dennoch ist zu beachten, dass die Anspruchsheterogenität nicht zwangsläufig zu einem Interessenkonflikt führen muss, der im Rahmen des § 4 RDG Beachtung findet. Eine gewisse Pauschalierung der Ansprüche wird gefordert, um Geschädigten den Zugang zum Recht zu ermöglichen bzw. das rationale Desinteresse zu überwinden. Vielmehr solle es auf einen grundsätzlichen Interessengleichlauf ankommen.³⁹ Dieses Argument scheint zunächst nur bedingt überzeugend, da es Möglichkeiten zu geben scheint, diesem Problem noch effektiver entgegenzutreten. Weitergehend wird nämlich gefordert, bestimmte Rechtsfragen vorab durch den BGH klären zu lassen. Entsprechende Vorschläge werden dabei auf §§ 145 ff. ZPO

34 Vgl. LG Stuttgart BeckRS 2022, 10278, Rn. 76 ff. – LKW-Kartell; LG Stuttgart BeckRS 2022, 362, Rn. 124 ff. – Rundholzvermarktung.

35 *Kremer*, Sammelklagemodelle (Fn. 13), 688; vgl. auch *M. Lerch/P. Schröder*, Drittfianzierte Sammelinkassokläger vor dem BGH – das nächste Kapitel, ZIP 2022, 1627 (1632).

36 Vgl. LG Stuttgart BeckRS 2022, 362, Rn. 99 – Rundholzvermarktung.

37 *Kremer*, Sammelklagemodelle (Fn. 13), 689; vgl. auch *C. Kersting*, Reform des Kartellschadensersatzrechts, NZKart 2022, 309 (310); *G. Klumpe*, Lost in the flood..., WuW 2022, 462 (466) hinsichtlich der Darlegungslast des Kartellanten.

38 Vgl. LG Stuttgart BeckRS 2022, 362 Rn. 135 – Rundholzvermarktung.

39 So *Makatsch/Kacholdt*, Bündelungsmodelle (Fn. 33), 489; *Morell*, Kooperation (Fn. 8), 810; *Petrasincu/Unseld*, Rundholzkartell (Fn. 18), 388 f.; *A. Petrasincu/C. Unseld*, Das Sammelklage-Inkasso im Lichte der BGH-Rechtsprechung und der RDG-Reform, NJW 2022, 1200, Rn. 27; vgl. auch BT-Drs. 19/27673, S. 61 f.; *Krüger/Seegers*, Abtretungsmodelle (Fn. 12), 1036.

gestützt.⁴⁰ Auf diese Weise ließen sich Prozesse strukturieren und abschichten.⁴¹ Erwähnenswert ist in diesem Kontext, dass der BGH die Gruppierung von Ansprüchen ebenso wie die vertragliche Verpflichtung gleichartige Ansprüche zu bündeln gewürdigt hat.⁴² Dies wäre einer Strukturierung ebenfalls zuträglich und sollte in der Praxis nicht unberücksichtigt bleiben. Gerade bei möglichen Vorabklärungen oder Kategorisierungen bzw. Gruppierungen von Ansprüchen – möglicherweise nach Marktstufen – könnten Legal-Tech-Anwendungen bereits auf Klägerseite unterstützen, da in der Regel durch die Anwendung ohnehin eine Sachverhaltsprüfung vorgenommen wird.⁴³ So könnte man der BGH-Rechtsprechung Rechnung tragen, gleichartige Ansprüche zu gruppieren, dadurch den Interessengleichlauf steigern und zugleich Grundlage für mögliche Vorabklärungen schaffen.

Diese Aspekte verdeutlichen, dass, abgesehen von der Forderung nach einer gewissen Pauschalierung, Möglichkeiten bestehen, Prozesse zu strukturieren. Dementsprechend ist es wichtig, die Inkassoession nicht allein aufgrund der möglichen Anspruchsheterogenität im Kartellrecht auszuschließen. Es sollte von Möglichkeiten Gebrauch gemacht werden, um eine für alle Beteiligten praktikable Form der Anspruchsbündelung im Kartellschadensersatzrecht sicherzustellen.

b) Interessenkonflikt aufgrund der Prozessfinanzierung

Ferner sollen Interessenkonflikte zwischen Zessionarin und Zedentinnen einerseits und Prozessfinanziererin bzw. Muttergesellschaft andererseits möglich sein. Diesen dürfte allerdings nur bedingt, aufgrund vertraglicher Ausgestaltungen, Relevanz zukommen. Hier könnten Fälle betroffen sein, in denen gerade aufgrund des Finanzierungs- oder des Inhaberverhältnisses Pflichten bei der Zessionarin entstehen, die mit den Interessen der Zedentinnen in Konflikt geraten. Gerade aus dem im Zuge der RDG-Reform

40 Vgl. Klumpe, Flood (Fn. 37), 468; G. Klumpe/F. Weber, Same, same, but different..., NZKart 2021, 492 (494).

41 Siehe auch *Imgarten* in diesem Band, S. 189 ff.

42 Vgl. BGHZ 230, 255, Rn. 55 f. – *AirDeal*; BGHZ 234, 125, Rn. 53 – *financialright*; siehe auch A. Stadler, Grenzen der Inkassoession nach dem Rechtsdienstleistungsgesetz, JZ 2020, 322 (326).

43 Hierzu sogleich unter C. II. 1.

eingeführten § 4 S. 2 RDG folgt, dass es sich dabei um Leistungspflichten handeln muss, die über bloße Berichtspflichten hinausgehen.⁴⁴

Der BGH hielt in *financialright* eine Interessenkollision deshalb für nicht gegeben, weil die Prozessfinanziererin lediglich theoretische und unbedeutende Einflussnahmemöglichkeiten hatte.⁴⁵ Dennoch soll eine Gegenüberstellung an dieser Stelle vorgenommen werden, da das LG Stuttgart annahm, dass bestimmte Einflussnahmemöglichkeiten der Prozessfinanziererin oder auch der Muttergesellschaft zu Interessenkonflikten führen könnten. Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn prozessuale Erwägungen wie Rechtsmittel oder Vergleiche bzw. kostenauslösende Maßnahmen stets von der Zustimmung der finanzierenden Gesellschaft abhingen. Die Einflussnahmemöglichkeit für sich führe zwar nicht unmittelbar zum Interessenkonflikt. Dieser entstehe aber dadurch, dass die Prozessfinanziererin das Interesse habe, ihre Renditeerwartungen erfüllt zu sehen. Demgegenüber seien Zedentinnen möglicherweise, gerade wenn einzelne von ihnen in erster Instanz unterliegen, jedoch an einer weiteren Verfolgung der Ansprüche interessiert.⁴⁶ Die vertraglich ausgestaltete Prozessfinanzierung im Fall *financialright* verdeutlicht jedoch, dass eine solche Interessenkollision vermeidbar ist. Der BGH verwies insoweit auf die Vereinbarung zwischen Prozessfinanziererin und Zessionarin, als dass die Prozessfinanziererin im Fall eines Obsiegens in erster Instanz die Kosten der Revision oder Berufung zu tragen habe und im Fall eines Vergleichs lediglich eine Konsultation stattfinden müsse, ohne dass die abschließende Entscheidung bei der Finanziererin verbleibe.⁴⁷

Diese Ausführungen zeigen, dass eine Interessenkollision durch die vertragliche Ausgestaltung der Prozessfinanzierung im Einzelfall vermieden werden kann. In der Praxis wird es von Bedeutung sein, vertraglich festzuhalten, welche Rolle die Prozessfinanzierung in möglichen weiteren Instanzen spielt. Dass es sich bei der Beurteilung um eine Einzelfallentscheidung handelt, – vorausgesetzt, die Einflussnahmemöglichkeiten gehen nicht über

44 Vgl. LG Stuttgart BeckRS 2022, 10278, Rn. 81 ff. – LKW-Kartell; LG Stuttgart BeckRS 2022, 362, Rn. 143 ff. – Rundholzvermarktung.

45 BGHZ 234, 125, Rn. 56 ff. – *financialright*.

46 LG Stuttgart BeckRS 2022, 10278, Rn. 81 ff. – LKW-Kartell; LG Stuttgart BeckRS 2022, 362, Rn. 143 ff. – Rundholzvermarktung; vgl. auch *Kremer*, Sammelklagemodelle (Fn. 13), 690; *Lerch/Schröder*, Sammelinkassokläger (Fn. 35), 1630.

47 BGHZ 234, 125, Rn. 58 – *financialright*.

den Maßstab des § 4 S. 2 RDG hinaus – kommt ebenfalls in den Gesetzgebungsmaterialien zur RDG-Reform zum Ausdruck.⁴⁸

c) Interessenkonflikt aufgrund der Vergütungsregelung

Nichts anders gilt für einen möglichen Interessenkonflikt aufgrund der Vergütungsregelung der Zessionarin. Es dürfe aufgrund der Ausgestaltung der Vergütungsregelung nicht der Anreiz für sie generiert werden, besonders hohe Kosten zu verursachen.⁴⁹ Mithin kommt es entscheidend auf die vertragliche Ausgestaltung zwischen Zessionarin und Zedentin an, in welchen Fällen und in welchem Umfang ein Konflikt besteht. Der BGH sah keinen Anlass für eine entsprechende Anwendung des § 4 RDG, sofern das konkrete Vergütungsmodell die Kostenfreihaltung und eine erfolgsbasierte Vergütung vorsah, die Zessionarin aber gleichzeitig dazu berechtigt war, unwiderruflich Vergleiche zu schließen.⁵⁰ Diese Äußerungen des BGH zeigen erneut, dass die vertragliche Ausgestaltung im Einzelfall eine Interessenkollision vermeiden kann. Die Ausführungen – besonders zur Berechtigung der Zessionarin, Vergleiche schließen zu dürfen – können als Anhaltspunkte für die vertragliche Ausgestaltung in der Praxis gesehen werden.

Die hier aufgeführten möglichen Interessenkonflikte zwischen den Beteiligten sind somit überwiegend, möglicherweise sogar durch den Einsatz von Legal-Tech, unter Berücksichtigung der BGH-Vorgaben vermeidbar.

II. Nutzen der Inkassozeession

Wie die nähere Untersuchung der RDG-Vorschriften ergab, spricht das deutsche Recht schon gar nicht grundsätzlich gegen die Inkassozeession im Kartellschadensersatzrecht. Deshalb bietet es sich an, einen Blick darauf zu werfen, welcher Nutzen von der Inkassozeession im deutschen Recht ausgehen kann und wie diese dazu beitragen kann, das rationale Desinteresse zu überwinden.

48 BT-Drs. 19/27673, S. 40.

49 Da es sich bei der Vergütungsregelung nicht um eine „andere Leistungspflicht“ im Sinne der Vorschrift handelt, müsste § 4 RDG jedenfalls entsprechend angewandt werden; vgl. LG Stuttgart BeckRS 2022, 362, Rn. 154 ff. – Rundholzvermarktung; vgl. auch *Heinze*, Sammelklagen-Inkasso (Fn. 22), 196 f.

50 BGHZ 230, 255, Rn. 47 ff. – AirDeal; vgl. auch *Makatsch/Kacholdt*, Bündelungsmodelle (Fn. 33), 489.

1. Skaleneffekte durch Anspruchs­bündelung und Legal-Tech

Durch die gebündelte Geltendmachung von Ansprüchen durch einen Kläger wird das rationale Desinteresse unter anderem deshalb verringert, weil eine zentrale Sachverhaltsaufarbeitung, die für die Beantwortung von Rechts- und Beweisfragen erheblich ist, kostengünstiger erfolgen kann.⁵¹ Außerdem wirkt sich dies auch auf ökonomische Berechnungen aus, denen im Rahmen des Schadensumfangs Bedeutung zukommt.⁵²

Diese Skaleneffekte können auch gerade aufgrund des Legal-Tech-Einsatzes verstärkt werden. Denn insbesondere aufgrund des hohen Aufwands, der gerade KMU ebenso wie Verbraucher trifft, kommt Legal-Tech-Anwendungen einige Bedeutung beim Bündeln der Ansprüche zu. Entsprechende Angebote können dabei helfen einen zeit- und kostengünstigen Kontakt zu Rechtssuchenden herzustellen, um eine möglichst unkomplizierte Zession vornehmen zu können. Im besten Fall können die Geschädigten ihre Ansprüche durch wenige Klicks abtreten. So werden im Falle der gegenständlichen Inkasso­zession meist Online-Fragebögen angeboten, mit dem Ziel den Sachverhalt entsprechend zu erfassen und zu prüfen (Legal-Tech 2.0), während Anwälte nur im Hintergrund agieren. Durch einen Datenabgleich entlang eines „Entscheidungsbaums“ nimmt die Anwendung die juristische Subsumtion vor. So treten Rechtssuchende nur mit der Software in Kontakt.⁵³ Da auf diese Weise, bevor es zur Zession des Anspruchs kommt, bereits eine Prüfung der Ansprüche stattfindet, ließe sich, wie bereits angesprochen, außerdem über die Möglichkeit nachdenken, durch die Anwendung bereits eine Kategorisierung der Ansprüche nach Erfolgsaussichten bzw. Marktstufen vornehmen zu lassen. Eine solche Kategorisierung könnte dem Problem der Entwertung stärkerer durch schwächere Ansprüche entgegenwirken und zugleich Grundlage für eine vereinfachte Verfahrensführung darstellen.

51 J.-U. Franck in: U. Immenga/E.-J. Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, 6. Aufl., München 2020, § 33a GWB, Rn. 22; vgl. auch Stadler, Abtretungsmodelle und gewerbliche Prozessfinanzierung bei Masseschäden, WuW 2018, 189 (190).

52 Vgl. Morell, Kooperation (Fn.8), 813; Petrasincu/Unsel, RDG-Reform (Fn. 39), Rn. 15; krit. S. Stratmann, Die Unzulässigkeit des Abtretungsmodells, WuW 2023, 473 (474 ff.).

53 Vgl. Engler, Legal Tech-Sammelklagen (Fn. 2), S. 112 ff.; D. Tobschall/J. Kempe, Der deutsche Legal-Tech-Markt, in: S. Breidenbach/F. Glatz (Hrsg.), Rechtshandbuch Legal Tech, 2. Aufl., München 2021, S. 27 (27); siehe bspw. zum Geschäftsmodell der Flightright GmbH D. Timmermann, Legal Tech-Anwendungen, Baden-Baden 2020, S. 170 ff.

Darüber hinaus könnte der Einsatz von Software beim Erstellen von Schriftsätzen den menschlichen Arbeitsaufwand, der jedenfalls für die Korrektur notwendig ist, auf ein Minimum beschränken.⁵⁴

Obwohl kritisiert wird, dass Legal-Tech-Produkte, bei der Prüfung der Ansprüche, hinter einer menschlichen Prüfung zurückblieben, sollte sich dieser Potenziale nicht von vornherein, durch die Unzulässigkeit des Abtretungsmodells, verschlossen werden.⁵⁵ Die Inkassodienstleister dürften ihrerseits, sowohl gegenüber den Geschädigten als auch gegenüber dem Gericht, ebenfalls ein Interesse daran haben, nicht reihenweise unbegründete Ansprüche geltend zu machen. Vielmehr bedarf es in dieser Hinsicht Rechtssicherheit für die Inkassodienstleister. Könnte man diese gewährleisten, wäre es wohl möglich, Legal-Tech-Produkte mit neuen Verfahren bzw. unregelmäßig gelagerten Sachverhalten zu optimieren.⁵⁶ Schafft man diese Rechtssicherheit nicht, würde man sich den soeben benannten Skaleneffekten auf Seite der Rechtssuchenden von vornherein verschließen. Insbesondere, wenn es als wünschenswert angesehen wird, die Attraktivität des Justizstandortes Deutschland zu steigern, besteht insoweit Aufholbedarf.⁵⁷

2. Attraktivität des Justizstandorts Deutschland

Zu Recht wird nämlich darauf hingewiesen, dass die Forumswahlmöglichkeit des Art. 8 Nr. 1 Brüssel Ia-VO zu einer Abwanderung der entsprechenden Kartellschadensersatzverfahren führen könnte. Andere Jurisdiktionen sehen entsprechende Bündelungsmodelle bereits vor. Beachtenswert ist in diesem Zusammenhang die Forderung nach einer Einrichtung von Spruchkörpern, die sich allein mit solchen Großverfahren befassen.⁵⁸ Vorschläge über eine Zuständigkeitskonzentration im Kartellschadensersatzverfahren sind dem derzeitigen Diskurs alles andere als fremd.⁵⁹ Die Attraktivität des Justizstandortes könnte jedenfalls dazu beitragen, das rationale Desinteresse zu überwinden, da Inkassodienstleistern die Möglichkeit eingeräumt

54 Vgl. *M. Lerch/C. Valdini*, Herausforderungen an den Zivilprozess bei Massenverfahren, NJW 2023, 420, Rn. 17.

55 Siehe bereits oben unter C. I. 1. b) mit Verweis auf *Kremer*, Sammelklagemodelle (Fn. 13), 685 ff.

56 *Tobschall/Kempe*, Legal-Tech-Markt (Fn. 53), S. 27.

57 Vgl. *Lerch/Valdini*, Massenverfahren (Fn. 54), Rn. 16 f.

58 *Heinze*, Sammelklagen-Inkasso (Fn. 22), 195; vgl. auch *Petrasincu/Unseld*, RDG-Reform (Fn. 39), Rn. 19; *Krüger/Seegers*, Abtretungsmodelle (Fn. 12), 1034 m.w.N.

59 Vgl. *Kersting*, Reform (Fn. 37), 311.

wird, im Kartellschadensersatzrecht überhaupt tätig zu sein. Entsprechend würden die Hürden für die Rechtsdurchsetzung, gerade für im Inland ansässige Geschädigte wie KMU und Verbraucher, die von einer Kostenfreihaltung und einer aufwandsarmen Zession profitieren, sinken.

3. Keine Alternative zur Inkassozeession

Ungeachtet der Tatsache, dass die reine Alternativlosigkeit wohl keinen eigentlichen „Nutzen“ darstellt, muss dennoch festgehalten werden, dass derzeit offenbar keine Instrumente existieren, die in vergleichbar effektiver Weise zu Rechtsschutz für mögliche Geschädigte führen können. Gesetzgeberische Vorhaben der vergangenen Jahre dürften wohl keine Abhilfe schaffen.⁶⁰ Insbesondere das echte Factoring, das regelmäßig ins Spiel gebracht wird, vermag im Ergebnis nicht überzeugen zu können. Der Grund hierfür ist mitunter, dass die Kaufpreise, die von einer unbekanntem Forderungshöhe abhängen, trotz Berücksichtigung von Risikoabschlägen immer noch sehr hoch wären, was dazu führt, dass dieses Modell für die verschiedenen Beteiligten nicht besonders attraktiv ist.⁶¹

Sofern es keine effektive Alternative zur Inkassozeession gibt, dürften sich die Probleme rund um das rationale Desinteresse und die ausbleibende Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen im *Stand-Alone*-Verfahren besonderes bemerkbar machen. Das LG Dortmund spricht in seinem Vorlagebeschluss sogar von einer „Potenzierung“ der Probleme.⁶² Dass sich das rationale Desinteresse nicht überwinden lässt, verwundert insofern kaum. Dies verdeutlicht einmal mehr, dass die Skaleneffekte, die durch die Anspruchsbündelung auftreten, von großer Bedeutung für Kartellgeschädigte sind, insbesondere, wenn diese keine andere Möglichkeit sehen, ihre Schäden aufgrund von Kartellrechtsverstößen geltend zu machen.

60 Vgl. zur Verbandsklagerichtlinie und Musterfeststellungsklage *Imgarten* in diesem Band, S. 192 ff.; vgl. auch LG Dortmund BeckRS 2023, 5354, Rn. 28 ff.; *Klumpke*, Flood (Fn. 37), 463 f.; *Petrasincu/Unselde*, Sammelklage-Inkasso (Fn. 21), 13; *Petrasincu/Unselde*, Rundholzkartell (Fn. 18), 387 f.; *Weitbrecht*, Case Management im Kartellschadensersatz, WuW 2022, 469 (471).

61 Vgl. LG Dortmund BeckRS 2023, 5354, Rn. 33; *Klumpke*, Flood (Fn. 37), 464; *Petrasincu/Unselde*, Rundholz (Fn. 18), 388; mit Vorschlägen für das echte Factoring auch *S. Stratmann*, Abtretungsmodell (Fn. 52), 473 ff.

62 LG Dortmund BeckRS 2023, 5354, Rn. 69 ff.

4. Zwischenergebnis

Die genannten Aspekte zeigen, dass das Sammelklage-Inkasso einen wesentlichen Teil dazu beitragen kann, das rationale Desinteresse zu überwinden. Gewürdigt wurden diese Aspekte ebenfalls bereits durch den BGH, der in einer beispielhaften Aufzählung unter anderem auf „die Streuung des Kostenrisikos einer etwaig vorausgegangenen Beweisaufnahme und eine erhebliche Stärkung der Verhandlungsposition gerade im Hinblick auf einen Vergleichsschluss“ hinweist.⁶³ Dadurch wird erneut hervorgehoben, dass die Inkassoession dazu beitragen kann, die finanziell unausgewogenen Anreize zwischen Kläger- und Beklagenseite auszugleichen.⁶⁴

D. Die Inkassoession und das EU-Recht

I. Möglicher Verstoß gegen das Effektivitätsgebot

Ein weiterer Umstand der aktuellen Entwicklung könnte nun für Klarheit in Sachen Zulässigkeit der Inkassoession sorgen: Im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV legte das LG Dortmund dem EuGH das Verbot der Inkassoession im Kartellschadensersatzrecht vor.⁶⁵ Die Kammer zweifelt an der Unionsrechtskonformität des Verbots. Ausschlaggebend dürfte bei der Prüfung durch den EuGH wohl hauptsächlich ein möglicher Verstoß gegen das Effektivitätsgebot sein.⁶⁶

Das aus Art. 4 Abs. 3 EUV abgeleitete Effektivitätsgebot verlangt, dass „[d]ie Anwendung des nationalen Rechts [...] die Tragweite und die Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts nicht beeinträchtigen“ darf.⁶⁷ Bezogen

63 BGHZ 230, 255, Rn. 55 – AirDeal; krit. hinsichtlich der dogmatischen Begründung *Lerch/Schröder*, Sammelinkassokläger (Fn. 35), 1632.

64 Vgl. hierzu oben unter B.

65 LG Dortmund BeckRS 2023, 5354.

66 Betreffend mögliche Verletzungen der Kartellschadensersatzrichtlinie sowie des Rechts auf effektiven Rechtsschutz, die das LG Dortmund ebenfalls aufgreift, siehe *Stratmann*, Abtretungsmodell (Fn. 52), 477 ff.

67 EuGH C-71/83, *Tilly Russ / Nova*, ECLI:EU:C:1984:217; vgl. auch Art. 4 Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union Text von Bedeutung für den EWR (Kartellschadensersatzrichtlinie) [2014] OJ L 349/1.

auf das kartellrechtliche Primärrecht bedeutet dies, dass dessen private Durchsetzung durch das innerstaatliche Recht nicht praktisch unmöglich oder übermäßig erschwert werden darf. Hierfür bereitete der EuGH in den Rechtssachen *Courage*⁶⁸ und *Manfredi*⁶⁹ den Weg. Ein Verstoß gegen das Effektivitätsgebot könnte nach Ansicht der Dortmunder Kammer nun möglicherweise aufgrund der Unzulässigkeit des Abtretungsmodells vorliegen.⁷⁰ Dabei verweist die Kammer aus Dortmund darauf, dass die Kartellrechtsdurchsetzung ohne das Abtretungsmodell in seiner Präventions- und Kompensationsfunktion drohe, leerzulaufen.⁷¹ Damit wird wohl zutreffend auf ausschlaggebende Argumente hingewiesen, die im Ergebnis für die Zulassung des Sammelklage-Inkassos sprechen.

Bereits in *Courage* verdeutlichte der EuGH, dass die volle Wirksamkeit des Art. 101 AEUV beeinträchtigt wäre, wenn nicht „jedermann“ Ersatz des ihm entstandenen Schadens verlangen könne. Schadensersatzansprüche trügen insofern zur Durchsetzung des Unionskartellrechts bei.⁷² In der jüngeren EuGH-Rechtsprechung kommt dieser Stellenwert der privaten Rechtsdurchsetzung wiederholt zum Ausdruck. Die „private Beteiligung an der finanziellen Sanktionierung“ wird in einschlägigen Entscheidungen hervorgehoben.⁷³ Neben der Kompensation des Einzelnen ist nämlich die Abschreckung vor potenziellen Zuwiderhandlungen gegen das Unionskartellrecht ein wesentliches Ziel, das private Schadensersatzklagen verfolgen.⁷⁴

Damit wird der privaten Rechtsdurchsetzung ein erheblicher Stellenwert für die Zielsetzung des Kartellrechts – den Erhalt des Wettbewerbs sowie dem Funktionieren des Marktes – beigemessen.⁷⁵ Das *Private Enforcement* ist als „integraler Bestandteil“, neben dem *Public Enforcement*, des Systems

68 EuGH C-453/99, *Courage/Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 25 ff.

69 EuGH joint cases C-295/04 – C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, Rn. 60 ff.

70 Vgl. LG Dortmund BeckRS 2023, 5354, Rn. 58.

71 LG Dortmund BeckRS 2023, 5354, Rn. 60 ff.

72 EuGH, C-453/99, *Courage/Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 25 ff.; vgl. auch EuGH joint cases C-295/04 – C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, Rn. 60 ff.

73 EuGH C-477/21, *Tráficos*, ECLI:EU:C:2023:140, Rn. 42; EuGH C-252/21, *PACCAR*, ECLI:EU:C:2023:537, Rn. 55 f.; vgl. auch EuGH C-637/17, *Cogeco*, ECLI:EU:C:2019:263, Rn. 41.

74 Vgl. EuGH C-882/19, *Sumal*, ECLI:EU:C:2021:293, Rn. 36; vgl. auch A. Schwietert, *Der effet utile und das Kartellzivilrecht*, Baden-Baden 2018, S. 111 ff.

75 EuGH C-477/21, *Tráficos*, ECLI:EU:C:2023:140, Rn. 42; EuGH C-252/21, *PACCAR*, ECLI:EU:C:2023:537, Rn. 55 f.; EuGH C-882/19, *Sumal*, ECLI:EU:C:2021:293, Rn. 36.

zu Durchsetzung des EU-Kartellrechts zu verstehen.⁷⁶ Dieses Recht auf vollständigen Ersatz des entstandenen Schadens folgt bereits aus dem Primärrecht. Vorschriften der Kartellschadensersatzrichtlinie stellen dabei lediglich eine Kodifikation dieses Rechts dar und sind vor dem Hintergrund des Primärrechts entsprechend auszulegen. Insofern verleiht das Primärrecht dem Einzelnen bereits unmittelbare Rechte.⁷⁷

Unter Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung und der daraus resultierenden Bedeutung des *Private Enforcements* im Gesamtgefüge der Kartellrechtsdurchsetzung, darf deshalb zu Recht bezweifelt werden, dass die das kartellrechtliche Sammelklage-Inkasso bisher verhindernden Vorschriften des RDG, die Durchsetzung des Unionsrechts hinreichend berücksichtigen. Es liegt eher nahe, dass die Durchsetzung aufgrund des Inkassoverbots, insbesondere aufgrund fehlender Alternativen und dem daraus resultierenden Ausbleiben der Geltendmachung von Ansprüchen, übermäßig erschwert wird und daher unionsrechtswidrig ist.⁷⁸

Um einer effektiven (privaten) Durchsetzung des Unionskartellrechts unter Überwindung des rationalen Desinteresses zu gewährleisten, sollte ferner der mögliche Einsatz von Legal-Tech-Produkten im Zusammenhang mit der Inkassozeession nicht unberücksichtigt bleiben. Durch die oben beschriebenen Vorteile, wie beispielsweise der vereinfachten Anspruchsprüfung mit einer möglichen Kategorisierung, könnten Legal-Tech-Inkassodienstleister einen erheblichen Beitrag zur privaten Durchsetzung des Kartellrechts leisten. Selbstverständlich kann der Einsatz von Legal-Tech nicht allein einen möglichen Verstoß gegen das Effektivitätsgebot überwinden. Dennoch sollte dieser Einsatz als zusätzliches Argument für die Inkas-

76 EuGH C-882/19, *Sumal*, ECLI:EU:C:2021:293, Rn. 36; EuGH C-724/17, *Skanska*, ECLI:EU:C:2019:204, Rn. 45; vgl. auch EuGH C-57/21, *RegioJet*, ECLI:EU:C:2023:6, Rn. 52.

77 Vgl. EuGH C-477/21, *Tráficos*, ECLI:EU:C:2023:140, Rn. 40 ff.; umfassend: *L. Hornkohl/N. Imgarten*, Aktuelle EuGH-Rechtsprechung zum Kartellschadensersatzrecht (Rs. *RegioJet*, *Tráficos Manuel Ferrer* und *Repsol*), Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union 2023, 226-235 m.w.N.

78 Im Ergebnis auch *M. Seegers/C. Krügers*, Effective Enforcement of Cartel Damage Claims Through the Assignment Model: The Preliminary Ruling Procedure Before the CJEU in Case C-253/23 (ASG) – A Comment, *Kluwer Competition Law Blog*, abrufbar unter: <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2023/08/25/effective-enforcement-of-cartel-damage-claims-through-the-assignment-model-the-preliminary-ruling-procedure-before-the-cjeu-in-case-c-253-23-asg-a-comment/> (zuletzt abgerufen am 17.11.2023); krit. *Stratmann*, Abtretungsmodell (Fn. 52), 474 ff.

sozession verstanden werden, da er Potenziale für eine effektive private Durchsetzung des Kartellrechts im Zuge der Inkassozeession birgt.

Im Ergebnis ist ein Verstoß gegen des Effektivitätsgebot naheliegend. Mangelnde anderweitige Durchsetzungsmöglichkeiten sprechen für eine übermäßige Erschwerung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung, wobei gerade der Einsatz von Legal-Tech als Argument für die effektive Durchsetzung gelten dürfte.

II. Auswirkungen auf innerstaatliche Prozesse

Grundsätzlich wäre die Folge eines Verstoßes, dass entsprechende deutsche Normen unionsrechtskonform ausgelegt werden oder unangewendet bleiben müssten. Nationale Gerichte trifft nämlich die Verpflichtung, den effektiven Rechtsschutz kooperativ zu fördern und der vollen Wirksamkeit der Bestimmungen des Unionsrechts Rechnung zu tragen.⁷⁹ In den gegenständlichen Fällen der Inkassozeession müssten dementsprechend die Vorschriften des RDG unionsrechtskonform ausgelegt werden bzw. unangewendet bleiben. Dies würde dazu führen, dass die Aktivlegitimation der Zessionarin nicht mehr aufgrund dessen fehlen würde. Allerdings würde dies auch bedeuten, dass innerstaatliche Gerichte beim Umgang mit entsprechenden Anspruchsbündelungen mit einer Vielzahl von zu prüfenden Erwerbsvorgängen befasst wären.⁸⁰ Daher soll erneut auf die Potenziale verwiesen werden, die der Einsatz von Legal-Tech bei solch großen Verfahren bereits auf Klägerseite bieten kann.

E. Fazit

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die höchstrichterliche innerstaatliche Rechtsprechung in Bezug auf die Zulässigkeit des Sammelklage-Inkassos Zweifel daran aufkommen lässt, dass ein Verbot dieses Bündelungsmodells im Kartellschadensersatzrecht tatsächlich gelten dürfte. Nimmt man ein solches Verbot dennoch an, liegt ein Verstoß gegen das unionsrechtliche Effektivitätsgebot nahe. Andernfalls wäre die effektive Durchsetzung des Kartellrechts nicht hinreichend berücksichtigt.

79 W. Kahl in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EU-Vertrag (Lissabon), 6. Aufl., München 2022, Art. 4, Rn. 142.

80 Siehe hierzu auch *Imgarten* in diesem Band, S. 189 ff.

Das Potenzial, das der Einsatz von Legal-Tech-Anwendungen bietet, sollte bei der Bewertung der Inkassozeession mitberücksichtigt werden. Der Einsatz kann zu einer effektiveren Durchsetzung des Kartellrechts beitragen. Zum einen kann der Einsatz einen Beitrag dazu leisten, dem rationalen Desinteresse entgegenzuwirken. Zum anderen bietet der Einsatz die Möglichkeit, das Verfahren im Sinne aller Beteiligten zu vereinfachen und zu entschlacken, indem bei der Prüfung des Anspruchs die Möglichkeit einer Kategorisierung in Betracht gezogen wird.

Im Ergebnis würde eine Zulässigkeit der Inkassozeession aber auch bedeuten, dass Gerichte mit tausenden von Erwerbsvorgängen befasst sein könnten, was neue Herausforderungen mit sich bringt. Bevor es dazu kommt, sind die Äußerungen des EuGH hinsichtlich der Zulässigkeit der Inkassozeession mit Spannung zu erwarten. Möglicherweise muss über eine unionsrechtskonforme Auslegung bzw. eine Unanwendbarkeit der RDG-Vorschriften nachgedacht werden. Für die Praxis bleibt zu hoffen, dass die Anspruchsbündelung aufgrund der Vorlagefragen auch im Kartellschadensersatzrecht an Gestalt annimmt, so dass es zukünftig zu Rechtssicherheit für die Beteiligten kommt und Legal-Tech-Anwendungen optimiert werden können.

Potentiale beim gerichtlichen Umgang mit Masseverfahren im Kartellschadensersatzprozess

Nils Imgarten, Göttingen

A. Einleitung

Kartellschadensersatzklagen beschäftigen seit einigen Jahren zunehmend Zivilgerichte in ganz Europa, besonders auch in Deutschland, in besonderem Umfang etwa im LKW-Kartell oder zuletzt im Rundholzkartell.¹ Diese Kartellschadensersatzprozesse stehen sinnbildlich für eine ganze Gruppe gegenwärtiger und zukünftiger zivilgerichtlicher Rechtsstreite.

Insbesondere für kleinere Kunden lohnt sich ein aufwändiger Schadensersatzprozess häufig jedoch nicht. Neuartige Modelle der Rechtsdurchsetzung unter Bündelung einer Vielzahl von Ansprüchen² – häufig durch Nutzung von *legal tech* – können die Durchsetzung wirtschaftlich attraktiver machen und so den Zugang zum Recht stärken. Das stellt allerdings die Zivilgerichte vor verschiedene Herausforderungen (B.).

Unter der Hypothese der rechtlichen Wirksamkeit des beschriebenen Abtretungsmodells³ stellt sich die Frage, wie die Zivilgerichte effizient und sachgerecht mit derartigen Verfahren umgehen können. Während in der Vergangenheit das RDG i. V. m. § 134 BGB eine Ausflucht geboten hat, nicht in der Sache zu entscheiden, dürfte dieser Weg nun deutlich erschwert sein. Ein effizienter, echter kollektiver Rechtsschutz existiert nicht. Warum auch Reformen wie etwa die EU-Verbandsklage jedenfalls im Bereich des Kartellschadensersatzrechts keine effektive Linderung versprechen, wird kurz dargestellt und analysiert (C.).

Vielmehr stellen sich Fragen der rechtlichen sowie technisch-unterstützten Prozessstrukturierung. Wenn technische Mittel zur Effizienzsteigerung

1 Vgl. überblicksartig A. Weitbrecht, Kartellschadensersatz 2022, NZKart 2023, 196 (197–199).

2 Besonders prominent etwa LG München I NZKart 2020, 145 (über 80.000 Erwerbsvorgänge, vermeintlicher Schaden ca. 600 Mio. Euro).

3 Vgl. dazu im Einzelnen den vorangehenden Beitrag von Ott in diesem Band; ferner zur möglichen Unionsrechtswidrigkeit einer a.A. LG Dortmund NZKart 2023, 229.

auf Klägerseite zum Einsatz kommen, liegt die Frage auf der Hand, wie Gerichte hierauf reagieren können und müssen. Der Beitrag eröffnet dabei die Möglichkeit, eine auch andernorts geführte Diskussion über den richterlichen Umgang mit „Massen-Verfahren“ auf das Kartellschadensersatzrecht zu übertragen. Insbesondere die Möglichkeiten der Konzentration des Parteivortrags und der Nutzung eines elektronischen Basisdokuments – beides Themen der aktuellen berufsrechtlichen wie rechtspolitischen Diskussion⁴ – dürften hierbei zentral sein. Existierende Möglichkeiten effizienter elektronischer Verfahrensführung (D.) werden hierbei kontrastiert mit ausgewählten Prozessrechtsmodernisierungen *de lege ferenda* (E.), um die Potentiale auszuloten.

B. Zusammenfassung der Ausgangslage bei den Zivilgerichten

Kartellschadensersatzklagen haben gemein, dass sie regelmäßig Streuschäden betreffen, welche sämtlich auf demselben schädigenden Ereignis, nämlich einem kartellrechtswidrigen Verhalten, beruhen.⁵ Einer kleinen Gruppe von Schädigern steht eine große, teils unüberschaubare Gruppe von Geschädigten gegenüber. Durch die Möglichkeit der Betroffenheit verschiedener Marktstufen auf Geschädigtenseite wird die Komplexität der Situation weiter erhöht.

Im klassischen Fall eines Streuschadens sind Einzelklagen nahezu ausgeschlossen. Durch die hohen Prozesskosten bei der erwartbaren komplexen Prozessführung und erforderlichen Gutachten ist das rationale Desinteresse der Kläger trotz ggf. beachtlicher Erfolgchancen noch höher als in anderen Rechtsgebieten.⁶ Informationsasymmetrie und Machtungleichgewicht zwischen Schädigern und Geschädigten verstärken diesen Effekt weiter.

Aus diesen Gründen besteht ein Bedürfnis nach Formen kollektiven Rechtsschutzes. Die sog. unechte Sammelklage, meist in Form eines Sammelklage-Inkassos, welches auf der Bündelung durch Abtretung einer Vielzahl von Einzelansprüchen beruht, ist die momentan vorherrschende Ant-

4 Vgl. Deutscher Richterbund, Stellungnahme Nr.1/22 zur besseren Bewältigung von Massenverfahren in der Justiz, 2022 sowie daran anknüpfend Antrag der CDU/CSU Fraktion vom 7.2.2023, BT-Drs. 20/5560.

5 G. Klumpe, Lost in the flood ... Zum Sammelklage-Inkasso im Rahmen kartellrechtlicher Schadensersatzklagen, WuW 2022, 462 (463).

6 Zum Ganzen vgl. Klumpe, Sammelklage-Inkasso (Fn. 5), 463.

wort der Rechtsdienstleistungsbranche auf diese Problemstellung.⁷ Dabei handelt es sich anders als in Massenverfahren wie etwa dem Diesel-Abgas-skandal nicht um die massenhafte Häufung von Einzelklagen, sondern es wird nur eine sehr umfangreiche Klage erhoben, in der meist mehrere tausend Ansprüche in Form objektiver Klagehäufung gebündelt sind. Man kann daher auch von Umfangsverfahren als Unterkategorie der Massenverfahren sprechen.

Die hierdurch entstehenden Klagen stellen die erstinstanzlich zuständigen Landgerichte vor erhebliche Herausforderungen. Zwar besteht in der Regel bereits eine gewisse Spezialisierung und Zuständigkeitsbündelung in Spezialekammern für kartellrechtliche Streitigkeiten an einzelnen Landgerichten.⁸ Jedoch sind auch diese Kammern nur mit je drei Richterstellen ausgestattet. Anders als die Kläger und Beklagten können sie den Personalschlüssel nicht ohne Weiteres erhöhen und in der Regel auch nicht ohne Weiteres etwa wissenschaftliche Mitarbeiter oder Hilfskräfte hinzuziehen.⁹ Ferner ist eine hinreichende Spezialisierung auf kartellrechtliche Schadensersatzklagen nicht in jeder Kammer zwingend vorhanden.¹⁰

Die ZPO schließt die Situation der massenhaften objektiven Klagehäufung nicht aus. § 260 ZPO enthält keine Umfangsobergrenze. Das Erfordernis der gemeinsam bestehenden Zuständigkeit des Prozessgerichts stellt in Kartellschadensersatzsachen regelmäßig keine relevante Grenze dar, weil ein forum-shopping nach der weiten Auslegung des Deliktsgerichtsstandes des Art. 7 Abs. 2 Brüssel Ia Verordnung¹¹ i. V. m. der Bündelung der Zuständigkeit bei Gesamtschuldnerschaft nach Art. 8 Nr.1 Brüssel Ia VO sehr

7 Vgl. zum Geschäftsmodell auch den Beitrag von *J. Ott* in diesem Band; ferner *M. Glusdak/P. Scholz*, Legal-Tech-Inkasso und der Zugang zum Recht, in: *T. Riehm/S. Dörr* (Hrsg.), Digitalisierung und Zivilverfahren, Berlin 2023, S. 56 (64 f.).

8 Das ist abhängig von Regelungen der Länder auf der Grundlage von § 89 GWB, welche im Einzelnen auseinandergehen, vgl. *V. Spiecker* in: *F. Säcker/P. Meier-Beck* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Bd. II, 4. Aufl., München 2022, § 89 GWB Rn. 3.

9 Anschaulich in Bezug auf die Belastung im Kartellrecht *Klumpe*, Sammelklage-Inkasso (Fn. 5), 466 ff.

10 Einerseits mögen einzelne Kammern nur selten derartige Fälle zu entscheiden haben; andererseits wird zusätzlich bei den rein richterlich besetzten Kammern oft ein Mangel an (gerichtsinternem) ökonomischen Sachverstand beklagt, vgl. *L. Hornkohl*, Leave it to the experts: A comparative analysis of competition-expert lay judges in private enforcement of competition law, Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies 2022, 7 (21 ff.).

11 Vgl. EuGH C-451/18, *Tibor Trans*, ECLI:EU:C:2019:635.

weitreichend möglich ist. Ferner erlaubt auch der allgemeine Gerichtsstand in Verbindung mit den Grundsätzen der EuGH-Rechtsprechung zur wirtschaftlichen Einheit, insb. nach dem Urteil in der Rechtssache *Sumal*,¹² eine Geltendmachung sämtlicher Schadensersatzansprüche an einem Sitz einer Mutter- oder Tochtergesellschaft eines der kartellbeteiligten Unternehmen.¹³

C. Potentiale von „echtem“ kollektiven Rechtsschutz

Teilweise wurde diese prozessuale Ausgangslage als Defizit betrachtet und versucht, dem durch die Einführung neuer Instrumente kollektiven Rechtsschutzes zu begegnen. Im Folgenden wird zunächst dargelegt, warum sowohl die Musterfeststellungsklage als auch die neue EU-Verbandsklage keine beachtlichen Änderungen für den Bereich des Kartellschadensersatzrechts bereithalten, bevor dann auf konkrete Möglichkeiten der Prozessgestaltung unter dem geltenden Recht einzugehen ist.

I. Musterfeststellungsklage

Die Musterfeststellungsklage blieb bislang nicht nur allgemein hinter ihren Erwartungen zurück.¹⁴ Aus strukturellen Gründen hat sie im Kartellschadensersatz kaum einen Anwendungsbereich. Bereits die Begrenzung auf Verbraucherrechtsstreitigkeiten in § 606 Abs. 1 ZPO schließt viele Kartellgeschädigte aus. Gerade bei teureren Produkten oder größeren Volumina, sind die Kartellgeschädigten oft selbst Unternehmer. Wenn Verbraucher als Geschädigte in Betracht kommen, sind die Schäden – wie etwa im Bereich von Kartellen in den Bereichen Zucker oder Bier – derart gering und regelmäßig nicht dokumentiert, sodass auch ein kollektiver Rechtsschutz nicht zur Rechtsverfolgung führen wird.

12 EuGH C-882/19, *Sumal*, ECLI:EU:C:2021:800.

13 Vgl. zum Ganzen weiterführend *L. Hornkohl*, Die internationalzivilprozessualen Folgen der unionskartellrechtlichen Konzernhaftung, IPRax 2023, 254 (260 f.).

14 Vgl. zur allgemeinen Beurteilung über das Kartellrecht hinaus etwa: Verbraucherzentrale Bundesverband, Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2020/1828 über Verbandsklagen, 2023, S. 11 ff.; *M. Heese*, Die Musterfeststellungsklage und der Dieselskandal, JZ 2019, 429 (429 ff.).

Überdies ist die Begrenzung auf qualifizierte Einrichtungen als Klägerinnen in § 606 Abs. 1 S. 2 ZPO ein Hemmnis bei der Verfolgung wirtschaftlicher Interessen. Gerade das Verbot des Gewinnstrebens solcher gemeinnützigen Einrichtungen verhindert, dass diese ein rationales Interesse an der Verfolgung von wirtschaftsrechtlichen Streitigkeiten hätten, welches das rationale Desinteresse der einzelnen Betroffenen kompensieren könnte.¹⁵ Wirtschaftsverbände oder Gruppenkläger sind für den kollektiven Rechtsschutz gerade nicht zugelassen.

Dass im Ergebnis dann auch nur ein Feststellungsurteil erlangt werden kann und gerade kein unmittelbarer Leistungstitel, sei nur der Vollständigkeit halber als weiterer Nachteil zur Sammelklage angemerkt. Entscheidend sind die strukturellen und verfahrensökonomischen Gesichtspunkte, die die Musterfeststellungsklage bereits in ihrem Anwendungsbereich für Kartellschadensersatzklagen praktisch ausschließen.

II. Abhilfeklage nach der EU-Verbandsklagerichtlinie

Aus denselben Gründen wäre auch von einer Fortentwicklung der Musterfeststellungsklage zur Verbands-Abhilfeklage keine erhebliche Verbesserung zu erwarten. Die insoweit zu nennende EU-Verbandsklagerichtlinie findet gem. Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Anhang 1 RL 2020/1828/EU ohnehin keine Anwendung auf Kartellrechtsverstöße. Deutschland scheint zwar eine überschießende Umsetzung derart zu favorisieren, dass die Verbandsklage in § 33 Abs. 4 Nr. 2 GWB integriert wird.¹⁶ Jedoch ist nicht zu erwarten, dass diese Erweiterung einen effektiven Anwendungsbereich haben wird. Erstens bleibt es bei der Beschränkung der Kläger auf qualifizierte Einrichtungen im Sinne des Unterlassungsklagegesetzes, welche wie gezeigt ein erhebliches Hemmnis darstellt. Zweitens dürften auch forthin keine wirtschaftlichen Anreize bestehen, die zu einer Änderung der Nutzung dieses Instruments führen könnten. Zu erinnern ist nur daran, dass bereits seit der 8. GWB-Novelle abstrakt die Möglichkeit eines kollektiven Rechtsschutzes

15 Überzeugend dazu *A. Mallmann/S. Erne*, Musterfeststellungsklage und Kartellschadensersatz, NZKart 2019, 77 (82); *M. Mengden*, David gegen Goliath im Kartellschadensersatzrecht. Lassen sich Musterfeststellungsklage bzw. EU-Verbandsklage als kollektive Folgeklage einsetzen?, NZKart 2018, 398 (404).

16 Art. 21 Verbandsklagenrichtlinienumsetzungsgesetz, BT-Drs. 145/23, S. 55.

unter § 33 Abs. 4 GWB besteht, welcher jedoch weitestgehend ungenutzt blieb.¹⁷

Ungeachtet dessen wären erhebliche strukturelle Anpassungen erforderlich, um die Abhilfeklage zu einem wirksamen Instrument kollektiven Rechtsschutzes (nicht nur) im Kartellrecht weiterzuentwickeln. Grundlegende Faktoren wären die Erweiterung auf B2B Geschäfte über die Sonderregelung für Kleinunternehmen¹⁸ hinaus, die Streichung des Erfordernisses eines privilegierten Klägers in Form eines Verbandes bzw. die Erweiterung auf Wirtschaftsverbände, die weiterreichende Öffnung für Betroffene noch während oder nach dem Prozess (opt-out), und die Erlaubnis zur Realisierung wirtschaftlicher Anreize.¹⁹ Hiermit wird regelmäßig eine – selten substantiierte – Angst der Annäherung an „amerikanische Verhältnisse“ verbunden. Entsprechende Positionen verkennen dabei jedoch, dass mit der Einführung einer wirksamen Sammelklage oder Gruppenklage keineswegs auch das amerikanische Prozesskostenrecht, der Strafschadensersatz und die Jury-Prozesse eingeführt würden.²⁰

Gegen letztere Aspekte der US-amerikanischen Sammelklagen lassen sich valide Einwendungen erheben, die einer effektiven Sammelklage mit kontinental-europäischer Prägung indes nicht entgegenstehen. Die Einführung effektiver Sammelklagen in Europa bedeutet nämlich gerade nicht die Aufgabe sämtlicher weiterer prozessrechtlicher Traditionen und Regelungen, sondern wäre mit der europäischen Rechtstradition durchaus vereinbar.²¹

17 T. Lübbig, in: F. Säcker/P. Meier-Beck (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Bd. II, 4. Aufl., München 2022, § 33 GWB Rn. 27 ff.

18 § 1 Abs. 2 VDUG sieht vor, dass kleine Unternehmen mit maximal 10 Mio. Euro Jahresumsatz und max. 50 Beschäftigten als Verbraucher im Sinne der Verbandsklage gelten.

19 Mengden, kollektive Folgeklage (Fn. 15), 404 f.; mit Vergleichen zwischen EU- und US-Ansätzen vgl. A. Gutsche/N. Imgarten/S. Schmidt, Justice at your service – collective redress between access to justice and abusive litigation, Themis Annual Journal 2021, 112 (116 ff.); C. Unseld, Skalierbarkeit und Massenverfahren, in: T. Riehm/S. Dörr (Hrsg.), Digitalisierung und Zivilverfahren, Berlin 2023, S. 84 (91).

20 Heese, Musterfeststellungsklage und Dieselskandal (Fn. 14), 432; Überzeugend zur Übertragung dieses Arguments auf das Kartellschadensersatzrecht H. Koch, Europäischer kollektiver Rechtsschutz vs. amerikanische „class action“: die gebändigte Sammelklage in Europa?, WuW 2013, 1059 (1069 f.); a.A. F. Stancke, Rechtliche Rahmenbedingungen kartellrechtlicher Massenklagen, WuW 2018, 59 (63 f.).

21 Gutsche/Imgarten/Schmidt, Collective redress (Fn. 19), 117 ff.; A. Stadler, Kollektiver Rechtsschutz. Chancen und Risiken, ZHR 2018, 623 (639 f.).

III. Zwischenfazit

Die unechte Sammelklage durch Bündelung von Ansprüchen ist derzeit der effektivste Weg der Rechtsdurchsetzung und wird es auf absehbare Zeit auch bleiben.²² Solange erhebliche Anpassungen weiter ausstehen, wird (jedenfalls im Kartellschadensersatzrecht) entweder die unechte Sammelklage durch Anspruchsbündelung oder gar keine Anspruchsdurchsetzung stattfinden.²³ Letzteres gilt es sowohl im Sinne eines effektiven *private enforcement* aus präventiven Erwägungen des Schadensersatzes als auch aufgrund der Rechte der Betroffenen auf vollen Schadensausgleich zu vermeiden. Ziel etwaiger Prozessrechtsreformen muss dabei neben der Entlastung der Justiz zugleich auch die Effektivierung des Rechtsschutzes und damit die Vermeidung eines strukturellen *under-enforcement* sein.

D. Reaktionsmöglichkeiten der Gerichte *de lege lata*

Nur weil Masseverfahren in der ZPO nicht vorgesehen sind, bedeutet das jedoch nicht, dass Gerichte diesen hilflos ausgeliefert wären. Generelle Regelungen erlauben bei einer gewissen vorhandenen Flexibilität bereits heute die Strukturierung des Prozesses. An einigen Stellen können Verfeinerungen oder Erweiterungen der richterlichen Gestaltungsfreiräume jedoch notwendig und sinnvoll sein.

I. Case-management

Es ist zur Handhabung großer gebündelter Klagen unabdingbar, den Prozess strategisch zu planen. Die Pflicht zur sachgemäßen Prozessleitung folgt allgemein aus § 139 Abs. 1 ZPO. § 139 Abs. 1 S. 3 ZPO sieht die Möglichkeit der Strukturierung explizit vor und ermutigt das Gericht, hiervon Gebrauch zu machen. In Masseverfahren wird die gezielte Prozessplanung regelmäßig nicht nur eine Option, sondern ein zwingendes Mittel zur Bewältigung des Prozessstoffes sein.

22 Vgl. deutlich ausführlicher mit einer Zusammenfassung der wesentlichen Vorteile K. Engler, Die Bedeutung der unechten Legal Tech-Sammelklagen für den kollektiven Rechtsschutz, Baden-Baden 2022, S. 257 ff.; optimistischer zu einer Verbandsklage hingegen Mengden, kollektive Folgeklage (Fn. 15), 405.

23 So überzeugend auch LG Dortmund NZKart 2022, 460 Rn. 106 f.; LG Dortmund NZKart 2023, 229 Rn. 77 ff.

Was in Schiedsverfahren bereits als „case-management conference“ etabliert ist, bietet sich auch für den Zivilprozess an.²⁴ In einem frühen ersten Termin (§ 275 ZPO) kann und sollte bereits, bevor eine Vielzahl von Schriftsätzen gewechselt wurde, der Ablauf des Verfahrens besprochen werden. Den Parteien mag in Vorbereitung darauf beispielsweise gem. § 273 Abs. 2 Nr. 1 ZPO aufgegeben werden, ihre Rechtsansichten in zusammengefasster Form oder auf bestimmte Aspekte fokussiert vorzutragen, sodass das Gericht bereits zu diesem frühen Zeitpunkt wesentliche Punkte identifizieren und auf eine strukturierte Abarbeitung hinwirken kann.

Derartige Strukturierungstermine können wiederholt durchgeführt werden, etwa auch für einzelne rechtliche oder tatsächliche Prozesskomplexe. Die gerichtliche Verfügung, Ausführungen der Parteien auf konkrete Fragen oder Themen zu begrenzen, dürfte dabei hilfreich sein.²⁵ Problematisch ist zwar, dass eine solche Verfügung kaum mit Konsequenzen durchsetzbar wäre. Jedoch dürfte auch seitens der Parteien ein Interesse am klaren und strukturierten Vortrag bestehen, wenn dadurch die eigenen Argumente besser in den Vordergrund treten und sie das Gericht überzeugen mögen. Im Übrigen greifen an dieser Stelle einige der unten vorgeschlagenen Prozessrechtsverfeinerungen ein.²⁶

II. Strukturierung des Prozessstoffes

Auf der Basis der ersten Erfassung des Streitstoffes mag sich je nach Einzelfall eine unterschiedliche Strukturierung anbieten.

Oft werden bestimmte Rechtsfragen für eine Vielzahl der Einzelansprüche relevant sein. Im klassischen *follow-on* Kartellschadensersatzverfahren wird die Haftung dem Grunde nach durch die verbindliche kartellbehördliche Entscheidung festgestellt sein.²⁷ Hochumstritten ist infolgedessen aber

24 Vgl. mit einem interessanten Vergleich zum Verfahren vor dem CAT auch A. Weitbrecht, Case Management im Kartellschadensersatz, WuW 2022, 469.

25 Weitbrecht, Case Management (Fn. 24), 470; ein anschauliches Praxisbeispiel liefert LG Dortmund NZKart 2022, 460.

26 Vgl. dazu unten Kapitel E., insb Ziffer I. und II.

27 Vgl. Art. 17 VO 1/2003 für Kommissionsbeschlüsse sowie Art. 9 RL 2014/104/EU für nationale Behördenentscheidungen. Letztere Vorschrift gilt für Verfahren vor Geltung der Kartellschadensersatzrichtlinie ebenfalls in abgeschwächtem Maße, vgl. EuGH C-25/21, *Repsol*, ECLI:EU:C:2023:298 – und dazu N. Imgarten, No Binding Effect of NCA Decisions, but Shifts in the Burden of Proof in (Pre-Directive) Private Damages Claims? (Case C-25/21 – Repsol), Kluwer Competition Law Blog 2023.

meist das konkrete Ausmaß der Bindungswirkung bzw. die konkrete Auslegung des Kommissionsbeschlusses.²⁸ Welche Erwerbsvorgänge *ratione materiae*, *ratione temporis* und *ratione loci* abstrakt vom kartellbehördlichen Verbot erfasst sind, wird regelmäßig darüber entscheiden, ob eine Kartellbetroffenheit konkret substantiiert vorgetragen werden kann. Diese Fragen der abstrakten Auslegung des Kommissionsbeschlusses oder einer nationalen Verbotsentscheidung lassen sich aber sinnvoll vorab und für alle gebündelten Ansprüche gemeinsam klären. Ein anderes Beispiel könnte die Anwendung von Verjährungsvorschriften sein, mit welcher ganze Gruppen von Ansprüchen stehen und fallen.²⁹

Gleiches gilt für abstrakte Fragen der Schadensvermutung. Abseits von Art. 17 der Kartellschadensersatzrichtlinie 2014/104/EU war dies Gegenstand intensiver Auseinandersetzung vor dem Bundesgerichtshof in Verfahren des LKW-Kartells.³⁰ Die Frage, ob überhaupt ein Schaden entstanden ist, kann abstrakt geklärt werden. Ferner kann abstrakt das Berechnungsverfahren und die Anwendung etwaiger Vermutungen oder Schadensschätzungen unter Anwendung von § 287 ZPO erörtert werden. Natürlich müssen die abstrakten Maßstäbe in einem zweiten Schritt noch auf die Erwerbsvorgänge angewendet werden, wobei nicht zwingend alle Einzelansprüche nach demselben Muster bearbeitet werden können. Jedoch wird es sich anbieten, die Maßstäbe einzelner gleich zu behandelnder Gruppen vorab festzulegen und dann in einem zweiten Schritt erst die Einzelverfahren, ggf. unter Anwendung bestimmter nach Kriterien erfolgter Gruppierungen, abzuarbeiten. Ein gewisses Maß generalisierender Betrachtung

28 Zur Einordnung divergierender Rechtsprechung zu Beginn des LKW-Kartells etwa *N. Imgarten*, Follow-on private enforcement in the aftermath of cooperation between undertakings and the European Commission: contradictions or consistency? – an analysis of the balance between leniency, settlements and private enforcement in European competition law, *Global Competition Litigation Review* 2021, 52 (58 ff.); ferner zur unklaren Auslegung eines Kommissionsbeschlusses *EuGH C-588/20, Daimler*, ECLI:EU:C:2022:607.

29 Vgl. dazu etwa die zugrundeliegenden Sachverhalte in der Rs. *EuGH C-267/20, Volvo DAF Trucks*, ECLI:EU:C:2022:494.

30 L. *Hornkohl/N. Imgarten*, LKW II – Ökonomische (Privat-)Gutachten und deren Bedeutung für die Schadensschätzung, *NZKart* 2021, 621 ff.; rechtsvergleichend auch das auf einem spanischen Fall basierende Verfahren in *EuGH, Volvo DAF Trucks* (Fn. 29); vgl. dazu *N. Imgarten*, Temporal Applicability of the Cartel Damages Directive, *Journal of European Competition Law & Practice* 2023, 95 ff.

wird dabei erforderlich sein, erscheint unter Anwendung von § 287 ZPO aber auch zulässig.³¹

Die Identifizierung einzelner vorgreiflicher Fragen, die sich zu einer allgemeinen Behandlung vorab anbieten, ist keineswegs trivial. Sie macht aber noch keine Befassung des Gerichts mit den einzelnen Klagen im Detail erforderlich. Primärer Anknüpfungspunkt sind die Rechtsansichten der Parteien und nicht deren (massenhafter) Tatsachenvortrag.

Wenn einzelne vorgreifliche Fragen identifiziert sind, stellt sich die Frage, wie damit umzugehen ist. Wenn bestimmte Fragen nur für eine bestimmte Gruppe gebündelter Klagen vorgreiflich sind, so mag sich die Prozesstrennung nach § 145 Abs. 1 S. 1 ZPO anbieten. Die Klärung der Rechtsfrage in einem Verfahren verzögert dann nicht den Fortgang des anderen Verfahrens. Anders als etwa in den Fällen massenhaft erhobener Einzelklagen³² dürften Aussetzungen von Parallelverfahren nach § 148 Abs. 1 Var. 2 ZPO weniger relevant sein, da der Rechtsstreit durch die Bündelung bei Klageerhebung bereits konzentriert wurde. Allenfalls in mehreren parallel laufenden Sammelklagen auf Grundlage desselben Kartellrechtsverstößes mag auch eine solche Maßnahme im Einzelfall in Betracht kommen.

Wenn eine Abtrennung einzelner Verfahrensteile nicht opportun erscheint und das gebündelte Verfahren in einem fortgeführt wird, kann eine abgeschichtete Behandlung einzelner Rechts- oder Tatsachenfragen schon auf § 139 Abs. 1 S. 3 ZPO gestützt werden.

Problematisch ist insgesamt bei der Prozessabschichtung wie auch bei der gebündelten Sammelklage der Zeitverlust bei der Bearbeitung. Auch durch die Führung von Pilotverfahren oder das ohnehin bereits praktizierte Aufspalten des Prozesses in Haftungsgrund und Haftungsfolge durch Erlass von Grundurteilen gem. § 304 Abs. 1 ZPO kann der Prozess nicht wesentlich beschleunigt werden. Insoweit mag oft der Wunsch nach schneller obergerichtlicher Klärung bestehen, auf den gesondert einzugehen sein wird.³³

31 G. Klumpe, There ain't no easy way out (I won't back down). Zur prozessualen Handhabung kartellrechtlicher Klagebündel und Umfangsverfahren de lege lata, WuW 2022, 596 (599 f.).

32 Dort mag die Aussetzung nützlich sein und sie ist in weiter Auslegung des § 148 ZPO auch rechtmäßig, vgl. BGH BeckRS 2023, 6735 Rn. 24.

33 Vgl. dazu unten Kapitel E.IV.

III. Elektronische Verfahrensführung

Die Prozessstrukturierung kann durch die Nutzung elektronischer Medien sinnvoll unterstützt werden. Dabei ist vorab klarzustellen, dass nur ein kleiner Teil der diskutierten Vorschläge den Einsatz von künstlicher Intelligenz oder anderer vollautomatisiert arbeitender Systeme betrifft. Vielfach wäre bereits mit der Nutzung einfacher zeitgemäßer elektronischer Datenverarbeitung ein erheblicher Effizienzgewinn zu verzeichnen.³⁴ Der Begriff des *legal tech* soll hier daher weit als jegliche IT-basierte Unterstützung der Rechtsanwender verstanden werden. Ausgangspunkt und Voraussetzung aller weiterer Überlegungen ist dabei der elektronische Rechtsverkehr, jedoch nicht verstanden als alleinige Digitalisierung von Papierakten,³⁵ sondern vielmehr als die Eröffnung weiterer Potenziale effizienter Kommunikation.

Vorrangig kann, abseits und unabhängig vom Einsatz von *legal tech* auf Gerichtsseite, erwogen werden, ob nicht die Parteien einen wesentlichen Beitrag zur elektronischen Strukturierung leisten können und sollten.³⁶ Diese sind im Zweifel sowohl personell als auch technisch besser ausgestattet als die Gerichte und somit besser in der Lage, eine effektive Prozesshandhabung zu unterstützen.

1. Freiwillige Nutzung eines elektronischen Basisdokuments

Eine Möglichkeit dazu ist der Einsatz eines elektronischen Basisdokumentes. Anders als die bisherigen Erwägungen der Prozessstrukturierung greift es vor allem auf Tatsachenebene ein. Dabei sollen Kläger und Beklagte ihren Sachvortrag in einem Online-Formular mit Freitextfeld einpflegen und gegenüberstellen. Ähnlich wie in einer Relationstabelle wird so ersichtlich, welcher Vortrag streitig und welcher unstreitig ist und wie substantiiert zu einzelnen Punkten vorgetragen wurde, also etwa, ob nur einfach oder substantiiert oder mit Nichtwissen bestritten wird. Die so erstellte Relati-

34 Mit ähnlicher Fokussierung S. Dörr, Stellungnahme in der öffentlichen Sachverständigenanhörung vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags vom 10. Mai 2023, S. 7, 9.

35 Zu dieser leider berechtigten Kritik R. Greger, Das elektronische Basisdokument als Garant eines effizienten, zukunftsfähigen Zivilprozesses, in: A. Adrian et al (Hrsg.), Digitalisierung von Zivilprozess und Rechtsdurchsetzung, Berlin 2022, S. 141 (142).

36 In diese Richtung auch R. Köbler, Vom strukturierten Parteivortrag zum smarten Prozess-Tool, in: T. Riehm/S. Dörr (Hrsg.), Digitalisierung und Zivilverfahren, Berlin 2023, S. 385 (399 f.).

onstabelle wird durch eine Spalte des Gerichts ergänzt, welches direkt in diesem Dokument passgenau rechtliche Hinweise geben bzw. Nachfragen zum Vortrag stellen kann.³⁷

Die ZPO sieht keine Möglichkeit der Verpflichtung der Parteien zur Mitwirkung an einem solchen elektronischen Dokument vor. Möglich ist *de lege lata* lediglich die freiwillige Beteiligung, welche beispielsweise im Rahmen des einleitenden Termins zum case-management erörtert werden könnte. Derartige Modelle der freiwilligen Nutzung solcher Basisdokumente werden in Pilotversuchen erprobt, wobei eine Evaluierung aussteht.³⁸ In Kartellschadensersatzverfahren ist eine Erprobung bislang nicht bekannt geworden, wäre aber – eine Offenheit von Parteien und Gericht vorausgesetzt – ebenfalls möglich. Hilfreich dürfte jedoch die Unterstützung durch gezielte Förderprogramme der Justizministerien der Länder sein, um eine technische Unterstützung sowie Evaluierung zu ermöglichen und positive Ergebnisse später skalieren zu können.³⁹

Risiken dürften neben der mangelnden Bereitschaft der Parteien zur Mitwirkung insbesondere die unsachgemäße Nutzung eines solchen Basisdokumentes sein. Während es grundsätzlich zur Verringerung von Wiederholungen und der Verschlangung des Prozessstoffes beitragen soll, ist nicht garantiert, dass Parteien dieses Interesse ebenso verfolgen. Auch in einem elektronischen Dokument können freilich unnötige oder sich wiederholende Elemente des Sachvortrags eingepflegt werden, teils sogar aus

37 Zum Ganzen vgl. E. Streyll, Was ist Struktur aus prozessrechtlicher Sicht?, in: A. Adrian (Hrsg.), Digitalisierung von Zivilprozess und Rechtsdurchsetzung, Berlin 2022, S. 133 (134 f.); mit einem Vergleich verschiedener konkurrierender vergleichbarer Ansätze Köbler, strukturierter Parteivortrag (Fn. 36), S. 388 ff.; zu den Ursprüngen vgl. Arbeitsgruppe „Modernisierung des Zivilprozesses“, Modernisierung des Zivilprozesses – Diskussionspapier, S. 33 ff.

38 Vgl. C. Meller-Hannich, Möglichkeiten und Grenzen der Digitalisierung bei Massenverfahren, in: P. Reuß/B. Windau (Hrsg.), Göttinger Kolloquien zur Digitalisierung des Zivilverfahrensrechts, Göttingen 2023, S. 27 (37); zu konkreten Beispielen vgl. BayStMJ, Pressemitteilung 134/2022, abrufbar unter: https://www.uni-regensburg.de/assets/rechtswissenschaft/fakultaet/aktuelles/134_Modernisierung_des_Zivilprozess_es_-_Reallabor.pdf.

39 In dem Sinne fallen positiv Initiativen wie beispielsweise die case-management-Systeme am OLG Stuttgart in Diesel-Verfahren oder am AG Frankfurt/M. in Fluggast-rechtesachen auf, welche professionell betreut werden. Nutzen und Einheitlichkeit könnten durch bundesländerübergreifende Entwicklungen jedoch noch deutlich verbessert werden, vgl. dazu auch S. Dörr, Der digitale Zugang zur Justiz – Rechtsantrag-stelle und Justizportal, in: T. Riehm/S. Dörr (Hrsg.), Digitalisierung und Zivilverfahren, Berlin 2023, S. 235 (255).

strategischen Erwägungen, um – gerade im Falle einer Machtasymmetrie zwischen den Parteien – die Gegenseite womöglich mit einem langen und ungeordneten Vortrag zu überfordern. Ferner wird die korrekte Trennung zwischen Tatsachenvortrag und Rechtsansichten durch das Basisdokument nicht garantiert, auch wenn es dieser dienlich sein soll.

2. Plattformbasierte Sachverhaltserfassung im Kartellschadensersatz

Das Risiko solcher Fehlnutzungen elektronischer Verfahrenselemente ließe sich ggf. mindern, indem elektronische Dokumente jeweils auf bestimmte Sachverhaltselemente oder Fragestellungen bezogen werden. So ist es nicht notwendig, ein Basisdokument für den gesamten Prozess zu erstellen. Auch wird die klassische Relationstabelle komplexen Schadensersatzprozessen oft nicht im Detail gerecht werden.⁴⁰ Der Gedanke lässt sich indes übertragen auf die Nutzung von Datensammlungen, beispielsweise zu Erwerbsvorgängen. Wenn etwa klägerseitig alle vermeintlich kartellbetroffenen Erwerbsvorgänge in einer Excel-Tabelle (o. Ä.) dargestellt werden, so stellt dies grundsätzlich substantiierten Parteivortrag dar. Den Beklagten könnte daraufhin obliegen, in derselben, ggf. vorher vom Gericht für Kläger und Beklagte gemeinsam festgelegten Form, auf diesen Vortrag zu erwidern. Dies wäre ebenfalls elektronisch in Form eines Markups des Klägervortrages möglich, wobei dann die bestrittenen Elemente einzelner Erwerbsvorgänge zu markieren sind und dazu substantiiertes Gegenvortrag erfolgen sollte, sofern nicht ein Bestreiten mit Nichtwissen möglich ist.⁴¹

Der Vortrag in der skizzierten Tabellenform ermöglicht ferner bereits die Verlinkung zu weiteren Dokumenten, etwa Kaufbelegen, die in einem Datenkonvolut abgelegt werden können. Technisch böte sich für die einfache Umsetzung an, einen online den Parteien zugänglichen gerichtlichen Datenraum zu nutzen.⁴² Zwar könnten Dateien auch im Einzelnen zwischen den Parteien und dem Gericht im Wege des elektronischen Rechtsverkehrs

40 Sinnvoll wäre daher die Fortentwicklung des ursprünglichen Basisdokumentes in der Art eines kollaborativ bearbeiteten gemeinsamen Prozessdokumentes, vgl. Greger, elektronisches Basisdokument (Fn. 35), S.144; M. Jansen/C. Schlicht, Elektronische Akte, in: T. Riehm/S. Dörr (Hrsg.), Digitalisierung und Zivilverfahren, Berlin 2023, S. 304 (326).

41 Letzteres käme wohl gem. § 138 Abs. 4 ZPO nur in Fällen des indirekten Erwerbs in Betracht, da beim direkten Erwerb die Beklagte wahrnehmungsfähig war.

42 In diese Richtung auch M. Herberger, Elektronischer Rechtsverkehr – Kommunikation mit dem Gericht, in: T. Riehm/S. Dörr (Hrsg.), Digitalisierung und Zivilverfahren, Berlin 2023, S. 285 (299).

gewechselt werden. Jedoch bietet eine plattformbasierte Online-Lösung entscheidende Vorteile sowohl bei der Schnelligkeit als auch der Einfachheit der Kommunikation. Verlinkungen zwischen Dokumenten werden zudem erleichtert. Derartige Arbeitsmittel stellen auch keine technischen Neuerungen mehr dar, sondern sind vielmehr seit Jahren Standard in der Wirtschaft und sicher auch bei professionellen Kläger- oder Beklagten-Parteien. Eine Anpassung der Justiz auf diesen Standard wäre daher zwar eine Erweiterung zum elektronischen Rechtsverkehr, die jedoch in anderen Kontexten bereits erprobt ist und mit geringfügigem technischem Aufwand am Markt ohne größere Probleme erhältlich ist.

Durch die geordnete Sachverhaltserfassung zu Erwerbsvorgängen kann ein wesentlicher Teil der Schriftsatzarbeit entfallen, denn das Gericht muss nicht mehr selbst die umfangreichen Schriftsätze nach den relevanten Daten durchforsten, sondern bekommt diese aufbereitet zugeliefert. Schriftsätze können weiterhin zum Austausch dezidierter Rechtsansichten sinnvoll und aufschlussreich für das Gericht sein. Die Sachverhaltserfassung ist im *follow-on* Kartellschadensersatzprozess aber in datengestützter Form nahezu vollständig möglich.

3. Nutzung von legal tech durch Gerichte

Die Nutzung von *legal tech* geht in einzelnen Reformvorschlägen oder Diskussionen regelmäßig noch darüber hinaus. Fraglich ist jedoch, ob existierende Projekte auf das Kartellschadensersatzrecht übertragbar sind und, ob erhebliche Effizienzsteigerungen zu erwarten wären.

a) Existierende Projekte

Ohne Anspruch auf Vollständigkeit sei auf die vereinzelte Nutzung teilautomatisierter Assistenzsysteme in der Justiz hingewiesen.⁴³ Bei keinem der Systeme handelt es sich dabei um künstliche Intelligenz im engeren Sinne, wenn man darunter die Verwendung selbstlernender (also intelligenter) Systeme versteht. Vielmehr handelt es sich im Kern um case-management

43 Vgl. überblicksartig I. Biallaß, KI im Zivilprozess - Aktuelle Projekte, Chancen und Risiken, REthinking Law 3/2023, 22 ff.; ferner OLG Celle, Praxisberichte der Tagung Künstliche Intelligenz in der Justiz am 25.5.2023, abrufbar unter: <https://www.youtub e.com/live/qmzfpUq4F3o?feature=share&t=8400> (zuletzt abgerufen am 10.10.2023).

Systeme, die teilweise nützliche Zusatzfunktionen enthalten, etwa um Fälle zu gruppieren und automatisiert Standardverfügungen oder Urteilsentwürfe zu fertigen. Auffällig ist insofern, dass es sich bei den Anwendungsbeispielen um Fälle handelt, die aus dem Bereich des Dieselskandals oder aus dem Bereich der Fluggastrechteentschädigung hervorgegangen sind. Beides sind Bereiche, die von massenhaften Einzelklagen geprägt sind.

Das ist im Kartellschadensersatzrecht gerade nicht der Fall. Es besteht daher auch nicht derselbe Bedarf danach, eine Vielzahl von Verfahren zu kategorisieren und zu ordnen. Zwar ist die Situation der Vielzahl von Ansprüchen bei der Bündelung im Kartellschadensersatz ähnlich, jedoch erleichtert die bereits erfolgte Bündelung die zivilprozessuale Handhabung, da zumindest nicht parallele und in sich unabhängige Prozesse geführt werden müssen. Die bestehenden Systeme fallen durch den recht spezifischen Zuschnitt auf, welcher für den Kartellschadensersatz keinen größeren Nutzen verspricht.

b) Mittelfristige Entwicklungsperspektive

Die Auswertung der Vielzahl von Erwerbsvorgängen im Bereich der Kartellschadensermittlung erfordert andere Formen der technischen Unterstützung. Hilfreich wären beispielsweise Assistenzsysteme, die automatisiert die Erwerbsvorgänge prüfen und feststellen können, ob mit einer beigelegten Datei etwa substantiiert zum Erwerb vorgetragen worden ist.

Das reine Durchsuchen und Filtrieren der Schriftsätze dürfte hingegen weniger nützlich sein, wenn die relevanten Daten bereits technisch weiterverwertbar von den Parteien erstellt werden. Das vermeidet auch eines der relevantesten Probleme der Nutzung von Assistenzsystemen, nämlich die Überprüfung der technisch gewonnenen Ergebnisse. Automatisierte Prüfungssysteme wie oben beschrieben sind stets nur nützlich, soweit der Überprüfung- und Kontrollaufwand der Ergebnisse des Assistenzsystems geringer ist als die eigentliche Würdigung des (strukturierten) Vortrags. Je höher die Komplexität des automatisierten Vorgangs, desto höher das Risiko, dass aufgrund von Fehlerquellen eine Nachkontrolle erforderlich ist. Können Fehler hingegen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden, böten auch automatisiert arbeitende Assistenzsysteme Vorteile. Das gilt im Wesentlichen jedoch unabhängig davon, ob es sich um ein Masseverfahren handelt oder nicht.

Im Kartellschadensersatzrecht erscheinen Vorschläge zur Prozessstrukturierung und elektronischen Verfahrensführung, wie vorab beschrieben, leichter umsetzbar als die Neuentwicklung oder Anpassung von Assistenzsystemen. Eine Verlagerung der Strukturierung auf die Parteien führt zu ähnlichen Erfolgen wie derzeitige elektronische Assistenzsysteme, hat jedoch Vorteile bei der Belastbarkeit der gewonnenen Daten und ist für die Justiz leichter umsetzbar, da die technischen Möglichkeiten der Parteien, gerade im professionalisierten Kartellschadensersatzprozess, denen der Justiz überlegen sind. Bei der dennoch begrüßenswerten Beforschung gerichtsseitiger Nutzung von Assistenzsystemen könnten potentielle Nutzungen von Systemen, die in anderen Massenverfahren entwickelt wurden, auch im Kartellschadensersatzrecht erwogen werden, wobei unkoordinierte Parallelentwicklungen in verschiedenen Bundesländern vermieden werden sollten.⁴⁴ Internationale Kooperationen, die sich aufgrund der Rechtsangleichung gerade im Kartellrecht, aber auch in Verbraucherrechtstreitigkeiten anböten, erscheinen sinnvoll, sind aber momentan nicht absehbar.

c) Begrenzungen

In der weiteren Entwicklung ist, gerade auf den Bereich der künstlichen Intelligenz bezogen, zu beachten, dass die Nutzung gewissen Begrenzungen unterliegt. Ethische, rechtsstaatliche und technische Limitierungen können hier nicht umfassend beleuchtet werden. Anknüpfend an die vorangehende Betonung der stärkeren Nutzung der technischen Ressourcen der Parteien, welche nach hier vertretener Ansicht einen weitgehenden Einsatz von *legal tech* auf Gerichtsseite ersetzen kann, begegnet jedenfalls die reine Strukturierung des Verfahrens bedeutend weniger Kritik als die gerichtsseitige Entscheidungsautomatisierung.⁴⁵

Ein Wettlauf der KI zwischen Parteien und Gericht ist nicht wünschenswert, da darunter insgesamt die Qualität der Prozessführung zu leiden droht und im Zweifel die gerichtliche Technik jener der Parteien aufgrund von Schnellebigkeit und Anpassungsfähigkeit oft unterlegen sein wird. Auch wenn technischer Fortschritt schneller sein mag als zurzeit von vielen erwartet oder absehbar, so bedeutet das nicht, dass sich ein theoretisch

44 Mit berechtigter Kritik Dörr, Stellungnahme (Fn. 34), S. 13 f.

45 G. Rühl/J. Horn, Verfahrensgrundsätze und Digitalisierung der zivilgerichtlichen Streitbeilegung, in: T. Riehm/S. Dörr (Hrsg.), Digitalisierung und Zivilverfahren, Berlin 2023, S. 627 (661).

möglicher Technikeinsatz in der Justiz durchsetzen wird. Vielmehr ist mit einer erheblichen Verzögerung zu rechnen. Selbst wenn es also in einigen Jahren praxistaugliche Systeme der Entscheidungsunterstützung durch künstliche Intelligenz gäbe, so würde die Implementierung in der Justiz wohl Jahrzehnte in Anspruch nehmen. Insbesondere wären auch eine umfangreiche Evaluierung und Erprobung in der Breite erforderlich, um die Verlässlichkeit der Assistenzsysteme zu kontrollieren. Anderenfalls wäre weiterhin, wie obig ausgeführt, eine aufwändige Kontrolle der Assistenzsysteme durch Richter erforderlich, welche etwaige Effizienzgewinne weitgehend wieder aufzehren könnte.

Ferner sollte nicht die Partei einen Prozess gewinnen, welche eine (hypothetische) Gerichts-KI am besten überlistet, sondern jene, die objektiv im Recht ist. Ein verstärkter Technikeinsatz muss daher auch Risiken und Missbrauchsgefahren im Blick behalten. Eine Verlagerung der Nutzung von *legal tech* auf Seite der Parteien und eine Instrumentalisierung dieser technischen Möglichkeiten im Sinne einer geeigneten und sinnvollen Darstellung für das Gericht erscheint demgegenüber sicherer und einfacher umsetzbar. Nicht nur kurzfristig, sondern auch auf längere Sicht mag dieser Weg aus diesen Gründen vorzuzugswürdig sein.

E. Effizienzsteigerung der Verfahrensführung de lege ferenda

Während technische Innovationen und Digitalisierung nicht zwingend eine Verfahrensrechtsanpassung erfordern, erscheint die notwendige Prozessstrukturierung in Sammelklage-Verfahren an einigen Stellen Potentiale von Prozessrechtsmodernisierungen aufzuzeigen. Einige Vorschläge sollen hier hervorgehoben werden.

I. Verpflichtung zur Nutzung des Basisdokumentes

Wenn man – wie hier dargestellt – von positiven Effekten einer elektronischen Verfahrensführung, insbesondere unter Nutzung eines elektronischen Basisdokumentes, ausgeht, so wäre eine Verpflichtung der Parteien zur Mitwirkung daran zu erwägen. Diese könnte auf Tatsachenfragen beschränkt werden, sodass zu Rechtsansichten weiter schriftsätzlich vorgetragen werden muss, wenn hierbei davon auszugehen ist, dass der große Umfang bei Masseverfahren nicht aus komplexen rechtlichen Argumenten,

sondern der schieren Anzahl an kartellbetroffenen Erwerbsvorgängen resultiert.

Das Gericht müsste die Nutzung bestimmter elektronischer Formate wie obig skizziert vorgeben und den Tatsachenvortrag auf diese Formate beschränken. Ausnahmen könnten auf Antrag zugelassen werden, wenn in begründeten Fällen bestimmte Daten etwa im Formular nicht erfasst werden können. Wenn anderweitiger mündlicher oder schriftsätzlicher Sachvortrag der Parteien nicht mehr zu berücksichtigen wäre, würde dies eine erhebliche Vereinfachung darstellen.

Einen ähnlichen Ansatz stellt die weitreichende Anwendung von § 137 Abs. 3 S. 1 ZPO dar, wonach die Parteien für den Tatsachenvortrag auf die mündliche Verhandlung verwiesen werden könnten.⁴⁶ Anders als in einfachgelagerten Massenverfahren dürfte die Sachverhaltserfassung der Erwerbsvorgänge in Kartellschadensersatzverfahren sich für den mündlichen Vortrag aber nicht eignen und daher § 137 Abs. 3 S. 1 ZPO unpraktikabel sein. Er kann aber als Vergleich zu einer anzustrebenden Erweiterung der Regelung in § 139 Abs. 1 S. 3 ZPO herangezogen werden.

Fraglich ist dabei insbesondere die Verfassungsmäßigkeit einer Einschränkung der Parteien in ihrem rechtlichen Gehör gem. Art. 103 Abs. 1 GG. Sofern jedoch das Basisdokument umfassenden Sachvortrag ermöglicht, bestehen keine durchgreifenden Bedenken. Denn Art. 103 Abs. 1 GG (i. V. m. Art. 19 Abs. 4 GG) gebietet nicht das Recht zur Äußerung in einer bestimmten Form, sondern nur eine Effektivität des Äußerungsrechts.⁴⁷ Wie oben illustriert wurde, vermag die Effektivität des Vortrags durch die strukturierte Form sogar erhöht werden, wenn dadurch die vollständige gerichtliche Aufnahme und Verwertung gesichert wird.⁴⁸

II. Schriftsatzbegrenzungen

Die Nutzung elektronischer Verfahrensführung zur Strukturierung hat vor allem in Bezug auf die Erfassung des Sachverhalts größere Potentiale. Hin-

46 Dafür *W. Gutdeutsch/M. Maafß*, Gerichtliche Begrenzung des Parteivortrags in Massenverfahren, NJW 2022, 1567 (1568).

47 *M. Herdegen/R. Herzog/H. Klein/R. Scholz* (Hrsg.), Grundgesetz, 101. Aufl. München 2022; *Gutdeutsch/Maafß*, Begrenzung des Parteivortrags (Fn. 46), 1569 f.; *P. Allgayer*, Stellungnahme in der öffentlichen Sachverständigenanhörung vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags vom 10. Mai 2023, S. 3.

48 Ähnlich positiv *Rühl/Horn*, Verfahrensgrundsätze und Digitalisierung (Fn. 45), S. 661 f.

sichtlich der Rechtsansichten erscheint es sachgemäß, den Prozessvertretern weiterhin freien schriftsätzlichen Vortrag zu erlauben. Gerade die Formulierung und Erwidern überzeugender rechtlicher Argumente lässt sich mit formularmäßiger Arbeitsweise kaum vereinbaren. Es gilt dabei jedoch zu vermeiden, dass das erkennende Gericht mit einer Vielzahl sich teilweise wiederholender oder pauschal vorformulierter Schriftsätze gelähmt wird.

Es bietet sich dazu eine Beschränkung der Schriftsätze nach Länge und Anzahl an. Was zunächst extrem anmuten mag, wird bereits praktiziert, rechtsvergleichend sei auf das EuG,⁴⁹ den EuGH⁵⁰ und EGMR⁵¹ verwiesen. Im Kartellrecht erscheinen die Regelungen des britischen Competition Appeals Tribunal, welches in Form sog. „skeleton arguments“ eine Zusammenfassung der Rechtsansichten der Parteien fordert, vergleichbar.⁵² Entscheidend dürfte es sein, diese Begrenzung nur auf Rechtsansichten zu beziehen.⁵³ Diese dienen dem Gericht zur besseren Durchdringung des Prozessstoffes und zum Auffinden aller relevanten Rechtsprobleme. Jedoch hat das Gericht den Prozess ohnehin unter der Berücksichtigung aller rechtlich relevanten Gesichtspunkte zu bearbeiten, unabhängig davon, ob diese von den Parteien aufgezeigt wurden oder nicht. Vollständigkeit ist für den rechtlichen Vortrag daher nicht zwingend erforderlich. Das gilt umso mehr, wenn man bedenkt, dass auch Schriftsatzobergrenzen im Einzelfall erhöht werden können oder bei Bedarf zur Diskussion einzelner Rechtsprobleme das Gericht zu einem Einzelaspekt ergänzenden schriftsätzlichen Vortrag erbitten könnte, der sodann nicht unter eine fixe Längenobergrenze fiel.⁵⁴ Entscheidend dürfte für die Praktikabilität eine hohe Eigenverantwortlichkeit und Flexibilität des erkennenden Gerichts sein, eventuelle einzuführende prozessuale Regeln nach eigenem Ermessen nutzen zu können.

49 Die Obergrenze für Klagen und Erwidern beträgt in der Regel 50 S., vgl. Praktische Durchführungsbestimmungen zur Verfahrensordnung des Gerichts [2015] ABL. L 152, Rn. 105.

50 Für Rechtsmittelschriften beträgt das Maximum regelmäßig 25 S., für Klagen 30 S., vgl. Praktische Anweisungen für die Parteien in den Rechtssachen vor dem Gerichtshof [2020] ABL. L 42 I/1, Ziffern 13 und 21.

51 Dort liegt das regelmäßige Maximum bei 20 S., vgl. Art. 47 Nr. 2 lit. b) der Verfahrensordnung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte.

52 Diese sollten 20 Seiten im Regelfall nicht überschreiten, limitieren aber nicht darüberhinausgehenden mündlichen Vortrag, vgl. *Competition Appeal Tribunal*, Guide to proceedings, 2015, Rule 7.89.

53 So auch *Klumpe*, Sammelklage-Inkasso (Fn. 5), 468.

54 Für eine solche flexible Handhabung plädiert auch *R. Kempfle*, Stellungnahme für den Deutschen Richterbund in der öffentlichen Sachverständigenanhörung vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags vom 10. Mai 2023, S. 4.

Eine Begrenzung des Tatsachenvortrags in der Länge dürfte hingegen nicht verfassungsgemäß und im Übrigen auch nicht sachdienlich sein.⁵⁵ Aufgrund des Beibringungsgrundsatzes sind alle relevanten Tatsachen von den Parteien vorzutragen. Zwar mag man daran interessiert sein, den Vortrag in kurzer und strukturierter Form zu erhalten. Jedoch wird man jedenfalls zulassen müssen, dass alle Tatsachen vorgetragen werden können, da anderenfalls die Effektivität des Rechtsschutzes und das Grundrecht auf rechtliches Gehör verletzt würden.⁵⁶ Hinsichtlich des Tatsachenvortrags bietet sich vielmehr wie oben ausgeführt eine Anregung bzw. Verpflichtung zur Strukturierung, etwa in Form elektronischer Formulare, Tabellen o.Ä. an. Die Strukturierung des Tatsachenvortrags einerseits und die längenmäßige Begrenzung des Rechtsvortrags andererseits ergänzen sich somit. Gemeinsam könnten diese Maßnahmen zu erheblichen Effizienzgewinnen führen.

III. Keine Begrenzung mündlicher Verhandlungen

Wenn in der jüngeren Diskussion über den Umgang mit Massenverfahren auch die Ausweitung von § 128 Abs. 2 ZPO und die damit verbundene Einsparung mündlicher Verhandlungen gefordert wurde,⁵⁷ so ist zwischen Massenverfahren und Umfangsverfahren zu differenzieren. Anders als bei der massenhaften Erhebung von Einzelklagen stellt sich in den gebündelten Verfahren das Problem der Parallelverfahren mit vielfach ineffizienten mündlichen Verhandlungen gar nicht. Für die Sammelklage im Kartellschadensersatzrecht erscheint eine solche Forderung daher unpassend. Vielmehr zeigen die voranstehenden Ausführungen zum case-management, dass eine stärkere Erörterung und Konzentration auf die mündliche Verhandlung, und zwar in mehreren sukzessiven Terminen, hilfreich sein kann und einer besseren Strukturierung des Verfahrens zuträglich sein kann.

55 Klumpe, Kartellrechtliche Klagebündel und Umfangsverfahren (Fn. 31), 597 f.

56 Klumpe, Kartellrechtliche Klagebündel und Umfangsverfahren (Fn. 31).

57 Kempfle, Stellungnahme (Fn. 54), S. 3.

IV. Vorlageverfahren zum BGH

Teilweise wurde ergänzend im Kontext von Massenverfahren die Einführung eines Vorlageverfahrens bzw. Vorabentscheidungsverfahrens zum Bundesgerichtshof vorgeschlagen.⁵⁸ Damit könnte vergleichsweise zügig, nämlich noch vor Beendigung des erstinstanzlichen Verfahrens und unter Auslassen der zweiten Instanz eine höchstrichterliche Klärung bestimmter Rechtsfragen erreicht werden.

Anders als bestehende Möglichkeiten von Divergenzvorlagen, etwa gem. § 132 Abs. 4 GVG, Art. 95 Abs. 3 GG oder § 179 Abs. 2 S. 1 GWB bestünde das Ziel nicht allein in der Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung, sondern auch in einer Beschleunigung des Verfahrens insgesamt.

Einzelheiten eines solchen Vorschlags sind noch unklar. Insbesondere ist klärungsbedürftig, ob die Vorlage abstrakt vom einzelnen Verfahren erfolgt und somit aufrechterhalten werden kann, wenn ein konkreter Rechtsstreit, etwa durch Vergleich, beendet wird, oder ob die Parteien weiterhin auch die Disposition über diesen Aspekt des Verfahrens innehaben und damit die höchstrichterliche Klärung verhindern könnten. Das war in der Vergangenheit regelmäßig insbesondere in Fällen massenhafter parallellaufender Einzelklagen zu beobachten. Durch die Veröffentlichung von Hinweisbeschlüssen mit einer entsprechenden Positionierung mag dem bereits hinreichend entgegengewirkt werden.⁵⁹ In gebündelten Kartellschadensersatzklagen scheint das Risiko des „Abkaufens“ einer Prozessbeendigung seitens der Beklagten aber ohnehin wenig wahrscheinlich, da das gesamte Verfahren als solches beendet werden müsste und dies in der Regel aufgrund des großen Volumens der Bündelung wirtschaftlich unattraktiv ist. Das vorgeschlagene neue Leitentscheidungsverfahren adressiert allein dieses Problem der verfahrensausgangsunabhängigen Entscheidung durch das Revisionsgericht, ohne aber eine Vorabentscheidung des Revisionsgerichts auf

58 *J. Rapp*, Die 'saisine pour avis' zum BGH – ein Zukunftsmodell für den Zivilprozess?, JZ 2020, 294 (301 f.); *M. Heese/E. Schumann*, Ein Vorabentscheidungsverfahren beim BGH, NJW 2021, 3023 (3029).

59 So etwa BGH NJW 2019, 1133; das greift nunmehr der Entwurf eines Gesetzes zur Einführung eines Leitentscheidungsverfahrens beim Bundesgerichtshof (in der Fassung des Regierungsentwurfes vom 11.10.2023), BT-Drs. 20/8762 in § 565 ZPO-RegE explizit auf.

Vorlagefragen der erstinstanzlichen Gerichte vorzusehen.⁶⁰ Es ist demnach kein Aliud zum Vorlageverfahren. Das Leitentscheidungsverfahren würde gerade nicht zur Beschleunigung der Erledigung des Rechtsstreits bzw. der Klärung einzelner Rechtsfragen beitragen. Darin aber läge, nach hier vertretener Ansicht, einer der wesentlichen Vorteile eines Vorlageverfahrens.

Wenn der Rechtsstreit vor einem erstinstanzlich zuständigen Landgericht für die Dauer eines Vorabentscheidungsverfahrens beim BGH ausgesetzt würde, führt dies zwar zu einer gewissen Verfahrensverlängerung in der ersten Instanz. Jedoch mag diese Verlängerung durch verschiedene Faktoren kompensiert werden. Einerseits könnte durch die Klärung relevanter Rechtsfragen vorab die Wahrscheinlichkeit der Einlegung von Rechtsmitteln sinken. Die Zulässigkeit der Rechtsmittel wäre im Übrigen nicht zu beschränken.⁶¹ Jedoch dürften die Parteien mit bereits vorgetragene und vom Bundesgerichtshof gewürdigten Argumenten nicht durchdringen und somit von Rechtsmitteln absehen, sofern keine neuen Aspekte vorgetragen werden können. Andererseits mag durch die höchstrichterliche Stellungnahme zu bestimmten Aspekten des Falles die Vergleichsbereitschaft in erster Instanz zunehmen. Streit um bestimmte Rechtsansichten und eventuelle Chancen in der Berufung oder Revision dürften der Vergleichsbereitschaft weniger im Weg stehen.

Im Ergebnis scheint das Vorlageverfahren zum Bundesgerichtshof einiges Potenzial in bestimmten Fallkonstellationen bereitzuhalten. Gewisse Abstriche bei der Durchdringung der einzelnen Rechtsfragen wären zu erwarten, da diese bei einem Gang durch die Instanzen weiter ausdifferenziert werden.⁶² Jedoch mag in Einzelfällen ein solches Risiko hinzunehmen sein, wenn dadurch eine Beschleunigung oder sogar eine gütliche Streitbeilegung in erreichbare Nähe gelangte. Die Geeignetheit des Vorlageverfahrens für einen bestimmten Fall lässt sich dabei nur nach einer Würdigung des Einzelfalles beurteilen und müsste somit im Ermessen des erstinstanzlich zuständigen Gerichts unter Berücksichtigung der Ansichten der Parteien stehen.

60 Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Einführung eines Leitentscheidungsverfahrens beim Bundesgerichtshof (in der Fassung des Regierungsentwurfes vom 11.10.2023), BT-Drs. 20/8762.

61 Zu verfassungsmäßigen Rahmenbedingungen und praktischer Ausgestaltung *Rapp*, Zukunftsmodell (Fn. 58), 302.

62 Kritisch daher *M. Lerch/C. Valdini*, Herausforderungen an den Zivilprozess bei Massenverfahren. Ein Blick aus der anwaltlichen Praxis, NJW 2023, 420 (422).

F. Ausblick und erwartete Auswirkungen

Dass Gerichte in Anspruch genommen werden, ist in einem Rechtsstaat grundsätzlich zu begrüßen. Gerade in Zeiten zurückgehender Eingangszahlen bei den Zivilgerichten können Sammelklagen als Treiber effektiver Rechtsdurchsetzung und somit als Chance für die Erfüllung des Justizgewährungsanspruches begriffen werden.⁶³

Befürchtungen, es käme mit weiteren Erleichterungen und Öffnungen des Prozessrechts zu einem kartellrechtlichen *over-enforcement*⁶⁴ sollten beobachtet werden. Verzögerungen der Rechtsdurchsetzung und Erschwerisse des (analogen) Prozessrechts lassen sich indes kaum damit rechtfertigen, dass anderenfalls eine Überkompensation drohte. So wird schließlich in einem ineffizienten und langwierigen Prozess die vermeintlich korrekte Schadenssumme auch nicht besser bestimmt werden können. Vielmehr mag es im Falle des durchschlagenden rationalen Desinteresses von Klägern zu einem völligen Ausbleiben von Kompensation kommen, was jedoch aus den benannten Gründen mindestens ebenso bedenklich wäre.

Wenn tatsächlich eine Überkompensation zu befürchten wäre, bleibt den Kartellanten der Nachweis eines geringeren Schadens jenseits aller Vermutungen, auch mit zukünftiger Geltung von Art. 17 der Kartellschadensersatzrichtlinie (RL 2014/104/EU), unbenommen. Warum die Schwierigkeiten der Beweisführung an jener Stelle auf die Kläger verlagert werden sollen, ist – jenseits rechtspolitischer oder individueller Interessen – juristisch nicht nachvollziehbar. Schließlich ist das legitime Interesse an der Vermeidung von Strafschadensersatz durch Überkompensation dem Interesse an effektiver und vollständiger Kompensation der Kläger normativ nicht überlegen. Eine praktikable gerichtliche Lösung, die einem Ausgleich beider Interessen im größtmöglichen Umfang gerecht wird, kann am ehesten durch eine Schadensschätzung in Anwendung von § 287 ZPO geschehen.⁶⁵

Das Verhältnis zwischen *public enforcement* und *private enforcement* wird zweifelsohne durch Erleichterungen bei der Rechtsdurchsetzung be-

63 Vgl. in diese Richtung auch Dörr, Stellungnahme (Fn. 34).

64 So etwa Stancke, Kartellrechtliche Massenklagen (Fn. 20), 63 f.; mit Hinweisen auf eine ähnliche in den USA geführte Debatte kritisch auch R. Schütt, Sammelklagen aus U.S.-Sicht, WuW 2018, 66 (70).

65 Klumpe, Kartellrechtliche Klagebündel und Umfangsverfahren (Fn. 31), 597 f.; s. auch EuGH C-312/21, *Tráficos Manuel Ferrer*, ECLI:EU:C:2023:99 sowie dazu L. Hornkohl/N. Imgarten, Aktuelle EuGH-Rechtsprechung zum Kartellschadensersatzrecht, GPR 2023, 226 (231 f.).

troffen. Befürchtungen der Absenkung der Kooperationsbereitschaft der Unternehmen in Settlement- oder Kronzeugenprogrammen, sind grundsätzlich berechtigt.⁶⁶ Zielkonflikte können jedoch auch durch eine feinere Abstimmung zwischen öffentlicher und privater Rechtsdurchsetzung erreicht werden.⁶⁷ Sollte es tatsächlich in Einzelfällen zu einer nahezu vollständigen Kompensation des Kartellschadens im Zivilverfahren kommen – was derzeit eher fernliegend erscheint – führte auch das nicht zwingend zu einem *over-enforcement*. Vielmehr wäre ggf. das Bußgeld abzusenken, da entsprechend ein geringerer Betrag zur Erreichung des Abschreckungs- und Ausgleichseffekts notwendig wäre.⁶⁸

G. Fazit

Viele der Vorschläge zur Strukturierung und Nutzung moderner elektronischer Kommunikation und Hilfsmittel sind vielversprechend. Sie stellen nicht immer einen Widerspruch zu Rechten der Betroffenen dar. Vor dem Hintergrund des Interesses der Allgemeinheit an der Schonung der Ressourcen der Justiz sollten die Vorschläge erwogen und möglichst umgesetzt werden. Auch die Kläger dürften dem grundsätzlich offen gegenüberstehen, da eine Effizienzsteigerung in Masseverfahren einer beschleunigten Rechtsdurchsetzung zuträglich ist. Sofern Beklagte ein Interesse an einer verlangsamten und ineffizienten Rechtsdurchsetzung haben mögen, handelt es sich dabei nicht um schützenswerte Belange. Verfahrensgrundrechte der Beklagten müssen geachtet werden, sind aber gründlich abzuwägen gegenüber anderweitigen Vorteilen wie etwa der unionsrechtlich geschützten Effektivität des klägerischen Rechtsschutzes und stehen Prozessrechtsänderungen und Verfahrensbeschleunigung nicht *per se* entgegen.

Digitalisierung der Justiz und Modernisierungen des Prozessrechts sowie der Arbeitsweise gehen bestenfalls Hand in Hand. Technologische Hemmnisse oder ethisch-normative Bedenken gegen automatisierte Entscheidungsfindung stehen einer zeitgemäßen Nutzung eines elektronischen Verfahrens in strukturierter Form nicht entgegen. Sowohl diese aufgezeig-

66 Vgl. *Schütt*, Sammelklagen U.S. (Fn. 64), 71 f.; ausführlicher *Imgarten*, follow-on private enforcement (Fn. 28), 63 ff.

67 Mit einigen Vorschlägen und m.w.N. *Imgarten*, follow-on private enforcement (Fn. 28), 65 f.

68 Vgl. dazu z. B. die Spielräume in Rn. 25, 30 der Bußgeldleitlinien der Kommission [2006] ABL. C 210, S. 2 ff.

ten einfachen elektronischen Hilfsmittel als auch Nachschärfungen des Prozessrechts könnten bereits erhebliche positive Effekte haben. Letztlich kann mit einem gewissen Modernisierungswillen Deutschland auch als Rechtsstandort weiter gestärkt werden.