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

https://doi.org/10.5771/9783748941934-11 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

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-*

https://doi.org/10.5771/9783748941934-11 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

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 *Loser* 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 Wettbewerbsschädlichkeit 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-

https://doi.org/10.5771/9783748941934-11 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

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-Analgen 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,

https://doi.org/10.5771/9783748941934-11 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

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 Inkasso-Klage 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 dilligence*-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 zusammengerückt 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

https://doi.org/10.5771/9783748941934-11 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

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

https://doi.org/10.5771/9783748941934-11 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY