

Björn Christian Becker (Hrsg.)

Wettbewerb auf digitalen Märkten



Nomos

Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik

begründet von

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ernst-Joachim Mestmäcker[†]
(1926–2024)

herausgegeben von

Prof. Dr. Florian Bien

Prof. Dr. Ulrich Schwalbe

Prof. Dr. Heike Schweitzer[†] (1968–2024)

Band 323

Björn Christian Becker (Hrsg.)

Wettbewerb auf digitalen Märkten



Nomos

Die Drucklegung wurde gefördert durch die Fritz Thyssen Stiftung,
die Open-Access-Publikation durch den Open-Access-Publikationsfonds
der Julius-Maximilians-Universität Würzburg.



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 2025

© 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): 978-3-7560-1889-5

ISBN (ePDF): 978-3-7489-4781-3

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748947813>



Onlineversion
Nomos eLibrary



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

Im Gedenken an Heike Schweitzer

Vorwort

Die auf Digitalmärkten bestehenden ökonomischen Besonderheiten stellen das Wettbewerbsrecht zunehmend vor Herausforderungen. Auf nationaler wie auf supranationaler Ebene sind teils weitreichende, durch einen intensiven wissenschaftlichen Diskurs begleitete legislative Reformen zu beobachten, mit denen die jeweiligen Gesetzgeber den neuen Entwicklungen in der digitalen Wirtschaft Rechnung zu tragen suchen. Beispielhaft genannt seien für Deutschland etwa die 10. und 11. GWB-Novelle sowie für die Europäische Union Digital Markets Act (DMA), Digital Services Act (DSA) sowie die neu gefasste Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung (Vertikal-GVO).

Diesen Herausforderungen stellten sich am 29. und 30. September 2023 insgesamt sechzehn junge Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler des Wettbewerbsrechts und der Wettbewerbsökonomie auf der interdisziplinären Postdoc-Tagung „Wettbewerb auf digitalen Märkten“ an der Universität Würzburg. Die Keynote Speech hielt Frau *Prof. Dr. Dres. h.c. Juliane Kokott*, Generalanwältin am Gerichtshof der Europäischen Union. Die auf dieser Tagung gehaltenen Vorträge bilden die Grundlage für die Beiträge in diesem Sammelband. Die Beiträge befinden sich auf dem Stand vom 1. Januar 2024. Spätere Entwicklungen wurden vereinzelt berücksichtigt.

Ich danke herzlich allen Autorinnen und Autoren für ihre exzellenten Beiträge und selbstverständlich auch denjenigen Referenten, die nicht in diesem Tagungsband vertreten sind, namentlich *Dr. Andreas Engel*, *Firat Inceoglu*, PhD, *Dr. Johannes Muthers*, *Dr. Dominik Rehse* sowie *Sebastian Valet*. Großer Dank gebührt ferner meinem akademischen Lehrer *Prof. Dr. Florian Bien* und seinem gesamten Lehrstuhl-Team, die mich bei der Organisation der Tagung tatkräftig unterstützt haben. Für die Unterstützung bei der redaktionellen Betreuung dieses Bandes danke ich herzlich meinen Berliner Mitarbeitern *Lennart Enwaldt*, *Carolin Fröhlich*, *Jenny Habich*, *Philipp Hornung*, *Simon de Ridder* und *Maximilian Wolters*.

Besonders dankbar bin ich der *Fritz-Thyssen-Stiftung* sowie dem *Juristen Alumni Würzburg e. V.* für die großzügige Förderung der Tagung. Ein von *Florian Heimann* und *Elisabeth Marie Servatius* verfasster Tagungsbericht ist in der neuen Zeitschrift für Kartellrecht (NZKart), Heft 4/2024, S. 213-215 erschienen. Die Publikation dieses Sammelbandes wurde groß-

zünftig von der *Fritz-Thyssen-Stiftung* sowie dem *Open-Access-Publikationsfonds der Julius-Maximilians-Universität Würzburg* gefördert.

Den Herausgebern der Reihe „Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik“ *Prof. Dr. Florian Bien*, *Prof. Dr. Ulrich Schwalbe* und *Prof. Dr. Heike Schweitzer* (†) sei herzlich für die Aufnahme in die „Gelbe Reihe“ gedankt, in der nicht wenige der Autorinnen und Autoren bereits ihre Dissertationen veröffentlicht haben. Dieser Tagungsband war Anlass meines letzten persönlichen Kontakts mit der plötzlich und viel zu früh verstorbenen *Heike Schweitzer*.¹ Viele der in diesem Band entwickelten Ideen – sie wird in neun der zwölf Beiträge insgesamt 36-mal zitiert – wären ohne ihr Wirken kaum entstanden. Ihrem Gedenken ist dieses Buch gewidmet.

Würzburg/Berlin, Oktober 2024

Björn Christian Becker

1 Bewegende Nachrufe finden sich u. a. bei *de Ridder/Enwaldt/Gutmann/Hornung/v. Kalben/Welker/Woeste/Wolters*, *ORDO* 2024; <https://doi.org/10.1515/ordo-2024-2002>; *Käseberg/Körber/Bulst/Schwalbe*, *NZKart* 2024, 346; *Tolkmitt/Wagner-von Papp/Wurmnest*, *WuW* 2024, 363.

Inhaltsverzeichnis

A. Aktuelle Rechtsprechung der Unionsgerichte

Juliane Kokott/Mariya Serafimova

Aktuelle Rechtsprechung der Unionsgerichte zum
Missbrauchsverbot nach Art. 102 AEUV – hin zu
einem Paradigmenwechsel? 13

Carsten König

Ökonomische Ansätze in den Google-Urteilen des Gerichts der
Europäischen Union – Eine kritische Analyse 39

B. Kartell- und Missbrauchsverbot

Sarah Legner

Kollusion durch Algorithmen? 71

Maria José Schmidt-Kessen

Die Stellung von Plattformarbeitern vor dem Hintergrund
des Kartellrechts 95

Björn Christian Becker

Poaching to power and power to poach – Abwerben von
Mitarbeitern vs. Art. 102 AEUV am Beispiel des Tech Sektors 115

Lena Hornkohl

Der Diskriminierungsmissbrauch nach Art. 102 AEUV –
Eine Kategorisierung unter besonderer Betrachtung der
Selbstbevorzugung auf digitalen Märkten 175

C. Marktstrukturkontrolle

Daniel Könen

Verschärfte Fusionskontrolle unterhalb der Aufgreifschwellen nach der 11. GWB-Novelle – Innovationsbremse auf digitalen Märkten? – Oder doch besser: „Transaktionssicherheit als Privileg aggressiver Innovationsräuber?“ 209

Tristan Rohner

Entflechtung von Digitalunternehmen nach § 32f GWB – Neue Eingriffsinstrumente des BKartA nach der 11. GWB-Novelle 235

D. § 19a GWB, DMA und DSA

Annika Stöhr/Juliane Mendelsohn

Durchsetzung des § 19a GWB: Erste Erfahrungen und Verhältnis zum Digital Markets Act 265

Sophia Gaenssle/Oliver Budzinski/Annika Stöhr

Algorithmische Such- und Empfehlungssysteme in digitalen Märkten und die Umsetzung von Vorgaben des DMA und DSA 301

Jan-Frederick Göhl

Aspekte der behördlichen Durchsetzung des Digital Markets Act. Benennungsentscheidungen – Konkretisierungsentscheidungen – unternehmensinterne Umsetzung 327

Tabea Bauermeister

Die private Rechtsdurchsetzung des DMA – Vorgaben und Forderungen des Unionsrechts 357

Verzeichnis der Autorinnen und Autoren 383

A. Aktuelle Rechtsprechung der Unionsgerichte

Aktuelle Rechtsprechung der Unionsgerichte zum Missbrauchsverbot nach Art. 102 AEUV – hin zu einem Paradigmenwechsel?

Juliane Kokott/Mariya Serafimova*

I.	Einleitung	13
II.	Zur Haftung von Unternehmen mit Marktmacht im Rahmen der wirtschaftlichen Einheit	16
III.	Zur Stärkung der Verteidigungsrechte von Unternehmen mit Marktmacht	24
IV.	Zur effektiven Durchsetzung der Wettbewerbsregeln	31
V.	Ausblick – auf dem Weg zu einem Paradigmenwechsel?	37

I. Einleitung

Die letzten zwei Jahre waren prägend für die Fortentwicklung des Kartellrechts. Davon zeugen mehrere Leiturteile der Unionsgerichte im Bereich des Marktmachtmissbrauchs¹ und der Fusionskontrolle², das erste Urteil³

* Prof. Dr. Dr. Dres. h.c. Juliane Kokott ist Generalanwältin am Gerichtshof der Europäischen Union in Luxemburg, Mariya Serafimova, Ass. iur. war Mitarbeiterin in ihrem Kabinett zum Zeitpunkt des Entwurfs des Manuskripts. Besonderer Dank gilt Dr. Hanns Peter Nehl, Rechtsreferent im Kabinett der Generalanwältin Kokott, für seine hilfreichen Kommentare zum Manuskript. Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Meinung der Autorinnen wieder.

- 1 Vgl. insbesondere Urteile der Großen Kammer des Gerichtshofs v. 10.9.2024, Google und Alphabet/Kommission (Google Shopping), C-48/22 P, EU:C:2024:726, und v. 21.12.2023, European Superleague Company, C-333/21, EU:C:2023:1011; sowie die Urteile v. 24.10.2024, Kommission/Intel Corporation, C-240/22 P, EU:C:2024:915, v. 4.7.2023, Meta Platforms u.a. (Allgemeine Nutzungsbedingungen eines sozialen Netzwerks), C-252/21, ECLI:EU:C:2023:537, v. 19.1.2023, Unilever Italia, C-680/20, ECLI:EU:C:2023:33, v. 12.1.2023, Lietuvos geležinkeliai/Kommission, C-42/21 P, ECLI:EU:C:2023:12, und v. 12.5.2022, ENEL u.a., C-377/20, ECLI:EU:C:2022:379; Urteile des Gerichts v. 18.9.2024, Google und Alphabet/Kommission (Google AdSense for Search), T-334/19, EU:T:2024:634; v. 18.9.2024, Qualcomm/Kommission (Qualcomm – prix d'éviction), T-671/19, EU:T:2024:626, sowie die älteren Urteile v. 14.9.2022, Google und Alphabet/Kommission (Google Android), T-604/18, ECLI:EU:T:2022:541, v. 26.1.2022, Intel Corp./Kommission, T-286/09, RENV, ECLI:EU:T:2022:19, und v. 10.11.2021, Google und Alphabet/Kommission (Google Shopping), T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763; siehe auch *Haus/Urban*, ZWeR 2023, 209-233.
- 2 Vgl. insbesondere Urteile des Gerichtshofs v. 3.9.2024, Illumina und Grail/Kommission, C-611/22 P und C-625/22 P, EU:C:2024:677, und v. 13.7.2023, Kommission/CK

des Gerichts zum DMA⁴, das Überdenken der Prioritäten der Europäischen Kommission bei der Anwendung von Art. 102 AEUV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen⁵ und der Entwurf entsprechender Leitlinien, die bis Ende Oktober 2024 zur öffentlichen Konsultation gestellt wurden,⁶ und nicht zuletzt die Annahme der 11. GWB-Novelle durch den Bundestag im Jahr 2023,⁷ um nur einige zu nennen.

Globalisierung, Digitalisierung und Beweisforderungen machen es den Wettbewerbsbehörden weltweit immer schwerer, angemessen auf die internationale Tätigkeit von Unternehmen mit wachsender Marktmacht zu reagieren. Das Schlagwort „Ökosystem“⁸ oder gar „Digital Empires“⁹ ist in aller Munde. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die Befugnisse der Behörden in der Regel nur auf ein bestimmtes Territorium beschränkt,

Telecoms UK Investments, C-376/22 P, ECLI:EU:C:2023:561; Urteil des Gerichts v. 13.7.2023, Illumina/Kommission, T-227/21, ECLI:EU:T:2022:447.

- 3 Vgl. Urteil des Gerichts v. 17.7.2024, Bytedance/Kommission, T-1077/23, EU:T:2024:478.
- 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 (Gesetz über digitale Märkte bzw. Digital Markets Act, DMA), ABl. L 265 vom 12.10.2022, S. 1–66; siehe auch zur Benennung von Torwächtern nach dem DMA – Europäische Kommission, Pressemitteilung v. 6.9.2023, IP/23/4328, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_23_4328 (zuletzt aufgerufen am 19.11.2024).
- 5 Vgl. Europäische Kommission, Mitteilung C(2023) 1923 endg. v. 27.3.2023 zur 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, ABl. C 45 v. 24.2.2009, S. 7–20, https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2023-03/20230327_aming_communication_art_102_0.pdf (zuletzt aufgerufen am 19.11.2024).
- 6 Vgl. Europäische Kommission, Mitteilung v. 1.8.2024, Leitlinien für die Anwendung von Artikel 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, abrufbar unter: 2024 article 102 guidelines - European Commission (zuletzt aufgerufen am 19.11.2024).
- 7 Am 6.7.2023 hat der Bundestag die 11. GWB-Novelle (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) verabschiedet, BT-Drs. 20/6824, Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und anderer Gesetze, <https://dserver.bundestag.de/btd/20/068/2006824.pdf> (zuletzt aufgerufen am 19.11.2024).
- 8 Vgl. Urteil des Gerichts v. 17.7.2024, Bytedance/Kommission, T-1077/23, EU:T:2024:478, Rn. 128 ff.; vgl. in diesem Sinne auch Urteil des Gerichtshofs v. 10.9.2024, Google und Alphabet/Kommission (Google Shopping), C-48/22 P, EU:C:2024:726, Rn. 166 ff.
- 9 Siehe *Bradford*, Digital Empires: The Global Battle to Regulate Technology, Oxford University Press, 2023.

meist sogar national begrenzt sind.¹⁰ Diese strukturellen Nachteile können auch die Gerichte kaum ausgleichen.

Im Folgenden liegt der Fokus auf dem Beitrag der Unionsgerichte zur Behandlung des Missbrauchs von Marktmacht. Das Wettbewerbsrecht ist durch eine Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe geprägt, die seine Anwendung flexibel machen. Wichtige Beispiele sind die Begriffe des Unternehmens, der (bezweckten oder bewirkten) Wettbewerbsbeschränkung und des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. Bei der Auslegung dieser Rechtsbegriffe können die Gerichte einerseits Lücken bei der Durchsetzung schließen und die entscheidenden Parameter für eine effektive Wettbewerbsaufsicht justieren. Andererseits besteht aber auch das Risiko, dass die Gerichte die wirksame Durchsetzung des Wettbewerbsrechts durch eine übermäßige Kontrolle der Behörden erschweren.¹¹ So wird in den USA zum Teil die These vertreten, der interventionsfeindliche Ansatz der Chicago-Schule habe sich nur dank einer konservativen Richterschaft durchgesetzt.¹²

Gerade die Unionsgerichte zeigen in neuerer Zeit auf bemerkenswerte Weise, wie es möglich ist, mithilfe der „Stellschrauben“ des Verfahrensrechts sowie der Regeln über die Beweislastverteilung und das Beweismaß die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts entweder zu stärken oder zu hemmen.

Nachfolgend untersuchen wir, wie der Gerichtshof die Ausübung von Marktmacht durch die Haftung der wirtschaftlichen Einheit im Rahmen sowohl der öffentlich-rechtlichen als auch der zivilrechtlichen Durchsetzung des Wettbewerbsrechts begrenzt und warum das mit Blick auf dessen Ziele notwendig ist (unter II.). Danach gehen wir darauf ein, wie der Gerichtshof andererseits die Rechte von Unternehmen mit Marktmacht stärkt (unter III.). Abschließend folgen Erwägungen, wie eine effektive

10 Vgl. zu der Notwendigkeit der extraterritorialen Wirkung des EU-Wettbewerbsrechts, *Martyniszyn*, *Extraterritoriality in EU Competition Law* (December 2021), in Nuno Cunha Rodrigues (Hrsg.), *Extraterritoriality of EU Economic Law*, <https://ssrn.com/abstract=3977153> (zuletzt aufgerufen am 19.11.2024).

11 S. kritisch zu der Anwendung der Kriterien der Marktabgrenzung durch die US-Gerichte Maurice auf Big Tech-Unternehmen *Stucke/Ezrachi*, *Ecosystems, Antitrust Errors & the Numerator Bias* (October, 2024), *Berkeley Technology Law Journal* (forthcoming 2025), <https://ssrn.com/abstract=4979198> (zuletzt aufgerufen am 19.11.2024), S. 2 ff., 26 ff., 47 ff.

12 *Bradford/Chilton/Lancieri*, 87 *University of Chicago Law Review* (2020), S. 297 ff., 298, 304.

Durchsetzung der Wettbewerbsregeln künftig aussehen kann (unter IV.) sowie ein Ausblick (unter V.). Dies erfolgt im Spannungsfeld zwischen dem 2009 von der Europäischen Kommission eingeläuteten „more economic approach“ beim Nachweis von Verdrängungspraktiken marktbeherrschender Unternehmen einerseits und dem Versuch einer ordoliberalen Nuancierung dieses Ansatzes durch einen „dynamic and workable effects-based approach“¹³ im Rahmen der Missbrauchskontrolle.

II. Zur Haftung von Unternehmen mit Marktmacht im Rahmen der wirtschaftlichen Einheit

Die jüngere Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Haftung der wirtschaftlichen Einheit für Zuwiderhandlungen bei der Ausübung von Marktmacht trägt den strukturellen Defiziten bei der Durchsetzung der EU-Wettbewerbsregeln in grenzüberschreitenden Märkten Rechnung.

Ihr vorläufiger Höhepunkt ist das Urteil *Unilever*.¹⁴ Dieses Urteil beschreitet Neuland im Hinblick auf das Konzept der „wirtschaftlichen Einheit“, das im Konzernhaftungsrecht entwickelt wurde. Es ermöglicht, dass das umsatzstarke Mutterunternehmen für das Verhalten seiner unselbständig handelnden (Unter-)Einheiten haftbar gemacht wird. Ähnliches soll nach dem Urteil *Unilever* nun im Bereich der Missbrauchsaufsicht nach Art. 102 AEUV gelten: Das Verhalten von Vertriebshändlern soll einem Hersteller in marktbeherrschender Position missbrauchsbegründend zugerechnet werden können.

Der Begriff der „wirtschaftlichen Einheit“ taucht nicht in den Verträgen auf; vielmehr hat ihn der Gerichtshof im Zusammenhang mit dem Unternehmensbegriff in Art. 101 und 102 AEUV entwickelt.¹⁵

Ausgangspunkt war das Urteil *Akzo Nobel* von 2009.¹⁶ Darin anerkannte der Gerichtshof eine widerlegbare Vermutung der Kontrolle der Muttergesellschaft über eine Tochtergesellschaft, die an einem Kartellrechtsverstoß beteiligt war. Voraussetzung ist, dass die Muttergesellschaft unmittelbar

13 S. Kommission, Policy Brief “A dynamic and workable effects-based approach to Article 102 TFEU”, https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2023-03/kd_ak23001enn_competition_policy_brief_1_2023_Article102_0.pdf (zuletzt aufgerufen am 19.11.2024).

14 Urteil v. 19.1.2023, *Unilever Italia*, C-680/20, ECLI:EU:C:2023:33.

15 S. auch Urteil v. 4.7.2024, *MOL*, C-425/22, ECLI:EU:C:2024:578, Rn. 33-34.

16 Urteil v. 10.9.2009, *Akzo Nobel u.a./Kommission*, C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536.

oder mittelbar das gesamte oder nahezu das gesamte Kapital der Tochter hält. Ist das der Fall und gelingt der Gegenbeweis mangelnder Kontrolle nicht, kann die Zuwiderhandlung der Muttergesellschaft zugerechnet werden, ohne dass es eines Nachweises der effektiven Ausübung der Kontrolle bedarf. Die Muttergesellschaft kann dann auf der Grundlage des Konzern-Gesamtumsatzes mithaften. Kappungsgrenze für die Höhe der Geldbußen ist der Gesamtumsatz des Konzerns. Darüber hinaus hat der Gerichtshof in mehreren Urteilen eine Haftungserstreckung kraft Rechtsnachfolge bei Verkauf und Übernahme einer solchen Tochtergesellschaft ermöglicht.¹⁷ Das Ziel dieser Rechtsprechung ist klar: Es geht um eine wirksame und abschreckende öffentlich-rechtliche Rechtsdurchsetzung gegenüber Konzernen. Diese erste Ausweitung der Unternehmenshaftung macht die öffentliche Durchsetzung der EU-Wettbewerbsregeln auch gegenüber grenzüberschreitend tätigen Unternehmensgruppen wirksam und abschreckend.

In den Urteilen *Skanska International Solutions*¹⁸ und *Sumal*¹⁹ erweiterte der Gerichtshof die Unternehmenshaftung auf die private Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen von durch Kartellrechtsverstöße geschädigten Personen vor den nationalen Gerichten. Der Gerichtshof begründete dies mit der Notwendigkeit einer einheitlichen Auslegung des unionsrechtlichen Unternehmensbegriffs in Art. 101/102 AEUV und den Zielen der Effektivität und der Abschreckung. Das ist sehr bemerkenswert, hatte die Kommission doch mit der Schadensersatz-Richtlinie 2014/104 – und somit vielleicht auch der Unionsgesetzgeber? – eine solche Vereinheitlichung des Unternehmensbegriffs im Zivil- und Haftungsrecht gerade nicht beabsichtigt und dies auch im *Skanska*-Verfahren so vertreten. Neben der effektiven Rechtsdurchsetzung im (öffentlichen) Unionsinteresse geht es dem Gerichtshof um den wirksamen Schutz der subjektiven Rechte. Insbesondere Abnehmer und Verbraucher müssen in die Lage versetzt werden, ihre aus Art. 101/102 AEUV abgeleiteten Rechte gegenüber zuwiderhandelnden Unternehmen effektiv durchzusetzen. Die seit dem Urteil *Akzo Nobel* entwickelten Grundsätze der Konzernhaftung gelten daher auch im Rahmen der privaten Rechtsdurchsetzung, soweit es um Haftungsfragen geht. Dies bietet den Geschädigten den Vorteil, die zahlungskräftigere Muttergesell-

17 Siehe nur Urteil v. 14.3.2019, *Skanska Industrial Solutions* u.a., C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204, Rn. 38 ff.

18 Urteil v. 14.3.2019, *Skanska Industrial Solutions* u.a., C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204.

19 Urteil v. 6.10.2021, *Sumal*, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800.

schaft (ggf. zusammen mit der Tochtergesellschaft) verklagen zu können. Zudem hindert es diese daran, ihre zivilrechtliche Haftung durch interne oder externe Reorganisation oder Umstrukturierung zu umgehen.²⁰

Im Übrigen findet dieser im Wettbewerbsrecht weit verstandene Begriff der „wirtschaftlichen Einheit“ aus Gründen der Vorhersehbarkeit und der Transparenz keine Anwendung bei der Bestimmung der gerichtlichen Zuständigkeit, wenn es darum geht, dass eine Muttergesellschaft eine Klage auf Ersatz von Schäden erhebt, die ausschließlich ihren Tochtergesellschaften durch das wettbewerbswidrige Verhalten eines Dritten entstanden sind.²¹ Ähnliches gilt in Bezug auf die Anwendung des Begriffs der „wirtschaftlichen Einheit“ im Rahmen der Zustellung eines verfahrenseinleitenden Schriftstücks bei der Klageerhebung an eine Gesellschaft an der Adresse ihrer in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Tochtergesellschaft.²²

Davon zu trennen ist aber die Situation, dass ein durch eine Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsregeln Geschädigter die Gesellschaft, die diese Zuwiderhandlung begangen hat, am Sitz ihrer Muttergesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat verklagt. In einem solchen Fall kann die Gefahr widersprechender Entscheidungen für die Begründung der Zuständigkeit für Klagen gegen die Tochtergesellschaft im Mitgliedstaat des Niederlassungsorts der Muttergesellschaft sprechen, da sonst verschiedene mitgliedstaatliche Gerichte mit den gegen die Mutter- und die Tochtergesellschaft gerichteten Klagen über die Frage der Zurechnung und des Umfangs der Haftung unterschiedlich entscheiden könnten.²³ Das letzte Wort in diesem Fall wird der Gerichtshof aussprechen.

Mit Blick auf die Haftung ging das Urteil *Sumal* in zweierlei Hinsicht entscheidende Schritte weiter als die bisherigen Grundsätze der Konzernhaftung. Diese betreffen nicht nur die private Rechtsdurchsetzung. Zum einen löste sich der Gerichtshof zunehmend von der vorrangig *organisationsrechtlich* begründeten Haftungseinheit. Er betont seitdem die *einheitliche Verhaltensweise* des Unternehmens auf dem Markt.²⁴ Zum anderen erlaubte dieses Vorgehen die Zurechnung von Zuwiderhandlungen nicht nur von „unten nach oben“, also von Tochter- zu Muttergesellschaft, son-

20 Stichwort „Würstlücke“, siehe dazu *Jungbluth*, NZKart 2017, 257.

21 Urteil v. 4.7.2024, MOL, C-425/22, ECLI:EU:C:2024:578, Rn. 44 f.

22 Urteil v. 11.7.2024, Volvo (Klageerhebung am Sitz einer Tochtergesellschaft der Beklagten), C-632/22, EU:C:2024:601, Rn. 70.

23 S. dazu die Schlussanträge von GA'in Kokott v. 26.9.2024, Athenian Brewery und Heineken, C-393/23, EU:C:2024:798, Rn. 57, 64.

24 Urteil v. 6.10.2021, Sumal, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800, Rn. 41.

dern auch in alle anderen Richtungen innerhalb der Haftungseinheit des Konzerns. *Sumal* bestätigt erstmals außerhalb der widerlegbaren Kontrollvermutung von *Akzo Nobel* die Mithaftung einer Tochtergesellschaft, sofern diese im Zusammenhang mit derselben Geschäftstätigkeit am Markt auftritt wie die (Mutter-)Gesellschaft, die die Zuwiderhandlung begangen hat. Dies dürfte für das Verhältnis zwischen zwei Tochtergesellschaften, von denen nur eine die Zuwiderhandlung begangen hat, analog gelten. Die Gesamtheit des Konzerns, in die beide Gesellschaften integriert sind, bildet daher zwar weiterhin den notwendigen Rahmen für die Haftungszurechnung. Diese organisatorische Verbindung ist aber nicht hinreichend. Hinzukommen muss das haftungsauslösende Kriterium des *einheitlichen Auftretens* des Unternehmens am Markt. Das erscheint gerechtfertigt, um eine ausufernde Haftungszurechnung an unbeteiligte Gesellschaften innerhalb des Konzerns zu vermeiden.²⁵ Es ist davon auszugehen, dass diese im Rahmen der privaten Rechtsdurchsetzung aufgestellten Kriterien der Haftungszurechnung auch für die öffentlich-rechtliche Rechtsdurchsetzung gelten sollen.²⁶

Der Gerichtshof begründet nun also, die ursprünglich vornehmlich *organisationsrechtlich* verstandene Haftungseinheit des Unternehmens auch *verhaltensbezogen*, um die Haftungszurechnung zwischen verschiedenen juristischen Personen dieser Einheit zu erweitern.

Im Gegenzug begegnete der Gerichtshof im späteren Urteil *ENEL*²⁷ dem lange von der Anwaltschaft und Rechtswissenschaft ihm gegenüber erhobenen Vorwurf der *probatio diabolica*, nämlich des tatsächlich unmöglichen Nachweises mangelnder Kontrolle im Rahmen der organisationsrechtlich begründeten Konzernhaftung. Darin zeigt er erstmals genauer auf, wie eine Muttergesellschaft die im *AKZO*-Urteil anerkannte, angeblich widerlegbare Vermutung der Kontrolle einer Tochtergesellschaft, die eine Zuwiderhandlung begangen hat, tatsächlich entkräften kann.

25 Das würde im Übrigen dafür sprechen, das Kriterium des einheitlichen Auftretens am Markt auch dann anzuwenden, wenn die Muttergesellschaft ihrerseits (über die widerlegbare Kontrollvermutung) für eine der Tochter-/Schwestergesellschaft bereits zugerechnete Zuwiderhandlung haften soll (sog. „Kettenhaftung“ im Konzern).

26 Zu klären bleiben wird allerdings, welcher Umsatz für die Berechnung der Geldbuße maßgeblich sein soll, die der Tochtergesellschaft aufzuerlegen ist. Da diese nur insoweit mithaftet, als sie dieselbe wirtschaftliche Tätigkeit ausübt bzw. auf demselben Produktmarkt tätig ist wie die Gesellschaft, die die Zuwiderhandlung begangen hat, sollte nur der produktbezogene Umsatz, nicht jedoch der Gesamtumsatz (geschweige denn derjenige des Konzerns) maßgeblich sein.

27 Urteil v. 12.5.2022, *ENEL* u.a., C-377/20, ECLI:EU:C:2022:379.

Der Nachweis fehlender Kontrolle gelang in der Praxis zuvor so gut wie nie. Wenige Ausnahmen wie in den Fällen *Elf Aquitaine*²⁸ und *Eni*²⁹ bestätigen eher diesen Eindruck. Das Urteil *ENEL* versucht, diese Judikatur neu zu justieren, indem es der Muttergesellschaft nicht nur theoretisch, sondern auch tatsächlich die Möglichkeit einräumt, die Kontrollvermutung zu widerlegen. Der Gerichtshof qualifiziert die kapitalistische Verbindung fortan nur noch als „ein sehr starkes Indiz für die Ausübung einer solchen Kontrolle“, insbesondere dann, wenn das Eigentum am Gesellschaftskapital von den Stimmrechten bestimmter anderer Personen getrennt ist.³⁰ Angesichts des Erfordernisses tatsächlicher Kontrolle, die ja nur widerleglich vermutet wird, müsse die Muttergesellschaft deren Fehlen auch dadurch nachweisen können, dass sie trotz der kapitalistischen Verbindung der Tochtergesellschaft während der Zuwiderhandlung „keine Weisungen erteilte und weder unmittelbar noch mittelbar, insbesondere über bestellte Direktoren, an der Annahme von Entscheidungen dieser ... Gesellschaft in Bezug auf die betreffende wirtschaftliche Tätigkeit beteiligt war“.³¹

Noch einen Schritt weiter ging der Gerichtshof im eingangs erwähnten Urteil *Unilever*³², indem er die Haftung der wirtschaftlichen Einheit auch *vertragsrechtlich* begründete. Die Art und Weise, wie der Gerichtshof die Ausübung von Marktmacht in diesem Urteil angeht, ist faszinierend, da sie im Lichte der Figur der „wirtschaftlichen Einheit“ über ein traditionelles Unternehmensszenario hinausgeht.

In diesem Vorlage-Fall geht es um das Vertriebssystem von Unilever für seine Speiseeisprodukte in Italien. Die Wiederverkäufer³³ sind nicht vertikal in den Unilever-Konzern integriert, sondern agieren als selbständige „Unternehmen“ aufgrund von Vertriebsverträgen, die sie mit Unilever geschlossen haben. Solche Vereinbarungen fallen eigentlich in den Anwendungsbereich von Art. 101 AEUV, wohingegen Art. 102 AEUV nur einseitige

28 Urteil v. 29.9.2011, *Elf Aquitaine/Kommission*, C-521/09 P, ECLI:EU:C:2011:620, Rn. 146 ff. betreffend einen Verstoß der Kommission gegen die (formale) Begründungspflicht.

29 Urteil v. 8.5.2013, *Eni/Kommission*, C-508/11 P, ECLI:EU:C:2013:289, Rn. 64 ff. betreffend die operative und finanzielle Eigenständigkeit der Tochtergesellschaft; dazu *Nehl*, EuZW 2013, 547, 554 f.

30 Urteil v. 12.5.2022, *ENEL*, C-377/20, ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 110.

31 Urteil v. 12.5.2022, *ENEL*, C-377/20, ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 111-112.

32 Urteil v. 19.1.2023, *Unilever Italia*, C-680/20, ECLI:EU:C:2023:33, Rn. 26-33.

33 In der deutschen Fassung des Urteils „Vertriebshändler“.

Handlungen erfasst.³⁴ Im Ausgangsverfahren warf die italienische Wettbewerbsbehörde Unilever jedoch einen Verstoß gegen Art. 102 AEUV in der Form des Behinderungsmissbrauchs vor und erlegte ihr eine Geldbuße in Höhe von über 60 Millionen Euro auf. Zur Begründung führte sie aus, Unilever müsse sich die Behinderungsstrategie, soweit diese von den Wiederverkäufern auf der Grundlage der Alleinvertriebsvereinbarungen umgesetzt wurde, zurechnen lassen. Diese Behinderungsstrategie habe insbesondere darin bestanden, dass die Wiederverkäufer den nachgelagerten (ebenfalls selbständigen) Betreibern der Verkaufsstellen Ausschließlichkeitsklauseln mit der Verpflichtung auferlegten, ihren Gesamtbedarf an Speiseeis allein von Unilever zu beziehen.

Das vorliegende Gericht wollte vom EuGH wissen, unter welchen Bedingungen das Verhalten formal autonomer und unabhängiger Wirtschaftsteilnehmer, nämlich von Vertriebshändlern, einem anderen Wirtschaftsteilnehmer, nämlich dem Hersteller der von diesen vertriebenen Waren, zugerechnet werden könnte.

Der Gerichtshof schloss sich der „Schadenstheorie“ der italienischen Wettbewerbsbehörde an. Er stellte sinngemäß fest, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen den Wettbewerb auch *mittelbar* dadurch schädigen könne, indem es die Vertriebshändler gewissermaßen als „Werkzeuge“ zur Umsetzung seiner Geschäftspolitik benutzt. In Rn. 31 heißt es:

„Dies gilt insbesondere dann, wenn ein solches Verhalten die Form von Standardverträgen annimmt, die vollständig von einem Hersteller in beherrschender Stellung abgefasst worden sind und zugunsten seiner Produkte Ausschließlichkeitsklauseln enthalten, die die Vertriebshändler dieses Herstellers von den Betreibern der Verkaufsstellen unterzeichnen lassen müssen, ohne sie ändern zu können, es sei denn mit ausdrücklicher Zustimmung dieses Herstellers. Unter diesen Umständen kann diesem Hersteller nämlich vernünftigerweise nicht unbekannt sein, dass die Vertriebshändler aufgrund der rechtlichen und wirtschaftlichen Bindungen zu ihm seine Weisungen und auf diese Weise die von ihm beschlossene Politik umsetzen werden.“³⁵

34 Vgl. in diesem Sinne Urteil v. 29.6.2023, Super Bock Bebidas, C-211/22, ECLI:EU:C:2023:529, Rn. 48 f.

35 Urteil v. 19.1.2023, Unilever Italia, C-680/20, ECLI:EU:C:2023:33, Rn. 31 (Hervorhebung hinzugefügt).

Hieran anschließend fingiert der EuGH die Bereitschaft des marktbeherrschenden Unternehmens, die Risiken zu tragen, die mit seiner strikten Weisungspraxis gegenüber seinen Vertriebshändlern verbunden sind.³⁶ Die Zurechnung des Verhaltens der Vertriebshändler an das marktbeherrschende Unternehmen hängt weder vom Nachweis ab, dass die betreffenden Vertriebshändler ebenfalls Teil dieses Unternehmens im Sinne von Art. 102 AEUV sind, noch vom Bestehen einer „hierarchischen“ Verbindung.³⁷ Vielmehr liegt die hinreichende Kontrolle in *Unilever* gerade darin begründet, dass das marktbeherrschende Unternehmen durch die Bedingungen in den Alleinvertriebsvereinbarungen den Wiederverkäufern seine Geschäftspolitik gewissermaßen „aufzwingen“³⁸ und ihre Einhaltung auch gerichtlich durchsetzen kann. Daraus kann umgekehrt geschlossen werden, dass ein freiwilliges Befolgen der Weisungen dieses Unternehmens durch die Wiederverkäufer nur unter das Kartellverbot nach Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen kann.

Zur Erinnerung: Alleinvertriebsvereinbarungen zwischen zwei selbständigen „Unternehmen“ – also gerade nicht innerhalb eines vertikal integrierten Konzerns – fallen an sich nur unter das Kartellverbot nach Art. 101 Abs. 1 AEUV.³⁹ Stattdessen stützte sich die italienische Wettbewerbsbehörde, und im Anschluss der EuGH, auf das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 102 AEUV. Dafür mussten die Handlungen der Wiederverkäufer *Unilever* zugerechnet werden.

Die zu diesem Zweck im Wesentlichen *vertraglich* begründete „Haftungseinheit“ im Fall *Unilever* steht außerhalb des organisatorischen Rahmens des Konzerns, der nach bisheriger Judikatur eine zwingende Voraussetzung für die Haftungszurechnung war. Im Unterschied zur Situation im Urteil *Sumal* waren die Wiederverkäufer im Fall *Unilever* gerade nicht Bestandteil des Konzerns des marktbeherrschenden Unternehmens. *Unilever* meint auch keine unternehmerische „Haftungseinheit“ im Sinne der bisherigen Rechtsprechung, insbesondere des *Sumal*-Urteils.⁴⁰ Denn die Wiederverkäufer selbst können trotz ihrer Einbeziehung in und Beteiligung an der

36 Urteil v. 19.1.2023, *Unilever Italia*, C-680/20, ECLI:EU:C:2023:33, Rn. 31.

37 Urteil v. 19.1.2023, *Unilever Italia*, C-680/20, ECLI:EU:C:2023:33, Rn. 32.

38 Vgl. auch Schlussanträge des GA Rantos v. 14.7.2022 in der Rs. *Unilever Italia*, C-680/20, ECLI:EU:C:2022:586, Nrn. 28, 52.

39 Vgl. ähnlich *Fischer/Zickgraf*, ZHR 186, 125, unter Hinweis auf die Position von *Kersting/Otto*, in: FS Wiedemann, 2020, 235, 246.

40 Vgl. zur Reichweite der Haftung nach der *Sumal*-Rechtsprechung, *Hornkohl*, IPRax 2023, 254 – 263.

Umsetzung der Geschäftspolitik des marktbeherrschenden Unternehmens nicht wegen einer Zuwiderhandlung nach Art. 102 AEUV zur Verantwortung gezogen werden. Ausdrücklich heißt es nämlich in Rn. 31 des *Unilever*-Urteils, dass „das Unternehmen in beherrschender Stellung, da das ihm vorgeworfene Verhalten einseitig beschlossen wurde, als Urheber dieses Verhaltens und damit gegebenenfalls für die Anwendung von Art. 102 AEUV als für dieses Verhalten *allein* verantwortlich angesehen werden“ kann.⁴¹ Die Vertriebshändler und das Vertriebsnetz seien ein bloßes Instrument zur Verbreitung der Geschäftspolitik dieses Unternehmens und damit als Instrument anzusehen, mit dem die Verdrängungspraxis umgesetzt wurde. Das entspricht der Rechtsprechung, wonach der schwächere Partner eines gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstoßenden Vertriebsvertrages in derartigen Fällen keine erhebliche Verantwortung für die Zuwiderhandlung trägt, sondern sogar selbst gegen den stärkeren Partner einen Schadensersatzanspruch geltend machen kann.⁴² Im Übrigen dürften die Wiederverkäufer das Kriterium der Marktbeherrschung nicht erfüllen.

Der Gerichtshof vermied es im *Unilever*-Urteil daher auch, den Begriff des „Unternehmens“ zu präzisieren. Stattdessen beschränkte er sich darauf, zu begründen, warum das Verhalten der Vertriebshändler dem marktbeherrschenden Unternehmen tatsächlich zugerechnet werden muss.

Interessant ist schließlich, dass der EuGH im vom Sachverhalt her ähnlich gelagerten Fall *Superbock* wiederum nur Art. 101 AEUV anwendete. Ähnlich wie im Fall *Unilever* ging es um ein Vertriebsnetz eines marktstarken (Getränke-)Herstellers mit Vertriebshändlern.⁴³ Nach den Feststellungen der portugiesischen Wettbewerbsbehörde hatte *Superbock* seinen Vertriebshändlern in Portugal besondere Verpflichtungen über die Festsetzung von Mindestpreisen für den Weiterverkauf der Getränke auferlegt und deren Einhaltung kontrolliert und sanktioniert. Der Gerichtshof sah darin eine *Vereinbarung* zwischen Unternehmen im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV.⁴⁴ Allerdings hatte sich die portugiesische Wettbewerbsbehörde und

41 Urteil v. 19.1.2023, *Unilever Italia*, C-680/20, ECLI:EU:C:2023:33, Rn. 30, Hervorhebung durch die Verf.

42 Siehe nur Urteil v. 20.9.2001, *Courage und Crehan*, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:456, Rn. 28 ff., 34 mit Bezug auf Urteil v. 28.2.1991, *Delimitis*, C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91, Rn. 14-26.

43 Urteil v. 29.6.2023, *Super Bock Bebidas*, C-211/22, ECLI:EU:C:2023:529.

44 Urteil v. 29.6.2023, *Super Bock Bebidas*, C-211/22, ECLI:EU:C:2023:529, Rn. 48 ff. Siehe zur Problematik in diesem Fall bei der Unterscheidung zwischen einer be-

das vorliegende Gericht im Fall *Superbock*, anders als die italienische Wettbewerbsbehörde im Fall *Unilever*, nur auf Art. 101 AEUV gestützt.⁴⁵

Angesichts dieser Rechtsprechung ist denkbar, dass ein und dasselbe Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens sowohl einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung kraft Zurechnung nach Art. 102 AEUV als auch kartellrechtswidrige Absprachen nach Art. 101 Abs. 1 AEUV beinhaltet.

Mit seiner Rechtsprechung zur weit verstandenen wirtschaftlichen (Haftungs-)Einheit, die auch unabhängige Wirtschaftsteilnehmer einbezieht, hat der Gerichtshof die Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts erheblich gestärkt. Das ist aber nur die eine Seite des *Unilever*-Urteils.

Auf die andere Seite des *Unilever*-Urteils geht es im folgenden Abschnitt.

III. Zur Stärkung der Verteidigungsrechte von Unternehmen mit Marktmacht

Mit dem *Unilever*-Urteil hat der EuGH noch einmal die Verteidigungsrechte marktmächtiger Unternehmen gestärkt, indem er den Anwendungsbereich des „more economic approach“ erweitert hat, und zwar bei der Auslegung des Missbrauchsbegriffs. Dies erschwert die wirksame Durchsetzung des Wettbewerbsrechts.

Der „more economic approach“ wurde in Europa seit etwa Anfang der 2000er Jahre zunächst als „Modeerscheinung“ aus den USA rezipiert.⁴⁶ Er geht für den Anwendungsbereich von Art. 102 AEUV auf die Prioritätenmitteilung der Kommission aus dem Jahr 2009 zurück.⁴⁷

zweckten Wettbewerbsbeschränkung und einer Kernbeschränkung nach der Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung etwa *Möller*, WuW 2023, 461.

45 Urteil v. 29.6.2023, *Super Bock Bebidas*, C-211/22, ECLI:EU:C:2023:529, Rn. 50 ff.

46 Siehe Schlussanträge der GA'in *Kokott v. 21.5.2015, Post Danmark*, C-23/14, ECLI:EU:C:2015:343, Nr. 4; *Lowe*, Speech at the Fordham Antitrust Conference in Washington, 23.10.2003; *Röller*, Der ökonomische Ansatz in der europäischen Wettbewerbspolitik, S. 2 f., S. 4 ff., <https://fmos.link/20537> (zuletzt aufgerufen am 19.10.2023/11.2024); *Waller*, 31 *Cardozo Law Review* (2009), 367 ff., 394 ff. Dagegen hält *Akman* den more economic approach immer noch für moderner, vgl. z.B. *Akman*, *The Concept of Abuse in EU Competition Law: Law and Economic Approaches*, 2012, S. 7, 8, 322, 328 f.

47 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 C 45 vom 24.2.2009, S. 7–20; vgl. auch *Waller*, 31 *Cardozo Law Review* (2009), S. 367 ff., 394 ff.

In der Rechtsprechung finden sich erste Ansätze für diesen Ansatz bereits in den Urteilen in *Post Danmark I*⁴⁸ und *Post Danmark II*⁴⁹. So hat der Gerichtshof insbesondere darauf abgestellt, ob das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens „zu einer tatsächlichen oder wahrscheinlichen Verdrängung von Wettbewerbern zum Schaden des Wettbewerbs und damit der Verbraucherinteressen führt“.⁵⁰ Dieses Leitprinzip der wettbewerbswidrigen Marktverschließung („anti-competitive foreclosure“) wurde auch in der Prioritätenmitteilung aus dem Jahr 2009⁵¹ niedergelegt und wird von einigen Kommentatoren aus dem Lager des „more economic approach“ bis heute noch als der einschlägige Maßstab für Behinderungsmisbräuche angesehen.⁵²

In seinem berühmten *Intel*-Urteil⁵³ aus dem Jahr 2017 hatte die Große Kammer des Gerichtshofs – auf Vorschlag seines damaligen Generalanwalts Nils Wahl – dem „more economic approach“ noch deutlicher nachgegeben. Danach müssen die Wettbewerbsbehörden alle relevanten Argumente und Beweise prüfen, die Unternehmen vorbringen, um nachzuweisen, dass das ihnen vorgeworfene Verhalten, im Fall Intel ein Rabattsystem, nicht geeignet ist, (negative) Verdrängungswirkungen zu erzeugen. Dazu gehört grundsätzlich der Test des sogenannten „ebenso leistungsfähigen Wettbewerbers“ („*As-Efficient-Competitor*“- oder *AEC-Test*).⁵⁴

48 Urteil v. 27.3.2012, *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, Rn. 21 ff., 44.

49 Urteil vom 6.10.2015, *Post Danmark*, C-23/14, EU:C:2015:65, Rn. 51 ff., 67, 69.

50 Urteil vom 6.10.2015, *Post Danmark*, C-23/14, EU:C:2015:65, Rn. 69.

51 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 C 45 vom 24.2.2009, S. 7–20, Rn. 19.

52 *Peeperkorn*, The draft Article 102 Guidelines: how a biased Reading of the Case Law delivered an unfortunate Attempt to roll back the Effects-based Approach of the Union Courts, EU Law Live, 4.11.2024, "The draft Article 102 Guidelines: how a biased Reading of the Case Law delivered an unfortunate Attempt to roll back the Effects-based Approach of the Union Courts", by Luc Peeperkorn - EU Law Live (zuletzt aufgerufen am 19.11.2024); s. auch *Kominios*, "J'accuse!" – Four Deadly Sins of the Commission's Draft Guidelines on Exclusionary Abuses, 30.8.2024, Network Law Review, "J'accuse!" – Four Deadly Sins of the Commission's Draft Guidelines on Exclusionary Abuses - Network Law Review (zuletzt aufgerufen am 19.11.2024).

53 Urteil v. 6.9.2017, *Intel/Kommission*, C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, Rn. 135.

54 Vgl. bereits 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 C 45 vom 24.2.2009, S. 7–20.

Das Mantra dieses Ansatzes ist, dass Art. 102 AEUV keineswegs zum Ziel habe, zu verhindern, dass ein Unternehmen auf einem Markt aus eigener Kraft, insbesondere aufgrund seiner Fachkenntnisse und Fähigkeiten, eine beherrschende Stellung einnimmt, oder zu gewährleisten, dass sich Wettbewerber, die weniger effizient als das Unternehmen in beherrschender Stellung sind, weiterhin auf dem Markt halten. Denn der Wettbewerb werde „nicht unbedingt durch jede Verdrängungswirkung verzerrt. Leistungswettbewerb kann nämlich definitionsgemäß dazu führen, dass Wettbewerber, die weniger effizient und daher für die Verbraucher im Hinblick insbesondere auf Preise, Auswahl, Qualität oder Innovation weniger interessant sind, vom Markt verschwinden oder bedeutungslos werden.“⁵⁵ Die Wettbewerbsbehörde trägt demnach de facto die Beweislast dafür, dass die Verdrängungswirkung nicht lediglich die natürliche Folge der Ineffizienz der verdrängten Unternehmen ist. Die Effizienz hat sie im Allgemeinen anhand der Kostenstruktur des Unternehmens in beherrschender Stellung zu bestimmen.⁵⁶

Die Gerichte müssen dann kontrollieren, ob die Wettbewerbsbehörden die entsprechenden Argumente und Beweise des beherrschenden Unternehmens sorgfältig und unvoreingenommen geprüft und widerlegt haben. Damit müssen früher als offensichtliche oder vermutete Missbräuche qualifizierte Verdrängungspraktiken einer genaueren wirtschaftlichen Analyse unterzogen werden. Ein solcher Prüfmaßstab ist auf einer Linie mit dem, was die Chicagoer bzw. die Harvard Schule propagiert haben.⁵⁷

Mit dem Urteil *Unilever* von 2023 hat der Gerichtshof den traditionellen (vermutungsbasierten) Ansatz der Kommission aus dem Urteil *Hoffmann-La Roche*⁵⁸, wonach die von einem marktbeherrschenden Unternehmen praktizierten vertikalen Beschränkungen wie Alleinbezugs- oder Treuerabattsysteme grundsätzlich und automatisch als missbräuchlich anzusehen sind, endgültig verworfen. Dies war im ersten Urteil *Intel* allein im Hinblick auf Treuerabatte verneint worden.⁵⁹ Insoweit geht *Unilever* einen Schritt

55 Urteil v. 19.1.2023, *Unilever Italia*, C-680/20, ECLI:EU:C:2023:33, Rn. 37; s. auch Urteile v. 21.12.2023, *European Superleague Company*, C-333/21, EU:C:2023:1011, Rn. 126-127, und v. 12.5.2022, *ENEL*, C-377/20, ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 73.

56 Urteil v. 19.1.2023, *Unilever Italia*, C-680/20, ECLI:EU:C:2023:33, Rn. 56 a.E.

57 Vgl. *Areeda/Turner*, 88 *Harvard Law Review* (1975), S. 697 ff. (Harvard); *Bork*, *The Antitrust Paradox*, 1978, S. 81 ff., 405 ff. (Chicago).

58 Urteil v. 13.2.1979, *Hoffmann-La Roche/Kommission*, 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Rn. 94 ff., 121.

59 Urteil v. 6.9.2017, *Intel/Kommission*, C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, Rn. 137 ff.

weiter und dehnt die Relevanz des AEC-Tests auch auf Ausschließlichkeitsklauseln aus.⁶⁰

Nach der Rechtsprechung kann der AEC-Test zwar bei bestimmten nicht tarifären Praktiken wie z. B. einer Lieferverweigerung unangemessen sein. Dann könne sich die Geeignetheit des Verhaltens, Verdrängungswirkungen zu entfalten, allgemein danach entscheiden, ob dieses Verhalten auf dem Einsatz anderer Mittel als derjenigen beruhte, die in den Bereich des „normalen“ Wettbewerbs, also des Leistungswettbewerbs, fallen.⁶¹ Der AEC-Test sei nur eines der Kriterien, anhand deren festgestellt werden kann, ob das Verhalten auf der Verwendung von Mitteln eines normalen Wettbewerbs beruht.⁶² Folglich seien die Wettbewerbsbehörden nicht verpflichtet, die Feststellung der Missbräuchlichkeit einer preisbezogenen Praxis stets auf dieses Kriterium zu stützen.⁶³

Wenn allerdings ein Unternehmen in beherrschender Stellung, das einer missbräuchlichen Praxis verdächtigt wird, einer Wettbewerbsbehörde eine Analyse vorlegt, die auf einem Test des ebenso leistungsfähigen Wettbewerbers beruht, muss die Wettbewerbsbehörde deren Beweiswert prüfen.⁶⁴ Mit anderen Worten kann das beherrschende Unternehmen der Wettbewerbsbehörde vorgeben, dass sie die gleiche Leistungsfähigkeit der (potentiell) verdrängten Unternehmen anhand der Zahlen des beherrschenden Unternehmens nachweisen muss. Problematisch ist der AEC-Test insbesondere deshalb, weil er die Größen- und Verbundeffekte, über die marktbeherrschende Unternehmen verfügen, als Vergleichsmaßstab heranzieht. Diese können kleinere Wettbewerber naturgemäß nicht erfüllen. Folglich dürfen sie zum unterstellten Wohl des Verbrauchers aus dem Markt verdrängt werden. Dass strukturelle Nachteile kleinerer Wettbewerber nur schwer ausgeglichen werden können, zeigen auch die Fälle von erst kürzlich liberalisierten Märkten.⁶⁵ Dort hatte der Gerichtshof anerkannt, dass der AEC-Test keine Anwendung finden kann.⁶⁶ Die Anwendung dieses Tests

60 Urteil v. 19.1.2023, Unilever Italia, C-680/20, ECLI:EU:C:2023:33, Rn. 59.

61 Urteil v. 19.1.2023, Unilever Italia, C-680/20, ECLI:EU:C:2023:33, Rn. 39 ff., 57; s. auch Urteil v. 12.5.2022, ENEL, C-377/20, ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 69, 71, 75 und 76.

62 Urteil v. 19.1.2023, Unilever Italia, C-680/20, ECLI:EU:C:2023:33, Rn. 57; Urteil v. 12.5.2022, ENEL, C-377/20, ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 81 f.

63 Urteil v. 12.5.2022, ENEL, C-377/20, ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 81.

64 Urteil v. 19.1.2023, Unilever Italia, C-680/20, ECLI:EU:C:2023:33, Rn. 60.

65 Siehe auch *Haus/Urban*, ZWeR 2023, 209, 226.

66 Urteil v. 6.10.2015, Post Danmark, C-23/14, ECLI:EU:C:2015:651, Rn. 57, 59-62; Urteil v. 12.5.2022, ENEL, C-377/20, ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 91 f., 101.

ist schon im Ansatz bedenklich und einer effektiven Durchsetzung des Wettbewerbsrechts abträglich.

Im jüngsten (zweiten) Urteil *Intel* des Gerichtshofs wird die harte Linie des „more economic approach“ in Bezug auf Treuerabatte noch einmal bestätigt. Demnach ist die Eignung von Rabatten, einen ebenso leistungsfähigen Wettbewerber wie das beherrschende Unternehmen, der die gleichen Kosten wie dieses tragen soll, vom Markt zu verdrängen, grundsätzlich („as a rule“) anhand des AEC-Tests zu beurteilen.⁶⁷ Die Begründung dafür liegt nach dem Urteil darin, dass dieser Test spezifisch darauf abzielt, zu beurteilen, ob ein ebenso leistungsfähiger Wettbewerber – abstrakt betrachtet – in der Lage ist, das Verhalten des Unternehmens in beherrschender Stellung nachzuahmen und ob dieses Verhalten folglich unter den normalen Wettbewerb bzw. Leistungswettbewerb einzuordnen ist. Man kann darüber streiten, inwiefern der AEC-Test einen sinnvollen Schutz für die Verteidigungsrechte der dem Vorwurf des Marktmachtmissbrauchs ausgesetzten Unternehmen bietet. Jedenfalls wird aber die damit verbundene erhebliche Hürde für die behördliche Feststellung des Missbrauchs bei Treuerabatten künftig nicht nur auf der Ebene der Europäischen Kommission, sondern vor allem auch auf nationaler Ebene Folgen für die Durchsetzung von Art. 102 AEUV mit sich bringen, insbesondere da kleinere Wettbewerbsbehörden mit deutlich weniger Ressourcen im Vergleich zu der Kommission ausgestattet sind.

Etwas moderater wenngleich trotzdem auf der Linie des „more economic approach“ hat die Große Kammer jüngst im Urteil *Google Shopping* bestätigt, dass der AEC-Test grundsätzlich auch bei nichttarifären Verhaltensweisen anwendbar ist, wobei seine Relevanz im Einzelfall der Kontrolle durch den Unionsrichter unterliegt.⁶⁸ Durch die solomonische Formel „sofern dieser relevant ist“⁶⁹ wird aber leider kein hinreichendes Maß an Rechtssicherheit für die Wettbewerbsbehörden und die Unternehmen erreicht, wann der AEC-Test relevant ist. Zu erwarten ist eher, dass marktbeherrschende Unternehmen den AEC-Test weiterhin als Schutzschild zur eigenen Entlastung bemühen werden, um die Beweislast für die Behörde zu erhöhen.

67 Urteil v. 24.10.2024, Kommission/Intel Corporation, C-240/22 P, EU:C:2024:915, Rn. 181.

68 Urteil v. 10.9.2024, Google und Alphabet/Kommission (Google Shopping), C-48/22 P, EU:C:2024:726, Rn. 263 ff.

69 Urteil v. 10.9.2024, Google und Alphabet/Kommission (Google Shopping), C-48/22 P, EU:C:2024:726, Rn. 266.

Zwar verlangt der Gerichtshof von der Wettbewerbsbehörde nicht, dass sie das Vorliegen einer tatsächlichen Verdrängungswirkung nachweist. Sie muss nur nachweisen, dass das Verhalten *geeignet* ist, einen ebenso leistungsfähigen Wettbewerber vom Markt zu vertreiben.⁷⁰ Dabei ist allerdings zu beachten, dass *prima facie* marktschädliche Wirkungen einer Verdrängungsstrategie durch Effizienzvorteile ausgeglichen oder sogar übertroffen werden können, die, so der Gerichtshof, im Hinblick insbesondere auf Preise, Auswahl, Qualität oder Innovation auch dem Verbraucher zugutekommen.⁷¹ Eine ähnliche Entwicklung lässt sich mit Blick auf die Konzeption der „bewirkten“ Wettbewerbsbeschränkungen in Art. 101 Abs. 1 AEUV beobachten. Nach der neueren Rechtsprechung (siehe *Generics*⁷², *Lundbeck*⁷³; und *Servier*⁷⁴) muss eine Wettbewerbsbehörde nicht nachweisen, dass eine Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise tatsächlich wettbewerbswidrige Wirkungen erzeugt, sondern nur, dass sie zum Zeitpunkt ihres Abschlusses oder ihrer Umsetzung dazu *geeignet* war (sog. „potentielle bewirkte Wettbewerbsbeschränkung“).⁷⁵ Insbesondere lässt die jüngere Rechtsprechung eine Tendenz zur parallelen Auslegung von Art. 102 AEUV und Art. 101 AEUV erkennen, da es für beide Tatbestände „genügt, das Vorliegen potenzieller wettbewerbswidriger Auswirkungen nachzuweisen, insbesondere solcher, die geeignet sind, den Marktzutritt potenzieller Wettbewerber zu behindern“.⁷⁶ Inwiefern diese Annäherung jedoch konkrete Auswirkungen auf die Prüfung des AEC-Tests in der Missbrauchskontrolle hat, ist unklar.⁷⁷ Jedenfalls rekurriert der Gerichtshof weiterhin auf die

70 Vgl. Urteile v. 10.9.2024, Google und Alphabet/Kommission (Google Shopping), C-48/22 P, EU:C:2024:726, Rn. 265; v. 21.12.2023, European Superleague Company, C-333/21, EU:C:2023:1011, Rn. 130 f.; v. 12.5.2022, ENEL, C-377/20, ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 50 ff., 69 ff.; v. 19.1.2023, Unilever Italia, C-680/20, ECLI:EU:C:2023:33, Rn. 41-47.

71 Urteil v. 12.5.2022, ENEL, C-377/20, ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 41 ff., 46.

72 Urteil v. 30.1.2020, Generics (UK) u.a., C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, Rn. 63 f., 66 f.

73 Urteil v. 25.3.2021, Lundbeck/Kommission, C-591/16 P, ECLI:EU:C:2021:243, Rn. 140.

74 Urteil vom 27. Juni 2024, Kommission/Servier u. a., C-176/19 P, EU:C:2024:549, Rn. 483 ff.

75 Die Abgrenzung zur vorrangig anzuwendenden Kategorie der „bezweckten Wettbewerbsbeschränkung“, die keinen Nachweis der wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen erfordert, wird damit umso schwieriger.

76 Urteil vom 5. Dezember 2024, Tallinna Kaubamaja Grupp und KIA Auto, C-606/23, EU:C:2024:1004, Rn. 36.

77 Vgl. zur möglichen Konkretisierung in der anhängigen Rechtssache Google und Alphabet/Kommission, C-738/22 P.

Post Danmark II-Rechtsprechung⁷⁸ und die Möglichkeit der Verdrängung von ebenso leistungsfähigen Wettbewerbern.⁷⁹ Dies entspricht mithin der bisherigen Linie des „more economic approach“.

Insgesamt scheint der „more economic approach“ in der Rechtsprechung der Unionsgerichte an Oberhand gewonnen zu haben.⁸⁰ Ausgehend von dieser Orientierung der Rechtsprechung scheint es fortan nur noch wenig Raum für Vermutungen (Per-se-Regeln), ausnahmsweise nur für offensichtlich schädliche Wettbewerbsbeschränkungen bzw. sog. reine Beschränkungen („naked restrictions“)⁸¹ zu geben. Als Beispiel für solche Praktiken kann etwa die sinnlose Zerstörung wesentlicher Infrastruktur gelten.⁸²

In diese Richtung könnte auch die jüngere Rechtsprechung seit *European Superleague Company*⁸³ in Bezug auf „bezweckte“ Verhaltensweisen führen. So hat der Gerichtshof ein neues Element des Tatbestands entwickelt, wonach als missbräuchlich auch solche Verhaltensweisen erfasst sind, „die nachweislich entweder tatsächlich oder potenziell bewirken oder sogar bezwecken, potenziell im Wettbewerb stehende Unternehmen in einem Vorstadium durch die Schaffung von Zugangsschranken oder durch Rückgriff auf andere Abschottungsmaßnahmen oder andere Mittel als die eines Leistungswettbewerbs daran zu hindern, auch nur Zugang zu diesem Markt oder diesen Märkten zu erlangen, und damit die Entwicklung des Wettbewerbs auf den Märkten zum Nachteil der Verbraucher zu verhindern, indem sie dort die Produktion, die Entwicklung alternativer Produkte oder Dienstleistungen oder auch Innovationen beschränken.“⁸⁴ Diese der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung im Rahmen von Art.101 AEUV gleichkommenden Erweiterung könnte in Zukunft den Missbrauchstatbe-

78 Urteil vom 6.10.2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:65.

79 Urteil vom 5. Dezember 2024, Tallinna Kaubamaja Grupp und KIA Auto, C-606/23, EU:C:2024:1004, Rn. 35.

80 Vgl. zur möglichen Anwendung auch auf Koppelungspraktiken, *Haus/Urban*, ZWer 2023, 209, 224.

81 Mit „reinen Beschränkungen“ hat die Kommission Zahlungen von Intel an die Computerhersteller bezeichnet, die dazu dienen sollen, dass letztere die Vermarktung bestimmter Produkte mit Prozessoren vom Wettbewerber von Intel (AMD) verschöben, aufgeben oder beschränken, vgl. Urteil v. 6.9.2017, Intel/Kommission, C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, Rn. 11, 15.

82 Urteil v. 12.1.2023, Lietuvos geležinkeliai v Commission, C-42/21 P, ECLI:EU:C:2023:12, Rn. 83 ff.

83 Urteil v. 21.12.2023, European Superleague Company, C-333/21, EU:C:2023:1011.

84 Urteile v. 21.12.2023, European Superleague Company, C-333/21, EU:C:2023:1011, Rn.131, und v. 10.9.2024, Google und Alphabet/Kommission (Google Shopping), C-48/22 P, EU:C:2024:726, Rn. 167.

stand etwa für die Fälle von sog. „killer acquisitions“ offenhalten. Allerdings ist noch unklar, ob die unter die neue Formel fallenden „potentiellen Wettbewerber“ ebenso leistungsfähig sein müssen.

Angesichts der weitreichenden Prüfpflichten und des hohen Beweisstandards, den Wettbewerbsbehörden jetzt erfüllen müssen, besteht mithin die Gefahr, dass das Wettbewerbsrecht nicht ausreichend durchgesetzt wird. Zwar können die EU-Gerichte die Modalitäten der Kartellrechtsdurchsetzung erheblich beeinflussen und entweder ihre Effizienz fördern oder, im Gegenteil, den Wettbewerbsbehörden etwas Sand in die Räder streuen.

Doch wie könnte eine effektive Kartellrechtsdurchsetzung in Zukunft aussehen?

IV. Zur effektiven Durchsetzung der Wettbewerbsregeln

Die Basis für ein effektives Durchsetzungssystem der Wettbewerbsregeln beschäftigt seit langem die wettbewerbsrechtliche Theorie.⁸⁵

Als Denkmuster wurde die Ökonomisierung der wettbewerblichen Analyse bereits in den 1950er Jahren durch die Chicagoer Denkschule entwickelt. Diese Schule plädierte traditionell für eine *Laissez-faire*-Wirtschaft und Märkte ohne staatliche Eingriffe. Ihr zufolge führten staatliche Eingriffe zu weniger effizienten Märkten.⁸⁶ Marktmacht als solche wurde nicht als gefährlich eingestuft, sondern man betrachtete Ineffizienz als das ultimative „Böse“.⁸⁷

Richter Robert Bork am US Court of Appeals, einer der führenden Anhänger der Chicagoer Schule, prägte den Begriff „Verbraucherwohlfahrt“

85 Stones, Antitrust Schools of Thought: Rethinking “Ordoliberalism” versus “the Chicago School”, City Law School Research paper 2024/08, City Research Online - Antitrust Schools of Thought: Rethinking “Ordoliberalism” versus “the Chicago School”, (zuletzt aufgerufen am 19.11.2024), S. 6 ff.

86 S. Levine/Wright, 1990s to the present: The Chicago School and antitrust enforcement, Antitrust Law Source, 01.06.2021, <https://fmos.link/20538> (zuletzt aufgerufen am 19.11.2024).

87 Levine/Wright, 1990s to the present: The Chicago School and antitrust enforcement, Antitrust Law Source, 01.06.2021, <https://fmos.link/20538> (zuletzt aufgerufen am 19.11.2024); vgl. auch Akman, contribution for Break up the Tech Giants, London, 17.01.2018, <https://fmos.link/20539> (zuletzt aufgerufen am 19.11.2024).

(“consumer welfare“),⁸⁸ basierend auf den Ideen des Ökonomen Aaron Director. Nach diesem Verbraucherwohlfahrt-Standard besteht der Zweck des Kartellrechts darin, möglichst niedrige Preise sicherzustellen. Diese sollten dazu führen, dass die Produktion maximiert wird, die Ressourcen effizienter verteilt werden und der Wettbewerb floriert.⁸⁹ Bork selbst hat zudem vertikale Beschränkungen als wettbewerbsrechtlich völlig unproblematisch angesehen.⁹⁰

Allerdings ist der “more economic approach“, so wie er von der Chicagoer Schule vertreten wurde, verfehlt. Er führt nur dazu, dass die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts schwieriger und aufwendiger wird. Wenn umfassende wirtschaftliche Gutachten bewertet werden müssen, die die marktbeherrschenden Unternehmen üblicherweise selbst vorgelegen, so erhöht dies unnötig den Arbeitsaufwand der Wettbewerbsbehörden und Gerichte.

Gerade für kleinere Unternehmen, die in den Markt eintreten möchten, birgt dieser Ansatz größere Herausforderungen. Nach der New York Professorin Dr. Eleanor Fox führt der Ansatz der Chicagoer Schule zu dem paradoxen Ergebnis, dass er im Namen der Effizienz im Ergebnis gerade ineffizientes Verhalten dominanter Unternehmen fördert und damit letztlich die Ineffizienz schützt.⁹¹ Darüber hinaus wurde der mit dem „more economic approach“ verbundene Wandel hin zur Technokratie aufgrund des größeren Einflusses technischer Experten als Demokratiedefizit des Kartellrechts bezeichnet.⁹²

Leider hat sich eben dieser “more economic approach“ insbesondere über die Anwendung des AEC-Tests in die Rechtsprechung des Gerichtshofs eingeschlichen.

88 Bork, *The Antitrust Paradox*, 1978, S. 81 ff., 405 ff.; vgl. zum Unterschied zwischen “consumer welfare” und “total welfare”, Akman, *The Concept of Abuse in EU Competition Law: Law and Economic Approaches*, 2012, S. 12 ff.

89 Levine/Wright, *1990s to the present: The Chicago School and antitrust enforcement*, *Antitrust Law Source*, 1.6.2021, <https://fmos.link/20538> (zuletzt aufgerufen am 19.11.2024).

90 Bork, *The Antitrust Paradox*, 1978, S. 297, 309.

91 “The Efficiency Paradox is that, in the name of efficiency, economically conservative U.S. antitrust law protects inefficient conduct by dominant and leading firms and thus protects inefficiency.”: siehe Fox, *The Efficiency Paradox*, New York University School of Law, Law & Economics Research Paper Series Working Paper No. 09-26, S. 77 ff., 88; siehe auch Fox, „Response to Professor Jonathan B. Baker On The Competitive Process Goal“, *Network Law Review*, 23.9.2022, <https://fmos.link/20541> (zuletzt aufgerufen am 19.11.2024).

92 First/Waller, 81 *Fordham Law Review* (2013), S. 2543, 2544 f.

Zwar mag die Effizienz einer der Schutzzwecke von Art. 102 AEUV sein, dazu gehört aber ebenfalls die offene Struktur des Marktes und damit der Schutz des Wettbewerbs als solchen.⁹³ Es würde diesem letztgenannten Schutzzweck zuwiderlaufen, wenn die Verdrängung kleinerer und unter Umständen (noch) nicht so effizienter Wettbewerber ausnahmslos von vornherein aus dem Anwendungsbereich von Art. 102 AEUV herausfiele. So kann ein weniger leistungsfähiger Wettbewerber gerade auf einem Markt, der hohe Marktzutrittsschranken aufweist, den wettbewerblichen Druck auf das Unternehmen in beherrschender Stellung erhöhen.⁹⁴ Aus diesem Grund hat der Gerichtshof bereits in *Post Danmark II* entschieden, dass das Kriterium des ebenso leistungsfähigen Wettbewerbers nur als eines unter anderen im Rahmen der Prüfung von missbräuchlichen Rabattsystemen anzusehen ist.⁹⁵ Im Übrigen kann es erst recht keine allgemeine Pflicht zur Durchführung des AEC-Tests geben, wenn bereits nach der Marktstruktur ausgeschlossen ist, dass ein anderes Unternehmen ebenso leistungsfähig sein kann wie das marktbeherrschende. Denn dann ist der AEC-Test völlig ungeeignet, verlässliche Aufschlüsse über mögliche Verdrängungswirkungen einer Verhaltensweise zu geben.⁹⁶ Umgekehrt kann der von kleineren, weniger effizienten Wettbewerbern ausgehende Wettbewerbsdruck für die Erhaltung der Marktstruktur und für die Wahl der Verbraucher von erheblicher Bedeutung sein.⁹⁷

In den USA zeichnet sich seit einigen Jahren eine Gegenbewegung zum „more economic approach“ ab, geführt durch die sog. Neo-Brandeisianer.⁹⁸ Diese Denkschule geht auf Louis Brandeis, ehemaliger Richter am US Supreme Court, zurück. Er glaubte nicht an eine größere Effizienz großer Unternehmen.⁹⁹ Brandeis war sich zwar der Größenvorteile und der

93 Urteil v. 12.5.2022, ENEL, C-377/20, ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 44; vgl. ebenfalls Urteil vom 15.3.2007, *British Airways/Kommission*, C-95/04 P, ECLI:EU:C:2007:166, Rn. 106 und 107 sowie Schlussanträge der GA in *Kokott v. 23.2.2006, British Airways*, C-95/04 P, ECLI:EU:C:2006:133, Nr. 68.

94 Vgl. in diesem Sinne Urteil v. 6.10.2015, *Post Danmark II*, C-23/14, ECLI:EU:C:2015:651, Rn. 60.

95 Vgl. Urteil v. 6.10.2015, *Post Danmark II*, C-23/14, ECLI:EU:C:2015:651, Rn. 61.

96 Siehe Schlussanträge der GA in *Kokott v. 21.5.2015, Post Danmark*, C-23/14, ECLI:EU:C:2015:343, Nr. 71 f.

97 Vgl. Schlussanträge der GA in *Kokott v. 21.5.2015, Post Danmark*, C-23/14, ECLI:EU:C:2015:343, Nr. 73.

98 Vgl. *Wu*, *The Curse of Bigness, Antitrust in the Gilded Age*, 2018, S. 86 ff.

99 Vgl. US Department of Justice, „A ‘Brandeis Brief’ on ‘Other People’s Money’: The ‘Living Law’ in the 1990s“, an Address by Dick Thornburgh Attorney General of

zunächst niedrigeren Preise bewusst, die größer werdende Unternehmen boten, er erkannte jedoch auch das Gefahrenpotential. Denn sobald ein großes Unternehmen seine Konkurrenten verdrängt, nimmt die Qualität seiner Produkte tendenziell ab, während die dafür verlangten Preise tendenziell ansteigen.¹⁰⁰

Im Übrigen war Louis Brandeis auch der Auffassung, dass eine liberale und demokratische Gesellschaft nicht bestehen könne, wenn sie vom Großkapital dominiert werde.¹⁰¹

Dieser ordoliberalen Ansatz wurde prominent von Lina Khan, der derzeitigen Vorsitzenden der US-amerikanischen Federal Trade Commission aufgegriffen. Ihr 2017 im Yale Law Journal veröffentlichter Beitrag „Amazon’s Antitrust Paradox“ wirkte sich erheblich auf die US-amerikanischen Rechts- und Wirtschaftskreise aus. Der Titel von Khans Artikel war eine bewusste Anspielung auf das Buch „The Antitrust Paradox“ von Richter Robert Bork aus dem Jahr 1978, das den von ihr kritisierten „consumer welfare standard“ befürwortete.¹⁰²

So erkennen die Neo-Brandeisener die mit der Chicagoer Schule verbundene Gefahr, dass eine Politik der Nichteinmischung vor allem diejenigen begünstigt, die in der Unterzahl und weitaus einflussreicher sind, als diejenigen, die eigentlich von der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts geschützt werden sollen – nämlich die Verbraucher. Letztere sind wiederum auf sich allein gestellt, ohne Einfluss, zahlreich, verstreut und vielfältig.¹⁰³ Deshalb wird der „more economic approach“ und der „consumer welfare standard“ der Chicagoer Schule als ein veraltetes Instrument betrachtet, das die Durchsetzung des Kartellrechts übermäßig erschwere.¹⁰⁴ Sie werden

the United States to the University of Louisville School of Law (Inaugural Louis D. Brandeis Lecture), S. 6.

100 *Brandeis*, A Solution of the Trust Problem, Harper’s Weekly, 29.2.1916, S. 173 f.

101 Committee on Interstate Commerce, U.S. Senate, 62d Congress, pursuant to S. Res. 98; S. 1167, Brandeis testimony (1911), zitiert bei *Levine/Wright*, 1990s to the present: The Chicago School and antitrust enforcement, Antitrust Law Source, 1.6.2021, <https://fmos.link/20538> (zuletzt aufgerufen am 19.11.2024).

102 *Khan*, 126 Yale Law Journal (2017), S. 710 f., 716 f., 737 ff.

103 *Hovenkamp/Scott Morton*, 168 University of Pennsylvania Law Review (2020), S. 1843 f.

104 Scott Morton zitiert bei *Beyer*, Building a Foundation for the Future of Antitrust and Competition Policy, Yale School of Management, 22.6.2023; s. auch *Fox*, The Efficiency Paradox, New York University School of Law, Law & Economics Research Paper Series Working Paper No. 09-26, S. 77 ff.; *Waller*, 31 Cardozo Law Review (2009), S. 367 ff.

teilweise mit konservativem Gedankengut oder einer konservativen Justiz in Verbindung gebracht.¹⁰⁵

Im Übrigen ziehen aber auch die US-Gerichte langsam mit. Auf dieser Linie liegt beispielsweise das Urteil von August 2024 *United States, et al. v. Google LLC*¹⁰⁶ betreffend die Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung von Google auf dem Suchmaschinenmarkt, um Konkurrenten durch Standardvereinbarungen mit Browsern und Telefonherstellern auszuschalten. Um Googles Macht in der suchgebundenen Werbung einzudämmen, hat der US DOJ im November 2024 als Abhilfe die Veräußerung von Google Chrome vorgeschlagen.¹⁰⁷ Es bleibt abzuwarten, ob diese harte Linie auch unter dem neuen Präsidenten Trump weiter verfolgt wird.

Mit Blick auf die Rechtsprechung der Unionsgerichte in den letzten Jahren und der für die Kommission herausfordernden Durchführung des AEC-Tests¹⁰⁸ hat die Kommission eine Änderung ihrer Prioritätenmitteilung angekündigt.¹⁰⁹ Das Ziel ist, die alte Prioritätenmitteilung von 2009 durch neue Leitlinien zu ersetzen. Dies legt nahe, dass künftig der AEC-Test nicht unter allen Umständen angewendet werden soll, um Defizite

-
- 105 Vgl. *Fox*, *The Efficiency Paradox*, New York University School of Law, Law & Economics Research Paper Series Working Paper No. 09-26, S. 77 ff.; *Hovenkamp/Scott Morton*, 168 *University of Pennsylvania Law Review* (2020), S. 1843 ff., 1844; *Bradford/Chilton/Lancieri*, 87 *University of Chicago Law Review* (2020), S. 297 ff., 298, 304. *Richard Posner* meint, dass die Wirtschaftsanalyse als solche nicht grundsätzlich konservativ ist, obwohl sie mit Konservatismus verbunden ist, vgl. *Posner*, *Economic Analysis of Law*, 9th Ed. 2014, S. 34 f.
- 106 *United States District Court for the District of Columbia*, 5.8.2024, Case No. 20-cv-3010 (APM).
- 107 *S. Microsoft Word - PFJ Cover Memo 11.20 FINAL (2)* (zuletzt aufgerufen am 19.11.2024).
- 108 Vgl. zu den Niederlagen der Kommission: Urteile v. 24.10.2024, *Kommission/Intel Corporation*, C-240/22 P, EU:C:2024:915, v. 6.9.2017, *Intel/Kommission*, C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, Rn. 333 ff.; sowie Urteil des Gerichts v. 18.9.2024, *Google und Alphabet/Kommission (Google AdSense for Search)*, T-334/19, EU:T:2024:634, Rn. 682.
- 109 Siehe Mitteilung der Kommission zur 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, ABL C 116 v. 31.3.2023, S. 1; s. auch Kommission, *Policy Brief “A dynamic and workable effects-based approach to Article 102 TFEU”*, https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2023-03/kdak23001enn_competition_policy_brief_1_2023_Article102_0.pdf (zuletzt aufgerufen am 19.11.2024).

bei der Durchsetzung des Kartellrechts zu vermeiden.¹¹⁰ Der Entwurf der Leitlinien von August 2024 schlägt einen vermutungsbasierten Ansatz vor, wonach für bestimmte Verhaltensweisen vermutet wird, dass sie zu Verdrängungswirkungen führen.¹¹¹ Für solche Kategorien soll der AEC-Test nicht zwingend angewandt werden. Zudem sollen für die bereits genannten reinen Beschränkungen, also solche Verhaltensweisen, an dem das marktbeherrschende Unternehmen kein anderes wirtschaftliches Interesse hat, als den Wettbewerb zu beschränken, eine Vermutung dafür streiten, dass sie nicht unter den Leistungswettbewerb fallen.¹¹²

Ob dieser Ansatz die Rechtsprechung dazu veranlassen wird, von dem eingeschlagenen Weg der „Ökonomisierung“ des Wettbewerbsrechts abzugehen, bleibt abzuwarten.

Im Übrigen hat auch die Rechtsprechung jüngst anerkannt, dass die Wettbewerbsregeln – über das enge Verständnis des Wettbewerbs im Sinne der Chicagoer Schule hinaus – im Einzelfall weitere Rechtsgüter schützen können. So hat der Gerichtshof in der Sache *Meta Platforms u.a.* bestätigt, dass ein Verstoß eines marktbeherrschenden Unternehmens gegen das Datenschutzrecht ein wichtiges Indiz sein könne, um festzustellen, ob das Verhalten dieses Unternehmens den Mitteln des Leistungswettbewerbs entspricht, und um seine Folgen auf dem Markt oder für die Verbraucher zu beurteilen.¹¹³ Damit können im Einzelnen auch Daten als Wirtschaftsgüter durch das Wettbewerbsrecht geschützt sein.¹¹⁴

110 Vgl. Competition Policy Brief Issue, 1.3.2023, A dynamic and workable effects-based approach to abuse of dominance, <https://fmos.link/20548> (zuletzt aufgerufen am 19.11.2024).

111 Europäische Kommission, Mitteilung v. 1.8.2024, Leitlinien für die Anwendung von Artikel 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, abrufbar unter: 2024 article 102 guidelines - European Commission (zuletzt aufgerufen am 19.11.2024), Rn. 60.

112 Europäische Kommission, Mitteilung v. 1.8.2024, Leitlinien für die Anwendung von Artikel 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, abrufbar unter: 2024 article 102 guidelines - European Commission (zuletzt aufgerufen am 19.11.2024), Rn. 54.

113 Urteil v. 4.7.2023, *Meta Platforms u.a.* (Allgemeine Nutzungsbedingungen eines sozialen Netzwerks), C-252/21, ECLI:EU:C:2023:537, Rn. 47.

114 Siehe *König*, Anmerkung zum Urteil v. 4.7.2023, *Meta Platforms u.a.* (Allgemeine Nutzungsbedingungen eines sozialen Netzwerks), C-252/21, NJW 2023, 2979 f.; *Mohr*, ZWeR 2023, 235, 247.

V. Ausblick – auf dem Weg zu einem Paradigmenwechsel?

Die Entwicklungen in der jüngeren unionsgerichtlichen Rechtsprechung zeigen, dass es ein grundsätzliches Spannungsverhältnis zwischen der Sicherstellung der Effektivität der Durchsetzung der Wettbewerbsregeln einerseits und der Wahrung der Verteidigungsrechte der Unternehmen andererseits gibt, das es durch „Stellschrauben“ bei der Auslegung des Unionsrechts zu regeln gilt. Dazu gehört insbesondere die Regeln über die Beweislastverteilung und das Beweismaß bei der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, aber auch die Regeln über die Zurechnung von Handlungen an Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung. Der Gerichtshof hat in der Rs. *Unilever* zum ersten Mal die Haftung von Unternehmen mit Marktmacht dahingehend ausgeweitet, dass ihnen unter Umständen auch Handlungen von unabhängigen Wirtschaftsteilnehmern im Interesse der effektiven Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften zugerechnet werden können.

In dieser Rechtssache sowie in der Folgerechtsprechung hat der Gerichtshof allerdings im Interesse der Verteidigungsrechte der betroffenen Unternehmen ebenfalls entschieden, dass der formbasierte Ansatz mit Vermutungen nach der früheren *Hoffmann-La Roche*-Rechtsprechung für vertikale nicht-tarifäre Beschränkungen wie Alleinbezugs- oder Treuerabattensysteme endgültig verworfen wird. Ausgehend von dieser Neuorientierung der Rechtsprechung liegt es nahe, dass sich Wettbewerbsbehörden in Europa häufiger mit dem AEC-Test beschäftigen müssen.

Gleichwohl bleibt Hoffnung, dass das Kartellrecht künftig durch die Anerkennung der geänderten wirtschaftlichen Realität wie etwa der zentralen Bedeutung von Daten in der digitalen Wirtschaft¹¹⁵ und durch neuartige Regulierung wie den Digital Markets Act langfristig den gesellschaftspolitischen Rechnung trägt.¹¹⁶

Der DMA als ein ex-ante Instrument kann gegenüber marktmächtigen Giganten in der digitalen Ökonomie der Sorge Rechnung tragen, dass einige Unternehmen schlicht zu groß zum Regulieren sind („too big to regula-

115 Urteil v. 4.7.2023, *Meta Platforms u.a.* (Allgemeine Nutzungsbedingungen eines sozialen Netzwerks), C-252/21, ECLI:EU:C:2023:537.

116 *Waller*, 46 *Florida State University Law Review* (2019), S. 806 ff.; *First/Waller*, 81 *Fordham Law Review* (2013), S. 2543 f.; vgl. auch *Podszun/Rohner*, *Making Article 102 TFEU Future-Proof – Learnings from the Past*, Comments for the European Commission's 2023 Call for Evidence regarding Guidelines on Article 102 TFEU; *Valletti/Hans Zenger*, 5 *Competition Law & Policy Debate* (2019), S. 26 ff.

te“).¹¹⁷ Im Jahr 2023 wurden bereits die ersten „Torwächter“ bestimmt,¹¹⁸ darunter auch ByteDance, wie das Gericht bestätigt hat.¹¹⁹ Es bleibt abzuwarten, wie sich die praktische Durchsetzung des DMA entwickeln wird. Erste Erfolge zeichnen sich bereits ab. Das zeigt etwa die Anpassung der Konditionen von Meta im November 2024, wonach weniger Daten von Nutzern gesammelt werden, um ihnen freien Zugang zu Facebook und Instagram anzubieten.¹²⁰ Langfristig könnte der DMA Abhilfe gerade in solchen Fällen verschaffen, in denen sich die aufwendige Durchsetzung von Art. 102 AEUV gegenüber Tech-Giganten wegen dem „more economic approach“ als erheblich erschwert erweist.¹²¹

117 Siehe *Bradford*, *What is at Stake if Antitrust Regulation Fails?*, *Network Law Review*, Summer 2023, *Bradford*: "What is at Stake if Antitrust Regulation Fails?" - *Network Law Review* (zuletzt aufgerufen am 19.11.2024).

118 Kommission, Pressemitteilung v. 6.9.2023, IP/23/4328.

119 Urteil v. 17.7.2024, *Bytedance/Kommission*, T-1077/23, EU:T:2024:478.

120 Siehe *Facebook and Instagram to Offer Subscription for No Ads in Europe | Meta* (zuletzt aufgerufen am 19.11.2024).

121 Vgl. Schlussanträge der Generalanwältin Medina in der Rechtssache *Alphabet u. a.*, C-233/23, EU:C:2024:694, Nr. 6; *Mohr*, *ZWeR* 2023, 235, 276 f.

Ökonomische Ansätze in den Google-Urteilen des Gerichts der Europäischen Union – Eine kritische Analyse

Carsten König*

Abstract:

Die Urteile des Gerichts der Europäischen Union (EuG) in den Fällen *Google Shopping* (T-612/17) und *Google Android* (T-604/18) sind nicht nur wichtige Meilensteine für die Durchsetzung des Kartellrechts auf digitalen Märkten, sondern stehen auch in einer Reihe jüngerer Entscheidungen, die sich mit der Bedeutung ökonomischer Ansätze bei der Anwendung der Art. 101, 102 AEUV befassen. Für die Berücksichtigung solcher Ansätze spricht vor allem, dass sie eine präzise Ermittlung der wettbewerblichen Auswirkungen im jeweiligen Einzelfall ermöglichen und damit gewährleisten, dass die Anwendung des Kartellrechts seinen wettbewerbpolitischen Zielen entspricht und die berechtigten Interessen der betroffenen Unternehmen wahrt (Vermeidung von *over-enforcement*). Gleichzeitig sind die Gerichte jedoch mit der Herausforderung konfrontiert, die Anforderungen für Kartellbehörden und private Kläger nicht so weit zu erhöhen, dass eine effektive Durchsetzung des Kartellrechts praktisch unmöglich wird (Vermeidung von *under-enforcement*). Das EuG hat sich in den *Google*-Urteilen erkennbar bemüht, die widerstreitenden Interessen in diesem Spannungsfeld in einen angemessenen Ausgleich zu bringen und dabei wichtige Aussagen getroffen, die über die konkreten Fälle hinaus von Bedeutung sind. Dazu gehören Klarstellungen zum Verhältnis der kartellrechtlichen Generalklauseln zu Regelbeispielen und den dazu entwickelten Tests, zum Maßstab bei der Beurteilung wettbewerblicher Auswirkungen und zum sog. *As-Efficient-Competitor-Test* (AEC-Test). Sie werden im Folgenden dargestellt und einer kritischen Analyse aus wettbewerbsrechtlicher und wettbewerbsökonomischer Sicht unterzogen. Dabei geht es zum einen um die Frage, ob und ggf. inwieweit das EuG mit Aussagen in den *Google*-Ur-

* Der Autor ist Akademischer Rat a. Z. am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Kartell- und Regulierungsrecht, Recht der digitalen Wirtschaft von Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley) an der Universität zu Köln.

teilen von früheren eigenen Entscheidungen oder der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) abgewichen ist. Zum anderen soll diskutiert werden, ob das EuG die richtige Balance zwischen wettbewerbsökonomischer Präzision und Praktikabilität gefunden hat.

I.	Einleitung	40
II.	Generalklausel vs. Fallgruppen	43
	1. Grundsätze	44
	2. Bronner-Kriterien in Google Shopping	45
	3. Kritik	46
III.	Auswirkungsanalyse	49
	1. Grundsätze	49
	2. Sonderfall Produktkopplung?	52
	3. Kritik	53
IV.	As-Efficient-Competitor-Test (AEC-Test)	55
	1. Grundsätze	57
	2. Versäumnisse in Google Android	59
	3. Konsequenzen	60
V.	Fazit	65

I. Einleitung

Die ersten drei Kartellverfahren der Europäischen Kommission gegen Google – *Google Shopping*,¹ *Google Android*² und *Google AdSense*³ – haben das europäische Wettbewerbsrecht nachhaltig geprägt. Sie dienten nicht nur als Vorbild für weitere Ermittlungsverfahren,⁴ sondern hatten auch maßgeblichen Einfluss auf die Entstehung und Ausgestaltung des Digital Markets Act (DMA).⁵ Ob die Entscheidungen der Kommission in den *Google*-Fällen richtig waren, ist allerdings bis heute umstritten.⁶ Google setzt sich dagegen zur Wehr, hat aber bisher nur Achtungserfolge erzielt.

Im Fall *Google Shopping* hat das EuG die Entscheidung der Kommission insoweit bestätigt, als darin wettbewerbswidrige Auswirkungen auf den

1 Kommission v. 27.6.2017, AT.39740 – Google Search (Shopping).

2 Kommission v. 18.7.2018, AT.40099 – Google Android.

3 Kommission v. 20.3.2019, AT.40411 – Google Search (Ad Sense).

4 Vgl. Kommission v. 20.12.2022, AT.40703 – Amazon Buy Box, Rn. 203 ff.

5 Verordnung (EU) 2022/1925, ABl. 2022 L 265/1. Zum Einfluss der *Google*-Verfahren vgl. MüKoEuWettbR/*Bueren/Weck*, 4. Aufl. 2023, Art. 6 DMA Rn. 116; König, in: Steinrötter (Hrsg.), Europäische Plattformregulierung, 2023, § 13 Rn. 41.

6 Das gilt vor allem für die *Google Shopping*-Entscheidung und die Bewertung von Googles Selbstbegünstigung (*self-preferencing*) als Missbrauch i.S. von Art. 102 AEUV, vgl. dazu MüKoEuWettbR/*Bien*, 4. Aufl. 2023, Art. 102 AEUV Rn. 497, 653 ff.; Achleitner, EuR 2022, 253; Burchardi, NZKart 2022, 610; Hornkohl, 13 J. Eur. Comp. L. & Prac. 99 (2022); aus ökonomischer Sicht Motta, 90 Int. J. Ind. Org. 102974 (2023).

Märkten für Preisvergleichsdienste festgestellt worden waren.⁷ Soweit die Kommission darüber hinaus wettbewerbswidrige Auswirkungen auf den Märkten für allgemeine Suchdienste festgestellt hatte, wurde ihre Entscheidung hingegen aufgehoben.⁸ Da dieser Teil für die Entscheidung jedoch nicht von tragender Bedeutung war, bestätigte das EuG das Bußgeld in Höhe von rund 2,42 Mrd. Euro dennoch in vollem Umfang. Über das von Google eingelegte weitere Rechtsmittel hat der EuGH bis Januar 2024 noch nicht entschieden.⁹ Im Fall *Google Android* hat das EuG die Entscheidung der Kommission bestätigt, soweit sie missbräuchliche Produktkopplungen zwischen Android bzw. dem Google Play Store und den Apps Google Search und Google Chrome festgestellt hatte.¹⁰ Darüber hinaus stimmte das EuG mit der Kommission darin überein, dass Google seine Marktmacht missbraucht habe, indem es die Entwicklung unabhängiger „Android Forks“ behinderte.¹¹ Nicht bestätigt wurde hingegen die Feststellung des dritten Missbrauchs, den die Kommission darin gesehen hatte, dass Google Hersteller von Mobilgeräten dafür bezahlt habe, dass sie keine mit Google Search konkurrierenden Suchmaschinen-Apps auf ihren Geräten vorinstallieren.¹² Das Bußgeld hat das EuG in der Folge von ca. 4,34 Mrd. Euro auf ca. 4,13 Mrd. Euro herabgesetzt. Über das weitere Rechtsmittel von Google hat der EuGH bisher noch nicht entschieden.¹³ Im dritten Fall, *Google AdSense*, hat selbst das EuG bis Anfang 2024 noch keine Entscheidung getroffen, obwohl das Verfahren bereits seit Juli 2019 anhängig ist.¹⁴

Die Urteile des EuG in Sachen *Google Shopping* und *Google Android* sind wegen der nahezu vollständigen Bestätigung der Bußgelder als Erfolge für

7 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 150 ff., 212 ff., 368 ff., 401 ff., 432 ff., 596 f. und Ziff. 2 des Tenors; vgl. ausf. *Achleitner*, EuR 2022, 253 ff.

8 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 456–459 und Ziff. 1 des Tenors.

9 EuGH, C-48/22 P – Google Shopping. Generalanwältin Kokott hat dem EuGH vorgeschlagen, das Rechtsmittel Googles vollständig zurückzuweisen, s. GA Kokott, Schlussanträge v. 11.1.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:14, Rn. 206.

10 EuG, Urt. v. 14.9.2022, T-604/18 – Google Android, ECLI:EU:T:2022:541, Rn. 274 ff. Vgl. ausf. zum *Android*-Urteil *Achleitner*, EuR 2023, 100 ff.; *König*, EU Law Live v. 7.12.2022, <https://tlp.de/li98h>.

11 EuG, Urt. v. 14.9.2022, T-604/18 – Google Android, ECLI:EU:T:2022:541, Rn. 803 ff.

12 Ebd., Rn. 620 ff.

13 EuGH, C-738/22 P – Google Android.

14 EuG, T-334/19 – Google AdSense.

die Kommission angesehen worden.¹⁵ Im Ergebnis wird man dem zustimmen können. Allerdings sollte darüber nicht in Vergessenheit geraten, dass das EuG der Kommission in wichtigen Punkten nicht gefolgt ist. Das gilt vor allem für die Bewertung der Exklusivitätszahlungen im *Android*-Fall. Die Kommission hatte hierfür u. a. einen AEC-Test durchgeführt, der jedoch vom EuG gleich in mehrfacher Hinsicht beanstandet wurde.¹⁶ Das *Android*-Urteil steht damit in einer Reihe mit anderen Urteilen aus der jüngeren Zeit, in denen sich die Gerichte skeptisch zum AEC-Test geäußert bzw. eine gründliche Durchführung des Tests angemahnt haben.¹⁷ Doch auch soweit das EuG die Entscheidungen der Kommission in *Shopping* und *Android* bestätigt hat, enthalten seine Urteile wichtige Aussagen, die über die konkreten Fälle hinaus von Bedeutung sind. Das gilt gerade auch für die Berücksichtigung ökonomischer Ansätze bei der Anwendung der Art. 101, 102 AEUV, über die in jüngerer Zeit wieder verstärkt diskutiert wird.¹⁸ Hintergrund sind u. a. die Pläne der Kommission, Leitlinien zu Behinderungsmissbräuchen zu erarbeiten und damit den vor gut 15 Jahren begonnenen „*more economic approach*“ ein gutes Stück zurückzunehmen.¹⁹ Aus der breiten Vielfalt möglicher Themen sollen im Folgenden drei herausgegriffen werden, die sich anhand der *Google*-Fälle besonders anschaulich diskutieren lassen. Zunächst wird anhand des *Shopping*-Falles näher untersucht, in welchem Verhältnis die kartellrechtlichen Generalklauseln zu den Regelbeispielen und den dazu entwickelten Tests stehen (unter II.). Sodann wird diskutiert, anhand welchen Maßstabs zu untersuchen ist, ob ein Verhalten zu wettbewerbswidrigen Auswirkungen führt. Anschauungsmaterial liefern sowohl der *Shopping*- als auch der *Android*-Fall (III.). Abschließend wird dann noch untersucht, welche Rolle der AEC-Test in *Android* spielte und welche Folgerungen sich daraus für die künftige Praxis der Kommission

15 Vgl. z. B. *Achleitner*, EuR 2023, 100, 101; *Völcker/Benditz*, EuZW 2022, 247, 251 f.

16 Dazu ausf. unten, unter IV.2.

17 Vgl. auch noch EuG, Urt. v. 15.6.2022, T-235/18 – Qualcomm, ECLI:EU:T:2022:538, Rn. 371 ff.; Urt. v. 26.1.2022, T-286/09 RENV – Intel, ECLI:EU:T:2022:19, Rn. 150 ff. Vgl. dazu etwa *Lauer*, 20 Eur. Comp. J. 45 (2024); *Neven*, 14 J. Eur. Comp. L. & Prac. 565 (2023); *Burholt/Kurz*, WuW 2022, 182 ff.

18 Vgl. *Ibáñez Colomo*, 14 J. Eur. Comp. L. & Prac. 608 (2023); *Higer*, NZKart 2023, 385 ff.; *Kadar/Holzwarth*, NZKart 2023, 333 f.; *Neven*, 14 J. Eur. Comp. L. & Prac. 565 (2023); *Rohner*, WuW 2023, 527 ff.; *Schweitzer*, WuW 2023, 61; Kommission, Competition Policy Brief No. 1/2023; BKartA, Guidelines on Article 102 TFEU – New standards for abuse control? Working Group on Competition Law Background Paper, 28.9.2023.

19 Kommission, Pressemitteilung v. 27.3.2023, IP/23/1911.

in Bezug auf Behinderungsmissbräuche nach Art. 102 AEUV ziehen lassen (IV).

II. Generalklausel vs. Fallgruppen

Es ist eine zentrale Forderung des *more economic approach*, dass es für die Beurteilung, ob ein Verhalten wettbewerbswidrig ist, nicht auf dessen Form (z. B. Ausschließlichkeitsbindung, Kopplung, Kampfpfeis etc.), sondern auf dessen Auswirkungen ankommen soll. Das Schubladendenken des früheren formbasierten Ansatzes (*form-based approach*) soll durch eine Analyse der tatsächlichen und potenziellen Wettbewerbswirkungen im konkreten Fall (*effects-based approach*) ersetzt werden.²⁰ Die Regelbeispiele der Art. 101, 102 AEUV und die darüber hinaus von der Rechtsprechung anerkannten Fallgruppen sollen demgegenüber an Bedeutung verlieren. Vor diesem Hintergrund ist es erstaunlich, wie intensiv im Zusammenhang mit *Google Shopping* darüber gestritten wurde, um welche „Art“ von Missbrauch es sich handelt und welche Tests anzuwenden sind.²¹ Auch das EuG hat sich hiermit befasst und im laufenden Verfahren vor dem EuGH scheint der Streit um die richtige Einordnung des Verhaltens von Google eine noch größere Rolle zu spielen.²² Die Diskussion ist aufschlussreich für die Frage, in welchem Verhältnis die kartellrechtlichen Generalklauseln zu den Fallgruppen stehen und welche Konsequenzen sich daraus für die von der Rechtsprechung entwickelten Tests ergeben.

20 Vgl. Immenga/Mestmäcker/Fuchs, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV Rn. 9; König, 44 Eur. L. Rev. 680, 682 f. (2019); Petit, 32 World Competition 485 (2009); O'Donoghue/Padilla, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 3. Aufl. 2020, S. 277 ff.; Witt, The More Economic Approach to EU Antitrust Law, 2016, S. 287 ff.; Bishop/Walker, The Economics of EC Competition Law, 3. Aufl. 2010, Rn. 6-012.

21 Vgl. nur Hoffer/Lehr, NZKart 2019, 10, 16 ff.; Edelman, 11 J. Comp. L. & Econ. 365, 369 ff. (2015); Paal, GRUR Int. 2015, 997, 1001 f.; Petit, 1(3) Comp. L. & Pol'y Deb. 4 ff. (2015); Vesterdorf, 1(1) Comp. L. & Pol'y Deb. 4, 6 ff. (2015); Lianos/Motchenkova, 9 J. Comp. L. & Econ. 419, 434 ff., 438 ff. (2013); Zinndorf, Internetsuchmaschinen in der unionskartellrechtlichen Missbrauchskontrolle, 2020, S. 254 ff.

22 Vgl. GA Kokott, Schlussanträge v. 11.1.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:14, Rn. 57 ff.

1. Grundsätze

Die ökonomischen Argumente gegen eine zu starke Kategorisierung sind schnell zusammengefasst: Unternehmerisches Verhalten kann für den Wettbewerb auch schädlich sein, wenn es nicht einem der Regelbeispiele in Art. 101, 102 AEUV oder einer darüber hinaus von der Rechtsprechung anerkannten Fallgruppe entspricht. Werden rechtliche Tests auf „typischerweise“ wettbewerbswidriges Verhalten zugeschnitten, laden sie Unternehmen dazu ein, die Anwendung der Tests durch geringfügig abweichendes Verhalten zu umgehen.²³ Dieses kann jedoch genauso schädlich sein, wie das Verhalten, das der jeweiligen Fallgruppe ihre Prägung gibt.²⁴ Aus wettbewerbspolitischer Sicht sollte es deshalb für die Anwendung der Art. 101, 102 AEUV keinen Unterschied machen, welche Form das unternehmerische Verhalten einnimmt.²⁵ Entscheidend sollte sein, ob das Verhalten im Ergebnis den Wettbewerb beschränkt (und ggf. ob es sich dennoch durch konkrete Effizienzvorteile rechtfertigen lässt). Regelbeispiele und Fallgruppen sollen aus dieser Sicht vor allem administrative Kosten einsparen, indem sie für „typische“ Situationen die Nachweislast reduzieren und die Verfahrenseffizienz erhöhen.

Auch rechtlich ist die Sache eigentlich klar: Der EuGH betont in ständiger Rechtsprechung, dass die Regelbeispiele der Art. 101, 102 AEUV nicht abschließend sind. Zu Art. 102 AEUV hat er konkret festgestellt, „dass es sich bei der in dieser Bestimmung enthaltenen Aufzählung missbräuchlicher Praktiken um keine erschöpfende Wiedergabe der Arten der nach dem Unionsrecht verbotenen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung handelt“.²⁶ Es ist also ohne weiteres möglich, andere, für den Wettbewerb ebenfalls schädliche Verhaltensweisen als missbräuchlich einzustufen. Die Generalklausel und die Regelbeispiele stehen also gleichberechtigt nebeneinander. Für die Generalklausel hat der EuGH den Begriff des Missbrauchs in jüngerer Zeit vor allem durch die Verdrängungswirkung und in Abgrenzung zum Begriff des Leistungswettbewerbs definiert. So heißt es in *Unilever*, ein Missbrauch könne insbesondere dann nachgewiesen werden,

23 EAGCP, An Economic Approach to Article 82, Juli 2005, S. 2.

24 Ebd., S. 5.

25 Vgl. König, 44 Eur. L. Rev. 680, 682 f. (2019).

26 EuGH, Urt. v. 16.3.2023, C-449/21 – Towercast, ECLI:EU:C:2023:207, Rn. 49; Urt. v. 17.2.2011, C-51/09 – TeliaSonera, ECLI:EU:C:2011:83, Rn. 26; Urt. v. 21.2.1973, 6/72 – Continental Can, ECLI:EU:C:1973:22, Rn. 26.

„wenn das vorgeworfene Verhalten für ebenso leistungsfähige Wettbewerber [...] Verdrängungswirkung entfaltet hat oder wenn dieses Verhalten auf der Nutzung anderer Mittel als derjenigen beruhte, die zu einem „normalen“ Wettbewerb, d. h. einem Leistungswettbewerb, gehören.“²⁷ Bei der Prüfung, ob ein Verhalten missbräuchlich ist, ist nach ständiger Rechtsprechung „allen besonderen Umständen des Falles Rechnung zu tragen.“²⁸ Das Konzept des Missbrauchs ist also denkbar weit und durch Regelbeispiele und Fallgruppen nicht präjudiziert.

2. Bronner-Kriterien in Google Shopping

Ungeachtet dieser Grundsätze wird offenbar verbreitet für möglich gehalten, dass die zu Art. 102 AEUV entwickelten Fallgruppen und Tests zumindest für ihren jeweiligen Anwendungsbereich (wie auch immer definiert) abschließend sein können.²⁹ Nach dem Motto: Eine Ausschließlichkeitsbindung, eine Kopplung etc. ist verboten, wenn sie den Anforderungen des jeweiligen Tests entspricht, andernfalls ist sie erlaubt. Auch das EuG scheint in *Google Shopping* einem solchen Ansatz zu folgen und zwar hinsichtlich der Kriterien, die der EuGH in *Bronner*³⁰ für die Behandlung von Zugangsverweigerungen formuliert hat (sog. *Bronner*-Kriterien). Denn im *Shopping*-Urteil des EuG heißt es, der EuGH habe festgestellt, „dass die Weigerung eines Unternehmens in beherrschender Stellung, Zugang zu einer Dienstleistung zu gewähren, nur dann einen Missbrauch [...] darstellen kann, wenn sie geeignet ist, jeglichen Wettbewerb auf dem Markt durch denjenigen, der die Dienstleistung begehrt, auszuschalten, wenn sie nicht objektiv zu rechtfertigen ist und wenn die Dienstleistung selbst für die Ausübung der Tätigkeit des Nachfragers in dem Sinne unentbehrlich ist,

27 EuGH, Urt. v. 19.1.2023, C-680/20 – Unilever, ECLI:EU:C:2023:33, Rn. 39; vgl. auch schon EuGH, Urt. v. 12.5.2022, C-377/20 – SEN, ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 103. Zum Konzept der Kommission („wettbewerbswidrige Marktverschließung“) vgl. Prioritäten-Mitteilung zu Art. 82 EG (= Art. 102 AEUV), ABl. 2009 C 45/7, Rn. 19 ff.

28 EuGH, Urt. v. 12.1.2023, C-42/21 P – Lietuvos geležinkeliai, ECLI:EU:C:2023:12, Rn. 78; Urt. v. 25.3.2021, C-152/19 P – Deutsche Telekom, ECLI:EU:C:2021:238, Rn. 42; Urt. v. 6. 10.2015, C-23/14 – Post Danmark, ECLI:EU:C:2015:651, Rn. 68; Urt. v. 17.2.2011, C-52/09 – TeliaSonera, ECLI:EU:C:2011:83, Rn. 68.

29 Vgl. etwa *Hoffer/Lehr*, NZKart 2019, 10, 16 ff.; *Vesterdorf*, 1(1) Comp. L. & Pol’y Deb. 4, 6 ff. (2015); vgl. aber auch schon *Petit*, 1(3) Comp. L. & Pol’y Deb. 4, 7 f. (2015).

30 EuGH, Urt. v. 26.11.1998, C-7/97 – Bronner, ECLI:EU:C:1998:569.

dass es keinen tatsächlichen oder potenziellen Ersatz für sie gibt“.³¹ Um die *Bronner*-Kriterien trotzdem nicht anwenden zu müssen und das Verhalten von Google nach anderen Maßstäben bewerten zu dürfen, bemüht das EuG sodann eine Argumentation, die formalistischer kaum sein könnte. Es erklärt, warum Googles „Selbstbevorzugung“ keine „Zugangsverweigerung“ i. S. von *Bronner* sei: „Eine ‚Verweigerung‘ des Zugangs [...] setzt nämlich zum einen voraus, dass sie ausdrücklich erfolgt, d. h. dass es einen ‚Antrag‘ oder jedenfalls einen Wunsch nach Zugang und eine darauf bezogene ‚Verweigerung‘ gibt, und zum anderen, dass der die Verdrängungswirkung auslösende Umstand – das beanstandete Verhalten – hauptsächlich in der Verweigerung als solcher besteht und nicht in einer außerhalb dieses Rahmens liegenden Verhaltensweise wie insbesondere einer anderen Form des Missbrauchs durch Hebelwirkung“.³² Die *Bronner*-Kriterien sollen also nur anwendbar sein, wenn ein Verhalten genau der Form einer Zugangsverweigerung entspricht.

3. Kritik

Der formbasierte Ansatz des EuG bringt alle Risiken mit sich, vor denen die Anhänger des *more economic approach* zu Recht warnen.³³ Er lädt dazu ein, vor allem darüber zu streiten, ob ein bestimmtes Verhalten eine Zugangsverweigerung darstellt oder nicht. Ob das Verhalten den Wettbewerb beschränkt, droht demgegenüber in den Hintergrund zu geraten. Das zeigt sich nun auch im Rechtsmittelverfahren vor dem EuGH, wo in der mündlichen Verhandlung am 19.9.2023 über kein Thema so ausführlich diskutiert wurde wie über die Anwendbarkeit der *Bronner*-Kriterien.³⁴ Die Diskussion darüber, was genau eine „Zugangsverweigerung“ ist und ob Google durch sein selbstbevorzugendes Verhalten anderen Anbietern von Preisvergleichsdiensten den (gleichberechtigten?) Zugang zu besonders at-

31 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 213 (Herv. C.K.); vgl. auch EuGH, Urt. v. 25.3.2021, C-165/19 P – Slovak Telekom, ECLI:EU:C:2021:239, Rn. 44.

32 Ebd., Rn. 232. Ähnlich EuGH, Urt. v. 25.3.2021, C-165/19 P – Slovak Telekom, ECLI:EU:C:2021:239, Rn. 59: keine Zugangsverweigerung, wenn Zugang gewährt wurde und nur die Bedingungen streitig sind.

33 Siehe schon oben, Text bei Fn. 23–25.

34 Vgl. EU Law Live v. 19.9.2023, <https://t1p.de/ik59u>. Vgl. auch GA Kokott, Schlussanträge v. 11.1.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:14, Rn. 57 ff.

traktiven Platzierungen im Google-Ranking verweigert hat, lenkt jedoch von der eigentlich entscheidenden Frage ab, ob dadurch der Wettbewerb beschränkt wurde. Es wäre deshalb zu begrüßen gewesen, wenn das EuG in *Google Shopping* deutlicher zum Ausdruck gebracht hätte, dass die *Bronner*-Kriterien nur Mittel zum Zweck sind und nicht ausschließen, dass eine Wettbewerbsbeschränkung auch auf anderem Wege nachgewiesen werden kann.³⁵ Wie das EuG selbst ausgeführt hat, sollen die *Bronner*-Kriterien vor allem sicherstellen, dass die Anreize, in die jeweils relevante Infrastruktur zu investieren, durch kartellrechtliche Zugangsansprüche nicht übermäßig geschwächt werden.³⁶ Außerdem sollen sich die Zugangspetenten nicht an fremden Leistungen bereichern können, die sie auch selbst erbringen könnten, weil dann Innovationspotenziale verloren zu gehen drohen (Trittbrettfahrerproblematik).³⁷ Zu diesen Fragen hätte man sich vom EuG eine tiefergehende Analyse gewünscht. Welche Folgen sich aus der Entscheidung der Kommission für die Anreize von Google und anderen (potenziellen) Suchmaschinenbetreibern ergeben und welche Auswirkungen dies für den Wettbewerb auf den Suchmaschinenmärkten haben könnte, wird im *Shopping*-Urteil nicht diskutiert.

Die starke Fokussierung des EuG in *Shopping* auf die *Bronner*-Kriterien ist aber nicht nur aus wettbewerbsökonomischer Sicht wenig überzeugend, sondern scheint außerdem auf einem Missverständnis des *Bronner*-Urteils zu beruhen.³⁸ Der EuGH hat an der vom EuG zitierten Stelle nicht festgestellt, dass eine Zugangsverweigerung nur unter den Voraussetzungen der *Bronner*-Kriterien missbräuchlich ist, sondern er hat erläutert, dass sich „aus dem Urteil Magill“ nur dann auf einen Missbrauch schließen lasse, wenn die Kriterien erfüllt seien, die seither als *Bronner*-Kriterien bekannt sind.³⁹ Die vom EuG in *Shopping* in Bezug genommene restriktive

35 Vgl. GA Kokott, Schlussanträge v. 11.1.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:14, Rn. 83 ff.

36 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 217. Vgl. MüKoEuWettbR/Kerber/Schwalbe, 4. Aufl. 2023, Grundlagen Rn. 653 ff.; König, in: Borges/Keil (Hrsg.), Rechtshandbuch Big Data, 2023, § 12 Rn. 79 ff.; König, in: Hennemann/Sattler (Hrsg.), Immaterialgüter und Digitalisierung, 2017, S. 89, 91 ff.; Bishop/Walker, The Economics of EC Competition Law, 3. Aufl. 2010, Rn. 6-120 ff.

37 Vgl. König, in: Borges/Keil (Hrsg.), Rechtshandbuch Big Data, 2023, § 12 Rn. 87.

38 Zu diesem Missverständnis könnte beigetragen haben, dass der EuGH selbst in *Slovak Telekom* das *Bronner*-Urteil ähnlich interpretiert hat wie später das EuG in *Google Shopping*, vgl. Urt. v. 25.3.2021, C-165/19 P – Slovak Telekom, ECLI:EU:C:2021:239, Rn. 44.

39 EuGH, Urt. v. 26.11.1998, C-7/97 – Bronner, ECLI:EU:C:1998:569, Rn. 41.

Formulierung des EuGH („nur“) bezog sich also unmittelbar nicht auf Art. 86 EGV (= Art. 102 AEUV), sondern auf das Urteil *Magill*. Die darin für einen kartellrechtlichen Zugangsanspruch formulierten Anforderungen waren sehr niedrig und hätten sinnvolle Anreize in die Investition „wesentlicher Infrastrukturen“ (*essential facilities*) gefährden können.⁴⁰ Der EuGH schränkte die *Magill*-Kriterien ein und ersetzte sie durch die *Bronner*-Kriterien.⁴¹ Das bedeutet jedoch nicht, dass Zugangsansprüche künftig nur noch nach Maßgabe der *Bronner*-Kriterien bestehen und „Zugangsverweigerungen“ im Übrigen von Art. 102 AEUV freigestellt sein sollten.

Es würde die Funktion kartellrechtlicher Regelbeispiele und Fallgruppen verkennen, ihnen eine solche befreiende Wirkung beizumessen. Es soll damit kein „*safe harbor*“ für Unternehmen geschaffen werden, deren Verhalten möglicherweise gegen Art. 101, 102 AEUV verstößt. Es soll lediglich für bestimmte, typische Verhaltensweisen klargestellt werden, dass sie immer oder doch regelmäßig zu Wettbewerbsbeschränkungen führen und dass daher eine Vermutung dafür streitet, dass sie nach Art. 101, 102 AEUV verboten sind. Der Nachweis der Voraussetzungen einer Fallgruppe wird oft leichter sein als der Nachweis der Voraussetzungen der jeweiligen Generalklausel. Letzterer bleibt jedoch stets möglich und wird durch das Nichtvorliegen der Voraussetzungen einer oder mehrerer Fallgruppen nicht präjudiziert. Für die *Bronner*-Kriterien bedeutet dies: Sie besagen lediglich, dass jedenfalls dann ein Missbrauch i. S. von Art. 102 AEUV gegeben ist, wenn die Kriterien erfüllt sind. Das schließt jedoch nicht aus, dass auch in Situationen, in denen die Kriterien nicht erfüllt sind, ein Missbrauch gegeben sein kann. Dafür kommt es auch nicht darauf an, ob sich das Verhalten als „Zugangsverweigerung“ qualifizieren lässt oder nicht. Auch in Bezug auf ein Verhalten, das einer etablierten Fallgruppe ähnelt oder entspricht, muss es der Kommission unbenommen bleiben, statt der Voraussetzungen des für diese Fallgruppe entwickelten Tests die Voraussetzungen der Generalklausel nachzuweisen. Genau das hat die Kommission in *Shopping* getan: Statt sich auf die Voraussetzungen einer bestimmten Fallgruppe zu stützen, hat sie sich darum bemüht, unmittelbar nachzuweisen, dass das Verhalten von Google eine Verdrängungswirkung

40 Vgl. MüKoEuWettbR/Wolf, 4. Aufl. 2023, Grundlagen Rn. 1260 ff.; O'Donoghue/Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 3. Aufl. 2020, S. 629 ff.; König, in: Veenbrink/Looijestijn-Clearie/Rusu (Hrsg.), *Digital Markets in the EU*, 2018, S. 175, 180 ff.

41 EuGH, Urt. v. 26.11.1998, C-7/97 – Bronner, ECLI:EU:C:1998:569, Rn. 39 ff.

auf den Märkten für Preisvergleichsdienste entfaltet und dass es auf Mitteln beruht, die nicht zum normalen Leistungswettbewerb gehören.⁴² Wenn die Kommission damit recht hat, ist ein Missbrauch i. S. der Generalklausel des Art.102 AEUV nachgewiesen und die Fallgruppen sind nicht mehr relevant. Es bleibt daher zu hoffen, dass sich der EuGH nicht von Googles Vortrag zur Anwendung der *Bronner*-Kriterien ablenken lässt, sondern sich stattdessen darauf konzentriert, ob die Einwände des Unternehmens gegen den Nachweis der Verdrängungswirkung durchgreifen.

III. Auswirkungsanalyse

Aufschlussreiche Ausführungen enthalten die *Google*-Urteile des EuG auch zu der Frage, anhand welchen Maßstabs zu untersuchen ist, ob ein unternehmerisches Verhalten zu wettbewerbswidrigen Auswirkungen führt. Nach der bisherigen Rechtsprechung ist im Grundsatz davon auszugehen, dass der Nachweis *potenzieller* Auswirkungen genügt, also nur nachgewiesen werden muss, dass das relevante Verhalten geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken.⁴³ Im *Google Shopping*-Verfahren wurden jedoch die Grenzen dieses Prinzips ausgetestet und es stellt sich die Frage, ob die Lösung, die das EuG gefunden hat, überzeugend ist. Im *Google Android*-Urteil ist das EuG außerdem davon ausgegangen, dass in bestimmten Fällen von Produktkopplungen nachgewiesen werden muss, dass der Wettbewerb *tatsächlich* (und nicht bloß potenziell) beschränkt wurde. Auch dies ist kritisch zu hinterfragen.

1. Grundsätze

Prinzipiell kann sowohl bei Art.101 AEUV als auch bei Art.102 AEUV zwischen zwei Gruppen von Verhaltensweisen unterschieden werden: Einerseits gibt es Praktiken, die so offensichtlich wettbewerbswidrig sind, dass sie den Verboten der Art.101, 102 AEUV unterliegen, ohne dass im jeweiligen Einzelfall wettbewerbswidrige Auswirkungen nachgewiesen werden müssen. Bei Art.101 AEUV spricht man insoweit von „bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen“ und zählt dazu u. a. horizontale Preisabspra-

42 Kommission v. 27.6.2017, AT.39740 – Google Search (Shopping), Rn. 341 ff., 589 ff.

43 Siehe unten, bei Fn. 48.

chen, die Aufteilung von Märkten mit absolutem Gebietsschutz (*absolute territorial protection*) und vertikale Preisbindungen (*resale price maintenance*).⁴⁴ Bei Art. 102 AEUV wird eine entsprechende Unterscheidung durch den Wortlaut der Vorschrift nicht nahegelegt, jedoch hat der EuGH auch insoweit schon Praktiken als so offensichtlich wettbewerbswidrig eingestuft, dass er eine Prüfung der konkreten Auswirkungen auf den Wettbewerb für entbehrlich hielt. Ein klassisches Beispiel ist die Behandlung von Ausschließlichkeitsbindungen und Treuerabatten in *Hoffmann-La Roche*,⁴⁵ allerdings hat der EuGH diesen Ansatz im *Intel*-Urteil erheblich „konkretisiert“ und in Richtung einer Auswirkungsanalyse verschoben.⁴⁶ Ein guter Kandidat aus jüngerer Zeit sind die „reinen Beschränkungen“ (*naked restrictions*) des *Intel*-Falles, die nach Einschätzung des EuG „eindeutig nicht zum Leistungswettbewerb“ gehörten,⁴⁷ zu denen sich der EuGH in seinem Urteil jedoch nicht geäußert hat. Andererseits gibt es Praktiken, die nicht so offensichtlich wettbewerbswidrig sind, dass sie *per se* den Verboten der Art. 101, 102 AEUV unterliegen. Die Verbote greifen dann nur, wenn im jeweiligen Einzelfall nachgewiesen wird, dass das fragliche unternehmerische Verhalten den Wettbewerb beschränkt. Grundsätzlich genügt dafür jedoch der Nachweis einer tatsächlichen oder *potenziellen* Wettbewerbsbeschränkung.⁴⁸ Es muss also nicht nachgewiesen werden, dass der Wettbewerb tatsächlich beschränkt wurde, sondern es genügt, wenn die Wettbewerbsbehörde (oder der private Kläger) zeigt, dass das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens *geeignet* war, den Wettbewerb zu beschränken. Damit soll zum einen sichergestellt werden, dass auch Versuche erfasst werden können, also Verhalten, das auf eine Wettbewerbsbeschränkung ausgerichtet war, jedoch (bisher) erfolglos geblieben ist.⁴⁹ Zum anderen

44 Vgl. EuGH, Urt. 11.9.2014, C-67/13 P – CB, ECLI:EU:C:2014:2204, Rn. 49–51; Urt. v. C-32/11 – Allianz Hungária, ECLI:EU:C:2013:160, Rn. 34; Urt. v. 30.6.1966, 56/65 – LTM, EU:C:1966:38, S. 303 f.; MünchKommEuWettbR/*Säcker/Zorn*, 4. Aufl. 2023, Art. 101 AEUV Rn. 258 ff.; Immenga/*Mestmäcker/Zimmer*, 6. Aufl. 2019, Art. 101 AEUV Rn. 129 ff.; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 11 Rn. 35 ff.

45 EuGH, Urt. v. 13.2.1979, 85/76 – Hoffmann-La Roche, ECLI:EU:C:1979:36, Rn. 89 f.

46 EuGH, Urt. v. 6.9.2017, C-413/14 P – Intel, ECLI:EU:C:2017:632, Rn. 138 ff.

47 EuG, Urt. v. 12.6.2014, T-286/09 – Intel, ECLI:EU:T:2014:547, Rn. 205, 209.

48 EuGH, Urt. v. 12.5.2022, C-377/20 – SEN, ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 49 ff.

49 Vgl. EuGH, Urt. v. 12.5.2022, C-377/20 – SEN, ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 53; Urt. v. 30.1.2020, C-538/18 P u. C-539/18 P – České dráhy, ECLI:EU:C:2020:53, Rn. 70; Urt. v. 17.2.2011, C-52/09 – TeliaSonera, ECLI:EU:C:2011:83, Rn. 65; Immenga/*Mestmäcker/Fuchs*, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV Rn. 143 f.

lässt sich in der Absenkung des Maßstabes auf potenzielle Auswirkungen das Bemühen erkennen, eine präzise, einzelfallgerechte Anwendung der Art. 101, 102 AEUV zu ermöglichen, ohne jedoch deren praktische Durchsetzung durch zu hohe Anforderungen zu gefährden.

Im *Google Shopping*-Urteil hat das EuG an diesen Grundsätzen festgehalten, obwohl Google mit guten Argumenten gefordert hatte, es müsse der Nachweis einer *tatsächlichen* Wettbewerbsbeschränkung verlangt werden. Nach interessanten Äußerungen zur unterschiedlichen Formulierung der Art. 101 und 102 AEUV, die nahelegen, dass das EuG bei Art. 102 AEUV praktisch immer eine Auswirkungsanalyse für erforderlich hält und somit kaum noch Raum für per se-Verbote sieht,⁵⁰ wies das Gericht diesen Vorstoß von Google deutlich zurück.⁵¹ Stattdessen betonte das EuG in Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung, dass der Nachweis einer *potenziellen* Wettbewerbsbeschränkung genüge, um einen Missbrauch i. S. von Art. 102 AEUV darzulegen. Eine Verpflichtung der Kommission, darüber hinaus *tatsächliche* Verdrängungswirkungen festzustellen, würde dem etablierten Grundsatz zuwiderlaufen, „dass der Umstand, dass die in Rede stehende Praxis das angestrebte Ziel letztlich nicht erreicht hat, ihrer Einstufung als missbräuchlich im Sinne von Art. 102 AEUV nicht entgegensteht“.⁵² Google hatte gegen die Existenz einer tatsächlichen Wettbewerbsbeschränkung u. a. eingewandt, dass es auf dem Markt für Preisvergleichsdienste keine beherrschende Stellung habe (was wohl darlegen sollte, dass Googles „*monopoly leveraging*“ bislang nicht erfolgreich war), dass sein Verhalten zu einer Verbesserung seiner Dienste zugunsten der Verbraucher und Online-Händler beigetragen habe (was allerdings eine Wettbewerbsbeschränkung nicht ausschließt) und dass sich dieses Verhalten über viele Jahre erstreckt habe.⁵³ Gerade der letztgenannte Punkt wirft in der Tat die Frage auf, ob es nicht doch eine Schwelle gibt, ab welcher ein Nachweis einer potenziellen Wettbewerbsbeschränkung nicht mehr ausreicht.⁵⁴

50 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 435–437.

51 Ebd., Rn. 440 ff.

52 Ebd., Rn. 442.

53 Ebd., Rn. 421 ff.

54 Siehe dazu noch unten, unter 3.

2. Sonderfall Produktkopplung?

Angesichts der Bestimmtheit, mit welcher das EuG in *Shopping* daran festgehalten hat, dass für einen Missbrauch i. S. von Art. 102 AEUV nur eine potenzielle Wettbewerbsbeschränkung nachgewiesen werden muss, ist bemerkenswert, welche Anforderungen das EuG in *Android* für die Prüfung von Produktkopplungen formuliert hat. Ausgangspunkt waren die fünf Kriterien, die bereits im *Microsoft*-Fall aufgestellt worden waren.⁵⁵ Hinsichtlich der Anforderung, dass die Produktkopplung den Wettbewerb einschränken muss, unterschied das EuG, wiederum wie im *Microsoft*-Fall, zwischen „klassischen Fällen des Kopplungsverkaufs“, bei denen ohne nähere Untersuchung davon ausgegangen werden kann, dass sie den Wettbewerb beschränken können,⁵⁶ und atypischen Fällen, in denen die Wettbewerbsbeschränkung einer besonderen Prüfung bedarf. Bemerkenswert ist, dass das EuG hierfür offenbar den Nachweis einer *tatsächlichen* Wettbewerbsbeschränkung verlangt. Denn es stellt zunächst fest, dass die Kommission versucht habe, „nicht nur eine „potenzielle“ oder „mögliche“, sondern [...] auch eine „tatsächliche“ oder „konkrete“ Wettbewerbsbeschränkung festzustellen.“⁵⁷ Wenig später erklärt das EuG dann: „Im vorliegenden Fall hat die Kommission daher, ebenso wie [im *Microsoft*-Fall] zu Recht festgestellt, dass eine sorgfältige Prüfung der konkreten Auswirkungen [...] erforderlich ist, bevor der Schluss gezogen werden, dass die in Rede stehenden Kopplungsgeschäfte wettbewerbschädlich waren.“⁵⁸ Der Zusammenhang mit der zuvor zitierten Aussage, in welcher „tatsächliche“ und „konkrete“ Wettbewerbsbeschränkungen nebeneinander genannt werden, und die englische Sprachfassung, in der hier von „*actual effects*“ die Rede ist, machen deutlich, dass das EuG damit den Nachweis einer tatsächlichen und nicht bloß einer potenziellen Wettbewerbsbeschränkung verlangt. Das steht in auffälligem Gegensatz zu dem in *Shopping* betonten Grundsatz, dass für die Anwendung der Generalklausel des Art. 102 AEUV der Nachweis einer potenziellen Wettbewerbsbeschränkung ausreicht.

55 EuG, Urt. v. 14.9.2022, T-604/18 – Google Android, ECLI:EU:T:2022:541, Rn. 284, unter Hinweis auf EuG, Urt. v. 17.9.2007, T-201/04 – Microsoft, ECLI:EU:T:2007:289, Rn. 869.

56 Gemeint sind Fälle wie *Tetra Pak* und *Hilti*, vgl. EuGH, Urt. v. 14.11.1996, C-333/94 P – Tetra Pak, ECLI:EU:C:1996:436; Urt. v. 2.3.1994, C-53/92 P – Hilti, ECLI:EU:C:1994:77.

57 EuG, Urt. v. 14.9.2022, T-604/18 – Google Android, ECLI:EU:T:2022:541, Rn. 293.

58 Ebd., Rn. 295.

3. Kritik

Die unterschiedlichen Ansätze in *Shopping* und *Android* in Bezug auf tatsächliche und potenzielle Wettbewerbsbeschränkungen lassen sich kaum miteinander vereinbaren. Grundsätzlich ist es überzeugend, wenn die Gerichte für einen Missbrauch i. S. von Art. 102 AEUV den Nachweis einer potenziellen Wettbewerbsbeschränkung ausreichen lassen. Nur so lassen sich Versuche sinnvoll erfassen und auch im Übrigen scheint es sachgerecht, auf den Nachweis einer tatsächlichen Wettbewerbsbeschränkung zu verzichten, um die Anforderungen für Wettbewerbsbehörden und private Kläger praktikabel zu halten und die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts nicht übermäßig zu erschweren. Der *Shopping*-Fall zeigt jedoch die Grenzen dieses Ansatzes auf. In ihrer Entscheidung aus dem Jahr 2017 ging die Kommission davon aus, dass Googles selbstbegünstigendes Verhalten bereits im Januar 2008 begonnen hatte.⁵⁹ Die mündliche Verhandlung vor dem EuG fand im Februar 2020 statt, also mehr als zwölf Jahre später. Wenn Googles Verhalten „geeignet war“, den Wettbewerb zu beschränken, müsste sich dies also längst gezeigt haben. In einer solchen Situation immer noch daran festzuhalten, dass es auf eine tatsächliche Beschränkung des Wettbewerbs nicht ankomme, wirkt stur und lässt sich auch mit dem an sich legitimen Ziel, eine effektive Durchsetzung des Kartellrechts zu ermöglichen, nicht rechtfertigen. Denn je länger ein Verhalten andauert, desto leichter sollte es für die Wettbewerbsbehörden sein, dessen tatsächliche Auswirkungen auf den Wettbewerb nachzuweisen. In der Tat haben sowohl Google als auch die Kommission im *Shopping*-Fall vor allem damit argumentiert, welche Auswirkungen Googles Verhalten *tatsächlich* auf den Wettbewerb zwischen Preisvergleichsdiensten hatte (erinnert sei etwa an die empirischen Ausführungen zum Traffic⁶⁰). Es hätte sich also am Ergebnis wohl gar nichts geändert, wenn das EuG den Nachweis einer tatsächlichen Wettbewerbsbeschränkung verlangt hätte. Der EuGH sollte deshalb erwägen, in Fällen, in denen das vermeintlich wettbewerbswidrige Verhalten zum Zeitpunkt der Behördenentscheidung bereits mehrere Jahre

59 Kommission v. 27.6.2017, AT.39740 – Google Search (Shopping), Art. 1 des Tenors.

60 Ebd., Rn. 452 ff. Vgl. zum Vortrag Googles EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 396 ff.

zurückreicht, den Nachweis einer potenziellen Wettbewerbsbeschränkung nicht mehr ausreichen zu lassen.⁶¹

Auch die Sonderbehandlung von Produktkopplungen lässt sich sachlich kaum rechtfertigen. Dass auch in diesem Kontext eine Wettbewerbsbeschränkung verlangt wird, ist kein besonderes Kennzeichen dieser Fallgruppe, sondern soll letztlich nur sicherstellen, dass sie sich im Rahmen der allgemeinen Anforderungen des Art. 102 AEUV hält.⁶² Das Kriterium der Wettbewerbsbeschränkung sollte deshalb bei Produktkopplungen nicht anders verstanden werden als in anderen Fällen. Fraglich ist bereits, ob tatsächlich noch „klassische Produktkopplungen“ anerkannt werden sollten, in denen nicht einmal eine potenzielle Wettbewerbsbeschränkung nachgewiesen zu werden braucht. In der ökonomisch fundierten Literatur wird schon seit längerem gefordert, die alten per se-Regeln bei Produktkopplungen aufzugeben und stets eine Auswirkungsanalyse zu verlangen.⁶³ Das EuG hat mit der in *Microsoft* und *Google Android* vorgenommenen Zweiteilung die Präzedenzfälle des EuGH formal respektiert, ist jedoch gleichzeitig in den konkreten Fällen zu einer Auswirkungsanalyse übergegangen. Der EuGH sollte bei nächster Gelegenheit klarstellen, ob es tatsächlich zwei unterschiedliche Kategorien von Produktkopplungen geben soll und ggf. wodurch sie sich genau voneinander unterscheiden.

Soweit auch in Bezug auf Produktkopplungen verlangt wird, dass eine Wettbewerbsbeschränkung nachgewiesen werden muss, sollte wie in anderen Fällen grundsätzlich der Nachweis einer potenziellen Wettbewerbsbeschränkung genügen. Bei „klassischen Produktkopplungen“ auf jeden Nachweis einer Wettbewerbsbeschränkung zu verzichten, in sonstigen Kopplungsfällen aber gleich den Nachweis einer tatsächlichen Wettbewerbsbeschränkung zu verlangen, wie es das *Android*-Urteil des EuG nahelegt, vermag nicht zu überzeugen. Damit würden die „sonstigen Fälle“ strenger behandelt als solche, die nach der Generalklausel beurteilt werden, obwohl sowohl die typologische Nähe zu den „klassischen Produktkopp-

61 Vgl. aber bereits EuGH, Urt. v. 12.5.2022, C-377/20 SEN, ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 54.

62 Vgl. *O'Donoghue/Padilla*, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 3. Aufl. 2020, S. 726 ff.; *Bishop/Walker*, *The Economics of EC Competition Law*, 3. Aufl. 2010, Rn. 6-081.

63 Vgl. *O'Donoghue/Padilla*, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 3. Aufl. 2020, S. 712 ff.; *Bishop/Walker*, *The Economics of EC Competition Law*, 3. Aufl. 2010, Rn. 6-063 ff.; EAGCP, *An Economic Approach to Article 82*, Juli 2005, S. 38 ff.; *Motta*, *Competition Policy*, 2004, S. 460 ff.

lungen“ als auch der Umstand, dass außerdem die sonstigen Elemente des fünfstufigen *Microsoft*-Tests für Produktkopplungen bejaht werden müssen, eher einen niedrigeren Maßstab nahelegen. Es lässt sich kein überzeugender Grund dafür finden, warum Produktkopplungen hinsichtlich des Elements der Wettbewerbsbeschränkung strenger behandelt werden sollten als andere Verhaltensweisen, die nach Art. 102 AEUV zu beurteilen sind.

Im Grundsatz sollte also gelten, dass auch für einen Missbrauch in Form einer Produktkopplung nur nachgewiesen werden muss, dass die Kopplung geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken. Nur für Fälle, in denen das fragliche Verhalten zum Zeitpunkt der Behördenentscheidung bereits mehrere Jahre zurückreicht, sollte, wie oben im Zusammenhang mit *Google Shopping* beschrieben,⁶⁴ erwogen werden, den Nachweis einer potenziellen Wettbewerbsbeschränkung nicht mehr ausreichen zu lassen. In solchen Situationen sollten entweder ausreichend Daten verfügbar sein, um eine tatsächliche Wettbewerbsbeschränkung nachzuweisen, oder es bestehen ernsthafte Zweifel daran, dass sich eine potenzielle Wettbewerbsbeschränkung tatsächlich realisieren lässt. In keinem Fall scheint es gerechtfertigt, Produktkopplungen in dieser Hinsicht anders zu behandeln als andere Praktiken.

IV. As-Efficient-Competitor-Test (AEC-Test)

Aufschlussreich sind die *Google*-Urteile des EuG schließlich auch noch in Bezug auf die Methodik, mit der die Auswirkungsanalyse im Einzelfall durchzuführen ist. Zur Erinnerung: Das EuG hat im *Shopping*-Fall die Feststellung der Kommission bestätigt, dass Googles Selbstbevorzugung potenziell wettbewerbswidrige Auswirkungen auf die Märkte für Preisvergleichsdienste habe, weil Wettbewerber von wichtigem Traffic abgeschnitten würden und sich deshalb aus dem Markt zurückziehen könnten.⁶⁵ Gleichzeitig stellte das EuG fest, dass es der Kommission nicht gelungen sei, zumindest eine potenzielle Beschränkung des Wettbewerbs auf den Märkten für allgemeine Suchdienste nachzuweisen.⁶⁶ Im *Android*-Fall hat das EuG die Feststellung einer tatsächlichen Beschränkung des Wettbe-

64 Bei Fn. 60.

65 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – *Google Shopping*, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 150 ff., 212 ff., 368 ff., 401 ff., 432 ff., 596 f. und Ziff. 2 des Tenors.

66 Ebd., Rn. 456–459 und Ziff. 1 des Tenors.

werbs zwischen allgemeinen Suchdiensten durch die Kopplung von Google Search und Chrome an Android und den Play Store bestätigt.⁶⁷ Ebenso bestätigt wurde die Feststellung der Kommission, dass Googles Behinderung der Nutzung von „*Android forks*“ potenziell wettbewerbswidrige Auswirkungen habe, weil sie geeignet sei, die Marktdurchsetzung solcher Produktalternativen zu erschweren.⁶⁸ Gleichzeitig stellte das EuG fest, dass die Kommission keinen hinreichenden Nachweis dafür erbracht habe, dass Googles Exklusivitätszahlungen an Gerätehersteller und Mobilfunkunternehmen geeignet gewesen seien, den Wettbewerb auf den Märkten für allgemeine Suchdienste zu beschränken.⁶⁹

Vor allem der letztgenannte Punkt ist über die konkreten Fälle hinaus von erheblicher Bedeutung. Die Kommission hatte die Verdrängungswirkung der Exklusivitätszahlungen u. a. anhand eines As-Efficient-Competitor-Tests untersucht. Für die Begründung ihrer Entscheidung maß die Kommission dem AEC-Test zwar wenig Bedeutung zu, sie bestätigte dessen Durchführung jedoch in der mündlichen Verhandlung vor dem EuG.⁷⁰ Das Gericht stellte daraufhin gleich vier Fehler bei der Durchführung des AEC-Tests fest und hob die Entscheidung der Kommission auf, soweit sie die Exklusivitätszahlungen betraf.⁷¹ Das Urteil steht damit in einer Reihe jüngerer Entscheidungen, in denen die Gerichte den Umgang der Kommission mit dem AEC-Test beanstandet haben.⁷² Die Ausführungen hierzu im *Android*-Urteil sind daher von besonderem Interesse für die Weiterentwicklung der Entscheidungspraxis zu Art. 102 AEUV. Das gilt gerade auch mit Blick auf den im Frühjahr 2023 von der Kommission gestarteten Prozess zur Entwicklung von Leitlinien zu Behinderungsmisbräuchen,⁷³ welche die Prioritätenmitteilung von 2009 ersetzen sollen und nicht zuletzt den *more economic approach* modifizieren werden.

67 EuG, Urt. v. 14.9.2022, T-604/18 – Google Android, ECLI:EU:T:2022:541, Rn. 274 ff.

68 Ebd., Rn. 803 ff.

69 Ebd., Rn. 620 ff.

70 Ebd., Rn. 629.

71 Ebd., Rn. 733 ff. und Ziff. 1 des Tenors.

72 Vgl. auch noch EuGH, Urt. v. 6.9.2017, C-413/14 P – Intel, ECLI:EU:C:2017:632, Rn. 138 ff.; EuG, Urt. v. 15.6.2022, T-235/18 – Qualcomm, ECLI:EU:T:2022:538, Rn. 371 ff.; Urt. v. 26.1.2022, T-286/09 RENV – Intel, ECLI:EU:T:2022:i9, Rn. 150 ff.

73 Vgl. dazu Kommission, Pressemitteilung v. 27.3.2023, IP/23/1911.

1. Grundsätze

Der AEC-Test dient dazu, insbesondere bei Preismissbräuchen die Einhaltung des AEC-Prinzips sicherzustellen.⁷⁴ Dieses besagt, dass Art. 102 AEUV nur die Verdrängung solcher Wettbewerber verhindern soll, die mindestens ebenso effizient sind wie das marktbeherrschende Unternehmen. Hingegen kann Leistungswettbewerb nach einer von den Gerichten häufig verwendeten Formel „definitionsgemäß dazu führen, dass Wettbewerber, die weniger effizient und daher für die Verbraucher [...] weniger interessant sind, vom Markt verschwinden oder bedeutungslos werden“.⁷⁵ Im Rahmen des AEC-Tests werden die Kosten und Preise des marktbeherrschenden Unternehmens untersucht, um herauszufinden, ob ein hypothetisches, ebenso effizientes Unternehmen mit derselben Kostenstruktur im Wettbewerb mithalten könnte. Die Kommission hat sich in der Prioritätenmitteilung auf den AEC-Test bezogen⁷⁶ und ihn seither immer wieder angewendet.⁷⁷ Die Gerichte äußern sich gewohnt zurückhaltend, haben jedoch zumindest für bestimmte Konstellationen die Anwendung des AEC-Tests begrüßt. Der EuGH betont, der AEC-Test sei „nur eine von mehreren Methoden“ um zu beurteilen, ob das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens geeignet ist, einen ebenso effizienten Wettbewerber vom Markt zu verdrängen.⁷⁸ Selbst bei Preismissbräuchen seien die Wettbewerbsbehörden recht-

74 Vgl. Kommission, Competition Policy Brief No 1/2023, S. 6 f.; *O'Donoghue/Padilla*, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 3. Aufl. 2020, S. 289 ff.; *Immenga/Mestmäcker/Fuchs*, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV Rn. 207 ff.; *Rasek/Frübing*, WuW 2019, 569 ff.; *Kellerbauer*, EuZW 2015, 261 ff.

75 EuGH, Urt. v. 19.1.2023, C-680/20 – Unilever, ECLI:EU:C:2023:33, Rn. 37; Urt. v. 12.5.2022, C-377/20 – SEN, ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 73; Urt. v. 6.9.2017, C-413/14 – Intel, ECLI:EU:C:2017:632, Rn. 134; Urt. v. 27.3.2012, C-209/10 – Post Danmark, ECLI:EU:C:2012:172, Rn. 22; GA Rantos, Schlussanträge v. 12.5.2022, C-377/20 – SEN; ECLI:EU:C:2021:998, Rn. 45. Relativierend GA Kokott, Schlussanträge v. 11.1.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:14, Rn. 194: „Diese Rechtsprechung sollte jedoch nicht dahin missverstanden werden, dass die Tätigkeit weniger leistungsfähiger, namentlich kleinerer Wettbewerber, die nicht die Größen- und Kostenvorteile eines Unternehmens in beherrschender Stellung besitzen und ausgleichen können, überhaupt nicht schützenswert sind oder zum Zweck der Aufrechterhaltung eines funktionierenden Wettbewerbs keine Rolle spielen.“

76 Prioritäten-Mitteilung zu Art. 82 EG (= Art. 102 AEUV), ABl. 2009 C 45/7, Rn. 25.

77 Vgl. etwa Kommission v. 15.10.2014, AT.39523 – Slovak Telekom, Rn. 828 ff.; v. 18.12.2013, AT.39678 – Deutsche Bahn I und AT.39731 – Deutsche Bahn II, Rn. 49 ff.; v. 13.5.2009, COMP/37990 – Intel, Rn. 1002 ff.

78 EuGH, Urt. v. 19.1.2023, C-680/20 – Unilever, ECLI:EU:C:2023:33, Rn. 57; vgl. auch schon EuGH, Urt. v. 6.10.2015, C-23/14 – Post Danmark, ECLI:EU:C:2015:651, Rn. 61.

lich nicht verpflichtet, auf den AEC-Test zurückzugreifen. Allerdings hat der EuGH den Test als „nützlich“ bezeichnet und seine Anwendung u. a. in Bezug auf Ausschließlichkeitsbindungen, Treuerabatte, Kosten-Preis-Schere und Kampfpfeile gebilligt und begrüßt.⁷⁹ Im *Unilever*-Urteil hat der EuGH außerdem klargestellt, dass die Wettbewerbsbehörde den Beweiswert eines AEC-Tests prüfen muss, wenn ein solcher Test von dem Unternehmen vorgelegt wird, das sich wettbewerbswidrig verhalten haben soll.⁸⁰

Als besonders folgenreich hat sich erwiesen, dass der EuGH im *Intel*-Fall das Urteil des EuG aufhob, weil das Gericht den AEC-Test der Kommission nicht nachgeprüft hatte, obwohl dagegen von Intel detaillierte Einwände vorgebracht worden waren. Das EuG hatte die Nachprüfung für entbehrlich gehalten, weil es bereits davon überzeugt war, dass selbst ein positives Ergebnis des Tests nicht geeignet gewesen wäre, die potenzielle Verdrängungswirkung von Intels Rabatten auszuschließen.⁸¹ Der EuGH betonte jedoch, das EuG hätte „das gesamte Vorbringen von Intel“ gegen die Durchführung des Tests prüfen müssen.⁸² Die Aufhebung des *Intel*-Urteils hat das EuG offenbar nachhaltig geprägt. Es wirkt seither geradezu übervorsichtig, wenn es um den AEC-Test geht. In seinem zweiten *Intel*-Urteil hat es die Durchführung des Tests durch die Kommission beanstandet und deren Entscheidung insoweit aufgehoben.⁸³ In *Qualcomm* hat es missbilligend hervorgehoben, dass die Kommission keinen AEC-Test durchgeführt hatte.⁸⁴ Und in *Android* hat das EuG schließlich betont, dass der Test, wenn er angewendet werde, „rigoros durchgeführt werden muss“.⁸⁵ Diesem Maßstab wurde die Prüfung der Kommission nicht gerecht. Der *Android*-Fall ist somit ein weiteres Beispiel dafür, dass der AEC-Test für die Kommission

79 EuGH, Urt. v. 19.1.2023, C-680/20 – Unilever, ECLI:EU:C:2023:33, Rn. 59; vgl. auch schon EuGH, Urt. v. 25.3.2021, C-165/19 P – Slovak Telekom, ECLI:EU:C:2021:239, Rn. 110; Urt. v. 6.10.2015, C-23/14 – Post Danmark, ECLI:EU:C:2015:651, Rn. 55 m. w. N.

80 EuGH, Urt. v. 19.1.2023, C-680/20 – Unilever, ECLI:EU:C:2023:33, Rn. 60 f. und Ziff. 2 des Tenors.

81 EuG, Urt. v. 12.6.2014, T-286/09 – Intel, ECLI:EU:T:2014:547, Rn. 151.

82 EuGH, Urt. v. 6.9.2017, C-413/14 P – Intel, ECLI:EU:C:2017:632, Rn. 144.

83 EuG, Urt. v. 26.1.2022, T-286/09 RENV – Intel, ECLI:EU:T:2022:19, Rn. 167 ff. Die Kommission hat gegen das Urteil ein Rechtsmittel eingelegt. Generalanwältin Medina hat dem EuGH vorgeschlagen, das Rechtsmittel zurückzuweisen, vgl. GA Medina, Schlussanträge v. 18.1.2024, C-240/22 P – Intel, ECLI:EU:C:2024:65.

84 EuG, Urt. v. 15.6.2022, T-235/18 – Qualcomm, ECLI:EU:T:2022:358, Rn. 426.

85 EuG, Urt. v. 14.9.2022, T-604/18 – Google Android, ECLI:EU:T:2022:541, Rn. 644.

erhebliche Risiken birgt und daher mit der gebotenen Sorgfalt angewendet werden sollte.

2. Versäumnisse in Google Android

Das EuG kam in *Android* zu dem Schluss, dass der Kommission bei der Durchführung des AEC-Tests nicht weniger als vier (!) Fehler unterlaufen sind: Erstens hatte sich die Kommission hinsichtlich der Kosten von Google auf Schätzungen gestützt, anstatt ihre Ermittlungsbefugnisse nach der VO 1/2003⁸⁶ zu nutzen, um die tatsächlichen Kosten zu ermitteln, die angeblich niedriger waren.⁸⁷ Dies war insbesondere deshalb problematisch, weil die Kommission in der Prioritätenmitteilung von 2009 angekündigt hatte, dass sie für den AEC-Test, sofern verfügbar, Informationen über die Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens selbst verwenden würde.⁸⁸ Zweitens hatte die Kommission den Anteil der bestreitbaren Suchanfragen auf 12% festgesetzt und dafür u. a. auf Daten zur *tatsächlichen* Situation bei Suchanfragen zurückgegriffen, die mithilfe von PCs übermittelt werden. Damit bezog sich die Kommission jedoch indirekt auch auf tatsächliche (möglicherweise weniger effiziente) Wettbewerber und nicht auf hypothetische Wettbewerber, die mindestens ebenso effizient sind wie Google.⁸⁹ Drittens hatte die Kommission behauptet, dass Googles Wettbewerber nur für eine begrenzte Anzahl von Mobilgeräten erreichen könnten, dass ihre Such-Apps vorinstalliert werden. Auch insoweit argumentierte die Kommission jedoch zum Teil mit Daten, die sich auf *tatsächliche* Wettbewerber bezogen und verlor somit den Maßstab eines hypothetisch ebenso effizienten Wettbewerbers aus dem Blick.⁹⁰ Viertens war die Kommission davon ausgegangen, dass mit älteren Geräten ähnliche Werbeeinnahmen erzielt werden könnten wie mit neueren Geräten, was Google jedoch bestritten hatte. Das Gericht rügte auch in diesem Zusammenhang wiederum, dass die Kommission nicht nachgewiesen habe, dass die von Google gelei-

86 Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABl. 2003 L 1/1.

87 EuG, Ur. v. 14.9.2022, T-604/18 – Google Android, ECLI:EU:T:2022:541, Rn. 735–752.

88 Vgl. Prioritäten-Mitteilung zu Art. 82 EG (= Art. 102 AEUV), ABl. 2009 C 45/7, Rn. 25.

89 EuG, Ur. v. 14.9.2022, T-604/18 – Google Android, ECLI:EU:T:2022:541, Rn. 758–774.

90 Ebd., Rn. 775–788.

teten Exklusivitätszahlungen geeignet seien, auch solche Wettbewerber, die mindestens ebenso effizient sind wie Google, vom Markt auszuschließen.⁹¹

Bei einem flüchtigen Blick auf das Urteil des EuG könnte man meinen, die Kommission sei in ihrer Entscheidung immer wieder zwischen Ausführungen zur tatsächlichen Wettbewerbslage und hypothetischen AEC-Überlegungen hin- und hergesprungen und habe dabei den Überblick verloren.⁹² So war es aber nicht. Vielmehr argumentierte die Kommission fast ausschließlich auf Basis empirischer Feststellungen zur tatsächlichen Wettbewerbslage. In der Entscheidung selbst behauptet die Kommission auch gar nicht, einen vollständigen AEC-Test durchgeführt zu haben. Es ist daher etwas überraschend, dass das EuG dem AEC-Test überhaupt so viel Bedeutung beimaß, aber nach dem *Intel*-Urteil des EuGH wollte es sich diesbezüglich offenbar keine weitere Blöße geben. Außerdem war es die Kommission, die in der Prioritätenmitteilung 2009 angekündigt hatte, preisbezogene Missbräuche verstärkt mithilfe von quantitativen Tests zu analysieren.⁹³ Zudem bestätigte die Kommission in der mündlichen Verhandlung, dass sie im *Android*-Verfahren einen AEC-Test durchgeführt hatte.⁹⁴ Damit brauchte sie sich selbst in Schwierigkeiten. Denn das EuG wollte sich nach *Intel* offenbar kein zweites Mal vom EuGH vorhalten lassen, es habe die Einwände gegen die Durchführung des AEC-Tests nicht ausreichend geprüft. Stattdessen verlangte es nun, wie bereits erwähnt, der Test müsse von der Kommission, wenn er denn angewendet werde, „rigoros“ durchgeführt werden.⁹⁵ Diesem Maßstab ist die Kommission mit ihren teils widersprüchlichen Aussagen nicht gerecht geworden.

3. Konsequenzen

Spätestens seit *Intel* und *Android* ist offenkundig, dass der AEC-Test für die Kommission erhebliche Risiken birgt und mit größter Sorgfalt angewendet werden sollte. Da vor allem Kosten- und Preisdaten des marktbeherrschenden Unternehmens herangezogen und mithilfe quantitativer Methodik analysiert werden, kann das marktbeherrschende Unternehmen die Durchfüh-

91 Ebd., Rn. 789–797.

92 Vgl. schon König, EU Law Live v. 7.12.2022, <https://tlp.de/li98h>.

93 Prioritäten-Mitteilung zu Art. 82 EG (= Art. 102 AEUV), ABl. 2009 C 45/7, Rn. 25.

94 EuG, Urt. v. 14.9.2022, T-604/18 – Google Android, ECLI:EU:T:2022:541, Rn. 629.

95 Ebd., Rn. 644.

zung des Tests relativ leicht nachvollziehen und bei etwaigen Ungereimtheiten auch angreifen. Den Gerichten scheint eine mangelhafte Durchführung des AEC-Tests bereits für sich genommen zu genügen, um die Feststellungen der Kommission zur Verdrängungswirkung des fraglichen Verhaltens insgesamt zu verwerfen.⁹⁶ In *Android* ging das EuG beispielsweise kaum noch darauf ein, ob unabhängig von den Fehlern bei der Durchführung des AEC-Tests wegen der sonstigen Feststellungen der Kommission davon ausgegangen werden könne, dass die Exklusivitätszahlungen wettbewerbswidrige Auswirkungen haben.⁹⁷

Eine vergleichende Betrachtung der beiden *Google*-Urteile macht deutlich, dass der freie, auf empirische Daten gestützte Ansatz, der letztlich auf den Nachweis tatsächlicher und nicht bloß potenzieller Auswirkungen abzielt, für die Kommission oftmals eher Erfolg verspricht als der hypothetische, quantitative Ansatz, in dessen Mittelpunkt der AEC-Test steht. So hatte die Kommission im *Shopping*-Fall ihre Wirkungsanalyse vor allem mit empirischen Daten zur Entwicklung des Traffics auf den Märkten für Preisvergleichsdienste untermauert und das EuG hat diesen Ansatz vollständig bestätigt. Ein AEC-Test wurde nicht für erforderlich gehalten, weil es nicht um einen preisbezogenen Missbrauch ging.⁹⁸ Auch im *Android*-Fall war der freie, empirische Ansatz erfolgreich und hat weit weniger Skepsis des EuG auf sich gezogen als der AEC-Test. Für den Nachweis tatsächlich wettbewerbswidriger Auswirkungen durch die Kopplung von Google Search und Google Chrome an Android bzw. den Play Store hatte sich die Kommission vor allem auf empirische Untersuchungen zum Nutzerverhalten (Default-Effekt) und zur Entwicklung der Marktanteile bei allgemeinen Suchdiensten berufen.⁹⁹ Die potenziell wettbewerbswidrigen Auswirkungen der Behinderung der „*Android forks*“ hatte die Kommission eher intuitiv als empirisch begründet¹⁰⁰ und das EuG hat sich auch hieran nicht gestört.¹⁰¹ Lediglich die Aufhebung der *Shopping*-Entscheidung, soweit darin poten-

96 Vgl. EuGH, Urt. v. 6.9.2017, C-413/14 P – Intel, ECLI:EU:C:2017:632, Rn. 143–147; EuG, Urt. v. 14.9.2022, T-604/18 – Google Android, ECLI:EU:T:2022:541, Rn. 799 f.; Urt. v. 26.1.2022, T-286/09 RENV – Intel, ECLI:EU:T:2022:19, Rn. 523–527.

97 EuG, Urt. v. 14.9.2022, T-604/18 – Google Android, ECLI:EU:T:2022:541, Rn. 800 ff.

98 Vgl. EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 538 f.; GA Kokott, Schlussanträge v. 11.1.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:14, Rn. 196 ff.

99 Kommission v. 18.7.2018, AT.40099 – Google Android, Rn. 775 ff., 898 ff.

100 Ebd., Rn. 1036 ff.

101 EuG, Urt. v. 14.9.2022, T-604/18 – Google Android, ECLI:EU:T:2022:541, Rn. 828 ff.

ziell wettbewerbswidrige Auswirkungen auf den Märkten für allgemeine Suchdienste behauptet worden waren,¹⁰² sollte der Kommission ein Warnsignal sein. Allerdings hatte sie diesem Teil der Entscheidung lediglich drei Randnummern gewidmet,¹⁰³ sodass es zumindest im Nachhinein nicht wirklich überrascht, dass dies dem EuG zu wenig war. Insgesamt entsteht der Eindruck, dass das Gericht der Kommission beim freien, empirischen Nachweis einer tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerbsbeschränkung einen weiten Spielraum einräumt.

Auch in Bezug auf die Exklusivitätszahlungen scheint es plausibel, dass die Kommission eine freiere, intuitivere Argumentation leichter hätte verteidigen können. Zur Erinnerung: Die Zahlungen wurden Geräteherstellern und Mobilfunkunternehmen unter der Bedingung gewährt, dass sie keine mit Google Search konkurrierenden Suchdienste auf Mobilgeräten vorinstallieren.¹⁰⁴ Schon die konkrete Ausgestaltung der Zahlungsbedingungen, die eben nicht nur daran anknüpften, dass Google Search installiert wird, sondern zudem daran, dass konkurrierende Apps *nicht* installiert werden, legt nicht unbedingt nahe, dass es sich noch um normalen Leistungswettbewerb handelte. Es ging erkennbar nicht nur darum, die Gerätehersteller und Mobilfunkunternehmen als Vertriebspartner an den Einnahmen zu beteiligen und sie so für ihren Beitrag zur Wertschöpfung zu kompensieren, wie es der Begriff der „Revenue Sharing Agreements“ nahelegte und legitim gewesen wäre. Sondern es ging auch darum, die Vertriebsmöglichkeiten der Wettbewerber auf den Märkten für Suchdienste einzuschränken, die andernfalls die Gerätehersteller und Mobilfunkunternehmen dafür hätten gewinnen können, ihre Apps zusätzlich zu denen von Google zu installieren. Wegen der Exklusivitätsklauseln mussten sich diese Unternehmen jedoch entscheiden und angesichts der Zahlungen und der großen Beliebtheit von Google-Produkten bei den Gerätenuzern lag nahe, dass sie im Zweifel der Vorinstallation von Google Search den Vorzug geben würden. Auffällig ist eine gewisse typologische Nähe zu den „reinen Beschränkungen“ im *Intel*-Fall. Dabei handelte es sich um Zahlungen Intels an Computerhersteller wie Dell und HP, die darauf abzielten, die Vermarktung bestimmter Produkte mit Prozessoren von Intels wichtigstem

102 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 456–459.

103 Kommission v. 27.6.2017, AT.39740 – Google Shopping, Rn. 641–643.

104 Vgl. Kommission v. 18.7.2018, AT.40099 – Google Android, Rn. 1192 ff.; EuG, Urt. v. 14.9.2022, T-604/18 – Google Android, ECLI:EU:T:2022:541, Rn. 621 ff.

Konkurrenten AMD einzuschränken. Die Kommission ging davon aus, dass dies kein normaler Leistungswettbewerb mehr war und erklärte die Zahlungen für missbräuchlich.¹⁰⁵ Ein AEC-Test wurde nicht durchgeführt und weder das EuG noch der EuGH haben dies beanstandet.¹⁰⁶ Das legt nahe, dass eine entsprechende Argumentation auch im *Android*-Fall hätte erfolgreich sein können und unterstreicht nochmals, welche Risiken für die Kommission mit dem AEC-Test verbunden sind.

Angesichts der Misserfolge, die die Kommission in Bezug auf den AEC-Test erlitten hat, ist nachvollziehbar, dass sie dessen Anwendungsbereich gerne wieder beschränken würde. Einen ersten Schritt dazu hat sie mit der im März 2023 beschlossenen Änderung der Prioritätenmitteilung von 2009 unternommen. Seitdem ist in Ziff. 25 der Mitteilung nur noch die Rede davon, dass die Kommission „Wirtschaftsdaten zu den Kosten und Verkaufspreisen prüfen „kann“ um klären zu können, „ob selbst ein hypothetischer, in Bezug auf die Kosten ebenso effizienter Wettbewerber durch das betreffende Verhalten vom Markt ausgeschlossen werden könnte“.¹⁰⁷ In der ursprünglichen Version der Mitteilung hieß es noch, dass die Kommission die entsprechenden Wirtschaftsdaten „prüft“.¹⁰⁸ Auch im begleitenden Policy Brief sind die Autorinnen und Autoren erkennbar darum bemüht, die Bedeutung des AEC-Tests für die Feststellung eines Missbrauchs i. S. von Art. 102 AEUV zu relativieren.¹⁰⁹

Allerdings bleibt abzuwarten, ob die Kommission mit ihren Bemühungen erfolgreich sein wird und z. B. auch für preisbezogene Missbräuche zu einem offeneren Ansatz zurückkehren kann. Zwar war es ursprünglich die Kommission, die den AEC-Test mit der Prioritätenmitteilung 2009 in die europäische Kartellrechtspraxis eingeführt hat. Jedoch haben die Gerichte

105 Kommission v. 13.5.2009, COMP.37990 – Intel, Rn. 1641 ff.

106 EuGH, Urt. v. 6.9.2017, C-413/14 P – Intel, ECLI:EU:C:2017:632, Rn. 129 ff.; EuG, Urt. v. 26.1.2022, T-286/09 RENV – Intel, ECLI:EU:T:2022:19, Rn. 45 ff.; Urt. v. 12.6.2014, T-286/09 – Intel, ECLI:EU:T:2014:547, Rn. 198 ff. Weil die Kommission die unterschiedlichen Missbräuche in der ursprünglichen Intel-Entscheidung nicht hinreichend getrennt hatte, hat das EuG die Entscheidung trotzdem insgesamt aufgehoben. Die Kommission hat jedoch eine neue Entscheidung erlassen, die sich nur auf die „reinen Beschränkungen“ bezieht, vgl. Kommission v. 22.9.2023, AT.37990 – Intel; Pressemitteilung v. 22.9.2023, IP/23/4570.

107 ABl. 2023 C 116/1, 4.

108 ABl. 2009 C 45/7, 11.

109 Kommission, Competition Policy Brief No 1/2023, S. 6 f.

mittlerweile die „Nützlichkeit“ des Tests anerkannt¹¹⁰ und auch wenn sie bisher ausdrücklich keine rechtliche Pflicht zur Durchführung des Tests formuliert haben,¹¹¹ ergibt sich aus der Rechtsprechung doch ein gewisser Druck, bei preisbezogenen Missbräuchen einen AEC-Test durchzuführen. Als folgenreich könnte sich außerdem erweisen, dass der EuGH in *Unilever* entschieden hat, dass die Kommission jedenfalls verpflichtet ist, den Beweiswert eines AEC-Tests zu prüfen, wenn ein solcher von einem Unternehmen vorgelegt wird, dessen Verhalten die Kommission am Maßstab des Art. 102 AEUV überprüft.¹¹² Da die Gerichte durch die Änderung der Prioritätenmitteilung nicht gebunden sind¹¹³ und angesichts des Umstands, dass sie generell zurückhaltend sind, ihre Rechtsprechung im Nachhinein nochmal zu ändern, erscheint es wenig wahrscheinlich, dass sie von ihrer positiven Einordnung des AEC-Tests wieder abrücken werden.

In jedem Fall scheint es sinnvoll und geboten, dass die Kommission den laufenden Prozess zur Entwicklung von Leitlinien zu Behinderungsmissbräuchen nutzt, um den Anwendungsbereich des AEC-Tests und die ihm zugrundeliegende Methodik gründlich zu überdenken. Ziel sollte es sein, die durch die Rechtsprechung offengelegten Ungereimtheiten und Lücken zu beseitigen. Die Ergebnisse dieses Prozesses sollten dann in die neuen Leitlinien einfließen, die zudem in Bezug auf den AEC-Tests sehr viel klarer und spezifischer ausfallen sollten als die entsprechenden Absätze der Prioritätenmitteilung von 2009. Erwägenswert scheint auch, aus der Not des *Unilever*-Urteils eine Tugend zu machen, und die Darlegungslast für den AEC-Test allgemein auf das marktbeherrschende Unternehmen zu verlagern. Die Kommission würde dann grundsätzlich von sich aus keinen AEC-Test mehr durchführen, die Ergebnisse eines solchen Tests aber als Teil des Entlastungsvortrags des marktbeherrschenden Unternehmens an-

110 EuGH, Urt. v. 19.1.2023, C-680/20 – Unilever, ECLI:EU:C:2023:33, Rn. 59; vgl. auch schon EuGH, Urt. v. 25.3.2021, C-165/19 P – Slovak Telekom, ECLI:EU:C:2021:239, Rn. 110; Urt. v. 6.10.2015, C-23/14 – Post Danmark, ECLI:EU:C:2015:651, Rn. 55 m.w.N.

111 EuGH, Urt. v. 19.1.2023, C-680/20 – Unilever, ECLI:EU:C:2023:33, Rn. 58, 62 und Ziff. 2 des Tenors; Urt. v. 6.10.2015, C-23/14 – Post Danmark, ECLI:EU:2015:651, Rn. 57.

112 EuGH, Urt. v. 19.1.2023, C-680/20, ECLI:EU:C:2023:33, Rn. 60 f. und Ziff. 2 des Tenors.

113 Vgl. EuGH, Urt. v. 6.10.2015, C-23/14 – Post Danmark, ECLI:EU:C:2015:651, Rn. 52; Immenga/Mestmäcker/*Fuchs*, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV Rn. 16; Higer, NZKart 2023, 385, 386; zur Bindungswirkung für die Kommission selbst ausf. Rohner, Art. 102 AEUV und die Rolle der Ökonomie, 2023, S. 59 ff.

erkennen. Mit der bisherigen Rechtsprechung der Gerichte wäre dies wohl vereinbar. Allerdings würde sich nichts daran ändern, dass die Kommission in Bezug auf die Wettbewerbsbeschränkung die Beweislast trägt, sodass diese ggf. auf anderem Wege nachgewiesen werden müsste. Welche Mittel dafür zur Verfügung stehen, ist oben bereits angedeutet worden.¹¹⁴ Für eine Einordnung des AEC-Tests als Verteidigungsmittel des marktbeherrschenden Unternehmens spricht insbesondere, dass für seine Durchführung vor allem Daten zur Kostenstruktur des marktbeherrschenden Unternehmens herangezogen werden, zu denen das Unternehmen selbst den besten Zugang hat. Allerdings müsste auch dieser Ansatz in den neuen Leitlinien geregelt werden, weil er von der Prioritätenmitteilung abweicht. Im Übrigen sollte die Kommission auch heute schon penibel darauf achten, Aussagen zur tatsächlichen Wettbewerbssituation und zur hypothetischen Situation eines ebenso effizienten Wettbewerbers strikt voneinander zu trennen. Für den AEC-Test ist nur auf den hypothetischen Wettbewerber und auf die eigenen Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens abzustellen. Jede Argumentation mit empirischen Daten über die tatsächliche Wettbewerbssituation und tatsächliche Wettbewerber verbietet sich hingegen. Denn es ist nicht auszuschließen, dass dadurch Ineffizienzen in die Betrachtung einbezogen werden, die nach dem AEC-Prinzip gerade nicht schutzwürdig sind. Das *Android*-Urteil des EuG hat dieses Risiko in aller Deutlichkeit vor Augen geführt.

V. Fazit

Die *Google*-Urteile des EuG sind nicht nur wichtige Meilensteine auf dem Weg zu einer effektiven Durchsetzung des europäischen Kartellrechts auf digitalen Märkten, sondern sie veranschaulichen außerdem die Chancen und Risiken des *more economic approach* bei der Anwendung von Art. 102 AEUV. Gerade die Ausführungen zum Verhältnis der Generalklauseln zu den Fallgruppen und den dazu entwickelten Tests, zum Maßstab bei der Beurteilung wettbewerblicher Auswirkungen und zum sog. As-Efficient-Competitor-Test (AEC-Test) sind über die Urteile hinaus von Bedeutung. Insbesondere ergeben sich daraus wichtige Anregungen für den im Frühjahr 2023 von der Kommission gestarteten Prozess zur Entwicklung von Leitlinien zu Behinderungsmisbräuchen. Allerdings vermögen nicht alle

114 Siehe den Text bei Rn. 98–101.

Ausführungen des EuG vollständig zu überzeugen. Sie sollten deshalb nicht ohne Weiteres in die Leitlinien übernommen werden, sondern sind noch weiter zu diskutieren. Außerdem bleibt abzuwarten, wie sich der EuGH dazu positionieren wird, z. B. in den anhängigen Rechtsmittelverfahren.

Konkret haben die Überlegungen in diesem Beitrag Folgendes ergeben: Es ist weder aus rechtlicher noch aus ökonomischer Sicht überzeugend, wenn das EuG im *Shopping*-Urteil den Eindruck erweckt, dass ein Verhalten, das eine „Zugangsverweigerung“ darstellt, nur nach Maßgabe der *Bronner*-Kriterien missbräuchlich sein könne. Richtigerweise ist davon auszugehen, dass die zu Art. 101, 102 AEUV entwickelten Fallgruppen und die Generalklauseln gleichberechtigt nebeneinanderstehen. Wenn es der Kommission gelingt, nach dem Maßstab der Generalklausel des Art. 102 AEUV nachzuweisen, dass ein Verhalten missbräuchlich ist, weil es den Wettbewerb beschränkt und nicht auf Mitteln des Leistungswettbewerbs beruht, ist unerheblich, ob sie auch die Voraussetzungen einer zu Art. 102 AEUV entwickelten Fallgruppe bzw. eines dazu entwickelten Tests nachweisen könnte. Die zu Art. 101, 102 AEUV entwickelten Fallgruppen sollen weder einen „safe harbor“ für Unternehmen schaffen, deren Verhalten möglicherweise wettbewerbswidrig ist, noch sollen sie die Anwendung der Generalklausel präjudizieren. Es würde auf einen verfehlten formbasierten Ansatz hinauslaufen, die Fallgruppen für bestimmte Verhaltensweisen für abschließend zu erklären.

Soweit für die Anwendung der Art. 101, 102 AEUV eine Wettbewerbsbeschränkung nachzuweisen ist, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der Nachweis einer potenziellen Wettbewerbsbeschränkung genügt. Es reicht also, wenn das unternehmerische Verhalten geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken. Hingegen müssen Wettbewerbsbehörden und private Kläger grundsätzlich nicht nachweisen, dass der Wettbewerb im konkreten Fall tatsächlich beschränkt wurde. Dieser Grundsatz sollte nicht nur bei der Anwendung der Generalklauseln gelten, sondern auch, soweit im Rahmen von Fallgruppen und dazu entwickelten Tests eine Wettbewerbsbeschränkung zu prüfen ist. Hier einen anderen Maßstab anzuwenden, wie es das EuG im *Android*-Urteil für Produktkopplungen nahelegt, vermag weder aus rechtlicher noch aus ökonomischer Sicht zu überzeugen. Eine Ausnahme sollte allerdings für Fälle erwogen werden, in denen das vermeintlich wettbewerbswidrige Verhalten zum Zeitpunkt der Behördenentscheidung bereits mehrere Jahre zurückreicht. Hier erscheint es sachgerecht, den Nachweis einer tatsächlichen Wettbewerbsbeschränkung zu verlangen. Größere

Nachweisprobleme dürften sich in solchen Situationen aufgrund der guten Datenlage regelmäßig nicht stellen.

Spätestens seit dem *Android*-Urteil des EuG ist klar, dass das Gericht nach dem unglücklichen Verlauf des *Intel*-Verfahrens offenbar entschlossen ist, die Anwendung des AEC-Tests durch die Kommission besonders gründlich zu überprüfen. Die Forderung nach einer „rigorosen“ Durchführung des Tests und die bisherigen Misserfolge der Kommission zeigen deutlich, dass sie künftig deutlich sorgfältiger vorgehen muss. Es erscheint unwahrscheinlich, dass sich die Gerichte davon überzeugen lassen werden, die Bedeutung des AEC-Tests wieder zu relativieren. Die Kommission sollte deshalb den Anwendungsbereich des AEC-Tests und seine Durchführung in den geplanten Leitlinien zu Behinderungsmisbräuchen deutlich genauer beschreiben als in der Prioritätenmitteilung von 2009. Erwägenswert erscheint außerdem, den AEC-Test in Fortführung des *Unilever*-Urteils des EuGH in ein Verteidigungsmittel des marktbeherrschenden Unternehmens umzuwandeln. Die Kommission würde dann grundsätzlich von sich aus keinen AEC-Test mehr durchführen, die Ergebnisse eines solchen Tests aber als Teil des Entlastungsvortrags des marktbeherrschenden Unternehmens anerkennen. Auch dies müsste sie jedoch in den geplanten Leitlinien konkretisieren. Unabhängig von den Leitlinien sollte die Kommission künftig auf jeden Fall penibel darauf achten, Aussagen zur tatsächlichen Wettbewerbssituation und zur hypothetischen Situation eines ebenso effizienten Wettbewerbers strikt voneinander zu trennen. Das EuG hat in *Android* deutlich gemacht, dass es diesbezüglich einen strengen Maßstab anlegt.

B. Kartell- und Missbrauchsverbot

Kollusion durch Algorithmen?

*Sarah Legner**

Abstract:

Das Kartellverbot differenziert anhand des Selbständigkeitspostulats zwischen verbotener Abstimmung und erlaubtem Parallelverhalten. Unternehmen wird jedwede Fühlungnahme untersagt, die die Unsicherheit über das künftige Marktverhalten der Wettbewerber mindert. Erlaubt bleibt die Abstimmung über den Markt, bei welcher Unternehmen ihre Wettbewerber lediglich wachsamem Auge beobachten. Diese scheinbar klare Grenzziehung wird durch den Einsatz von Algorithmen herausgefordert. Dabei sind verschiedenen Einsatzszenarien zu differenzieren. Zum einen können Algorithmen als Hilfsmittel bei der Realisierung von Absprachen dienen und – z.B. durch eine automatisierte Preisüberwachung – die Kartelldisziplin erhöhen. In der europäischen und US-amerikanischen Rechtsprechung finden sich erste Beispielfälle. Zum anderen können Algorithmen ein – im Grundsatz erlaubtes – Parallelverhalten zwischen Unternehmen ermöglichen. Um implizite Kollusion zu realisieren, bedarf es grundsätzlich besonderer Marktbedingungen. Dazu zählen eine hohe Markttransparenz, homogene Produkte sowie eine gewisse Konzentration des Marktes. Es wird prognostiziert, dass selbständige Preissetzungsalgorithmen Reaktionsverbundenheit künftig auch auf heterogenen und wenig konzentrierten Märkten und damit flächendeckender herstellen werden. Angesichts dessen gilt es zu überlegen, ob es einer Revision des formbezogenen Verständnisses der verbotenen Verhaltensweisen aus Art. 101 AEUV, § 1 GWB bedarf. Denn ebenso wie explizite Absprachen führt implizite Kollusion zu Wohlfahrtsverlusten zu Lasten der Verbraucher. Der Beitrag untersucht, ob dem durch gesetzliche Regelungen, die bereits die Entstehung von Reaktionsverbundenheit zu unterbinden suchen, begegnet werden kann. Ein Beispiel bietet die österreichische Spritpreisverordnung. Ferner gilt es, Vorschlägen zur effektbezogenen Bewertung impliziter Kollusion im Rahmen des Kartellverbots nachzugehen. Der Beitrag spricht sich im Ergebnis dafür aus,

* Prof. Dr., Professorin an der EBS Universität für Wirtschaft und Recht, Wiesbaden.

an der vorherrschenden Leseart des Kartelltatbestands festzuhalten. Eine extensive Auslegung des Selbständigkeitspostulats ist gegenwärtig hinreichend, um den Schutz von Wettbewerb und Verbraucherwohlfaht auch bei der prognostizierten Zunahme des Einsatzes selbständiger Preissetzungsalgorithmen aufrechtzuerhalten.

I.	Einleitung	72
II.	Kollusion und Kartellverbot	74
	1. Explizite Kollusion	74
	a) Vereinbarung	74
	b) Aufeinander abgestimmte Verhaltensweise	75
	2. Implizite Kollusion	76
III.	Einsatz von Algorithmen	78
	1. Zum Begriffsverständnis von Algorithmen	78
	2. Algorithmen als Hilfsmittel für Kollusion	79
	3. Algorithmische Kollusion	82
	a) Algorithmische explizite Kollusion	82
	b) Algorithmische implizite Kollusion	82
	4. Ergebnis	84
IV.	Folgen für die kartellrechtliche Bewertung impliziter Kollusion	84
	1. Schutzlücken	84
	2. Verhinderung von impliziter Kollusion?	87
	3. Untersagung von impliziter Kollusion?	88
	a) Vollständiges Verbot impliziter Kollusion	88
	b) Effektbezogene Bewertung von Kollusion	89
	4. Konkretisierung des Selbständigkeitspostulats im Algorithmenkontext	89
V.	Zusammenfassung	92

I. Einleitung

Das europäische und deutsche Kartellverbot verbietet Absprachen zwischen Unternehmen. Erfasst werden nicht nur Vereinbarungen. Bereits aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die den Wettbewerb verfälschen, sind verboten. Auch wenn Unternehmen kein gemeinsames Verhalten am Markt explizit festlegen, kann der Austausch von Informationen zu Preisen oder Verkaufsmengen,¹ „praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten“² lassen. Die bloße Abstimmung über den Markt, also die Beobachtung des Verhaltens der Wettbewerber, bleibt demgegenüber erlaubt.

Der vermehrt zu beobachtende Einsatz von Preisalgorithmen führt dazu, dass die scheinbar klare Grenze zwischen verbotener Fühlungnahme

1 EuG, Urt. v. 24.10.1991, T-1/89 – Rhône-Poulenc, ECLI:EU:T:1991:56, Rn. 123.

2 EuGH, Urt. v. 14.7.1972, C-48/69 – ICI, ECLI:EU:C:1972:70, Rn. 64/67; EuGH, Urt. v. 16.12.1975, C-40/73 – Suiker Unie u.a., ECLI:EU:C:1975:174, Rn. 173/174.

einerseits und erlaubttem Parallelverhalten andererseits verschwimmt. Zwar mögen weder *Webcrawler*, welche Unternehmen die bloße Beobachtung der Preise ihrer Konkurrenten erleichtern,³ noch Preisalgorithmen, die zur Umsetzung einer zuvor getroffenen Preisabsprache – wie etwa in den Fällen der Poster-Kartelle⁴ – verwendet werden, die Anwendung des Kartellrechts herausfordern. In beiden Beispielen ändert der Algorithmeinsatz nichts an der kartellrechtlichen Beurteilung: Während die bloße Beobachtung des Marktverhaltens der Konkurrenten auch unter Zuhilfenahme von Algorithmen nicht zu beanstanden ist, ist eine Preisabsprache ungeachtet des Umstands, ob sie mithilfe von Algorithmen umgesetzt wird, verboten.

Jedoch werden auch Szenarien, in welchen Preisalgorithmen gleichsam autonom stillschweigende Kollusion realisieren und so ohne direktes menschliches Zutun ein abgestimmtes Preissetzungsverhalten realisieren, wahrscheinlicher.⁵ Implizite Kollusion ist als bloße Abstimmung über den Markt dem Grunde nach kartellrechtskonform. Handelten anstelle der Algorithmen menschliche Akteure, so fielen ihr Verhalten nicht unter Art. 101 AEUV, § 1 GWB.⁶ Algorithmen haben langfristig jedoch das Potential, implizite Kollusion flächendeckender zu realisieren, als es bislang möglich ist.⁷ Einige prophezeien insoweit gar „*the end of competition as we know it*“.⁸ Während es menschlichen Akteuren nur in engen Oligopolmärkten möglich ist, Reaktionsverbundenheit zu realisieren, können Algorithmen dies ggfs. auch auf weniger transparenten und konzentrierten Märkten erreichen.⁹ In Experimenten konnte implizite Kollusion durch Algorithmen

-
- 3 König, in: Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter (Hrsg.), *Künstliche Intelligenz und Robotik*, 2020, § 17, Rn. 17.
 - 4 US District Court for the Northern District of California, 30.4.2015, CR 15-00201 WHO – United States v. David Topkins; CMA v. 12.8.2016, 50223 – Online sales of posters and frames.
 - 5 Siehe nur *Autorité de la concurrence/Bundeskartellamt, Algorithms and Competition*, 2019, S. 42-60; *Ezrachi/Stucke, Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property* 17(2), 2020, 217- 259; König, in: Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter (Hrsg.), *Künstliche Intelligenz und Robotik*, 2020, § 17, Rn. 47-58; Lübke, *ZHR* 185 (2021), 723, 742-749; Pohlmann, in: FS Schroeder, 2018, S. 633, 643-649.
 - 6 Lübke, *ZHR* 185 (2021), 723, 742.
 - 7 OECD, *Algorithms and Collusion: Competition policy in the digital age*, 2017, S. 35. Zurückhaltender *Schwalbe, Journal of Competition Law & Economics* 14(4), 2019, 568, 570: “*Given the current state of research on artificial intelligence (AI) and machine learning, concerns about the collusion of algorithms do not currently seem justified.*”
 - 8 *Ezrachi/Stucke, Virtual Competition, The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, 2016.
 - 9 Lübke, *ZHR* 185 (2021), 723, 743; *Salaschek/Serafimona, WuW* 2018, 8, 10.

bereits nachgewiesen werden.¹⁰ Dies ist wohlfahrtsökonomisch betrachtet problematisch. Denn implizite Kollusion führt ebenso wie explizite Absprachen zu Wohlfahrtsverlusten zulasten der Verbraucher.¹¹

Vor diesem Hintergrund ist zu untersuchen, wie Fälle der Kollusion mit Algorithmenbeteiligung kartellrechtlich beurteilt werden und ob sich im geltenden Recht Schutzlücken auftun. Zunächst wird betrachtet, wie bei Anwendung des Kartellverbots zwischen verbotener expliziter und erlaubter impliziter Kollusion differenziert wird (II.). Danach werden verschiedene Szenarien des Algorithmeinsatzes bei der Realisierung von Kollusion herausgearbeitet (III.). Dies ermöglicht es abschließend zu klären, ob sich Schutzlücken im geltenden Recht auftun und es neuer Kriterien bedarf, um zwischen erlaubten und verbotenen Verhaltensweisen im Rahmen des Kartelltatbestands zu differenzieren (IV.).

II. Kollusion und Kartellverbot

1. Explizite Kollusion

a) Vereinbarung

Das Kartellverbot verbietet wettbewerbsverfälschende Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen. Untersagt wird explizite Kollusion. Bei einer Vereinbarung kommen die kartellbeteiligten Unternehmen über ein bestimmtes Marktverhalten überein.¹² Eine tatsächliche Willensübereinkunft ist hinreichend. Ob die Parteien ihrer Vereinbarung rechtliche Verbindlichkeit verleihen wollten, ist unerheblich.¹³ Ein etwaiger Vertrag ist nach Art. 101 Abs. 2 AEUV, § 134 BGB i.V.m. § 1 GWB nichtig. Setzen Wettbewerber beispielsweise ihre Verkaufspreise unmittelbar fest, so handelt es sich um ein klassisches Hardcorekartell, das den

10 *Calvano/Calzolarie/Denicolo/Pastorello*, *American Economic Review* 110(10), 2020, 3267-3297: „The results indicate that, indeed, relatively simple pricing algorithms systematically learn to play collusive strategies.”

11 *Künstner*, GRUR 2019, 36, 37.

12 EuGH, Urt. v. 6.1.2004, C-2/01 P und C-3/01 P – BAI und Kommission/Bayer, ECLI:EU:C:2004:2, Rn. 102; EuGH, Urt. v. 13.7.2006, C-74/04 P – Volkswagen II, ECLI:EU:C:2006:460, Rn. 37.

13 EuGH, Urt. v. 1.10.1990, C-277/87 – Sandoz prodotti farmaceutici SpA, ECLI:EU:C:1990:6, 2. LS.

Preiswettbewerb verfälscht.¹⁴ Es bedarf keiner tatsächlichen Umsetzung der Übereinstimmung, um eine verbotene Vereinbarung zu bejahen.¹⁵ Un-erheblich ist ferner, ob die Willensübereinstimmung lediglich konkludent zustande gekommen ist,¹⁶ und inwiefern die Beteiligten ihr nur infolge wirtschaftlichen Drucks zugestimmt haben.¹⁷

b) Aufeinander abgestimmte Verhaltensweise

Darüber hinaus erfassen Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen. Als Auffangtatbestand ist dafür keine Willensübereinstimmung erforderlich; eine schlichte Willenskoordination genügt.¹⁸ Kennzeichnend ist, dass Unternehmen durch praktische Zusammenarbeit die mit dem Wettbewerb verbundenen Risiken mindern.¹⁹ Eine solche „*Fühlungnahme*“²⁰ läuft dem Selbständigkeitspostulat zuwider. Hinzutreten muss ein entsprechendes Marktverhalten, das kausal auf die Abstimmung zurückzuführen ist.²¹ Dabei kann von Durchführungshandlungen, etwa einem Parallelverhalten der Wettbewerber am Markt, ggfs. auf das Vorliegen einer Abstimmung geschlossen werden, wenn sich dieses „*nur durch eine Abstimmung einleuchtend erklären*“²² lässt.

Zu einer Fühlungnahme kommt es z.B. durch den Austausch von Informationen über geplante Preiserhöhungen.²³ Dabei kann bereits die einseitige Informationsbereitstellung genügen (sog. *Signalling*).²⁴ Kündigt ein Unternehmen beispielsweise öffentlich an, den Preis anzuheben, so können

14 Schroeder, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 78. EL 2023, Art. 101 AEUV, Rn. 775 f.

15 EuGH, Urt. v. 7.1.2004, C-204/00 P – Aalborg Portland, ECLI:EU:C:2004:6, Rn. 85.

16 Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 5, Rn. 55.

17 Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 78. EL 2023, Art. 101 AEUV Rn. 93.

18 Beneke/Mackenrodt, IIC 2019, 109, 113; Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, 6. Aufl. 2019, Art. 101 AEUV, Rn. 86.

19 EuGH, Urt. v. 14.7.1972, C-48/69 – Imperial Chemical Industries, ECLI:EU:C:1972:70, Rn. 64/67; EuGH, Urt. v. 31.3.1993, C-89/85 u.a. – Ahlström., ECLI:EU:C:1993:120, Rn. 63.

20 EuGH, Urt. v. 28.5.1998, C-7/95 u.a. – Deere, ECLI:EU:C:1998:256, Rn. 87.

21 EuGH, Urt. v. 4.9.2009, C-8/08 – T-Mobile Netherlands, ECLI:EU:C:2009:343, Rn. 51f.

22 EuGH, Urt. v. 31.3.1993, C-89/85 u.a. – Ahlström, ECLI:EU:C:1993:120, Rn. 71.

23 Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, 6. Aufl. 2020, § 1 GWB, Rn. 36.

24 EuGH, Urt. v. 14. 7. 1972, C-48/69 – Imperial Chemical Industries, ECLI:EU:C:1972:70, Rn. 64/67; Glöckner, Kartellrecht – Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 3. Aufl. 2021, Rn. 391.

seine Wettbewerber ihr Marktverhalten hieran anpassen. Bereits die Möglichkeit der Unternehmen „zu „testen“, ob eine Preiserhöhung realistisch sei, ohne Gefahr zu laufen, Kunden zu verlieren“²⁵ ist nach Ansicht der Kommission geeignet, Unsicherheiten über das Verhalten der Wettbewerber zu verringern. Führen öffentliche Preisankündigungen zu einem entsprechenden Parallelverhalten, kann dies gegen das Kartellverbot verstoßen.

2. Implizite Kollusion

Das Kartellverbot erfasst dagegen keine implizite Kollusion (sog. *tacit collusion*). Als bloße Abstimmung über den Markt stellt sie keine verbotene Verhaltensweise dar. Stattdessen handelt es sich um erlaubtes Parallelverhalten, das weitgehend einhellig²⁶ als mit dem Selbständigkeitspostulat vereinbar bewertet wird. Wettbewerbern bleibt es also erlaubt, das Verhalten ihrer Konkurrenten aufmerksam zu beobachten.²⁷ Eine risikominimierende Kommunikation findet hierbei nicht statt.²⁸ Vielmehr passen die Unternehmen ihr Verhalten weiterhin *selbstständig* an das Marktgeschehen an.²⁹ Zudem ermöglicht die bloße Beobachtung des Marktverhaltens der Konkurrenten nicht ebenso einfache Rückschlüsse auf deren Strategien. Zugespitzt formuliert, würde ein Verbot der impliziten Kollusion die „*Verpflichtung der Unternehmen zur Irrationalität*“³⁰ bedeuten, da sie ihr Handeln nicht entsprechend den Marktverhältnissen am Ziel der Gewinnmaximierung ausrichten könnten.³¹

Unter besonderen Marktbedingungen³² führt erlaubtes Parallelverhalten indes dieselbe Reaktionsverbundenheit herbei wie eine explizite Abspra-

25 Kommission v. 7.7.2016, AT.39850 – Container Shipping, Rn. 9. Das Verfahren wurde durch Verpflichtungszusagen beendet.

26 Anders eine Minderheitsauffassung Heuss, WuW 1974, 369, 373.

27 EuGH, Urt. v. 16.2.1975, 40/73 u.a. – Suiker Unie, ECLI:EU:C:1975:174, Rn. 173/174; Böni/Palzer, WuW 2009, 477, 479.

28 Pohlmann, in: FS Schroeder, 2018, S. 633, 646.

29 Ulmer, Abgestimmte Verhaltensweisen im Kartellrecht, S. 13.

30 Böni/Palzer, WuW 2009, 477, 479.

31 Vgl. OECD, Algorithms and Collusion: Competition policy in the digital age, 2017, S. 20.

32 Beneke/Mackenrodt, ICC 2019, 109, 118: „rare set of circumstances“; König, in: Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter (Hrsg.), Künstliche Intelligenz und Robotik, 2020, § 17, Rn. 48: „sehr spezielle Marktstruktur“; Picht/Freund, ECLR 2018, 403, 405: „Not very many markets pronouncedly display these features [...]“.

che.³³ Auf oligopolistischen Märkten, die sich durch hohe Markttransparenz und enge Reaktionsverbundenheit auszeichnen, können Unternehmen auch ohne explizite Absprache ihr Verhalten „über den Markt“ so aufeinander abstimmen, dass sie das Preisniveau anheben und ihre Gewinne steigern können.³⁴ Wie es zu einem solchen „*Oligopolfrieden*“³⁵ kommen kann, erhellt das sog. Gefangendilemma. In seiner einfachsten Variante betrachtet dieses Spiel³⁶ ein Duopol. Hierbei zeigt sich, dass beide Unternehmen einen höheren gemeinsamen Gewinn erwirtschaften, wenn sie einander keinen Wettbewerb machen.³⁷ Jedoch fiele der individuelle Gewinn eines Unternehmens noch höher aus, wenn es seine Preise unter das Niveau des anderen senkte, den Duopolfrieden also störte. Der Gewinn des Unternehmens, das infolge kollusiven Marktverhaltens seine Preise angehoben hat, verzeichnete in diesem Fall Gewinneinbußen. Daher besteht für beide Unternehmen ein Anreiz, von dem „kommunizierten“ Preisniveau abzuweichen und den Preis geringfügig zu senken.³⁸

Implizite Kollusion setzt deshalb voraus, dass die Anreize, von dem „kommunizierten“ Marktverhalten abzuweichen, gering sind, und dadurch Stabilität besteht.³⁹ Stellt sich die dargestellte Entscheidungssituation nur einmal dar, sind solche Anreize nicht ersichtlich.⁴⁰ Handelt es sich dagegen um ein wiederholtes Spiel, sind die Unternehmen also mehrmals in der Situation, ihre Preise zu setzen, kann das Unternehmen den zuvor abgewichenen Wettbewerber in den folgenden Spielrunden sanktionieren.⁴¹ Es kann nun ebenfalls seine Preise senken. Mit dieser *Tit-for-Tat*-Strategie – also einem „Wie du mir, so ich dir“ – kann das kollusive Verhalten der Unternehmen langfristig an Stabilität gewinnen.⁴² Wie wirksam Sanktionsme-

33 *Andreas*, Die Haftung für Kartellverstöße durch Preisalgorithmen, 2022, S. 53.

34 BKartA, Algorithmen und Wettbewerb, 2020, S. 4.

35 *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV, Rn. 120.

36 Das Gefangenendilemma ist Bestandteil der sog. Spieltheorie, die sich mit der Analyse von Entscheidungssituationen befasst, vgl. *Holler/illing/Napel*, Einführung in die Spieltheorie, 8. Aufl. 2019, S. 2-7.

37 *Ewald*, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 7, Rn. 88.

38 *König*, in: Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter (Hrsg.), Künstliche Intelligenz und Robotik, 2020, § 17, Rn. 13.

39 *Ewald*, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 7, Rn. 88.

40 *Beneke/Mackenrodt*, IIC 2019, 109, 116.

41 *Legner*, Freilaw 1/2014, 1, 2 f.; *Sternberg*, Algorithmische Preissetzung und tacit collusion, 2023, S. 122; *Zimmer*, ZHR 154 (1990), 470, 476.

42 *Bergmann/Fiedler*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampf/Kersting/Meyer-Lindemann, 4. Aufl. 2020, Art. 102 AEUV, Rn. 148; *Legner*, Freilaw 1/2014, 1, 2.

chanismen sind, hängt unter anderem von der Marktstruktur ab. Zunächst wird eine effektive Sanktionierung durch hohe Markttransparenz begünstigt.⁴³ In diesem Fall können Unternehmen das Verhalten ihrer Wettbewerber vergleichsweise gut beobachten und Änderungen im Preissetzungsverhalten schnell erkennen.⁴⁴ Ein Beispiel bieten die Tankstellenmärkte, auf welchen die Kraftstoffpreise für jeden gut sichtbar auf großen Tafeln angeschlagen werden.⁴⁵ Sanktionen werden wirkungsvoller, wenn Wettbewerber unmittelbar auf Preissenkungen reagieren können und ein Ausbrechen aus dem Parallelverhalten nicht gewinnbringend ist.⁴⁶ Auch Homogenität der angebotenen Produkte begünstigt implizite Kollusion.⁴⁷ Denn Qualitätsunterschiede haben dann keinen dominierenden Einfluss auf die Preissetzung. Zugleich erhöht dies die Markttransparenz. Maßgeblich ist darüber hinaus die Marktkonzentration. Eine hohe Reaktionsverbundenheit, die effektive Sanktionierung ermöglicht, wird in der Regel nur auf oligopolistischen Märkten, auf welchen wenige große Anbieter agieren, realisierbar sein.⁴⁸

Obwohl implizite Kollusion – wettbewerbsökonomisch betrachtet – zu denselben Ergebnissen wie explizite Kollusion führen kann, fällt sie nicht unter die verbotenen Verhaltensweisen des Kartellverbots. Denn bei der kartellrechtlichen Beurteilung entscheidet nicht das Marktergebnis der Kollusion über deren Rechtswidrigkeit. Stattdessen sind es die Mittel, mit welchen die Wettbewerber das Ergebnis erzielen, an die das Kartellverbot ansetzt.⁴⁹

III. Einsatz von Algorithmen

1. Zum Begriffsverständnis von Algorithmen

Der technische Fortschritt hat dazu geführt, dass Unternehmen vermehrt Algorithmen bei ihren Entscheidungen, wie sie am Markt auftreten wollen, einsetzen. Ein Algorithmus meint klar definierte Handlungsanweisungen,

43 Sternberg, Algorithmische Preissetzung und tacit collusion, 2023, S. 129.

44 Weiß, in: Calliess/Ruffert, 6. Aufl. 2022, Art. 102 AEUV, Rn. 20.

45 Im Detail zur kollektiven Marktbeherrschung auf den Kraftstoffmärkten BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, B8-200/09, 2011, S. 43 ff.

46 Lübke, ZHR 185 (2021), 723, 743.

47 Zimmer, ZHR 154 (1990), 470, 472.

48 EuG, Urt. v. 6.6.2002, T-342/99– Airtours, ECLI:EU:T:2002:146, Rn. 60.

49 OECD, Algorithms and Collusion: Competition policy in the digital age, 2017, S. 19.

welche in einer spezifischen Reihenfolge durchgeführt werden, und auf diese Weise ein konkretes Problem lösen.⁵⁰ Algorithmen können dabei so verwendet werden, dass sie den Einsatz von KI ermöglichen.⁵¹

In Bezug auf unternehmerische Entscheidungen zum Marktverhalten bestehen vielfältige Einsatzmöglichkeiten für Algorithmen. Ein Unternehmen kann KI lediglich dazu einsetzen, um die Preise seiner Wettbewerber zu beobachten und auf dieser Grundlage sodann selbst über den Einsatz seiner Wettbewerbsparameter befinden.⁵² Algorithmen, wie z.B. *Webcrawler*, durchsuchen dafür riesige Datenmengen. Preisempfehlungsalgorithmen nehmen Marktanalysen vor und unterbreiten Vorschläge für die Preissetzung.⁵³ Jedoch können Unternehmen auch die Entscheidung, welcher Preis gesetzt bzw. welche Menge angeboten werden soll, einem Algorithmus überantworten.⁵⁴ Dies ist beispielsweise bei dynamischer Preissetzung zu beobachten, bei der Unternehmen ihre Preise an die konkrete Nachfrage zu einer spezifischen Zeit anpassen.⁵⁵

Insoweit haben vor allem Algorithmen, welche *reinforced learning* betreiben – etwa *Q-learning algorithms* –, Aufmerksamkeit erlangt.⁵⁶ Dabei lernt der Algorithmus durch sein Handeln hinzu. Im Kontext der Preissetzung bedeutet dies, dass er die Reaktionen der Wettbewerber auf den von ihm gewählten Preis beobachtet und bei seinen künftigen Entscheidungen, die Preise anzuheben oder abzusenken, einstellen kann.⁵⁷

2. Algorithmen als Hilfsmittel für Kollusion

Was den Einsatz von Algorithmen bei der Realisierung von Kollusion anbelangt, so hatte die Rechtsprechung bereits Fälle zu entscheiden, in denen Algorithmen zur Realisierung vorab getroffener Absprachen verwen-

50 BKartA, Algorithmen und Wettbewerb, Schriftenreihe „Wettbewerb und Verbraucherschutz in der digitalen Wirtschaft“, 2020, S. 1; Pohlmann, in: FS Schroeder, 2018, S. 633, 633.

51 *Künstner*, GRUR 2019, 36, 36.

52 *Lübke*, ZHR 185 (2021), 723, 730.

53 *König*, in: Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter (Hrsg.), Künstliche Intelligenz und Robotik, 2020, § 17, Rn. 7.

54 *Pohlmann*, in: FS Schroeder, 2018, S. 633, 633.

55 *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, VuR 2016, 403, 404.

56 *Veljanovski*, IIC 2022, 604, 607.

57 *Autorité de la concurrence/Bundeskartellamt, Algorithms and Competition*, 2019, S. 13.

det wurden. Dies betrifft beispielsweise den eingangs erwähnten Fall des Poster-Kartells, in welchem ein US-amerikanisches Gericht einen Verstoß gegen das Kartellverbot aus Sec. 1 Sherman Act annahm.⁵⁸ Wettbewerber hatten eine Preisabsprache getroffen und waren darüber übereingekommen, zu deren Realisierung eine spezifische Software einzusetzen. Dies fordert die Anwendung des Kartellrechts nicht heraus, da ohne weiteres eine verbotene Verhaltensweise auszumachen ist. Entsprechend begründete die *Competition and Markets Authority* ihre kartellrechtliche Bewertung des britischen Falls des Poster-Kartells.⁵⁹

In seiner Entscheidung in der Sache *Eturas* bejahte der EuGH das Vorliegen einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV:⁶⁰ Wettbewerber verwendeten ein- und denselben Algorithmus, der ihnen von einem Dritten zur Verfügung gestellt worden war, um explizite Kollusion zu realisieren.⁶¹ Ein Plattformbetreiber machte den Reisebüros, denen er ein Online-Reisebuchungssystem zur Verfügung stellte, Vorgaben zur Rabattgewährung. Er schrieb ihnen vor, keine Rabatte von mehr als 3 % zu gewähren.⁶² Die Reisebüros widersprachen dem nicht. Die Vorgaben wurden sodann durch die vom Plattformbetreiber vorgenommenen Systemeinstellungen realisiert. Es war den Reisebüros theoretisch noch möglich, höhere Rabatte zu gewähren; dazu hätten sie die Einstellungen jedoch manuell ändern müssen.⁶³ Damit lag der Entscheidung eine sog. *Hub-and-Spoke*-Konstellation zugrunde.⁶⁴ Dies betrifft Fälle, in welchen sich Wettbewerber durch vertikale Koordinierung über einen Dritten im Horizontalverhältnis abstimmen.⁶⁵ Der EuGH bejahte im Ergebnis eine

58 US District Court for the Northern District of California, 30.4.2015, CR 15-00201 WHO, *United States v. David Topkins*. Dazu *Zimmer*, in: FS Schroeder, 2018, S. 999, 1000.

59 CMA v. 12.8.2016, 50223– Online sales of posters and frames, Rn. 3.62: “*the evidence demonstrates that, after a short period of trying to implement the arrangement manually, GBE implemented the arrangement by the use of automated repricing software which was configured to give effect to it.*” Hervorh. nur hier.

60 EuGH, Urt. v. 21.1.2016, C-74/14 – *Eturas*, ECLI:EU:C:2016:42, Rn. 50.

61 BKartA, Algorithmen und Wettbewerb, Schriftenreihe „Wettbewerb und Verbraucherschutz in der digitalen Wirtschaft“, 2020, S. 7.

62 EuGH, Urt. v. 21.1.2016, C-74/14 – *Eturas*, ECLI:EU:C:2016:42, Rn. 10.

63 EuGH, Urt. v. 21.1.2016, C-74/14 – *Eturas*, ECLI:EU:C:2016:42, Rn. 14.

64 EuGH, Urt. v. 21.1.2016, C-74/14 – *Eturas*, ECLI:EU:C:2016:42, Rn. 12.

65 *Hainz/Benditz*, EuZW 2012, 686, 686; *Kling/Thomas*, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 19 Rn. 123.

horizontale Abstimmung zwischen den Reisebüros.⁶⁶ Dem Einwand einiger Reisebüros, sie hätten die Nachricht nicht zur Kenntnis genommen, setzte der EuGH einen weit verstandenen Begriff der aufeinander abgestimmten Verhaltensweise entgegen. Die Reisebüros hätten sich von der Abstimmung distanzieren können.⁶⁷ Ferner genüge für eine explizite Kollusion bereits eine „mittelbare Fühlungnahme“.⁶⁸ Der Algorithmus diene damit lediglich der Umsetzung einer zuvor realisierten Abstimmung.⁶⁹

In der Sache *Uber* hatte sich ein US-amerikanisches Gericht ebenfalls mit der Frage zu befassen, ob die Preisvorschläge des Plattformbetreibers gegenüber den Anbietern der Fahrdienstleistungen eine horizontale Absprache gem. Sec. 1 Sherman Act realisierten.⁷⁰ Das Gericht bejahte dies zumindest vorläufig. Die Fahrer hätten zwar theoretisch von dem Preisvorschlag abweichen können; auf der Plattform bestünden dafür aber keine technischen Möglichkeiten.

Diese Erwägungen hat die Kommission nun in ihre novellierten Horizontal-Leitlinien von 2023 integriert. Sie stellt klar, dass ein verbotener Informationsaustausch nicht nur direkt zwischen Wettbewerbern, sondern auch indirekt, etwa unter Zuhilfenahme eines Optimierungsalgorithmus, realisiert werden könne, der auf Grundlage der bereitgestellten sensiblen Informationen geschäftliche Entscheidungen für die Wettbewerber treffe.⁷¹ Als Werkzeug zur Realisierung von Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen eignen sich Algorithmen, weil sie größere Transparenz über das Verhalten der Kartellanten ermöglichen.⁷² Dadurch kann die Kartelldisziplin erhöht werden. Werden Absprachen mithilfe von algorithmischen Werkzeugen umgesetzt, so ändert dies nichts an der kartellrechtlichen Bewertung: Sie fallen unter das europäische und deutsche Kartellverbot ungeachtet des Umstands, ob bei ihrer Umsetzung Algorithmen zum Einsatz kommen.⁷³ Mitunter wird aber die Geldbuße höher aus-

66 EuGH, Urt. v. 21.1.2016, C-74/14 – Eturas, ECLI:EU:C:2016:42, I. LS.

67 EuGH, Urt. v. 21.1.2016, C-74/14 – Eturas, ECLI:EU:C:2016:42, Rn. 46 ff. Dazu *Mundt*, ZVertriebsR 2021, 69, 70.

68 EuGH, Urt. v. 21.1.2016, C-74/14 – Eturas, ECLI:EU:C:2016:42, Rn. 27.

69 *Müller-Graff*, in: FS Kronke, 2020, S. 1145, 1149.

70 U.S. District Court of the Southern District of New York v. 31.3.2016, 15 Civ. 9796 – Meyer/Kalanick.

71 Kommission, Horizontal-LL, ABl. 2023 Nr. C 259/76 Rn. 401 f.

72 *Bernhardt*, NZKart 2019, 314, 315.

73 Kommission, Horizontal-LL, ABl. 2023 Nr. C 259/1 Rn. 379: „Sind Preisbildungspraktiken rechtswidrig, wenn sie offline angewendet werden, ist die Wahrscheinlichkeit groß,

fallen, wenn die Überwachungssoftware zu einer erhöhten Stabilität und Disziplin im Kartell beigetragen hat.

3. Algorithmische Kollusion

a) Algorithmische explizite Kollusion

Schwieriger zu beurteilen sind Konstellationen, in welchen dem Algorithmeninsatz keine Absprache zwischen den Wettbewerbern vorausgeht, sondern Algorithmen unmittelbar an der Entstehung der Kollusion beteiligt sind.

Auch wenn dies soweit ersichtlich (noch) nicht praktisch relevant geworden ist, könnten autonom agierende Algorithmen zukünftig Absprachen treffen und explizite Kollusion ohne menschliches Zutun realisieren.⁷⁴ Hierzu müssten Algorithmen eine Art der Kommunikation etablieren, verhandeln und schließlich eine Vereinbarung treffen.⁷⁵ Das rechtliche Problem läge in diesem Fall bei der Frage der Zurechnung. Ebenso wie es im zivilrechtlichen Kontext derzeit diskutiert wird,⁷⁶ wäre zu fragen, wem die durch die Algorithmen bewirkte Kollusion zugerechnet werden könnte.

b) Algorithmische implizite Kollusion

Der Wettbewerbsschutz wird ferner herausgefordert, wenn der Einsatz von Algorithmen geeignet ist, Marktbedingungen dergestalt zu verändern, dass implizite Kollusion zwischen Wettbewerbern erst möglich wird. Wie dargelegt, unterfällt eine Abstimmung über den Markt mangels Verstoßes gegen

dass sie auch rechtswidrig sind, wenn sie online angewendet werden.“; Caforio, 15(1) ComplRev 2023, 9, 10.

74 König, in: Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter (Hrsg.), Künstliche Intelligenz und Robotik, 2020, § 17, Rn. 32: „Roboterkartelle“; Künstner, GRUR 2019, 36, 37; Veith, Künstliche Intelligenz, Haftung und Kartellrecht, 2021, S. 201 f.

75 OECD, Algorithms and Collusion - Note from the European Union, DAF/COMP/WD(2017)12, Rn. 28.

76 Siehe nur Borges, NJW 2018, 977; Gruber, Zumutung und Zumutbarkeit von Verantwortung in Mensch-Maschine-Assoziationen. Ein Beitrag zur zivilrechtlichen Entwicklung der Roboterhaftung, in: Hilgendorf/Günther (Hrsg.), Robotik und Gesetzgebung, 2013, S. 139; Günther, Roboter und rechtliche Verantwortung: Eine Untersuchung der Benutzer- und Herstellerhaftung, 2016; Kainer/Förster, ZfPW 2020, 275; Specht/Herold, MMR 2018, 40; Zech, ZfPW 2019, 198.

das Selbständigkeitspostulat nicht dem Kartellverbot.⁷⁷ Im analogen Kontext ist eine solche Abstimmung nur unter besonderen Marktbedingungen realisierbar. Das Problem der algorithmischen impliziten Kollusion besteht darin, dass Algorithmen die Herstellung von Reaktionsverbundenheit auch auf solchen Märkten ermöglichen können, auf welchen menschlichen Akteuren dies mangels hinreichender Konzentration und Transparenz des Marktes nicht möglich wäre.⁷⁸

Algorithmen sind in der Lage, große Datenmengen zu verarbeiten und dadurch das Preissetzungsverhalten der Wettbewerber schneller zu erfassen als menschliche Akteure.⁷⁹ Auf diese Weise kann die Reaktionsgeschwindigkeit erhöht werden, womit „Sanktionen“ auf einseitige Preissenkungen wirksamer werden.⁸⁰ Ferner unterliegen die Entscheidungen von Preissetzungsalgorithmen grundsätzlich keinen kognitiven Verzerrungen.⁸¹ Menschliche Akteure handeln nach den Erkenntnissen der Verhaltensökonomik nicht nur individuell, sondern berechenbar irrational. Sie können beispielsweise kurzfristigen geringeren Gewinnen höheres Gewicht beimessen als höheren Gewinnen infolge impliziter Kollusion, die jedoch erst langfristig zu erwarten sind (sog. hyperbolische Diskontierung). Werden unternehmerische Entscheidungen von solchen Verzerrungen bereinigt, kann dies die Stabilität der impliziten Kollusion vergrößern. Vor allem zu einem *Signalling* erscheinen Algorithmen infolge ihrer hohen Reaktionsgeschwindigkeit geeignet. Sollten Wettbewerber auf die Preisankündigungen nicht mit entsprechendem Parallelverhalten reagieren, wird der Algorithmus von einer Preiserhöhung absehen, um Kundenverluste zu vermeiden.⁸²

Auch wenn diese Szenarien bislang als überwiegend hypothetisch angesehen werden,⁸³ ist es infolge des schnellen technischen Wandels nicht ausgeschlossen, dass sie praktisch relevant werden. In ihrer Sektoruntersuchung im E-Commerce führt die Kommission aus, dass bereits jetzt

77 Siehe oben II. 2.

78 *Capobianco/Gonzaga*, Algorithms and Competition: Friends or Foes, CPI Antitrust Chronicle August 2017/8, 4; *Künstner*, GRUR 2019, 36, 37; *Kumkar*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, 40. Ed. 2023, Art. 101 AEUV Rn. 134.

79 Kommission, Horizontal-LL, ABL 2023 Nr. C 259/1 Rn. 379; *Göshl*, WuW 2018, 121, 121.

80 *Göshl*, WuW 2018, 121, 121; *König*, in: Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter (Hrsg.), Künstliche Intelligenz und Robotik, 2020, § 17, Rn. 48.

81 *Picht/Freund*, ECLR 2018, 403, 405.

82 *König*, in: Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter (Hrsg.), Künstliche Intelligenz und Robotik, 2020, § 17, Rn. 54.

83 *Mundt*, ZVertriebsR 2021, 69, 70.

Preisalgorithmen ohne weiteres Abweichungen von Preisempfehlungen aufdecken könnten.⁸⁴ In welchem Umfang implizite Kollusion durch Algorithmenteinsatz erleichtert (werden) wird, wird allerdings unterschiedlich beurteilt. Weniges spricht im Moment dafür, dass dies in absehbarer Zeit zum „Massenphänomen“ wird. Es bedarf weiterer empirischer Forschung, um das Ausmaß algorithmischer impliziter Kollusion verlässlich zu prognostizieren.⁸⁵

4. Ergebnis

Werden Algorithmen lediglich als Hilfsmittel zur Realisierung expliziter Kollusion eingesetzt, bestehen keine Besonderheiten bei der kartellrechtlichen Bewertung. Explizite Kollusion fällt unter die verbotenen Verhaltensweisen des Kartellverbots gem. Art.101 AEUV, §1 GWB ungeachtet des Umstands, ob sie mithilfe von Algorithmen umgesetzt wird.

Potentiell wettbewerbsschädlich ist es jedoch, wenn der Einsatz von selbständigen Preisalgorithmen zu veränderten Marktbedingungen führt und auf diese Weise implizite Kollusion erst möglich wird. Menschlichen Akteuren ist es im Grundsatz nur unter spezifischen Bedingungen möglich, sich über den Markt abzustimmen. Algorithmen dagegen könnten implizite Kollusion künftig flächendeckender realisieren, da sie über eine höhere Reaktionsgeschwindigkeit und eine bessere Beobachtungsgabe verfügen.

IV. Folgen für die kartellrechtliche Bewertung impliziter Kollusion

1. Schutzlücken

Bei Anwendung der tradierten Abgrenzungskriterien zwischen verbotener Absprache einerseits und erlaubter Abstimmung über den Markt andererseits werden solche Konstellationen nicht vom Kartellverbot erfasst, in welchen Algorithmen die Reaktionsverbundenheit auf Märkten erhöhen, auf denen menschliche Akteure – etwa mangels hinreichender Markttrans-

84 Bericht der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament – Abschlussbericht über die Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel, COM(2017) 229 final, Rn. 13.

85 *Picht/Freund*, ECLR 2018, 403, 406.

parenz – kein vergleichbares Parallelverhalten realisieren könnten.⁸⁶ Dies hat zur Folge, dass Wettbewerb durch den Einsatz autonom agierender Preisalgorithmen geschwächt werden kann, indem ihr Einsatz implizite Kollusion erst ermöglicht.⁸⁷

Möglicherweise werden solche Konstellationen jedoch bereits hinreichend von anderen kartellrechtlichen Instrumenten erfasst. Die Reaktionsverbundenheit von autonom agierenden Preisalgorithmen wird im Kontext des Missbrauchsrechts, Art. 102 AEUV, § 19 GWB, ggfs. zu einer kollektiven Marktbeherrschung führen. Neben fehlendem Binnenwettbewerb zwischen den Wettbewerbern bedarf es hierfür kollektiver wettbewerblicher Unabhängigkeit im Außenverhältnis.⁸⁸ Daher wird der Anwendungsbereich des Missbrauchsrechts auch im Algorithmenkontext auf konzentrierte Märkte beschränkt bleiben. Wichtigster Indikator für einen nicht vom Wettbewerb kontrollierten Spielraum ist die Höhe des gemeinsamen Marktanteils der Oligopolisten. Im deutschen Missbrauchsrecht wird die kollektive Marktbeherrschung von drei oder weniger Unternehmen vermutet, wenn sie zusammen einen Marktanteil von 50 % erreichen, vgl. § 18 Abs. 6 Nr. 1 GWB.

Das Innehaben einer Marktbeherrschung ist jedoch nicht verboten. Untersagt ist es Unternehmen lediglich, die überragende Marktstellung zu missbrauchen. Mit Blick auf steigende Preise durch algorithmische Abstimmung könnte an einen Preishöhenmissbrauch, vgl. Art. 102 Abs. 2 lit. a) AEUV, § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB, gedacht werden. Die Anforderungen daran sind hoch: Nach der Vergleichsmarktmethode ist ein Preisniveau erst dann missbräuchlich überhöht, wenn es „*eindeutig*“⁸⁹ bzw. „*stark*“⁹⁰ über dem des Vergleichsmarkts liegt. Diese Höhe erreichen keinesfalls jedwede Preise, die infolge impliziter Kollusion über dem wettbewerbsanalogen Niveau liegen. Auch in einem anderen Fall der kollektiven Marktbeherrschung hat das Bundeskartellamt von der Prüfung eines Ausbeutungsmissbrauchs abgesehen: Mit Blick auf die Tankstellenmärkte vertritt das Amt die Auffassung, dass infolge der „*untertägigen Preisveränderungen [eine Preismissbrauchsaufsicht] kaum praktikabel*“⁹¹ sei. Daher ist das Missbrauchsrecht nicht geeignet, das Problem der algorithmischen Kollusion adäquat zu erfassen.

86 Siehe oben III. 3. b).

87 Wolf, NZKart 2019, 2, 6.

88 EuG, Urt. v. 6.6.2002, T-342/99 – Airtours, ECLI:EU:T:2002:146, Rn. 62.

89 Kommission v. 2.7.1984, IV/30.615 – BL, Rn. 28.

90 EuGH, Urt. v. 13.11.1975, C-26/75 – General Motors, ECLI:EU:C:1975:150, Rn. 15/16.

91 BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe – Abschlussbericht, 2011, S. 138. Klammerzusatz nur hier.

Dies gilt im Ergebnis auch für die Fusionskontrolle. Der SIEC-Test aus Art. 2 Abs. 3 FKVO bzw. § 36 Abs. 1 GWB ermöglicht zwar im Grundsatz die Untersagung eines Zusammenschlusses, der zu einer Entstehung oder Verstärkung einer kollektiven Marktbeherrschung führt. Dabei werden indes nur Vorhaben gem. Art. 3 FKVO bzw. § 37 GWB aufgegriffen und damit externes Unternehmenswachstum adressiert. Eine Veränderung der Marktstrukturen durch Algorithmeninsatz fällt darunter nicht. Zeichnet sich der Markt bereits zum Zeitpunkt der Anmeldung eines Zusammenschlussvorhabens durch algorithmenbedingte implizite Kollusion aus, so kann dies aber mitunter Einfluss auf die kartellrechtliche Bewertung des Zusammenschlusses nehmen. Trägt der Algorithmeninsatz zu einer Reaktionsverbundenheit bei, die es rechtfertigt, mehrere Unternehmen als kollektiv marktbeherrschend anzusehen, ist der Zusammenschluss grundsätzlich zu untersagen, wenn er infolge weiterer Konzentration des Marktes (z.B. bei einem horizontalen Zusammenschlussvorhaben) zu einer Verstärkung der Marktbeherrschung führt.⁹²

Die volkswirtschaftlichen Risiken algorithmischer impliziter Kollusion werden auch von KI-spezifischen Regulierungsansätzen nicht abschließend adressiert. Die KI-Verordnung⁹³ unterscheidet zwischen vier Risikokategorien bei KI-Systemen. Dabei stehen Gefahren für die Grundrechte, die Demokratie und den Rechtsstaat im Fokus.⁹⁴ Als Hochrisiko-Systeme werden deshalb unter anderem solche KI-Anwendungen eingestuft, die im Bereich von Kreditwürdigkeitsprüfungen oder Personalentscheidungen zum Einsatz kommen.⁹⁵ Sie werden einer umfassenden Regulierung unterzogen, die dem Konzept des Produktsicherheitsrechts entlehnt ist. Preissetzungsalgorithmen fallen darunter grundsätzlich nicht.

Demnach besteht Anlass zu untersuchen, wie bestehende Schutzlücken mit Blick auf algorithmische Kollusion künftig geschlossen werden können. Dabei sollen wettbewerbsbezogene Ansätze in den Blick genommen werden.⁹⁶

92 Zimmer, in: FS Schroeder, 2018, S. 999, 1005.

93 Verordnung (EU) 2024/1689 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juni 2024 zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz, ABl. 2024 L 2024/1689.I.

94 Die Verordnung sieht z.B. ein Verbot von KI, die zu Zwecken des Social Scoring eingesetzt wird, vor, vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. c) KI-VO.

95 Vgl. Art. 6 Abs. 2, Anhang III Nr. 5 b), Nr. 4 KI-VO.

96 Diskutiert werden auch algorithmenbezogene Regulierungsansätze bis hin zu einem – in dieser Pauschalität nicht überzeugenden – Verbot des Einsatzes von Preisal-

2. Verhinderung von impliziter Kollusion?

Vor dem Hintergrund der gegenwärtig kartellrechtlich zulässigen impliziten Kollusion und der ggfs. zu erwartenden Zunahme dieses aktuell noch als Ausnahmephänomen zu bewertenden Zusammenwirkens von Unternehmen gilt es zu diskutieren, ob bereits die Entstehung impliziter Kollusion verhindert werden sollte. So wird überlegt, kraft gesetzlicher Anordnungen die Bedingungen auf Märkten, auf denen Unternehmen selbständige Preisalgorithmen einsetzen, dergestalt zu verändern, dass auch ein Einsatz von Algorithmen keine Abstimmung über den Markt ermöglicht.⁹⁷

Beispiele eines solches Vorgehens bieten die australischen und österreichischen Tankstellenmärkte. Diese Märkte weisen infolge ihrer Konzentration und Transparenz Bedingungen auf, die es den Wettbewerbern auch ohne Algorithmeinsatz erlauben, sich über den Markt – kartellrechtlich zulässig – abzustimmen. Während es in Australien gemäß der Petroleum Products Pricing Regulations⁹⁸ erlaubt ist, die Benzinpreise nur einmal täglich zu ändern, sieht die österreichische Spritpreisverordnung⁹⁹ vor, dass die Kraftstoffpreise jeden Tag nur einmal um 12 Uhr erhöht werden dürfen.¹⁰⁰

Mit Blick auf Preisalgorithmen wird vorgeschlagen, Informationen, die Wettbewerber öffentlich bekannt machen dürfen, einzuschränken.¹⁰¹ Auch könne – ähnlich wie bei der Regulierung der Kraftstoffpreise – vorgeschrieben werden, dass Preissenkungen für eine bestimmte Mindestdauer beibehalten werden müssten.¹⁰² Gegen solche Maßnahmen zur Verhinderung algorithmischer Kollusion spricht jedoch, dass sich das Kollusionsrisiko anders als im „analogen“ Kontext nicht auf spezifische Märkte mit besonderen Bedingungen beschränkt. Deshalb besteht die Gefahr, dass solche Ein-

gorithmen, vgl. *Harrington*, Developing Competition Law for Collusion by Autonomous Price-Setting Agents, 2017, S. 67. Siehe für einen Überblick OECD, Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age, 2017, S. 46 ff.

97 *Göhl*, WuW 2018, 121, 123 f.; OECD, Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age, 2017, S. 50.

98 Government Gazette, WA, 29.12.2000, No. 288, 7983.

99 BGBl. der Republik Österreich II Nr. 484/2010.

100 Dazu *Legner*, Freilaw 1/2014, 1, 6-8.

101 OECD, Algorithms and Collusion: Competition policy in the digital age, 2017, S. 50.

102 *Stucke/Ezrachi*, Two Artificial Neural Networks Meet in an Online Hub and Change the Future (of Competition, Market Dynamics and Society), The University of Tennessee, Legal Studies, Research Paper #323, 2017, S. 43.

griffe den Wettbewerb schwächen.¹⁰³ Ferner können Transparenzeinschränkungen Verbrauchern schaden, da ihnen erschwert würde, die Angebote am Markt zu vergleichen.¹⁰⁴ Im Grundsatz ist Transparenz ein wichtiges Element wirksamen Wettbewerbs, das dazu beiträgt, Konkurrenzdruck aufzubauen.¹⁰⁵

3. Untersagung von impliziter Kollusion?

a) Vollständiges Verbot impliziter Kollusion

Ferner wird überlegt, algorithmische implizite Kollusion zu untersagen.¹⁰⁶ Dafür wird vorgebracht, dass implizite Kollusion zu denselben unerwünschten volkswirtschaftlichen Konsequenzen wie explizite Absprachen führt. In beiden Fällen hat ein höheres Preisniveau im Grundsatz eine Verringerung der Verbraucherwohlfahrt zur Folge.¹⁰⁷

Jedoch entsteht implizite Kollusion durch wettbewerbskonformes Verhalten der Unternehmen. Es ist das Wesen des Wettbewerbs, um Geschäftsbindungen mit Dritten zu konkurrieren. Dabei müssen Unternehmen das Verhalten ihrer Konkurrenten berücksichtigen dürfen. Es schwächte den Wettbewerb, wenn Unternehmen untersagt würde, wachsamem Auge die Strategien ihrer Konkurrenten zu beobachten.¹⁰⁸ Es gilt zu bedenken, dass Wettbewerb – mit den Worten *von Hayeks* – ein Entdeckungsverfahren ist.¹⁰⁹ Ein Verbot impliziter Kollusion würde allein an Marktergebnisse anknüpfen und damit im Ergebnis auch Preissetzungsverhalten umfassen, das Ausdruck funktionsfähigen Wettbewerbs ist.¹¹⁰

Deshalb überzeugt es nicht, das Kartellverbot auf implizite Kollusion auszuweiten.

103 OECD, Algorithms and Collusion: Competition policy in the digital age, 2017, S. 50; Monopolkommission, 22. Hauptgutachten, 2018, S. 81.

104 OECD, Algorithms and Collusion: Competition policy in the digital age, 2017, S. 50.

105 *Ezrachi/Stucke*, University of Illinois Law Review 2017(5), 1775, 1797.

106 In diese Richtung für das US-amerikanische Kartellrecht *Kaplow*, Price-fixing Policy, Economics and Business, Harvard John M. Olin Discussion Paper Series, Discussion Paper No. 945 1/2018.

107 *Picht/Freund*, ECLR 2018, 403, 404.

108 Siehe oben II. 2.

109 *Von Hayek*, Freiburger Studien, 2. Aufl. 1994, S. 250.

110 *Heinemann*, Algorithmen als Anlass für einen neuen Absprachebegriff?, working paper, 2019, S. 13.

b) Effektbezogene Bewertung von Kollusion

Ein anderer Ansatz besteht darin, die Beurteilung, ob ein Parallelverhalten von Wettbewerbern als abgestimmte Verhaltensweise dem Kartellverbot unterfallen sollte, nicht formbezogen – also anhand des Selbstständigkeitspostulats –, sondern auswirkungsbezogen zu ermitteln.¹¹¹ So wird vorgeschlagen, algorithmische implizite Kollusion unter das Kartellverbot zu fassen, soweit sie ein neues Marktgleichgewicht kreiert, also etwa zu höheren Preisen führt, und diese Verringerung der Verbraucherwohlfahrt nicht durch Effizienzgewinne ausgeglichen wird.¹¹²

Hiergegen spricht jedoch die Systematik des Kartellverbots.¹¹³ Das europäische und deutsche Kartellverbot verfolgt einen kommunikationsbezogenen Ansatz bei der Abgrenzung zwischen verbotener Abstimmung und erlaubten Parallelverhalten.¹¹⁴ Im Rahmen des Verbotstatbestands sollte daher nicht auswirkungsbezogen nach erlaubten und verbotenen Verhaltensweisen unterschieden werden. Auswirkungen wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen werden erst im Rahmen der Freistellungsvoraussetzungen gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 GWB geprüft. Ferner bestünde die Gefahr, dass bei einer auswirkungsbezogenen Bewertung impliziter Kollusion auch solches Parallelverhalten untersagt würde, das auf anderen Faktoren als einem KI-bedingten *Signalling* beruht.¹¹⁵ Deshalb würde dies einer Preiskontrolle nahekommen, die Innovationen hemmen und Anreize zur Entwicklung qualitativ hochwertiger Produkte und Dienstleistungen mindern könnte.¹¹⁶

4. Konkretisierung des Selbstständigkeitspostulats im Algorithmenkontext

In Fällen der Kollusion durch Algorithmen sollte an einem formbezogenen Verständnis der von dem Kartellverbot erfassten, verbotenen Verhaltensweisen festgehalten werden. Nachfolgend wird gezeigt, dass es ausreicht,

111 Thomas, JCLE 2019, 159-203.

112 Thomas, JCLE 2019, 159, 190 ff.

113 Lübke, ZHR 185 (2021), 723, 746.

114 Pohlmann, in: FS Schroeder, 2018, S. 633, 647.

115 König, in: Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter (Hrsg.), Künstliche Intelligenz und Robotik, 2020, § 17, Rn. 49.

116 OECD, Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age, 2017, S. 49 f.

die Auslegung des Begriffs der aufeinander abgestimmten Verhaltensweise für Szenarien des Algorithmeneinsatzes zu konkretisieren.

Für eine abgestimmte Verhaltensweise, die vom Kartellverbot erfasst wird, kann es hinreichend sein, wenn ein Unternehmen einen Preisalgorithmus so programmiert bzw. dieser infolge eigener Lernprozesse zu dem Ergebnis kommt, dass er ein kollusives Gleichgewicht präferiert.¹¹⁷ Dies ist jedenfalls der Fall, wenn ein Algorithmus Preisänderungen erkennbar nur vornimmt, um die Reaktion der Wettbewerber hierauf zu testen.¹¹⁸ Ziehen die Wettbewerber nicht mit, worauf der Algorithmus die Preiserhöhung zurücknimmt, spricht dies dafür, dass durch seinen Einsatz Informationen über das künftige Preissetzungsverhalten an die Wettbewerber übermittelt wurde.¹¹⁹ Es liegt eine verbotene Fühlungnahme in Gestalt „*algorithmischer Kommunikation*“¹²⁰ vor. Werden Preiserhöhungen beispielsweise zu Zeiten vorgenommen, die darauf schließen lassen, dass andere Gründe als ein *Signalling* fernliegen, ist dies ein weiterer Anhaltspunkt für eine verbotene Fühlungnahme.¹²¹ Als weiteres Beispiel wird die Ausgestaltung und Zugänglichkeit des Algorithmus diskutiert: Wird dieser so konstruiert, dass die Wettbewerber seine Preisänderungen nachvollziehen könnten, kann dies als kommunikativer Akt interpretiert werden.¹²² Demnach kann bei Konstellationen, die auf den ersten Blick als implizite Kollusion erscheinen, ggfs. ein Moment der Kommunikation vorhanden sein, das Risiken mindert, und zulässt, die algorithmische Kollusion als explizite und damit verbotene zu bewerten.

Um das „Algorithmenhandeln“ dem Unternehmen zuzurechnen, wird die Annahme von Sorgfaltspflichten vorgeschlagen.¹²³ Zunächst bestehe eine Beobachtungspflicht, welche sich zu einer Interventionspflicht verdichte, wenn der eingesetzte Algorithmus kollusive Strategien mit den von

117 Wolf, NZKart 2019, 2, 9; Ylinen, NZKart 2018, 19, 22.

118 Autorité de la concurrence/Bundeskartellamt, Algorithms and Competition, 2019, S. 54; Lübke, ZHR 185 (2021), 723, 748.

119 Wolf, NZKart 2019, 2, 9.

120 Autorité de la concurrence/Bundeskartellamt, Algorithms and Competition, 2019, S. 53: „*algorithmic communication*“.

121 Autorité de la concurrence/Bundeskartellamt, Algorithms and Competition, 2019, S. 55.

122 Capobianco/Gonzaga, Algorithms and Competition: Friends or Foes, CPI Antitrust Chronicle August 2017/8, 4; Heinemann, Algorithmen als Anlass für einen neuen Absprachebegriff?, working paper, 2019, S. 14.

123 Ballestrem/Bär/Gausling/Hack/von Oelffen, Künstliche Intelligenz Rechtsgrundlagen und Strategien in der Praxis, 2020, S. 1331; Ylinen, NZKart 2018, 19, 22.

den Wettbewerbern eingesetzten Algorithmen entwickle.¹²⁴ Dafür spricht, dass mit wachsender Komplexität der Algorithmen eine anfängliche Programmierung, kollusives Preissetzungsverhalten zu unterbinden, nicht ausreichen wird.¹²⁵ Bei einigen Methoden des maschinellen Lernens, z.B. dem *reinforced learning*, lernt der Algorithmus während seiner Verwendung weiter.¹²⁶ Interveniert das Unternehmen trotz bemerkter Kollusion nicht, so liegt eine verbotene aufeinander abgestimmte Verhaltensweise vor. Als Intervention kommt beispielsweise eine Änderung der Programmierung des Algorithmus in Betracht, so dass Preisanpassungen weniger zeitnah vorgenommen werden.¹²⁷ Für eine solche Sorgfaltspflicht spricht im EU-Kartellrecht der Effektivitätsgrundsatz.¹²⁸ Es gefährdete die praktische Wirksamkeit des europäischen Kartellverbots, wenn das „Handeln“ von Preisalgorithmen nicht kraft Sorgfaltspflichtverstoß einem Unternehmen als Adressaten des Kartellverbots zugerechnet werden könnte.¹²⁹

Zuzugeben ist, dass die Aufdeckung einer durch Algorithmen verursachten verbotenen Kollusion mitunter mit erhöhtem Ermittlungsaufwand der Wettbewerbsbehörden verbunden ist.¹³⁰ Dennoch sollte keine Vermutung einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise für den Fall aufgestellt werden, in welchem gleichförmiges Preissetzungsverhalten bei dem Einsatz von Algorithmen zu beobachten ist.¹³¹ So hat der EuGH zu Art. 101 AEUV ausgeführt, dass ein Parallelverhalten nur als Beweis für eine verbotene Abstimmung herhalte, „wenn es sich nur durch die Abstimmung einleuchtend erklären lässt.“¹³² Im Übrigen können ähnliche Preise auch auf andere Umstände als eine Abstimmung – etwa ähnliche Input- und Herstellungskosten oder hohe Markttransparenz – zurückzuführen sein.¹³³ Die Verwendung

124 *Dohrn/Huck*, DB 2018, 173, 179; *Heinemann*, Algorithmen als Anlass für einen neuen Absprachebegriff?, working paper, 2019, S. 15.

125 *Dohrn/Huck*, DB 2018, 173, 178.

126 Siehe III. 1.

127 *Lübke*, ZHR 185 (2021), 723, 753.

128 *Müller-Graff*, in: FS Kronke, 2020, S. 1145, 1151.

129 *Müller-Graff*, in: FS Kronke, 2020, S. 1145, 1151.

130 *Beneke/Mackenrodt*, IIC 2019, 109, 128.

131 Ebenso *Kumkar*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, 40. Ed. 2023, Art. 101 AEUV, Rn. 137; Monopolkommission, 22. Hauptgutachten, 2018, S. 82.

132 EuGH, Urt. v. 31.3.1993, C-89/85 u. a. – Ahlström Osakeyhtiö, ECLI:EU:C:1993:120, Rn. 71.

133 *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 10, Rn. 47 f.

von Preisalgorithmen darf nicht dazu führen, dass Unternehmen im Ergebnis verpflichtet werden, ihre Preise zu verheimlichen.¹³⁴

Insoweit ist langfristig über einer Erweiterung kartellbehördlicher Befugnisse nachzudenken.¹³⁵ Diesbezüglich wird zum einen über erweiterte Nachprüfungsbefugnisse diskutiert. Überlegt wird, eine unternehmerische Erklärungspflicht bezüglich verwendeter Algorithmen vorzusehen, um der Behörde den Nachweis „algorithmischer Kommunikation“ zu ermöglichen.¹³⁶ Auch Art. 74 Abs. 2 KI-VO kommt der Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden zugute. Die Vorschrift sieht vor, dass die Marktüberwachungsbehörden die bei Überprüfung der Konformität der KI-Systeme erlangten Informationen der Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden jährlich melden. Jedoch dürfte die Marktüberwachungstätigkeit vornehmlich auf Hochrisiko-KI-Systeme fokussiert sein; darunter fallen keine Preisalgorithmen.

Zum anderen ist zu erwägen, den Kartellbehörden aufzugeben, nicht erst ex post einzugreifen, sondern das Marktgeschehen proaktiv zu beobachten.¹³⁷ Die Markttransparenzstelle gem. §§ 47a ff. GWB gestattet dem Bundeskartellamt und der Bundesnetzagentur die Preisbildung für den Großhandel im Bereich Strom und Gas zu beobachten. Einige fordern, ihren Einsatzbereich auf Online-Märkte zu erweitern.¹³⁸ Solche Maßnahmen erscheinen jedoch erst veranlasst, wenn die praktische Relevanz algorithmischer Kollusion wächst.

V. Zusammenfassung

Zur Realisierung von Kollusion setzen Unternehmen verstärkt Algorithmen ein. *Webcrawler* oder *Bots* können die Umsetzung von Absprachen erleichtern, indem sie das Preissetzungsverhalten der Kartellanten überwachen oder die Kommunikation zwischen ihnen vereinfachen. Dies fordert die Anwendung des Kartellrechts nicht heraus. Absprachen sind verboten ungeachtet des Umstands, ob bei ihrer Umsetzung Algorithmen helfen.

134 Wolf, NZKart 2019, 2, 9.

135 Capobianco/Gonzaga, Algorithms and Competition: Friends or Foes, CPI Antitrust Chronicle August 2017/8, 4; Käseberg/von Kalben, WuW 2018, 1, 6 f.; Lübke, ZHR 185 (2021), 723, 767.

136 Käseberg/von Kalben, WuW 2018, 1, 6 f.

137 Lorenzoni, Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies 2022, 33, 44.

138 Ebers, NZKart 2016, 554, 555.

Schwieriger zu beurteilen sind Fälle, in welchen selbständige Preisalgorithmen die Bedingungen zur Realisierung einer (impliziten) Kollusion erst schaffen. Da Algorithmen den Markt weitaus besser beobachten und deutlich zügiger reagieren können als menschliche Akteure, erscheint es möglich, dass ihr Einsatz eine Abstimmung über den Markt erst möglich macht. Daher steht die Befürchtung im Raum, dass implizite Kollusion nicht mehr nur eine Ausnahmerecheinung, sondern weitaus flächendeckender realisierbar sein wird. Dennoch sollte implizite Kollusion kartellrechtlich nicht untersagt werden. Die Abstimmung über den Markt ist Ausdruck funktionierenden Wettbewerbs. Deshalb gilt es, auch bei dem Einsatz individueller Preisalgorithmen an dem kommunikationsbezogenen Ansatz des Kartellverbots festzuhalten. Das Selbständigkeitspostulat ist einer extensiven Auslegung zugänglich und verbietet bereits „algorithmische Kommunikation“. Hat das den Algorithmus einsetzende Unternehmen dies trotz zumutbarer Kenntnismöglichkeiten nicht unterbunden, liegt ein Sorgfaltspflichtverstoß vor, der einen schuldhaften Verstoß gegen das Kartellverbot begründet.

Die Stellung von Plattformarbeitern vor dem Hintergrund des Kartellrechts

Maria José Schmidt-Kessen*

Abstract:

Im Jahr 2022 arbeiteten 28 Millionen Menschen in der EU über digitale Arbeitsplattformen, 2025 werden es voraussichtlich 43 Millionen sein. Die Mehrheit der Plattformarbeiter ist formal selbstständig, aber viele Plattformen üben eine Kontrolle aus, die einem Arbeitsverhältnis ähnelt. Eine neue Richtlinie zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen für Plattformarbeit soll helfen, den Beschäftigungsstatus von Plattformarbeitern zu klären, algorithmisches Management regulieren und Datenschutz zu verbessern. Eine gesetzliche Vermutung eines Arbeitsverhältnisses wurde eingeführt, die auf nationale Rechtsvorschriften verweist. Diese Vermutung soll helfen, damit scheinselfständige Plattformarbeiter korrekt als Arbeitnehmer eingestuft werden. Außerdem sollen Tarifverhandlungen für Plattformarbeiter gefördert werden. Gleichzeitig ist ihre kartellrechtliche Einordnung weiterhin unklar.

Aus dem Unternehmensbegriff des Art. 101 Abs. 1 AEUV sind Arbeitnehmer nach h. M. ausgenommen. Daher fallen von den Sozialpartnern abgeschlossene Tarifverträge nicht unter das EU-Wettbewerbsrecht. Bislang gibt es jedoch im EU-Recht noch keine gesetzliche Definition des Begriffs „Arbeitnehmer“, auf die sich das EU-Wettbewerbsrecht stützen könnte. In der Rechtssache *FNV Kunsten* entschied der EuGH, dass sich Scheinselbstständige anhand von drei Kriterien bestimmen lassen: Sie handeln auf Weisung einer anderen Person (insbesondere was ihre Freiheit bei der Wahl von Zeit, Ort und Inhalt ihrer Arbeit angeht), sie sind nicht an den geschäftlichen Risiken des Arbeitgebers beteiligt und sie sind für die Dauer des Arbeitsverhältnisses in dessen Unternehmen eingegliedert und bilden daher mit ihm eine wirtschaftliche Einheit. Die Mehrheit von Plattformarbeitern dürfte von dieser Definition ausgeschlossen sein, da sie in der Praxis ihre Arbeitszeiten häufig frei wählen können. Ihre Tarifverträge

* Assistenzprofessorin, Central European University, Wien.

könnten dennoch unter bestimmten Bedingungen von Artikel 101 Abs. 1 AEUV befreit werden, etwa durch Erfüllung der Voraussetzungen von Artikel 101 Abs. 3 AEUV oder dadurch, dass sie legitime außerökonomische Ziele verfolgen.

Die neuen Leitlinien der EU-Kommission vom September 2022 klären die Anwendung des Artikel 101 Abs. 1 AEUV auf Tarifverträge von Solo-Selbstständigen. „Solo-Selbstständige“ sind Personen, die ohne Arbeitsvertrag arbeiten und ausschließlich auf ihre eigene Arbeitskraft angewiesen sind. Die Leitlinien verfolgen zwei Ziele: Erstens wird klargestellt, dass Tarifverträge von Solo-Selbstständigen, die sich in einer mit Arbeitnehmern vergleichbaren Situation befinden, vom Artikel 101 AEUV ausgenommen sind. Zweitens erläutern sie die Durchsetzungsprioritäten der Kommission. Demnach wird die Kommission nicht gegen Tarifverträge vorgehen, bei denen die Gegenpartei Nachfragemacht besitzt oder bei EU oder nationalen Rechtsvorschriften, die Plattformarbeitern den Abschluss von Tarifverträgen ermöglichen. Abzuwarten bleibt, ob sich nationale Behörden und Gerichte an den Leitlinien orientieren werden. Insbesondere im Hinblick auf die Rechtssicherheit erwägenswert erscheint der Vorschlag des Erlasses einer entsprechenden Gruppenfreistellungsverordnung.

I.	Einleitung	96
II.	Reaktionen der EU-Kommission auf die Transformation traditioneller Arbeitsverhältnisse	98
III.	EU-Arbeitskartellrecht und die Kommissionsleitlinien zu Solo-Selbstständigen	102
	1. Ausnahmen und Rechtfertigung der Wettbewerbsbeschränkung im Rahmen des Artikels 101 AEUV	105
	2. Leitlinien der EU Kommission zur Anwendung des Wettbewerbsrechts der EU auf Tarifverträge über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbstständigen	108
IV.	Verbleibende offene Fragen	111
V.	Fazit	113

I. Einleitung

Die Gig-Economy¹ hat zahlreiche neue Möglichkeiten eröffnet, die eigene Arbeitskraft auf flexible Weise über Online-Plattformen anzubieten, wie Fahrdienste über Uber, Essenslieferungen über Lieferando, Handwerker-

1 Der Begriff beschreibt einen Teil des informellen Arbeitsmarktes, wonach insbesondere zeitlich befristete Aufträge kurzfristig und flexibel an Arbeitssuchende, Freelancer oder geringfügig Beschäftigte vergeben werden, siehe etwa *Dege*, *Gabler Wirtschaftslexikon*, abrufbar unter <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/gig-economy-122673>.

dienste über MyHammer oder Kinderbetreuungsdienste über HalloBabysitter. Obwohl diese Plattformen ursprünglich für einen sporadischen Nebenverdienst gedacht waren, erwirtschaftet mittlerweile ein wachsender Anteil ihrer Dienstleister („Plattformarbeiter“) ihr Haupteinkommen mit derartigen, über Plattformen erbrachten Dienstleistungen. Dies hat dazu geführt, dass sich politische Entscheidungsträger mit der Behauptung konfrontiert sehen, der Aufstieg der Gig-Economy habe die Zunahme unterbezahlter oder sogar prekärer Arbeit begünstigt.² Infolgedessen werden immer mehr Forderungen laut, die Arbeitsbedingungen von Plattformarbeitern zu verbessern.

Plattformarbeiter sind regelmäßig selbständig, d.h. sie erhalten keinen arbeitsrechtlichen Schutz, wie z.B. Lohnfortzahlung im Krankheitsfall oder einen Mindestlohn.³ Da jeder einzelne Plattformarbeiter nur eine sehr geringe Verhandlungsmacht gegenüber einer Plattform hat, wären Tarifverträge eine Möglichkeit zur Verbesserung ihrer Arbeitsbedingungen. Plattformarbeit-Tarifverträge unterliegen jedoch potentiell dem Kartellrecht: Auf Grund der Selbständigkeit der Plattformarbeiter würden solche Tarifverträge kartellrechtlich nicht wie traditionelle Tarifverträge zwischen Gewerkschaften und Arbeitgebern behandelt.

Zwischen Sozialpartnern verhandelte Tarifverträge sind kartellrechtlich unproblematisch. Sie werden von der Koalitionsfreiheit erfasst, das Kartellrecht findet auf sie keine Anwendung. Hintergrund dieser Bereichsausnahme ist die Überlegung, dass das Kartellrecht keine sozialpolitischen Ziele beeinträchtigen soll.⁴ Tarifverträge für Selbstständige oder Freiberufler werden kartellrechtlich jedoch mit mehr Misstrauen betrachtet. Sie sind nicht automatisch vom Kartellverbot ausgenommen.⁵ Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat kollektive Regeln für Entgelte und Vertragsbedingungen, sowie Beschlüsse von Berufsverbänden wie nationalen Anwalts-⁶

2 S. z.B. *Codagnone/Abadie/Biagi*. The Future of Work in the ‘Sharing Economy’: Market Efficiency and Equitable Opportunities or Unfair Precarisation? JRC Science for Policy Report (2016) <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC101280/jrc101280.pdf>.

3 *Lianos/Countouris/de Stefano*, European Labour Law Journal 10(3)(2019), 291–333; *Heinemann*, WuW, 2023, Nr. 05, 257.

4 *Heinemann*, WuW, 2020 Nr. 07-08, 371; *Heinemann*, WuW, 2023, Nr. 05, 257.

5 *Id.*

6 EuGH, Urt. v. 19.2.2002, C-309/99 - Wouters u.a., ECLI:EU:C:2002:98.

Geologen⁷- oder Wirtschaftsprüfervereinigungen⁸ mit strengem Maßstab geprüft und regelmäßig als kartellrechtswidrig befunden. Wenn solche Vereinbarungen den Wettbewerb einschränken, können sie nur dann von der Anwendung des Artikels 101 Abs. 1 AEUV ausgenommen werden, wenn sie ein legitimes Ziel verfolgen und nicht über das erforderliche Maß hinausgehen. Als Selbstständige laufen Plattformarbeiter, die sich gewerkschaftlich organisieren, daher Gefahr, gegen das Kartellverbot zu verstoßen.

Dieser Beitrag befasst sich mit der Stellung von Plattformarbeitern und ihren Möglichkeiten, ihre Arbeitsbedingungen kollektiv zu verhandeln. Er beginnt zunächst mit der Reaktion der EU-Kommission auf die Transformation traditioneller Arbeitsverhältnisse in der Gig-Economy mit dem Richtlinienvorschlag zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit, der nach anfänglichem Widerstand des Europäischen Rates nun doch auf den Weg gebracht wird.⁹ Anschließend wird die kartellrechtliche Situation im Hinblick auf diese gesetzgeberische Entwicklung zusammen mit den kartellrechtlichen Leitlinien zu den Solo-Selbstständigen diskutiert. Zuletzt werden noch offene Fragen diskutiert und mögliche Antworten zur kartellrechtlichen Stellung von Plattformarbeitern diskutiert.

II. Reaktionen der EU-Kommission auf die Transformation traditioneller Arbeitsverhältnisse

Laut EU-Statistiken, arbeiteten im Jahr 2022 28 Millionen Menschen in der EU über digitale Arbeitsplattformen.¹⁰ Im Jahr 2025 wird diese Zahl voraussichtlich auf 43 Millionen ansteigen.¹¹ Zum Großteil sind diese Plattformbeschäftigten der Form nach selbständig. Viele Plattformen stellen jedoch Anforderungen an ihre Dienstleister, die einem Arbeitsverhältnis ähneln. Ob eine Schutzbedürftigkeit der Dienstleister besteht, ist kaum pauschal

7 EuGH, Urt. v. 18.7.2013, C-136/12 – Consiglio Nazionale dei Geologi, ECLI:EU:C:2013:489.

8 EuGH, Urt. v. 28.2.2014, C-1/12 - Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, ECLI:EU:C:2013:127

9 Stand September 2024. Anfang 2024 war nicht klar, ob der Europäische Rat dem Gesetzesvorhaben zustimmen würde, siehe z.B. Berichterstattung von Politico: *Haeck*. EU delivers nothingburger to Uber and Deliveroo workers (9. Februar 2024), <https://www.politico.eu/article/eu-gig-workers-uber-deliveroo-protection-ride-hailing-app-tech/>.

10 <https://www.consilium.europa.eu/de/policies/platform-work-eu/>.

11 Id.

zu beantworten. Dazu sind die Arten von Plattformarbeit zu heterogen. Sie reichen von Tätigkeiten wie Fahrdiensten, Haushaltshilfen und Klickarbeit zu Arbeiten, die hohe Qualifikationen und Kreativität verlangen, wie Webdesign, Softwareentwicklung, Fotojournalismus oder das Schreiben von Drehbüchern. Damit stellt sich auch die Herausforderung zwischen scheinselfständigen Plattformarbeitern, die arbeitsrechtlich geschützt werden sollten, und echten Selbständigen zu unterscheiden.

Auf nationaler Ebene hat sich zur Unterscheidung von selbstständigen und scheinselfständigen Plattformarbeitern ein Flickenteppich von Vorschriften und gerichtlichen Entscheidungen entwickelt.¹² Im Bereich von Essenslieferungsplattformen, z.B., fanden spanische und französische Gerichte das Plattformarbeiter scheinselfständig und deshalb als Arbeitnehmer der Plattformen einzuordnen sind,¹³ während englische und ungarische Gerichte Dienstleistern dieser Plattformen einen Selbständigen-Status bescheinigt haben.¹⁴

Im Dezember 2021 veröffentlichte die EU Kommission eine Mitteilung zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen für Plattformarbeiter.¹⁵ Darin wurde ein Maßnahmenpaket mit drei Komponenten vorgeschlagen: ein Aufruf an nationale Behörden und Sozialpartner tätig zu werden, ein Richtlinienvorschlag zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit und ein Vorschlag für kartellrechtliche Leitlinien zur Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf Tarifverträge von Solo-Selbständigen.

Der Aufruf an nationale Behörden beinhaltet vor allem, aktiv ein Beratungs- und Betreuungsangebot für Personen bereitzustellen, die über digitale Arbeitsplattformen arbeiten. Somit sollen Plattformarbeiter ausreichend in Erfahrung bringen können, welche steuer-, sozialversicherungs- und/oder arbeitsrechtlichen Verpflichtungen ihre Plattformarbeit mit sich bringt.

12 *Hiessl. Case Law on the Classification of Platform Workers: Cross-European Comparative Analysis and Tentative Conclusions* (2021) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3839603 (zuletzt im Februar 2024 aktualisiert).

13 Oberster Gerichtshof Spaniens, Urt. v. 25.9.2020, ECLI:ES:TS:2020:2924; Cour de Cassation, Urt. v. 20.4.2017 ECLI:FR:CCASS:2018:SO01737.

14 Oberster Gerichtshof Ungarns, Urt. v. 13.12.2023, BH 1993/775; UK Supreme Court, Urt. v. 21.11.2023, [2023] UKSC 43.

15 Mitteilung v. 9.12.2021, COM(2021) 761 final.

Die größte Komponente war ein Vorschlag für eine neue Richtlinie zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit.¹⁶ Die Richtlinie sieht drei Bereiche vor, um die Arbeitsbedingungen von Plattformarbeitern zu verbessern: erstens soll der Beschäftigungsstatus von Plattformarbeitern korrekt eingestuft werden um das Problem der Scheinselbstständigkeit zu lösen, zweitens soll eine bessere Regulierung von algorithmischem Management eingeführt werden und drittens soll die Richtlinie mehr Transparenz und Datenschutz für Plattformarbeiter bringen.

Die Fassung des Richtlinien texts, auf den sich Parlament und Rat im Februar 2024 geeinigt haben, definiert Plattformarbeit in Artikel 2 Abs. 1 als "jede Arbeit, die über eine digitale Arbeitsplattform organisiert und in der Union von einer Person auf der Grundlage eines Vertragsverhältnisses zwischen der digitalen Arbeitsplattform und der Person ausgeführt wird, unabhängig davon, ob ein Vertragsverhältnis zwischen der Person und dem Empfänger der Dienstleistung besteht". Im Vergleich zum Kommissionsvorschlag fügt die verabschiedete Fassung zu den Vertragsverhältnissen auch Verträge zwischen Dienstleistern und Vermittlern hinzu.¹⁷ Damit wollte der Gesetzgeber vermeiden, dass der Einsatz von Vermittlern zwischen Plattformarbeitern und Plattformen die in der Richtlinie festgehaltenen Rechte von Plattformarbeitern untergräbt.¹⁸

Artikel 5 Abs. 1 der verabschiedeten Fassung enthält die gesetzliche Vermutung eines Arbeitsverhältnisses zwischen Arbeitsplattformen und Dienstleistern. Der ursprüngliche Richtlinien vorschlag enthielt noch eine einheitliche gesetzliche Vermutung, nach der ein Arbeitsverhältnis besteht, wenn die Plattform die Arbeitsleistung kontrolliert. Die Kontrolle der Arbeitsleistung war laut des Vorschlags so zu verstehen, dass mindestens zwei von insgesamt fünf Punkten erfüllt sind:¹⁹

- effektive Bestimmung der Höhe der Vergütung oder Festlegung von Obergrenzen der Vergütung;
- Aufforderung der Plattformarbeit leistenden Person, bestimmte verbindliche Regeln in Bezug auf Erscheinungsbild und Verhalten gegenüber

16 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit vom 9.12.2021 (2021/0414 (COD)).

17 Die Fassung über die das Europäische Parlament letztendlich am 24. April 2024 abgestimmt hat, kann hier abgerufen werden: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0330_DE.html.

18 Artikel 3 und Erwägungsgrund 25 der verabschiedeten Fassung.

19 Artikel 4 Richtlinien vorschlag.

dem Empfänger der Dienstleistung bzw. in Bezug auf die Arbeitsleistung einzuhalten;

- Überwachung der Arbeitsleistung oder Überprüfung der Qualität der Arbeitsergebnisse, auch auf elektronischem Wege;
- effektive Einschränkung der Freiheit, die Arbeit zu organisieren – insbesondere den Ermessensspielraum bei der Wahl der Arbeitszeit oder der Abwesenheitszeiten –, Aufgaben an- bzw. abzulehnen oder die Dienste von Unterauftragnehmern oder Ersatzkräften in Anspruch zu nehmen, auch durch den Einsatz von Sanktionen;
- effektive Einschränkung der Möglichkeit, einen Kundenstamm aufzubauen oder Arbeiten für Dritte auszuführen.

Die verabschiedete Fassung verweist jedoch für die Bestimmung eines Arbeitsverhältnisses wieder auf nationales Recht. Laut Artikel 5 Abs.1 wird das Verhältnis zwischen Plattform und Dienstleister als Arbeitsverhältnis angesehen „wenn gemäß den nationalen Rechtsvorschriften, Kollektiv- bzw. Tarifverträgen oder den Gepflogenheiten der Mitgliedstaaten und unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs Tatsachen, die auf Kontrolle und Steuerung hindeuten, festgestellt werden.“ Artikel 5 Abs.2 verlangt dementsprechend von den Mitgliedstaaten in ihren Rechtsordnungen eine wirksame widerlegbare gesetzliche Vermutung der Arbeitsverhältnisses festzulegen, die eine Erleichterung des Verfahrens zugunsten von Plattformarbeitern darstellt.

Die Tatsache, dass es auch weiterhin keine EU-rechtliche Definition eines Arbeitnehmers oder Arbeitnehmerverhältnisses gibt, ist für die kartellrechtliche Analyse relevant.²⁰ Eine einheitliche Definition hätte die kartellrechtliche Einordnung von Tarifverträgen von Plattformarbeitern im EU-Recht vereinfacht. Eine Neuerung der verabschiedeten Fassung im Vergleich zum Richtlinienvorschlag ist jedoch, dass die Förderung von Tarifverhandlungen in der Plattformarbeit explizit genannt wird. Laut Artikel 25 der verabschiedeten Fassung sollen die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen zur Förderung der Rolle der Sozialpartner und zur Ermutigung zur Ausübung des Rechts auf Tarifverhandlungen in der Plattformarbeit ergreifen. Der ursprüngliche Vorschlag enthielt keine Vorschriften zu Tarifverhandlungen.

20 *Bergqvist/Huffman/Jacqueson/Schmidt-Kessen/Lind.* Europarättslig Tidskrift, 2021(2), 237-267.

Die letzte Komponente der Kommissionsmitteilung war die Ausarbeitung eines Vorschlag zu kartellrechtlichen Leitlinien zur Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf Tarifverträge von Solo-Selbständigen. Dieser wurde am 30. September 2022 veröffentlicht.²¹ Im folgenden werden sowohl die kartellrechtliche Diskussion um die Stellung von Plattformarbeitern als auch die Leitlinien der Kommission beleuchtet.

III. EU-Arbeitskartellrecht und die Kommissionsleitlinien zu Solo-Selbständigen

Eine der Voraussetzungen für die Anwendung des Kartellverbots nach Artikel 101 Abs. 1 AEUV ist, dass die Parteien der Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweise „Unternehmen“ sind. Der EuGH hat Unternehmensbegriff als „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“ definiert.²² Während Selbstständige im Allgemeinen als Unternehmen im Sinne dieser Definition eingestuft werden, sind Arbeitnehmer nach bislang überwiegender Ansicht davon ausgenommen.²³ Infolgedessen wird davon ausgegangen, dass Tarifverträge nicht in den Anwendungsbereich der EU-Wettbewerbsregeln fallen.²⁴

21 Mitteilung vom 30.9.2022 (2022/C 374/02).

22 EuGH, Urt. v. 23.4.1991, C-41/90 - Klaus Höfner und Fritz Elser gegen Macrotron, ECLI:EU:C:1991:161.

23 EuGH, Urt. v. 16.9.1999, C-22/98 - Becu u.a., ECLI:EU:C:1999:419; *Lianos/Countouris/de Stefano*, *European Labour Law Journal*, 2019, 10(3), 291–333; siehe aber zuletzt *Lichtenberg*, *NZKart* 2023, 296, wonach im Hinblick auf die Funktionalität sowie die Relativität des Unternehmensbegriffs eine nähere Differenzierung geboten sei: So sei der Arbeitnehmer als „Unternehmen“ im kartellrechtlichen Sinne anzusehen, soweit er auf dem Arbeitsmarkt selbstständig seine Arbeitsleistung anbietet. Für eine Ansicht, die Arbeitnehmer sogar pauschal als „Unternehmen“ im kartellrechtlichen Sinn einordnen würde, siehe *Bergqvist/Huffman/Jacqueson/Schmidt-Kessen/Lind*, *Europarättslig Tidskrift*, 2021(2), 249–250, wonach eine Auslegung von *Albany* vorgeschlagen wird, bei der Tarifverträge (auch für Arbeitnehmer) nicht kategorisch vom Kartellverbot ausgenommen sind, sondern lediglich als bewirkte Wettbewerbsbeschränkung zu prüfen sind.

24 So wird allgemein das EuGH Urteil in der Rechtssache *Albany* ausgelegt (ECLI:EU:C:1999:430). Dort heißt es „die im Rahmen von Tarifverhandlungen zwischen den Sozialpartnern im Hinblick auf [sozialpolitische] Ziele geschlossenen Verträge [fallen] aufgrund ihrer Art und ihres Gegenstands nicht unter Artikel [101] Absatz 1 des Vertrages“. S. auch *Heinemann*, *WuW* Nr. 07-08, 371.

Bislang gibt es im EU-Recht noch keine gesetzliche Definition des Begriffs „Arbeitnehmer“, auf die sich das EU-Wettbewerbsrecht stützen könnte. Wie oben beschrieben, wird sich dies auch nicht mit dem Inkrafttreten der Richtlinie zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit ändern. In der EuGH-Rechtsprechung zur Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV) sowie zu den EU-Richtlinien im Bereich des Arbeitsrechts hat der Gerichtshof allerdings festgehalten, dass der Rechtsbegriff des „Arbeitnehmers“ oder „Angestellten“ ein autonomer Begriff des EU-Rechts ist.²⁵ Laut dieser Rechtsprechung ist der Begriff des Arbeitnehmers im Sinne des Unionsrechts selbst anhand objektiver Kriterien zu definieren, die das Arbeitsverhältnis im Hinblick auf die Rechte und Pflichten der Betroffenen kennzeichnen. Dabei ist das wesentliche Merkmal eines Arbeitsverhältnisses, dass „jemand für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, die einen gewissen wirtschaftlichen Wert haben und für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält“.²⁶ Für die Definition des Gerichtshofs ist die Art des Rechtsverhältnisses (z.B. ob ein Arbeitsvertrag besteht), unerheblich.²⁷ Der Arbeitnehmer-/Arbeiterstatus hängt rein von einem Abhängigkeits- und Unterordnungsverhältnis gegenüber dem Arbeitgeber ab. Dieser Ansatz wird auch regelmäßig im nationalen Arbeits-, Sozialversicherungs- und Steuerrecht verwendet, um zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen zu unterscheiden.²⁸

Im Rahmen des EU Wettbewerbsrechts erörterte der EuGH den Unterschied zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen in der Rechtssache *FNV Kunsten*.²⁹ Hier ging es um die Frage, ob ein Tarifvertrag, der die Mindestvergütung für angestellte Orchestermusiker festlegt, auf selbständige Musiker ausgedehnt werden kann, ohne gegen Artikel 101 Abs. 1 AEUV zu verstoßen. Laut EuGH sind selbständige Musiker grundsätzlich Unternehmen im Sinne des EU-Wettbewerbsrechts, auch wenn sie dieselbe Funktion ausüben wie angestellte Musiker. Ein Tarifvertrag für Selbständige ist also

25 S. z.B. EuGH, Urt. v. 3.7.1986, C-66/85 - Deborah Lawrie-Blum gegen Land Baden-Württemberg, ECLI:EU:C:1986:284; EuGH, Urt. v. 11.11.2010, C-232/09 - Dita Danosa gegen LKB Lízings SIA, ECLI:EU:C:2010:674.

26 S. z.B. EuGH, Urt. v. 3.7.1986, C-66/85 - Deborah Lawrie-Blum gegen Land Baden-Württemberg, ECLI:EU:C:1986:284, Rn. 17.

27 Id.

28 *Bergqvist/Huffman/Jacqueson/Schmidt-Kessen/Lind*, Europarättslig Tidskrift, 2021(2), 244-245.

29 EuGH, Urt. v. 4.12.2014, C-413/13- *FNV Kunsten Informatie en Media gegen Staat der Nederlanden*, ECLI:EU:C:2014:2411.

nicht automatisch von der Anwendung des Artikels 101 Abs 1 AEUV ausgenommen. Ein Tarifvertrag kann jedoch freigestellt werden, wenn es sich bei den tariflich erfassten Selbständigen um „Scheinselbständige“ handelt, d. h. um Dienstleister, die sich in einer mit Arbeitnehmern vergleichbaren Situation befinden. Nach Ansicht des EuGH lassen sich Scheinselbstständige anhand von drei Kriterien bestimmen: Sie handeln auf Weisung einer anderen Person (insbesondere was ihre Freiheit bei der Wahl von Zeit, Ort und Inhalt ihrer Arbeit angeht), sie sind nicht an den geschäftlichen Risiken des Arbeitgebers beteiligt und sie sind für die Dauer des Arbeitsverhältnisses in dessen Unternehmen eingegliedert und bilden daher mit ihm eine wirtschaftliche Einheit.³⁰ Ähnlich wie bei der Definition eines „Arbeitnehmers“ konzentriert sich der Gerichtshof auf die Abhängigkeit, die Unterordnung und die Aufteilung des Geschäftsrisikos, um zu bestimmen ob sich eine Person in einer mit einem Arbeitnehmer vergleichbaren Situation befindet.

Aufgrund der vom EuGH in *FNV Kunsten* aufgestellten Kriterien muss die Frage, ob Plattformarbeiter im Rahmen des EU-Wettbewerbsrechts als Angestellte oder Arbeitnehmer eingestuft werden können, von Fall zu Fall beantwortet werden. Da Plattformarbeiter in der Regel ihre Arbeitszeit selbst bestimmen können und nicht das wirtschaftliche Risiko der Plattform tragen, dürften sie prinzipiell nicht als Arbeitnehmer im Sinne des EU-Wettbewerbsrechts eingestuft werden.³¹ Außerdem dürfte regelmäßig eine Vergleichsgruppe von „echten“ Arbeitnehmern fehlen, mit denen die Bedingungen für Plattformarbeiter verglichen werden könnten. Dies erschwert die Anwendung von *FNV-Kunsten* auf Plattformarbeiter, da die vom EuGH aufgestellten Kriterien auf der Überlegung beruhen, ob sich die Dienstleister in einer mit Arbeitnehmern vergleichbaren Position befinden. Die Unsicherheit, die ein einzelfallbezogener Ansatz für die Tarifverhand-

30 Id, Rn. 36.

31 Dieser Ansatz wurde auf nationaler Ebene von einigen Wettbewerbsbehörden verfolgt, z. B. von der dänischen Wettbewerbs- und Verbraucherschutzbehörde (Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen), die in zwei Entscheidungen feststellte, dass die Anbieter von Reinigungs- und Handwerkerplattformen in Dänemark keine Arbeitnehmer sind, weil sie ihr eigenes wirtschaftliches Risiko bei der Ausübung der Tätigkeiten über die Plattform tragen. S. Entscheidung vom 26. August 2020 über Mindestpreise auf der Hilfrs Plattform, <https://www.kfst.dk/media/qv5hoinx/20200826-minimumspriser-p%C3%A5-hilfrs-platform.pdf> und Entscheidung vom 26. August 2020 über Mindestpreise auf der Happy Helpers Plattform. In diesem Sinne auch die Leitlinien der Niederländischen Wettbewerbsbehörde ACM von 2019, <https://www.acm.nl/en/publications/acm-self-employed-workers-are-allowed-make-arrangements-about-rates-more-situations>.

lungen für Plattformarbeiter mit sich bringt, hätte zu einem gewissen Grad vermieden werden können, wenn die einheitlichen Kriterien für die Einstufung von Plattformarbeitern als Arbeitnehmer gemäß des Richtlinienvorschlages der Kommission für die Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit von Parlament und Rat übernommen worden wären.

1. Ausnahmen und Rechtfertigung der Wettbewerbsbeschränkung im Rahmen des Artikels 101 AEUV

Die Tatsache, dass es keine eindeutige Antwort auf die Frage gibt, ob Plattformarbeiter im Unionsrecht als Arbeitnehmer oder Selbstständige gelten, bedeutet, dass Tarifverträge zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen von Plattformarbeitern nicht automatisch aus dem Anwendungsbereich des Artikel 101 Abs. 1 AEUV herausfallen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass solche Tarifverhandlungen und -verträge automatisch vom Kartellverbot erfasst werden. Tarifverträge für Plattformarbeiter könnten prinzipiell in drei Fällen vom unionsrechtlichen Kartellverbot befreit sein: erstens, wenn sie die Voraussetzungen des Artikel 101 Abs. 3 AEUV erfüllen; zweitens, wenn sie nicht als Kernbeschränkung sondern als bewirkte Wettbewerbsbeschränkung eingestuft werden und ihre Auswirkung nicht spürbar ist; drittens, wenn die Befreiung auf Grund außerökonomischer Gründe gerechtfertigt ist.³²

Die erste Option wäre die Freistellung des Tarifvertrags nach Artikel 101 Abs. 3 AEUV. Dazu müssten vier Voraussetzungen erfüllt sein: Die Vereinbarung führt zu Effizienzgewinnen, Verbraucher werden an diesen Gewinnen angemessen beteiligt, die Beschränkungen in der Vereinbarung sind unerlässlich und die Vereinbarung schaltet den Wettbewerb für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren (und Dienstleistungen) nicht aus. Tarifverträge für Plattformarbeiter könnten einige dieser Kriterien erfüllen.³³ Da solche Vereinbarungen jedoch in der Regel zu höheren Kosten für die Plattform führen, die wahrscheinlich in Form von höheren Preisen an die Plattformnutzer weitergegeben werden, ist nicht klar, wie die Bedingung der angemessene Beteiligung von Verbrauchern erfüllt sein könnte. Außerdem läge die Beweislast bei der schwächeren Partei, d. h. den Vertretern der Plattformarbeiter, die nachweisen müssten, dass alle vier Voraussetzungen

32 Zu diesen drei Möglichkeiten auch *Bergqvist/Huffman/Jacqueson/Schmidt-Kessen/Lind*, *Europarättslig Tidskrift*, 2021(2).

33 *Id.*, 253.

des Artikel 101 Abs.3 AEUV erfüllt sind. Artikel 101 Abs.3 AEUV gibt Plattformarbeitern oder den Sozialpartnern, die Tarifverhandlungen führen wollen, also keine sichere Rechtfertigungsgrundlage.

Die zweite Option bestünde darin, zu prüfen, ob ein Tarifvertrag von Plattformarbeitern möglicherweise in die Kategorie einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung gemäß Artikel 101 Abs.1 AEUV fallen würde. Bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen werden beschränkende Auswirkungen vermutet und müssen nicht nachgewiesen werden.³⁴ Preisfestsetzungsvereinbarungen fallen nach gängiger Rechtsprechung in die Kategorie der bezweckten oder Kernbeschränkungen. Eine Vereinbarung zur Festsetzung von Mindestgebühren für Dienstleistungen, die sich aus einem Tarifvertrag für Plattformarbeiter ergeben, könnte prinzipiell in die Kategorie der bezweckten Beschränkungen fallen. Der EuGH ist jedoch seit langem der Auffassung, dass bei der Feststellung, ob eine Vereinbarung in die Kategorie der bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen fällt, auf den „Inhalt ihrer Bestimmungen und die mit ihr verfolgten Ziele sowie auf den wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang, in dem sie steht, abzustellen“ ist.³⁵ Vereinbarungen, die in erster Linie ein soziales Ziel und nicht das Ziel der Wettbewerbsbeschränkung verfolgen, könnten somit der Einstufung als Kernbeschränkung entgehen. Die Tatsache, dass das Recht auf Tarifverhandlungen ein Grundrecht ist spricht dafür, dass eine Einstufung von Tarifverträgen als Kernbeschränkung unverhältnismäßig ist, selbst wenn sie Zugunsten von Selbständigen abgeschlossen werden.³⁶ Darüber hinaus hat der EuGH in seiner jüngsten Rechtsprechung den Standpunkt vertreten, dass der Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung eng auszulegen ist.³⁷ Er beschränkt sich auf Vereinbarungen, die keinen anderen plausiblen Zweck als die Einschränkung des Wettbewerbs verfolgen. Würden Tarifver-

34 Z.B. EuGH, Urt. v. 20.11.2008, C-209/07 - Competition Authority gegen Beef Industry Development Society Ltd und Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd, ECLI:EU:C:2008:643, Rn.16.

35 Z.B. EuGH, Urt. v. 11.11.2014, C-67/13 P Groupement des cartes bancaires (CB) gegen Europäische Kommission, ECLI:EU:C:2014:2204, Rn. 53.

36 *Bergqvist/Huffman/Jacqueson/Schmidt-Kessen/Lind*, Europarättslig Tidskrift, 2021(2), 248.

37 EuGH, Urt. v. 21.12.2023, C-333/21 - European Superleague Company SL gegen Fédération internationale de football association (FIFA) und Unión des associations européennes de football (UEFA) ECLI:EU:C:2023:1011, Rn.161; EuGH, Urt. v. 2.4.2020, C-228/18 - Gazdasági Versenyhivatal gegen Budapest Bank Nyrt. u. a, ECLI:EU:C:2019:678, Rn. 82-83; EuGH, Urt. v. 30.1.2020, C-307/18 - Generics (UK) Ltd u. a. gegen Competition and Markets Authority, ECLI:EU:C:2020:52, Rn. 82; 87-90.

träge von Selbstständigen in die Kategorie der bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen nach Artikel 101 Abs. 1 AEUV eingeordnet, würde dies jedoch nicht bedeuten, dass sie automatisch freigestellt sind. Sie könnten immer noch einer wettbewerbsrechtlichen Prüfung im Hinblick auf ihre Auswirkungen auf den Markt unterzogen werden. Darüber hinaus könnten Elemente von Tarifverträgen, die über den Kern des Sozial- und Arbeitsschutzes hinausgehen, immer noch als bezweckte Beschränkungen eingestuft werden, während diejenigen Elemente, die einen wirklich sozialen Charakter haben, in der Kategorie der bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen bleiben.³⁸

Die dritte Option wäre die Schaffung einer Ausnahme für Tarifverträge für Selbstständige, die ein legitimes, außerökonomisches Ziel verfolgen.³⁹ Einige haben diese Option als Doktrin der regulatorischen Nebenabreden („*regulatory ancillary restraints*“) bezeichnet, nach der eine Wettbewerbsbeschränkung, die eine Nebenabrede zu einer rechtmäßigen Haupttätigkeit darstellt, nicht unter Artikel 101 Abs. 1 AEUV fällt, wenn sie unmittelbar mit der Haupttätigkeit verbunden, für deren Durchführung erforderlich und verhältnismäßig ist.⁴⁰ Der erste Fall, in dem der EU-Gerichtshof bisher einen solchen Ansatz unterstützt hat, ist die Rechtssache *Wouters*.⁴¹ In seinem Urteil entschied der Gerichtshof, dass eine ansonsten wettbewerbswidrige Vereinbarung, die ein dem Gemeinwohl dienendes legitimes Ziel verfolgt und nicht über das erforderliche Maß hinausgeht, nicht in den Anwendungsbereich von Artikel 101 Abs. 1 AEUV fällt. Lange hat der EuGH die Herangehensweise in *Wouters* nicht wiederaufgegriffen. Im Bereich des Sportkartellrechts hat der EuGH allerdings den *Wouters*-Ansatz jüngst bestätigt.⁴² Die Grenzen des Anwendungsbereichs der *Wouters*-Grundsätze

38 *Bergqvist/Huffman/Jacqueson/Schmidt-Kessen/Lind*, Europarättslig Tidskrift, 2021(2), 249.

39 *Id.*, 262.

40 *Whish/Bailey*. *Competition Law*, 2018, 128-141.

41 EuGH, Urte. v. 19.2.2002, C-309/99 - *Wouters* u.a., ECLI:EU:C:2002:98.

42 EuGH, Urte. v. 21.12.2023, C-333/21 - *European Superleague Company SL gegen Fédération internationale de football association (FIFA) und Unión des associations européennes de football (UEFA)* ECLI:EU:C:2023:1011; EuGH, Urte. v. 21.12.2023, C-680/21 - *UL und SA Royal Antwerp Football Club gegen Union royale belge des sociétés de football association ASBL (URBSFA)*, ECLI:EU:C:2023:1010; EuGH, Urte. v. 21.12.2023, C-124/21 P - *International Skating Union gegen Europäische Kommission* ECLI:EU:C:2023:1012.

lässt der EuGH indes auch in seinen jüngsten Entscheidungen offen.⁴³ Prinzipiell sollte das Regulierungsziel, Plattformarbeiter arbeitsrechtlich zu schützen, jedoch ein solches legitimes Ziel darstellen.

Keine der genannten Lösungen bietet indes das erforderliche Maß an Rechtssicherheit, damit Plattformarbeiter Tarifverhandlungen führen können, ohne gegen das unionsrechtliche Kartellverbot oder seine nationalen Gegenstücke zu verstoßen. Aus diesem Grund hat die EU-Kommission versucht mit neuen Leitlinien, die im September 2022 veröffentlicht wurden, Klarheit und Rechtssicherheit in die Frage der Tarifverhandlungen für bestimmte Gruppen von Solo-Selbstständigen zu bringen.⁴⁴

2. Leitlinien der EU Kommission zur Anwendung des Wettbewerbsrechts der EU auf Tarifverträge über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbstständigen

In ihren neuen Leitlinien erläutert die Kommission ihren Ansatz für die Anwendung von Artikel 101 Abs.1 AEUV auf Vereinbarungen, die im Rahmen von Tarifverhandlungen von so genannten Solo-Selbstständigen geschlossen werden. Der Ausdruck „Solo-Selbständiger“ bezeichnet laut der Leitlinien „eine Person, die über keinen Arbeitsvertrag verfügt oder die in keinem Arbeitsverhältnis steht und die zur Erbringung der betreffenden Dienstleistungen in erster Linie auf die eigene Arbeitskraft angewiesen ist“⁴⁵ Selbstständige, die unter diese Definition fallen, wären beispielsweise Architekten oder Ärzte. Im Rahmen der Gig-Economy könnten insbesondere Dienstleister wie Reinigungskräfte und Fahrer unter diese Definition subsumiert werden. Gastgeber, die ihre Wohnung auf Plattformen wie Airbnb anbieten, oder Händler, die über Online-Marktplätze verkaufen, würden hingegen nicht darunter fallen.

43 Siehe beispielhaft EuGH, Urt. v. 21.12.2023, C-333/21 - European Superleague Company SL gegen Fédération internationale de football association (FIFA) und Unión des associations européennes de football (UEFA) ECLI:EU:C:2023:1011, Rn. 183, wonach die Wouters-Grundsätze „insbesondere“ auf von „einem Berufs- oder Sportverband“ aufgestellten Regeln Anwendung finden können. Für eine Übertragung der Wouters-Grundsätze auf andere Bereiche. z.B. *Monti*. EU Competition Law after the Grand Chamber's December 2023 Sports Trilogy: European Superleague, International Skating Union and Royal Antwerp FC. SSRN (2024).

44 Mitteilung vom 30.9.2022 (2022/C 374/02).

45 Id, 2.

Die EU-Kommission verfolgt mit den Leitlinien zwei verschiedene Ziele. Einerseits sollen die Merkmale der Gruppen von Solo-Selbstständigen näher erläutert werden, die sich in einer mit Arbeitnehmern vergleichbaren Situation befinden und deren Tarifverträge nicht in den Anwendungsbereich von Artikel 101 Ab. 1 AEUV fallen. Dieser Teil der Leitlinien ist im Wesentlichen die Auslegung der Kommission von den in *FNV Kunsten* aufgestellten Kriterien zur Bestimmung von Scheinselbstständigen. Die Kommission identifiziert drei Gruppen von Solo-Selbstständigen, die sich in einer mit Arbeitnehmern vergleichbaren Position befinden: wirtschaftlich abhängige Solo-Selbstständige, Solo-Selbstständige, die „Seite an Seite“ mit Arbeitnehmern arbeiten, und Solo-Selbstständige, die über digitale Arbeitsplattformen arbeiten. Solo-Selbstständige, die über digitale Arbeitsplattformen arbeiten, sind Plattformdienstleister, deren Arbeit von der Plattform organisiert wird. Dies schließt zumindest Fälle ein, in denen die Plattform eine wichtige Rolle bei der Abstimmung zwischen der Nachfrage nach der Dienstleistung und dem Arbeitskraftangebot der Einzelperson übernimmt, die ein Vertragsverhältnis mit der digitalen Arbeitsplattform hat und für die Ausführung einer bestimmten Aufgabe zur Verfügung steht.⁴⁶ Für diese Gruppe kommt die Kommission zu dem Schluss, dass „Tarifverträge zwischen Solo-Selbstständigen und digitalen Arbeitsplattformen, die die Arbeitsbedingungen betreffen nicht unter Artikel 101 AEUV“.⁴⁷

Das zweite Ziel, das die Kommission mit ihren Leitlinien verfolgt, ist die Klärung ihrer Durchsetzungsprioritäten in Bezug auf Tarifverträge von Solo-Selbstständigen, deren Tarifverträge in den Anwendungsbereich von Artikel 101 AEUV fallen könnten. Die Kommission erkennt zwei Kategorien von Tarifverträgen an gegen die sie nicht vorgehen würde: solche, in denen die Gegenpartei der Solo-Selbstständigen über eine gewisse Wirtschaftskraft verfügt, und solche, in denen die Tarifverträge auf der Grundlage nationaler oder EU-Rechtsvorschriften abgeschlossen werden. Der Grund hierfür ist, dass es sich in diesen Fällen um Solo-Selbstständige handelt, die in sich in einer ähnlich ungleichen Verhandlungsposition befinden, wie die drei Gruppen von Solo-Selbstständigen, die als Arbeitnehmer einzustufen sind.

Für den Fall, dass die Gegenseite über eine gewisse Wirtschaftsmacht verfügt, stellt die EU-Kommission fest, dass Tarifverträge „ein legitimes

46 Id, 30.

47 Id, 31.

Mittel [sein können], um das Ungleichgewicht der Verhandlungsmacht zwischen den beiden Seiten zu korrigieren“.⁴⁸ Diese Form der Selbsthilfe auf Seiten der Solo-Selbstständigen scheint ein Novum im EU-Wettbewerbsrecht zu sein, da diese Formen der Rechtfertigung für ansonsten wettbewerbswidriges Verhalten von den EU-Gerichten im Allgemeinen nicht anerkannt wurden.⁴⁹ Die EU-Kommission ist der Ansicht, dass in zwei Fällen ein Ungleichgewicht der Verhandlungsmacht angenommen werden kann. Wenn Solo-Selbstständige mit einer Gegenpartei verhandeln, die einen ganzen Sektor oder eine ganze Branche repräsentiert, oder wenn die Größe und der Gewinn der Gegenpartei einen bestimmten Schwellenwert überschreiten.⁵⁰

Auch wenn es sich um nationale oder EU-Rechtsvorschriften handelt, die ein soziales Ziel verfolgen und bestimmten Kategorien von Solo-Selbstständigen das Recht auf Tarifverhandlungen einräumen oder sie vom Anwendungsbereich des nationalen Wettbewerbsrechts ausnehmen, wird die EU-Kommission nicht eingreifen.⁵¹ In Bezug auf die EU-Gesetzgebung verweist die Kommission auf die Richtlinie 2019/790 über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt und die Möglichkeit für Urheber und ausübende Künstler, Tarifverhandlungen zu führen, um eine angemessene Vergütung zu erzielen.⁵²

Schließlich wird in den Leitlinien auch klargestellt, welche Arten von Tarifverhandlungen von Solo-Selbstständigen nicht in den Anwendungsbereich der Leitlinien fallen und einer umfassenden Prüfung nach Artikel 101 Abs. 1 AEUV unterzogen werden.⁵³ Dazu gehören Vereinbarungen, die über die Regelung der Arbeitsbedingungen hinausgehen und die Bedingungen

48 Id, 33.

49 Dies war regelmäßig der Fall wenn Beklagte im Rahmen des Artikels 102 AEUV versucht haben ihr Verhalten als eine Form von Selbsthilfe um gewissen regulatorische Ziele zu erreichen zu rechtfertigen, z.B. in den Rechtssachen *Hilti* und *TetraPak II*, in denen das Gericht entschied, dass ein Ausschlussverhalten nicht durch Gesundheits- oder Verbraucherschutzbelange gerechtfertigt werden kann. Siehe EuG, Urt. v. 12.12.1991, T-30/89 - *Hilti AG gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, ECLI:EU:T:1991:70, Rn. 118-119 und EuG, Urt. v. 6.10.1994, T-83/91-*Tetra Pak International SA gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, ECLI:EU:T:1994:246, Rn. 83, 84 und 138.

50 Mitteilung vom 30.9.2022 (2022/C 374/02), 35. Die Schwellenwerte liegen bei einer Jahresbilanzsumme von 2 Mio. EUR oder bei einer Mitarbeitermindestzahl von 10 Personen bei der Gegenseite.

51 Id, 36.

52 Erwägungsgrund 73 und Artikel 18 Abs. 2 Richtlinie (EU) 2019/790.

53 Mitteilung vom 30.9.2022 (2022/C 374/02), 17.

festlegen, zu denen Solo-Selbstständige den Verbrauchern ihre Dienstleistungen anbieten, insbesondere wenn es um die Preise für die Dienstleistung geht.

IV. Verbleibende offene Fragen

Die Kommissionsleitlinien eröffnen drei Möglichkeiten, um die Rechtmäßigkeit von Tarifverträgen für Plattformarbeiter zu beurteilen: Erstens kann geprüft werden, ob es sich bei den betroffenen Plattformarbeitern um Scheinselbstständige nach den in *FNV Kunsten* aufgestellten Kriterien handelt. Sollte dies der Fall sein, fallen die dazugehörigen Tarifverträge nicht in den Anwendungsbereich des Artikels 101 AEUV. Falls es sich nicht um scheinselbstständige Plattformarbeiter handelt, ist zweitens zu prüfen ob die Plattform auf der Gegenseite der betroffenen Plattformarbeiter Nachfragekraft hat. Ist dies der Fall, können Tarifverträge ein legitimes Mittel sein, um das Ungleichgewicht der Verhandlungsmacht zwischen beiden Seiten zu korrigieren. Die Kommission stellt hier klar, dass sie gegen diese Art von Tarifverträgen nicht vorgehen wird. Drittens ist zu prüfen, ob die betroffenen Plattformarbeiter kraft nationalen Rechts Tarifverträge abschließen dürfen. Auch in diesem Fall wird die Kommission nicht gegen die Tarifverträge vorgehen.

Obwohl die Leitlinien etwas mehr Klarheit für die Stellung von Plattformarbeitern und ihren Möglichkeiten ihre Arbeitsbedingungen kollektiv zu verhandeln bringen, bleiben einige Fragen offen. Zunächst haben nur scheinselbstständige Plattformarbeiter nach *FNV Kunsten* eine gewisse Rechtssicherheit bezüglich ihrer Tarifverhandlungen. Wie oben beschrieben werden allerdings nur wenige Plattformarbeiter die *FNV Kunsten* Kriterien erfüllen.⁵⁴ Für alle anderen Plattformarbeiter bleibt nur das Zugeständnis, dass die Kommission ihre Tarifverhandlungen nicht behindern wird, wenn die Plattformgegenseite Nachfragemacht besitzt oder wenn sie nach nationalen oder EU Regeln Tarifverträge abschließen dürfen. Die Leitlinien binden allerdings nur die Kommission.⁵⁵ Das bedeutet, dass nationale Wettbewerbsbehörden und Gerichte in der Privatudurchsetzung auch in diesen Situationen das nationale oder europäische Kartellverbot für anwendbar erachten könnten. Auch die sich daraus ergebende zivilrecht-

54 S. auch *Heinemann*, WuW, 2023, Nr. 05, 264.

55 Id.

liche Nichtigkeit wird von den Leitlinien nicht berührt.⁵⁶ Denkbar und im Hinblick auf den bisherigen Umgang mit Kommissionsleitlinien in der kartellrechtlichen Praxis nicht gänzlich unwahrscheinlich ist es indes, dass nationale Behörden und Gerichte die Leitlinien als Orientierungshilfe bei ihrer eigenen Bewertung heranziehen.

Eine Möglichkeit, die fortbestehende Rechtsunsicherheit zu beseitigen, könnte in einer Gruppenfreistellungsverordnung für Soloselbstständige liegen.⁵⁷ Wie oben beschrieben müsste allerdings hierfür klar sein, wie alle Voraussetzungen des Artikels 101 Abs. 3 AEUV für Kategorien von Plattformarbeitstarifverträgen erfüllt wären. Insbesondere die pauschale Bemessung der Effizienzgewinne und angemessene Beteiligung der Verbraucher an diesen Gewinnen könnte schwierig sein. Vielleicht könnte hier die Diskussion von Nachhaltigkeitsvereinbarungen in den neuen Horizontalleitlinien der Kommission Inspirationen liefern.⁵⁸ Tarifverträge gehören zu den Maßnahmen um soziale Nachhaltigkeit zu fördern. Ob sie Effizienzgewinne in der Gig-Economy bringen ist jedoch eine berechtigte Frage. Die möglichen Effizienzgewinne von Nachhaltigkeitsvereinbarungen, die die Leitlinien aufzählen, wie Innovation in saubereren Produktions- oder Vertriebstechnologien, weniger Umweltverschmutzung, verbesserten Produktions- und Vertriebsbedingungen, widerstandsfähigere Infrastrukturen oder Lieferketten, oder qualitativ hochwertigeren Produkten,⁵⁹ scheinen keine direkte Anwendung auf Tarifverträge zu finden. Die Diskussion um die Weitergabe an Verbraucher könnte jedoch auch für Tarifverträge interessant sein, insbesondere wenn es um individuelle nutzungsunabhängige Vorteile für Verbraucher geht.⁶⁰ So ist es denkbar, dass ein Plattformnutzer den Konsum einer Plattformdienstleistung höher bewertet, wenn der Nutzer weiß, dass der Plattformarbeiter, der die Dienstleistung erbringt unter fairen, tarifgesicherten, Arbeitsbedingungen arbeitet.

56 Id.

57 Heinemann macht diesen Vorschlag in Anlehnung an die *Case Exemption* für kollektive Verhandlungen der australischen Kartellbehörde. S. Heinemann, WuW, 2023, Nr. 05, 263.

58 Mitteilung vom 21.7.2023 (2023/C 259/01).

59 Id, Rn. 557 ff.

60 Id, Rn. 575 ff.

V. Fazit

Abschließend lässt sich festhalten, dass die Gig-Economy zwar neue flexible Arbeitsmöglichkeiten bietet, jedoch auch zahlreiche Herausforderungen mit sich bringt, insbesondere in Bezug auf die Arbeitsbedingungen von Plattformarbeitern. Die neue EU-Richtlinie zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit ist ein wichtiger Schritt in diese Richtung. Wenn es um Tarifverträge für Plattformarbeiter geht, die das Potenzial hätten, ihre Arbeitsbedingungen zu verbessern, besteht allerdings weiterhin Rechtsunsicherheit hinsichtlich ihrer kartellrechtlichen Einordnung. Solche Tarifverträge sind nicht automatisch vom europäischen Kartellverbot ausgenommen, da Plattformarbeiter zum Großteil als „echte“ Selbstständige und nicht als Scheinselbstständige nach der EuGH Rechtsprechung in *FNV Kunsten* eingestuft werden. Auch die Leitlinien der Kommission zur Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf Tarifverträge über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbstständigen bringen nur bedingt mehr Rechtssicherheit, da sie für nationale Kartellbehörden und Gerichte nicht bindend sind. Um das Kartellrecht besser an die neuen Begebenheiten der Gig-Economy anzupassen und die richtige Balance zwischen wettbewerbsrechtlichen und sozialen Zielen zu finden, werden weitere Anläufe notwendig sein. Eine gesetzgeberische Möglichkeit, um mehr Rechtssicherheit zu schaffen, wäre eine Gruppenfreistellungsverordnung in diesem Bereich. Auch Gerichte könnten einen Beitrag leisten, sollte ein Plattformarbeitertarifvertrag als kartellrechtswidrig angegriffen werden. Sollten solche Tarifverträge als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung eingestuft werden, könnten nationale Gerichte und insbesondere der EuGH durch eine klarere Aussage zum Anwendungsbereich der Wouter-Doktrin mehr Rechtssicherheit schaffen. Alternativ könnten Gerichte klarstellen, ob solche Tarifverträge als bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen einzustufen sind. In diesem Fall würde eine Aufstellung klarer Kriterien zur Prüfung der wettbewerbsbeschränkenden Wirkung mehr Rechtssicherheit schaffen.

Poaching to power and power to poach – Abwerben von Mitarbeitern vs. Art. 102 AEUV am Beispiel des Tech Sektors

*Björn Christian Becker**

Abstract:

Das Abwerben von Mitarbeitern ist grundsätzlich Teil des freien Wettbewerbs um qualifizierte Arbeitskräfte. Gerade die sog. „Tech Giants“ werben intensiv untereinander um Mitarbeiter des jeweiligen Konkurrenten. Nutzt allerdings ein marktmächtiges Unternehmen seine wirtschaftliche Macht aus, indem es gezielt viele oder gar sämtliche besonders wichtige Mitarbeiter eines Wettbewerbers abwirbt, kann dies zu Wettbewerbsproblemen führen. Dieser Beitrag klärt, dass das Abwerben von Mitarbeitern durch einen Marktbeherrscher unter bestimmten Voraussetzungen einen Behinderungsmisbrauch (IV) sowie einen Marktstrukturmissbrauch (V) auf den Produkt- und Arbeitsmärkten darstellen kann. Ferner kommt ein Ausbeutungsmisbrauch (VI) auf dem Markt für Unternehmensakquisitionen in Betracht. Aus der vorliegenden Untersuchung wird deutlich, dass vor allem bei Marktstrukturveränderungen nicht nur der Produktmarkt, sondern daneben auch der Arbeitsmarkt in die wettbewerbsrechtliche Bewertung von Verhaltensweisen eines Marktbeherrschers einzubeziehen ist (III).

I.	Einleitung	116
II.	Zwei Möglichkeiten des Zugriffs auf fremde Mitarbeiter: acqui-hire und direct hiring	120
	1. Terminologie	120
	2. Exkurs: Direct hiring und Fusionskontrolle	121
III.	Bedeutung des Arbeitsmarkts	125
	1. Verstärkung von Monopsonmacht auf dem Arbeitsmarkt durch acqui-hire	126
	2. Bei langfristiger Betrachtung: gleiche Effekte durch direct hiring	127
	3. Spezialisierte Arbeitsmärkte im digitalen Sektor	128
	4. Berücksichtigung wettbewerblicher Gefahren durch das Abwerben von Arbeitnehmern auch im Rahmen des DMA und § 19a GWB?	128
IV.	Poaching to power I: Direct hiring als Behinderungsmisbrauch	129

* Gastprofessor und Vertreter des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht und Ökonomik (ehem. Lehrstuhlinhaberin: Prof. Dr. Heike Schweitzer) an der Humboldt-Universität zu Berlin. Ich danke meinem Mitarbeiter Herrn Simon de Ridder herzlich für seine wertvolle Mithilfe bei der Erstellung dieses Beitrags.

1. Eignung zur Verdrängungswirkung	129
a) Maßstab	129
b) Insbesondere: talent hoarding und preemption effect	131
2. Kein Leistungswettbewerb	132
a) „Reine Beschränkungen“: Abwerbung nicht benötigter Mitarbeiter	132
b) As-efficient-competitor-Test bzgl. des gezahlten Gehalts	134
c) Andere Fälle einer Abweichung vom Leistungswettbewerb	136
aa) Rückgriff auf lauterkeitsrechtliche Grundsätze: Unlautere gezielte Behinderung i.S.d. § 4 Nr. 4 UWG	136
bb) Ausnutzen eines Vertrauensverhältnisses, insb. laufende Verhandlungen	139
cc) Kollusion, insbesondere Verleiten zum Vertragsbruch	143
dd) „Putsch- oder handstreichartiges“ Abwerben	144
3. Mittelbar mit dem Abwerben von Mitarbeitern verbundene missbräuchliche Verhaltensweisen	145
a) Verletzung von Geschäftsgeheimnissen und missbräuchlicher Einsatz von Schutzrechten	145
b) „Missbrauch durch Rechtsbruch“	146
aa) Wettbewerbliche Auswirkungen der Rechtsverstöße	147
bb) Kausalität	147
V. Poaching to power II: direct hiring als Marktstrukturmissbrauch	148
1. Direct hiring als Marktstrukturveränderung	148
2. Marktstrukturveränderungen durch Mitarbeiterabwerbung in der Praxis	149
3. Überblick über das Konzept des Marktstrukturmissbrauchs	153
4. Effektive Kontrolle oder Mindestmaß an Einflussnahme	154
5. Wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs	156
a) Strenge Voraussetzungen nach der Rechtsprechung	156
b) Marktzutrittschranken und Innovationsverlust	157
aa) Keine Kompensation der Shareholder des Zielunternehmens	157
bb) Direct hiring als Killer Acquisition	159
cc) Mögliche Effizienzvorteile als gegen einen Missbrauch sprechende Abwägungspunkte	160
c) Einbeziehung auch des Arbeitsmarkts	161
d) Modifikation des Tatbestandsmerkmals „wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs“?	162
6. Insbesondere: „Sanierungsfusion“ (failing company defence)	163
VI. Power to poach: Ausbeutungsmissbrauch auf dem Akquisitionsmarkt – Direct hiring als Druckmittel für ein ineffizientes acqui-hire	166
1. Abwerben von Mitarbeitern als Damoklesschwert über Verkaufsverhandlungen	166
2. Ausbeutungsmissbrauch auf dem Akquisitionsmarkt	167
3. Zusätzlicher Behinderungseffekt auf dem Produkt- und Arbeitsmarkt	169
4. Zusätzlicher Ausbeutungseffekt zu Lasten der Arbeitnehmer	169
VII. Ergebnis	170

I. Einleitung

Anders als in der analogen Welt bemisst sich der Wert von Tech-Unternehmen nur noch zu einem geringen Teil nach materiellen Gütern. Statt großen Maschinen sind es in der digitalen Welt häufig innovative Ideen sowie das Know-How hochspezialisierter Mitarbeiter, die die Idee in die Tat umsetzen und monetarisieren.¹ Derartige Fachkräfte sind auf dem Arbeits-

1 Vgl. Göhsl, Marktübergreifendes Wachstum in der Digitalwirtschaft, 2022, S. 115.

markt Mangelware. Entsprechend verwundert es kaum, dass vor allem die sog. „Tech Giants“ intensiv untereinander und gegenüber dritten Unternehmen um Mitarbeiter des jeweiligen Konkurrenten werben.² Grundsätzlich ist dies Ausdruck eines erwünschten freien Wettbewerbs zwischen Unternehmen um qualifizierte Arbeitskräfte. Es existiert freilich keine Bestandsgarantie für Unternehmen im Hinblick auf ihren Mitarbeiterstab.³ Darüber hinaus ist für die Mitarbeiter die freie Wahl des Arbeitsplatzes sowie des Vertragspartners verfassungsrechtlich gemäß Art. 12 Abs. 1 GG sowie Art. 15 Abs. 1 GR-Charta⁴ geschützt.⁵ Entsprechend verwundert es auf den ersten Blick nicht weiter, dass das Abwerben von Mitarbeitern lange keine Rolle in der kartellrechtlichen Praxis spielte.

Jedoch kann sich das Abwerben von Mitarbeitern auch nachteilig auf den Wettbewerb auswirken. Zuletzt häufen sich etwa alarmierende Presseberichte, wonach insbesondere Big Tech-Unternehmen das Abwerben von Mitarbeitern als vermeintlichen „blinden Fleck“ in der kartellbehördlichen Aufsicht identifiziert haben und dieses Mittel gezielt gegen ihre Wettbewerber einsetzen.⁶ Besonders betroffen ist die KI-Branche,⁷ in der gegenwärtig starke Konsolidierungstendenzen zu beobachten sind. In den USA hat dies zuletzt zu Appellen aus der Politik an die Kartellbehörden geführt, gegen

2 Vgl. etwa *Eufinger*, RIW 2017, 481 m. w. N.; siehe auch *Desmarais*, Where Google, Microsoft, Amazon and Other Tech Giants are Poaching Talent (Infographic), Artikel auf www.inc.com v. 3.2.2017, abrufbar unter <https://www.inc.com/christina-desmarais/where-google-microsoft-amazon-and-other-tech-giants-are-poaching-talent-infograp.html>.

3 Vgl. *Köhler/Alexander*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2024, § 4 Rn. 4.103.

4 Zum Fehlen einer eigenständigen Gewährleistung der Berufsfreiheit in der EMRK etwa *Wunderlich*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 55 ff.

5 Siehe auch *Bien/Becker*, WuW 2024, 183, 185 f.; *Köhler/Alexander*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2024, § 4 Rn. 4.103.

6 Siehe etwa *Tilley*, When Apple Comes Calling, ‘It’s the Kiss of Death’. Aspiring partners accuse tech giant of copying their ideas; Apple says it plays by the rules, Artikel auf www.wsj.com (The Wallstreet Journal) v. 20.4.2023, abrufbar unter <https://www.wsj.com/articles/apple-watch-patents-5b52cda0>; *Shead*, VC Slams Silicon Valley Heavyweights For Poaching London’s Top Startup Talent, Artikel auf [forbes.com](https://www.forbes.com) v. 6.6.2019, abrufbar unter <https://www.forbes.com/sites/samshead/2019/06/06/vc-slams-silicon-valley-heavyweights-for-poaching-londons-top-startup-talent/>; *O’Brien/Parvini*, US senators call out Big Tech’s new approach to poaching talent, products from smaller AI startups, Artikel auf apnews.com v. 12.7.2024, abrufbar unter <https://apnews.com/article/ai-artificial-intelligence-acquihires-amazon-adept-wyden-fa3cd0502a757e5a9ccb83d00bf9ad55>.

7 Hierzu näher unten V 2.

entsprechende Verhaltensweisen von Big Tech-Unternehmen einzuschreiben.⁸ Betreffend die Fusionskontrolle ist mit dem Fall „Microsoft/Inflection“ das Abwerben von Mitarbeitern jüngst in den Fokus gerückt: Mit der Europäischen Kommission, dem Bundeskartellamt sowie der britischen Competition and Markets Authority (CMA)⁹ griffen drei Kartellbehörden den Fall auf und bejahten einen Zusammenschluss nach dem jeweils einschlägigen Fusionskontrollregime.¹⁰

Vor dem Hintergrund des Missbrauchsverbots wurde das Abwerben von Mitarbeitern bislang kaum beleuchtet. Auch in dem am 1. August 2024 veröffentlichten Entwurf neuer Leitlinien für die Anwendung von Art. 102 AEUV spielt die Thematik keine Rolle.¹¹ Wettbewerbliche Probleme im Zusammenhang mit dem Abwerben von Mitarbeitern kommen jedoch vor

-
- 8 Siehe etwa *Volenik*, AI Unicorns Are Being Gutted As BigTech Poaches Talent And Even Founders. FTC Boss Warns Of A 'Risk Of Monopolization', Artikel auf [uk.finance.yahoo.com](https://uk.finance.yahoo.com/news/ai-unicorns-being-gutted-big-193124364.html?guccounter=2) v. 6.9.2024, abrufbar unter <https://uk.finance.yahoo.com/news/ai-unicorns-being-gutted-big-193124364.html?guccounter=2>; *O'Brien/Parvini*, US senators call out Big Tech's new approach to poaching talent, products from smaller AI startups, Artikel auf [apnews.com](https://apnews.com/article/ai-artificial-intelligence-acquihires-amazon-adept-wyden-fa3cd0502a757e5a9c8b83d00bf9ad55) v. 12.7.2024, abrufbar unter <https://apnews.com/article/ai-artificial-intelligence-acquihires-amazon-adept-wyden-fa3cd0502a757e5a9c8b83d00bf9ad55>, siehe auch unten V 2.
 - 9 Die CMA erwähnt den Transfer von Mitarbeitern in ihren Leitlinien zur Fusionskontrolle als mögliches Szenario für einen fusionskontrollrechtlich relevanten Zusammenschluss; in den bisherigen fusionskontrollrechtlichen Entscheidungen der Behörde war der Übergang von Personal, abgesehen vom Fall „Microsoft/Inflection“, hingegen nur am Rande von Bedeutung, siehe CMA v. 25.4.2024, *Mergers: Guidance on the CMA's jurisdiction and procedure*, Rn. 4.2., 4.9., 4.11, 413 sowie die Nachweise in Rn. 411 Fn. 38, so bereits nahezu identisch in der vorherigen Fassung der Leitlinien v. 4.1.2022.
 - 10 Siehe Kommission, Pressemitteilung v. 18.9.2024, IP/24/4727 – Microsoft/Inflection; BKartA, Pressemitteilung v. 29.11.2024, Übernahme von Mitarbeitenden kann der deutschen Fusionskontrolle unterliegen – Microsoft/Inflection nur mangels erheblicher Inlandstätigkeit von Inflection nicht anmeldepflichtig, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2024/29_11_2024_Microsoft_Inflection.html; CMA v. 24.10.2024, ME 7103/24 – Microsoft/Inflection, Rn. 87 ff. Näher zu diesem Fall unten II 2, V 2, V 4. Dass das Abwerben von Mitarbeitern der Fusionskontrolle unterfallen kann, zeigten vorher bereits *Bien/Becker*, WuW 2024, 81 sowie *Bien/Becker*, WuW 2024, 183, jeweils m. w. N.
 - 11 Siehe Kommission, Entwurf v. 1.8.2024 von Leitlinien für die Anwendung von Artikel 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, abrufbar unter https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2024-article-102-guidelines_en#guidelines-on-exclusionary-abuses-of-dominance; dazu allgemein *Wagner-von Papp*, WuW 2024, 445.

allem dann in Betracht, wenn das Abwerben von einem Unternehmen in marktbeherrschender Stellung ausgeht. Soweit marktbeherrschende Unternehmen durch den Einsatz von außerhalb des Leistungswettbewerbs liegenden Mitteln Mitarbeiter ihrer Wettbewerber abwerben und auf diese Weise ihre marktbeherrschende Stellung verstärken („*poaching to power*“), kann dies zu einer Behinderung von Wettbewerbern auf den betroffenen Produkt- und Arbeitsmärkten führen (unten IV). Wettbewerbs-schädliche Effekte drohen ferner insbesondere dann, wenn die abgeworbenen Mitarbeiter so essenziell für ihren vormaligen Arbeitgeber¹² waren, dass dieser sein Unternehmen oder einen Geschäftszweig ohne die abgewanderten Mitarbeiter nicht weiterführen kann und seine Markt-tätigkeit daher insoweit einstellen muss oder zumindest keine ernsthafte wettbewerbliche Bedrohung mehr für den Abwerbenden darstellt. Derartige wettbewerbs-schädliche Marktstrukturveränderungen (unten V) sind insbesondere bei Startups in der Digitalwirtschaft realistisch, welche nicht selten von nur wenigen Personen betrieben werden.¹³ Im Extremfall verschwindet ein Wettbewerber vom Markt und der Wettbewerbsdruck auf den Marktbeherrscher sinkt. Darüber hinaus legen jüngste ökonomische Studien nahe, dass die aus der Marktmacht resultierende Fähigkeit eines beherrschenden Unternehmens, jederzeit die Mitarbeiter ihrer Wettbewerber abwerben zu können, ggf. zu ausbeuterischen Verhaltensweisen auf dem Akquisitionsmarkt führen kann (unten VI): Die Drohung des Marktbeherrschers, im Falle gescheiterter Verhandlungen über einen Unternehmenskauf die Mitarbeiter des Zielunternehmens abzuwerben, kann als Druckmittel dienen, den „Kaufpreis“ für das Zielunternehmen zu drücken („*power to poach*“).

Dieser Beitrag widmet sich daher der Frage, unter welchen Voraussetzungen das Abwerben von Mitarbeitern im Wege des *direct hiring* als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne des Art. 102 AEUV anzusehen ist. Aus Verständnisgründen sind dabei zunächst zwei sich in

-
- 12 Aus Gründen der besseren Lesbarkeit und Übersichtlichkeit wird im Folgenden der Begriff „Arbeitgeber“ für den Erwerber angeworbener Mitarbeiter und der Begriff „Arbeitsvertrag“ für das Vertragsverhältnis zwischen Erwerber und angeworbenem Mitarbeiter verwendet. Die in diesem Beitrag angestellten Überlegungen betreffen allerdings nicht allein Arbeitsverhältnisse im technischen Sinne. Etwa im Hinblick auf Geschäftsführer oder freie Mitarbeiter kommen auch andere Rechtsverhältnisse, etwa Dienst- bzw. Geschäftsbesorgungsverträge in Betracht.
- 13 Henkst, Fusionskontrolle auf der Grundlage von Art. 102 AEUV?, 2024, S. 36, 239, der beispielhaft auf das Unternehmen Instagram hinweist, welches zum Zeitpunkt des Erwerbs durch Facebook über lediglich 13 Mitarbeiter verfügte.

der Praxis bietende Methoden des Zugriffs auf fremde Mitarbeiter zu erläutern (II 1): Einerseits ist es möglich, sich durch einen klassischen Unternehmenskauf die Mitarbeiter eines Unternehmens „automatisch“¹⁴ einzuverleiben („*acqui-hire*“), andererseits können diese unmittelbar, etwa durch Arbeits- oder Geschäftsbesorgungsverträge unter Aufgabe ihrer bisherigen Stellung angeworben werden („*direct hiring*“). Nach einem kurzen Exkurs zur Einordnung der beiden Varianten in das System der Fusionskontrolle (II 2) wird die besondere Bedeutung der Arbeitsmärkte für die vorliegende Betrachtung aufgezeigt (III). Anschließend werden die drei möglichen Varianten eines missbräuchlichen Abwerbens von Mitarbeitern (IV – VI) im Einzelnen erläutert. Am Ende steht ein die in diesem Beitrag gewonnenen Erkenntnisse zusammenfassendes Ergebnis (VII).

II. Zwei Möglichkeiten des Zugriffs auf fremde Mitarbeiter: *acqui-hire und direct hiring*

1. Terminologie

Im rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Diskurs mittlerweile verbreitet ist die Wortschöpfung „*acqui-hire*“.¹⁵ Sie beschreibt das Phänomen,¹⁶ wonach Transaktionen im gesellschaftsrechtlichen Sinne mit dem primären Ziel vollzogen werden, die Mitarbeiter des Zielunternehmens in das Erwerberunternehmen zu integrieren.¹⁷ Gerade bei Big Tech-Unternehmen ist diese Strategie häufig zu beobachten.¹⁸ Sinnbildlich hierfür steht eine

14 Vgl. § 613a BGB.

15 Siehe etwa Göhsl, Marktübergreifendes Wachstum in der Digitalwirtschaft, 2022, S. 115; Coyle/Polsky, DLJ 2013, 281 ff.; Bar-Isaac/Johnson/Nocke, Acquiiring for Monopsony Power (23. Januar 2024), abrufbar über SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4601787> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4601787>, S. 3 d. Umbruchs m. w. N.

16 Nach einer Studie von Grub/Will/Crosbie/Speller, CMS European M & A Study 2021, S. 9 verfolgten 14 % aller M&A-Transaktionen in Europa das primäre Ziel der Mitarbeitergewinnung. Siehe auch Henkst, Fusionskontrolle auf der Grundlage von Art. 102 AEUV?, 2024, S. 37.

17 Siehe etwa Henkst, Fusionskontrolle auf der Grundlage von Art. 102 AEUV?, 2024, S. 37; Göhsl, Marktübergreifendes Wachstum in der Digitalwirtschaft, 2022, S. 115; ferner Coyle/Polsky, DLJ 2013, 281 ff.

18 Bar-Isaac/Johnson/Nocke, Acquiiring for Monopsony Power (23. Januar 2024), abrufbar über SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4601787> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4601787>, S. 1 f. d. Umbruchs.

Aussage Mark Zuckerbergs auf einer Veranstaltung für Startup-Gründer: „Facebook has not once bought a company for the company itself. We buy companies to get excellent people“.¹⁹

Nach dem überwiegenden²⁰ Begriffsverständnis sowohl in der juristischen als auch in der ökonomischen Literatur setzt ein *acqui-hire* eine „klassische“ Unternehmenstransaktion, etwa einen Asset- oder Share-Deal voraus.²¹ Davon zu unterscheiden ist das in diesem Beitrag im Mittelpunkt stehende „direkte“ Abwerben von Mitarbeitern, etwa über deren Anstellung mittels Dienst- oder Arbeitsverträgen (im Folgenden: „*direct hiring*“).²²

2. Exkurs: Direct hiring und Fusionskontrolle

Die Frage, unter welchen Umständen das Abwerben von Mitarbeitern unter den Tatbestand der kartellrechtlichen Fusionskontrolle fällt, wurde bereits an anderer Stelle ausführlich erörtert²³ und soll daher im Folgenden nur zum Verständnis im Rahmen eines kurzen Exkurses skizziert werden:

Bezweckt ein Unternehmen, besonders qualifizierte Mitarbeiter eines anderen Unternehmens anzuwerben, kann sich ein *acqui-hire* aus Sicht des Erwerberunternehmens als kostengünstiger darstellen als ein unmit-

19 *Hindman*, Mark Zuckerberg: “We Buy Companies To Get Excellent People”, Artikel auf huffpost.com v. 19.10.2010, abrufbar unter https://www.huffpost.com/entry/mark-zuckerberg-we-buy-co_n_767338; siehe auch *Bar-Isaac/Johnson/Nocke*, Acqui-hiring for Monopsony Power (23. Januar 2024), abrufbar über SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4601787> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4601787>, S. 1 d. Umbruchs.

20 Siehe aber jüngst BKartA, Pressemitteilung v. 29.11.2024, Übernahme von Mitarbeitenden kann der deutschen Fusionskontrolle unterliegen – Microsoft/Inflection nur mangels erheblicher Inlandstätigkeit von Inflection nicht anmeldepflichtig, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2024/29_11_2024_Microsoft_Inflection.html sowie *Käseberg*, NZKart 2025, 1, die den Begriff des „*acqui-hire*“ auch für Konstellationen verwenden, in denen unmittelbar Mitarbeiter eines Unternehmens abgeworben werden. Im Hinblick auf die im Folgenden, insbesondere unter V 5 b) aa), dargestellten jeweils unterschiedlichen Wirkungen der beiden Konstellationen sollte begrifflich zwischen *acqui hire* und *direct hiring* unterschieden werden.

21 Vgl. *Henkst*, Fusionskontrolle auf der Grundlage von Art. 102 AEUV?, 2024, S. 37.

22 Die wettbewerblichen Auswirkungen von *acqui-hire* und *direct hiring* auf dem Arbeitsmarkt vergleichend *Bar-Isaac/Johnson/Nocke*, Acqui-hiring for Monopsony Power (23. Januar 2024), abrufbar über SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4601787> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4601787>, S. 3 d. Umbruchs.

23 Siehe *Bien/Becker*, WuW 2024, 81 sowie *Bien/Becker*, WuW 2024, 183.

telbares Anwerben der Arbeitnehmer.²⁴ Derartige Fälle fallen – das Überschreiten der fusionskontrollrechtlichen Schwellenwerte vorausgesetzt – unproblematisch unter die jeweils einschlägigen Fusionskontrollregime. In der Praxis können jedoch gleichermaßen erhebliche Anreize bestehen, auf die Strategie eines *direct hiring* wichtiger Mitarbeiter eines Unternehmens zu setzen.

Direct hiring bietet zunächst eine – vermeintliche – Möglichkeit der Umgehung einer fusionskontrollrechtlichen Prüfung:²⁵ Bis vor Kurzem spielte *direct hiring* in der fusionskontrollrechtlichen Praxis tatsächlich noch kaum eine Rolle; vielmehr sah das Bundeskartellamt im Fall „CTS Eventim/Four Artists“, in dem Eventim einen Großteil der wichtigsten Mitarbeiter der Künstleragentur Four Artists abwarb und Four Artists anschließend seinen Geschäftsbetrieb einstellen musste, noch keine Möglichkeit des Einschreitens.²⁶ Mit dem – unten näher dargestellten²⁷ – Fall „Microsoft/Inflection“ scheint sich der Wind zu drehen: Das Amt bewertete den Umstand, dass Microsoft u. a. nahezu sämtliche Mitarbeiter des KI-Startups Inflection übernommen sowie weitreichende Begleitvereinbarungen zur Finanzierung und Verwendung von Schutzrechten getroffen hatte, als Zusammenschluss im Sinne des § 37 GWB.²⁸ Wie die Kommission und die CMA, die den

24 Dazu ausführlich *Bar-Isaac/Johnson/Nocke*, Acquiiring for Monopsony Power (23. Januar 2024), abrufbar über SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4601787> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4601787>.

25 Presseberichte weisen auf entsprechende Strategien großer Digitalunternehmen hin, vgl. CNBC, *How Google, Microsoft And Amazon Are Raiding AI Startups For Talent*, Reportage v. 30.8.2024, ca. Minute 7:00, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=9jwXZhXi-TA&t=388s>; *O'Brien/Parvini*, US senators call out Big Tech's new approach to poaching talent, products from smaller AI startups, Artikel auf [apnews.com](https://apnews.com/v.12.7.2024) v. 12.7.2024, abrufbar unter <https://apnews.com/article/ai-artificial-intelligence-acqui-hires-amazon-adept-wyden-fa3cd0502a757e5a9ccb83d00bf9ad55>. Wie *Bien/Becker*, WuW 2024, 81 sowie *Bien/Becker*, WuW 2024, 183 jedoch zeigen, können durch *direct hiring* verursachte Marktstrukturveränderungen durchaus der Fusionskontrolle unterliegen.

26 Vgl. die Äußerungen des Präsidenten des BKartA *Andreas Mundt*, Interview in Folge 3 („Die verschwundene Firma“) der Doku-Serie des Bayerischen Rundfunks „Dirty Little Secrets“ v. 31.5.2023, ab Minute 28:11, abrufbar unter <https://fmos.link/21451>; näher zu diesem Fall *Bien/Becker*, WuW 2024, 81.

27 Unten V 2.

28 BKartA, Pressemitteilung v. 29.11.2024, Übernahme von Mitarbeitenden kann der deutschen Fusionskontrolle unterliegen – Microsoft/Inflection nur mangels erheblicher Inlandstätigkeit von Inflection nicht anmeldepflichtig, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2024/29_11_2024_Microsoft_Inflection.html. Näher zum Sachverhalt vgl. auch CMA

Fall wie erwähnt²⁹ ebenfalls aufgriffen,³⁰ stellte das Bundeskartellamt das Verfahren jedoch letztlich ein.³¹

Aus Sicht des Erwerbers bietet das Abwerben der Mitarbeiter eines Unternehmens eine Alternative zum *acqui-hire*, wenn das Zielunternehmen einen aus Sicht des Erwerbers zu hohen Preis aufruft oder sich gar gänzlich weigert, sein Unternehmen zu verkaufen.³² Bemisst sich der Wert des Zielunternehmens maßgeblich am Know-How seiner Mitarbeiter, kann wirtschaftlich betrachtet mit einem *direct hiring* aller oder der wichtigsten Mitarbeiter des Unternehmens oder einer Unternehmenssparte derselbe Effekt erzielt werden wie bei einem *acqui-hire*.³³ Insofern ließe sich das

v. 24.10.2024, ME 7103/24 – Microsoft/Inflection, Rn. 30, 94 ff. Neben diesem Fall scheint das Bundeskartellamt auch bei der Untersagung des Zusammenschlussvorhabens der Universitätskliniken Heidelberg und Mannheim u.a. Konsequenzen für den Arbeitsmarkt berücksichtigt zu haben, siehe *Bien*, LinkedIn-Post v. Oktober 2024 bzgl. der Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht am 26.9.2024 des Bundeskartellamts, abrufbar unter https://www.linkedin.com/posts/florian-bien-33b068264_tagung-des-arbeitskreises-kartellrecht-activity-7246599273356607488-Vp7z?utm_source=share&utm_medium=member_desktop. So habe das Amt berücksichtigt, dass „[d]ie Ausweichmöglichkeiten für das Klinikpersonal [...] drastisch sinken [würden], wenn es nur noch ein Riesenklinikum auf der rechten Seite des Neckars gäbe.“ In der Pressemitteilung des Amtes wird dies allenfalls angedeutet, siehe BKartA, Pressemitteilung v. 26.7.2024, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2024/26_07_2024_Heidelberg_Mannheim.html: „Ein Zusammenschluss des Krankenhausbetriebes beider Kliniken unter einer gemeinsamen Leitung vermittelt den Beteiligten dagegen dauerhaft eine zu hohe Marktmacht gegenüber Patientinnen und Patienten, **Ärztinnen und Ärzten**, Kooperationspartnern und Wettbewerbern.“ (Hervorh. v. Verf.).

29 Oben I.

30 Vgl. Kommission, Pressemitteilung v. 18.9.2024, IP/24/4727 – Microsoft/Inflection; CMA v. 24.10.2024, ME 7103/24 – Microsoft/Inflection; näher unten V 2.

31 Die Kommission hatte den Fall überhaupt nur über sieben Verweisanträge aus den Mitgliedstaaten nach Art. 22 FKVO aufgegriffen. Nach dem Urt. des EuGH in Sachen „Illumina/Grail“ (EuGH, Urt. v. 2.9.2024, verb. Rs. C-611/22 P u. C-625/22 P, ECLI:EU:C:2024:677), in dem der Gerichtshof der neuen Verweisungslösung der Kommission einen Riegel vorgeschoben hat, zogen die Mitgliedstaaten ihre Anträge zurück und die Kommission kündigte an, in dem Verfahren keine Entscheidung zu treffen. Das Verfahren des Bundeskartellamts scheiterte am letzten Kriterium der Transaktionswertschwelle, namentlich einer erheblichen Inlandstätigkeit des Zielunternehmens Inflection (§ 35 Abs. 1a GWB). Die CMA kam nach ihrer Prüfung des Zusammenschlusses zu dem Ergebnis, dass dieser nicht zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken führt.

32 *Bien/Becker*, WuW 2024, 81 f.

33 Vgl. CMA v. 24.10.2024, ME 7103/24 – Microsoft/Inflection, Rn. 96, 100.

eingangs erwähnte³⁴ Zitat Mark Zuckerbergs auch umdrehen: „We poach excellent people to get the company“.

Im Ergebnis kann ein *direct hiring* damit dieselben Wirkungen auf die Marktstruktur haben wie ein *acqui-hire*.³⁵ An anderer Stelle wurde deshalb bereits ausführlich dargelegt, dass durch *direct hiring* herbeigeführte Marktstrukturveränderungen unter bestimmten Voraussetzungen unter den Tatbestand der Fusionskontrolle fallen können.³⁶ Das mag auf den ersten Blick vor allem deshalb wenig intuitiv wirken, da Dienst- oder Arbeitsverträge grundsätzlich jederzeit durch den Arbeitnehmer gekündigt werden können, während mit *acqui-hires* regelmäßig eine unumkehrbare – Veränderung der gesellschaftsrechtlichen Strukturen des Zielunternehmens verbunden ist. Bei näherem Hinsehen spricht dies jedoch nicht dagegen, das Abwerben von Mitarbeitern unter den fusionskontrollrechtlichen Kontrollbegriff zu subsumieren:³⁷ Erstens besteht die Möglichkeit von Kündigungen gleichermaßen beim *acqui-hire*: Der Erwerber kann seine Mitarbeiter nicht zwingen, seinem Unternehmen treu zu bleiben. Zweitens kommen Ng/Stuart in einer Studie zu dem Ergebnis, dass Mitarbeiter nach einem *direct hiring* sogar deutlich länger (im Durchschnitt 3,1 Jahre) im Unternehmen verbleiben als im Falle eines *acqui-hire* (im Durchschnitt 1,75 Jahre).³⁸ Zu ähnlichen Ergebnissen kommt Kim, wonach Mitarbeiter, die im Rahmen eines *acqui-hire* gewonnen worden, mit einer signifikant höheren Wahrscheinlichkeit das Unternehmen wieder verlassen als im Rahmen eines *direct hiring* abgeworbene Mitarbeiter.³⁹ *Direct hiring* kann somit sogar dauerhafter die Kontrolle über das Know-How der abgeworbenen Mitarbeiter vermitteln als ein *acqui-hire*.

34 Oben II 1.

35 Vgl. auch CMA v. 24.10.2024, ME 7103/24 – Microsoft/Inflection, Rn. 96, 100. Siehe zu den jedoch unterschiedlichen wettbewerblichen Auswirkungen insbesondere unten V 5 b) aa).

36 Siehe Bien/Becker, WuW 2024, 81 sowie Bien/Becker, WuW 2024, 183.

37 Vgl. CMA v. 24.10.2024, ME 7103/24 – Microsoft/Inflection, Rn. III.

38 Ng/Stuart, Strategic Management Journal, 43(5), 1025, 1036; siehe auch Bar-Isaac/Johnson/Nocke, Acqui-hiring for Monopsony Power (23. Januar 2024), abrufbar über SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4601787> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4601787>, S. 4 d. Umbruchs.

39 Kim, Turnover Differences Between Acquired and Regular Hires, Strategy Science, Articles in Advance, S.10; siehe auch Bar-Isaac/Johnson/Nocke, Acqui-hiring for Monopsony Power (23. Januar 2024), abrufbar über SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4601787> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4601787>, S. 4 d. Umbruchs.

III. Bedeutung des Arbeitsmarkts

Bei der im Rahmen dieses Beitrags im Mittelpunkt stehenden Frage, unter welchen Voraussetzungen das Abwerben von Mitarbeitern im Wege des *direct hiring* als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne des Art. 102 AEUV anzusehen ist, sind nicht nur der Produktmarkt, sondern insbesondere auch der Arbeitsmarkt in den Blick zu nehmen. Die Bedeutung der Arbeitsmärkte im Wettbewerbsrecht wurde zuletzt vor allem im Hinblick auf zwischen Unternehmen vereinbarte Abwerbverbote („non-poaching-agreements“) oder Lohnabsprachen („wage fixing“) hervorgehoben.⁴⁰ Das amerikanische Department of Justice (DoJ) sowie die Federal Trade Commission (FTC) weisen in ihrer Antitrust Guidance for Human Resource Professionals darauf hin, dass Wettbewerb zwischen (potenziellen) Arbeitgebern auf dem Markt für Arbeitskräfte nicht nur zu verbesserten Arbeitsbedingungen und höheren Gehältern führen kann; vielmehr profitieren am Ende auch die Verbraucher, da Unternehmen über ihre durch den Wettbewerb motivierte Mitarbeiter in der Lage sind, qualitativ höherwertige Produkte oder Dienstleistungen anzubieten.⁴¹

Auf marktbeherrschende Unternehmen zurückgehende, durch das Abwerben von Mitarbeitern verursachte Behinderungseffekte oder Marktstrukturveränderungen und ihre Folgen auf den Arbeitsmarkt werden, soweit ersichtlich, hingegen bislang kaum thematisiert. Lediglich in jüngster

40 Siehe etwa Kommission, Competition policy brief 2/2024, Antitrust in Labour Markets, abrufbar unter https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/adb27d8b-3dd8-4202-958d-198cf0740ce3_en; DoJ/FTC, Antitrust Guidance for Human Resource Professionals, October 2016, abrufbar unter <https://www.justice.gov/atr/file/903511/dl>; zur Fallpraxis der nordischen Kartellbehörden siehe den Joint Nordic report 2024, Competition and Labour Markets, abrufbar unter <https://kfst.dk/media/tsdpmh3l/20240116-competition-and-labour-markets-joint-nordic-report-2024.pdf>, S. 4 ff., 21 ff.; ferner *Broulík*, Harm to Workers in EU Competition Law: A Sufficient Condition for Intervention, Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper No. 2024-12, abrufbar über: <https://ssrn.com/abstract=4945475>, S. 36; *Eufinger*, RIW 2017, 481; *Linsmeier/Mächtle*, NZKart 2015, 258, jeweils m. w. N. Zur Bedeutung der Arbeitsmärkte in der Fusionskontrolle siehe *Bien/Doganoglu*, NZKart 2019, 185. Zur Stellung von Plattformarbeitern vor dem Hintergrund des Kartellrechts siehe ferner *Schmidt-Kessen*, in diesem Band, S. 95 ff.

41 Vgl. DoJ/FTC, Antitrust Guidance for Human Resource Professionals, October 2016, abrufbar unter <https://www.justice.gov/atr/file/903511/dl>, S. 2; *Eufinger*, RIW 2017, 481 f.

Zeit weisen ökonomische Studien auf durch das Abwerben von Mitarbeitern entstehende wettbewerbliche Gefahren auf den Arbeitsmärkten hin.⁴²

1. Verstärkung von Monopsonmacht auf dem Arbeitsmarkt durch *acqui-hire*

Ein *acqui-hire* kann Wettbewerb auf einem – spezialisierten – Arbeitsmarkt abschwächen und eine bereits bestehende Monopsonmacht auf dem Arbeitsmarkt verstärken.⁴³ Nach den Feststellungen einer Studie von *Bar-Isaac/Johnson/Nocke* ist dabei ein *acqui-hire* grundsätzlich mit größeren Nachteilen verbunden als ein *direct hiring*:⁴⁴ Mitarbeiter werden sich regelmäßig nur dann direkt abwerben lassen, wenn sie nach ihrem Arbeitgeberwechsel besser stehen als vorher, etwa im Hinblick auf das Gehalt oder sonstige Vorteile.⁴⁵ Im Rahmen eines Abwerbeversuchs machen in der Regel zunächst der Abwerbende und sodann der bisherige Arbeitgeber Angebote an den umkämpften Mitarbeiter, wodurch sich die Ausgangslage für letzteren in jedem Fall verbessert.⁴⁶ Im Falle eines *acqui-hire*, bei dem die Mitarbeiter „automatisch“ (§ 613a BGB) auf den Erwerber übergehen, profitieren dagegen in erster Linie die Shareholder des Zielunternehmens in Form des vom Erwerber bezahlten „Kaufpreises“. Da im Falle eines *acqui-hire* ein Wettbewerber des Erwerbers auf dem Markt für qualifizierte Mitarbeiter ausscheidet, sinkt insoweit der Wettbewerbsdruck und somit die Verhandlungsmacht der Mitarbeiter, gegenüber ihrem neuen Arbeitgeber

42 Siehe etwa *Bar-Isaac/Johnson/Nocke*, *Acquihiring for Monopsony Power* (23. Januar 2024), abrufbar über SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4601787> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4601787>; *Benkert/Letina/Liu* (2023), ‘DP18376 Startup Acquisitions: Acqui-hires and Talent Hoarding’, CEPR Discussion Paper No. 18376, abrufbar unter <https://cepr.org/publications/dp18376>.

43 Vgl. *Bar-Isaac/Johnson/Nocke*, *Acquihiring for Monopsony Power* (23. Januar 2024), abrufbar über SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4601787> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4601787>, S. 2 d. Umbruchs.

44 *Bar-Isaac/Johnson/Nocke*, *Acquihiring for Monopsony Power* (23. Januar 2024), abrufbar über SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4601787> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4601787>, S. 3 d. Umbruchs.

45 Vgl. *Bar-Isaac/Johnson/Nocke*, *Acquihiring for Monopsony Power* (23. Januar 2024), abrufbar über SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4601787> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4601787>, S. 3 f., 6 d. Umbruchs.

46 Vgl. *Bar-Isaac/Johnson/Nocke*, *Acquihiring for Monopsony Power* (23. Januar 2024), abrufbar über SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4601787> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4601787>, S. 5 d. Umbruchs.

bessere Löhne oder Arbeitsbedingungen durchzusetzen.⁴⁷ Neben mögliche Behinderungsaspekte gegenüber Wettbewerbern auf dem Arbeitsmarkt⁴⁸ können damit – Marktmacht vorausgesetzt – Effekte eines Ausbeutungsmissbrauchs zu Lasten der Arbeitnehmer treten.

2. Bei langfristiger Betrachtung: gleiche Effekte durch direct hiring

Legt man – anders als *Bar-Isaac/Johnson/Nocke* – eine langfristige Betrachtungsweise zu Grunde, können sich die soeben dargestellten Ausbeutungseffekte auch beim *direct hiring* realisieren:⁴⁹ Scheidet der ehemalige Arbeitgeber infolge des Abwanderns seiner Mitarbeiter aus dem Nachfragemarkt für qualifizierte Arbeitskräfte aus,⁵⁰ sinkt der Verhandlungsdruck, den die Mitarbeiter im Hinblick auf *zukünftige* Gehaltserhöhungen oder sonstige Verbesserungen der Arbeitsbedingungen gegenüber ihrem neuen Arbeitgeber aufbauen können, wenn im Arbeitsmarkt keine oder weniger alternative Arbeitgeber vorhanden sind. Eine mit dem Abwerben zunächst verbundene Besserstellung des Mitarbeiters kann sich somit langfristig relativieren, indem die Dynamik aus dem Arbeitsmarkt herausgenommen wird und die Qualität der Arbeitsbedingungen stagniert. Auch soweit das Abwerben von Mitarbeitern nicht zur Folge hat, dass das Unternehmen des ehemaligen Arbeitgebers vom Markt ausscheidet, sondern bloße Behinderungseffekte eintreten,⁵¹ kann sich dies auf den Wettbewerbsdruck auf den Arbeitsmärkten auswirken: Führt der Abgang der Arbeitskräfte – etwa mangels verfügbarer Ersatzmöglichkeiten – dazu, dass die Produktivität des Unternehmens sinkt, ist es umso weniger in der Lage, seinen eigenen aktuellen wie potenziellen Mitarbeitern attraktive Arbeitsbedingungen zu bieten.

47 *Bar-Isaac/Johnson/Nocke*, Acquihring for Monopsony Power (23. Januar 2024), abrufbar über SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4601787> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4601787>, S. 3 d. Umbruchs; siehe auch *Broulík*, Harm to Workers in EU Competition Law: A Sufficient Condition for Intervention, Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper No. 2024-12, abrufbar über: <https://ssrn.com/abstract=4945475>, S. 2 ff. m. w. N.

48 Unten IV.

49 Die Entscheidung der CMA v. 24.10.2024, ME 7103/24 – Microsoft/Inflection, Rn. 140 ff. ist daher insoweit zu kritisieren, als sie sich nur mit den Auswirkungen auf dem Produktmarkt beschäftigt.

50 Zum Marktstrukturmissbrauch siehe unten V.

51 Zum Behinderungsmissbrauch siehe unten IV.

3. Spezialisierte Arbeitsmärkte im digitalen Sektor

Die dargestellten Effekte auf den Arbeitsmarkt wirken umso stärker, wenn man bedenkt, dass es sich bei den Arbeitsmärkten im digitalen Sektor häufig um sehr spezialisierte und daher enge Märkte handelt. Gerade im digitalen Sektor sind die Märkte für spezialisiertes *tech talent* dünn besiedelt und besonderes Know-How verteilt sich sparsam auf verhältnismäßig wenige Experten. So mag ein besonders spezialisierter Softwareentwickler in vielen Unternehmen des digitalen Sektors einsatzfähig sein; im Hinblick auf seine Spezialisierung kommt seine *volle* Produktivität häufig aber nur in einer kleinen Anzahl von Unternehmen zur Entfaltung, was eine tendenziell enge Abgrenzung des relevanten sachlichen⁵² Arbeitsmarktes nahelegt.⁵³

4. Berücksichtigung wettbewerblicher Gefahren durch das Abwerben von Arbeitnehmern auch im Rahmen des DMA und § 19a GWB?

Entsprechende Gefahren für den Wettbewerb auf den Arbeitsmärkten müssen sich nicht zwangsläufig aus der Marktbeherrschung ergeben, sondern können auch aus einer marktübergreifend hervorgehobenen Stellung etwa eines Big Tech-Unternehmens resultieren, insbesondere wenn dieses über erhebliche finanzielle Möglichkeiten verfügt und sich aus anderen Bereichen seines Ökosystems⁵⁴ querfinanzieren kann. Eine aus der hier im Mittelpunkt stehenden kartellrechtlichen Betrachtung resultierende Folgefrage ist, inwieweit die in diesem Beitrag dargestellten Gefahren für den Wettbewerb auf dem Arbeitsmarkt auch bei der Regulierung marktübergreifend mächtiger Digitalunternehmen *de lege ferenda* – wie etwa im Rahmen einer künftigen Reform des Digital Markets Act oder von § 19a GWB – berücksichtigt werden sollten.⁵⁵ *De lege lata* kann die für Gatekeeper geltende Unterrichtungspflicht betreffend Zusammenschlüsse gemäß Art. 14 DMA dazu

52 Demgegenüber dürfte die räumliche Ausdehnung der Arbeitsmärkte im Digitalsektor überdurchschnittlich groß sein.

53 Vgl. *Bar-Isaac/Johnson/Nocke*, Acquistiring for Monopsony Power (23. Januar 2024), abrufbar über SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4601787> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4601787>, S. 3 d. Umbruchs.

54 Näher zum Begriff des Ökosystems etwa *Hornung*, The Ecosystem Concept, the DMA, and Section 19a GWB, *Journal of Antitrust Enforcement (JAE)*, 12(3), 396 m. w. N.

55 Nähere Ausführungen diesbezüglich würden den Rahmen dieses Beitrags sprengen.

beitragen, dass mit dem Abwerben von Mitarbeitern einhergehende Marktstrukturveränderungen frühzeitig erkannt werden.⁵⁶ Mit dem Abwerben von Mitarbeitern verbundene Behinderungseffekte⁵⁷ können vom BKartA u. U. über die Regelung des § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GWB untersucht werden.

IV. Poaching to power I: Direct hiring als Behinderungsmissbrauch

Im Folgenden zeigt sich, dass das Abwerben von Mitarbeitern eines Wettbewerbers durch einen Marktbeherrscher einen Behinderungsmissbrauch darstellen kann. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH liegt ein Behinderungsmissbrauch vor, wenn sich die vom Marktbeherrscher praktizierte Verhaltensweise dazu eignet, Verdrängungswirkung zu entfalten (1) und sie darüber hinaus vom Leistungswettbewerb abweicht (2).⁵⁸

1. Eignung zur Verdrängungswirkung

a) Maßstab

Nach allgemeiner Meinung reicht es für die Annahme eines Behinderungsmissbrauchs aus, wenn das in Frage stehende Verhalten *geeignet* ist, eine

56 So meldete etwa Apple am 24.5.2024 bei der Kommission einen Zusammenschluss in Form der Übernahme von „certain assets“ sowie „certain employees“ des AI-Unternehmens „Drishti“, siehe <https://digital-markets-act-cases.ec.europa.eu/acquisitions>.

57 Vgl. zum Behinderungsmissbrauch sogleich unten IV.

58 EuGH, Urt. v. 12.5.2022, C-377/20 – Servizio Elettrico Nazionale, ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 68, 103; v. 21.12.2023, C-333/21 – European Superleague Company, ECLI:EU:C:2023:1011, Rn. 129 ff.; v. 24.10.2024, C-240/22 P – Intel, ECLI:EU:C:2024:915, Rn. 176; die Formulierung geht zurück auf EuGH, Urt. v. 13.2.1979, 85/76 – Hoffmann-La Roche, ECLI:EU:C:1979:36, Rn. 91. Siehe auch Kommission, Entwurf v. 1.8.2024 von Leitlinien für die Anwendung von Artikel 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, abrufbar unter https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2024-article-102-guidelines_en#guidelines-on-exclusionary-abuses-of-dominance, Rn. 45; näher zum allgemeinen Tatbestand auch *Schweitzer/de Ridder*, How to Fix a Failing Art. 102 TFEU, Journal of European Competition Law & Practice (JECLAP), 15(4), 222, 228 ff. Für Fälle, in denen das Abwerben von Mitarbeitern zu einer Marktstrukturveränderung führt siehe unten V.

wettbewerbsbeschränkende Wirkung zu entfalten.⁵⁹ Mit Blick auf das Abwerben von Mitarbeitern durch ein marktbeherrschendes Unternehmen könnte es an dieser Voraussetzung im Einzelfall allenfalls dann fehlen, wenn offensichtlich ist, dass der ehemalige Arbeitgeber seine Geschäftstätigkeit, auch im Hinblick auf seine zukünftigen Entwicklungschancen, nach dem Abwandern seiner Mitarbeiter zum Marktbeherrscher ungehindert fortsetzen kann. In diesem Fall fehlt es an einer für den Nachweis eines Behinderungsmissbrauchs erforderlichen Möglichkeit einer Verdrängungswirkung.

Indes sind an den Nachweis der Möglichkeit einer Beeinträchtigung der Geschäftstätigkeit keine hohen Anforderungen zu stellen. Auf vermachteten Märkten ist vielmehr regelmäßig auch eine nur geringe Schwächung eines Wettbewerbers dazu geeignet, die Stellung des Marktbeherrschers zu stärken und somit den Wettbewerb zusätzlich zu beschränken.⁶⁰ Entsprechend haben die EU-Gerichte eine de-minimis-Grenze bei Art. 102 AEUV bisher nicht anerkannt.⁶¹ Die Anforderungen an den Nachweis der Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung sind umso niedriger, je stärker die Marktmacht des Marktbeherrschers ausgeprägt ist.⁶²

59 EuG, Urt. v. 30.9.2003, T-203/01 – Michelin II, ECLI:EU:T:2003:250, Rn. 237; *Bien*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2023, Art. 102 AEUV, Rn. 312; näher zum Maßstab der Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung *Schweitzer/de Ridder*, How to Fix a Failing Art. 102 TFEU, Journal of European Competition Law & Practice (JECLAP), 15(4), 222, 230 f.

60 Vgl. dagegen bzgl. § 4 Nr. 4 UWG OLG Frankfurt a. M., Beschluss v. 15.5.2018, 6 W 39/18, GRUR-RR 2019, 28, 29 Rn. 12, wonach mit Blick auf die positiven wettbewerblichen Effekte der Konkurrenz um qualifizierte Arbeitskräfte nicht jede Beeinträchtigung der Geschäftstätigkeit als missbrauchsbegründender Abwägungsgesichtspunkt angesehen werden sollte.

61 Vgl. EuGH, Urt. v. 13.2.1979, C-85/76 – Hoffmann-La Roche, ECLI:EU:C:1979:36, Rn. 123; v. 19.4.2012, C-549/10 P – Tomra, ECLI:EU:C:2012:221, Rn. 42; *Bien/Rummel*, EuZW 2012, 737, 739; *Bien*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2023, Art. 102 AEUV, Rn. 678.

62 Näher zu diesem Gedanken auch *Schweitzer/de Ridder*, How to Fix a Failing Art. 102 TFEU, Journal of European Competition Law & Practice (JECLAP), 15(4), 222, 230 f.: „it opens the possibility for some degree of balancing of likely harm and likely benefits“.

b) Insbesondere: talent hoarding und preemption effect

In der ökonomischen Forschung wird unter dem Stichwort „*talent hoarding*“⁶³ das Phänomen beschrieben, dass ein Unternehmen die Mitarbeiter seines Wettbewerbers (auf dem Produktmarkt) nur zu dem Zweck akquiriert, dem betroffenen Wettbewerber zu schaden. Durch das Abwerben seiner Mitarbeiter soll der Wettbewerber daran gehindert werden, sein Produkt weiterzuentwickeln und die Marktstellung des Konkurrenten zu gefährden („*preemption effect*“). Im Ergebnis kann dies zu Ineffizienzen führen, wenn die Mitarbeiter bei ihrem neuen Arbeitgeber weniger produktiv sind.⁶⁴ Ein *talent hoarding* ist darüber hinaus auch in der Form möglich, dass Mitarbeiter eines innovativen Startups nur deshalb abgeworben werden, um das Abwandern der betreffenden Mitarbeiter vom Startup zu einem Wettbewerber zu verhindern. Dies hat gleichermaßen Ineffizienzen zur Folge, wenn die Mitarbeiter bei dem Wettbewerber produktiver wären als bei dem Unternehmen, das sie abgeworben hat.⁶⁵ Aus Sicht des abwerbenden Unternehmens kann ein rechtzeitiges *talent hoarding* seine Gewinnchancen erhöhen, wenn es die entsprechenden Mitarbeiter abwirbt, bevor der effizientere Wettbewerber auf sie aufmerksam wird.⁶⁶ Ein entsprechender Nachweis dürfte in der Praxis schwierig zu führen sein,⁶⁷ wenngleich dies auch nicht ausgeschlossen erscheint. Gelingt der Nachweis eines *talent hoarding*, ist eine Verdrängungswirkung regelmäßig zu bejahen.

63 In Bezug auf *acqui-hires* ausführlich *Benkert/Letina/Liu* (2023), ‘DP18376 Startup Acquisitions: Acqui-hires and Talent Hoarding’, CEPR Discussion Paper No. 18376, abrufbar unter <https://cepr.org/publications/dp18376>, S. 1, 3 d. Umbruchs m. w. N.

64 Vgl. *Benkert/Letina/Liu* (2023), ‘DP18376 Startup Acquisitions: Acqui-hires and Talent Hoarding’, CEPR Discussion Paper No. 18376, abrufbar unter <https://cepr.org/publications/dp18376>, S. 2 f., 8 d. Umbruchs; *Bar-Isaac/Johnson/Nocke*, Acqui-hiring for Monopsony Power (23. Januar 2024), abrufbar über SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4601787> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4601787>, S. 3 d. Umbruchs.

65 Vgl. *Benkert/Letina/Liu* (2023), ‘DP18376 Startup Acquisitions: Acqui-hires and Talent Hoarding’, CEPR Discussion Paper No. 18376, abrufbar unter <https://cepr.org/publications/dp18376>, S. 2 f., 8 d. Umbruchs.

66 *Benkert/Letina/Liu* (2023), ‘DP18376 Startup Acquisitions: Acqui-hires and Talent Hoarding’, CEPR Discussion Paper No. 18376, abrufbar unter <https://cepr.org/publications/dp18376>, S. 3 d. Umbruchs.

67 Siehe auch unten IV 2 a).

2. Kein Leistungswettbewerb

Die Bedeutung und der Inhalt der zweiten Voraussetzung für einen Behinderungsmisbrauch, dem Abweichen vom Leistungswettbewerb, sind im Einzelnen umstritten.⁶⁸ Laut dem Entwurf der Kommission für Leitlinien über Behinderungsmisbräuche handelt es sich beim Leistungswettbewerb um eine Wettbewerbssituation, „die den Verbrauchern durch niedrigere Preise, eine bessere Qualität und eine breitere Auswahl neuer oder leistungsfähigerer Waren und Dienstleistungen zugutekommt.“⁶⁹ Fällt ein Verhalten nicht unter die von der Rechtsprechung für die einzelnen Missbrauchsvarianten entwickelten spezifischen Tests und handelt es sich auch nicht um eine sog. reine Beschränkung, muss die Abweichung vom Leistungswettbewerb auf Grundlage der besonderen Umstände des Einzelfalls nachgewiesen werden, wofür der Leitlinien-Entwurf eine Liste relevanter Umstände aufstellt.⁷⁰ Zum Abwerben von Mitarbeitern durch ein marktbeherrschendes Unternehmen äußert sich die Kommission in ihrem Leitlinienentwurf nicht.⁷¹

a) „Reine Beschränkungen“: Abwerbung nicht benötigter Mitarbeiter

Ein Marktbeherrscher handelt in Bezug auf das Abwerben von Mitarbeitern seines Wettbewerbers offensichtlich missbräuchlich, wenn die abgeworbenen Mitarbeiter im Unternehmen des neuen Arbeitgebers nicht benötigt

68 Siehe *Schweitzer/de Ridder*, How to Fix a Failing Art. 102 TFEU, *Journal of European Competition Law & Practice* (JECLAP), 15(4), 222, 232 f.; *Ibáñez Colomo*, Competition on the merits, *Common Market Law Review*, 61, 387; siehe mit Blick auf den Leitlinienentwurf auch *Neven*, Competition on the Merits?, *EU Law Live* v. 30.10.2024, abrufbar unter <https://eulawlive.com/competition-corner/competition-on-the-merits-by-damien-j-neven/>.

69 Kommission, Entwurf v. 1.8.2024 von Leitlinien für die Anwendung von Artikel 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, abrufbar unter https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2024-article-102-guidelines_en#guidelines-on-exclusionary-abuses-of-dominance, Rn. 51 mit Hinweis auf EuGH, Urt. v. 12.5.2022, C-377/20 – Servizio Elettrico Nazionale, ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 85.

70 Kommission, Entwurf v. 1.8.2024 von Leitlinien für die Anwendung von Artikel 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, abrufbar unter https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2024-article-102-guidelines_en#guidelines-on-exclusionary-abuses-of-dominance, Rn. 55.

71 Oben I.

und ohne Rücksicht auf andere Möglichkeiten auf dem Arbeitsmarkt Beschäftigte gerade eines bestimmten Mitbewerbers abgeworben werden.⁷² In diesen Fällen dient das Abwerben der betroffenen Mitarbeiter für das marktbeherrschende Unternehmen keinem anderen wirtschaftlichen Ziel als demjenigen, den Wettbewerb zu beschränken; in der Systematik des Leitlinien-Entwurfs der Kommission handelt es sich um sog. „reine Beschränkungen.“⁷³ Derartige Praktiken indizieren grundsätzlich ein wettbewerbswidriges *talent hoarding* und einen damit bezweckten *preemption effect*.⁷⁴

In der Praxis dürfte allerdings gerade im Tech-Bereich schwer nachzuweisen sein, dass qualifizierte Tech-Kräfte im Unternehmen tatsächlich nicht benötigt werden. Bereits der Maßstab ist schwer zu definieren: Ob ein Unternehmen wie Microsoft mit ca. 221.000 Mitarbeitern⁷⁵ einen ganz bestimmten zusätzlichen Software-Entwickler wirklich benötigt, dürfte sich nicht selten mit guten Argumenten anzweifeln lassen. Aber will man einem solchen Unternehmen deshalb die Anstellung versagen? Die Frage kann bei hochqualifiziertem Personal *ex ante* kaum objektiv beantwortet werden, da sie von individuellen unternehmerischen und strategischen Erwägungen abhängig ist. Dieser Abwägungsgesichtspunkt eignet sich damit weniger für ein frühzeitiges Einschreiten der Behörden, sondern kann allenfalls in der *ex post*-Betrachtung eine Rolle spielen, wenn sich die wettbewerbliche Gefahr bereits verwirklicht hat und es zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbers gekommen ist. Klar ist der Fall, wenn festgestellt werden kann, dass ein vormals hochspezialisierter Mitarbeiter nach dem Abwerben „auf Abstellgleis“ geschoben wurde und einer Tätigkeit im Unternehmen nachgeht, die weit unter seiner Qualifikation und seinem Leistungsvermögen liegt.

72 Zum Lauterkeitsrecht vgl. OLG Frankfurt a. M., Beschluss v. 15.5.2018, 6 W 39/18, GRUR-RR 2019, 28, 29 Rn. 11 ff.; Köhler/Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2024, § 4 Rn. 4.105.

73 Kommission, Entwurf v. 1.8.2024 von Leitlinien für die Anwendung von Artikel 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, abrufbar unter https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2024-article-102-guidelines_en#guidelines-on-exclusionary-abuses-of-dominance, Rn. 60 c). Siehe zum Konzept der reinen Beschränkung auch Schweitzer/de Ridder, How to Fix a Failing Art. 102 TFEU, Journal of European Competition Law & Practice (JECLAP), 15(4), 222, 239 f.

74 Oben IV 1 b).

75 Stand 30. Juni 2023, siehe Microsoft Annual Report 2023, abrufbar unter <https://www.microsoft.com/investor/reports/ar23/index.html>.

Einen Hinweis darauf, dass abgeworbene Mitarbeiter tatsächlich von Wert für den anwerbenden Marktbeherrscher sind, kann ein (realistisches) erfolgsabhängiges Vergütungsmodell geben.⁷⁶ Ein befristeter Anstellungsvertrag mit hohem Gehalt⁷⁷ kann hingegen ein Indiz für einen Behinderungsmisbrauch sein: Denkbar ist, dass der Mitarbeiter lediglich so lange im Unternehmen des Marktbeherrschers verbleiben soll, bis der bisherige Arbeitgeber so stark in seinen wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten beschränkt wurde, dass er keine ernste wettbewerbliche Bedrohung mehr darstellt oder sogar aus dem Markt ausscheidet.

b) As-efficient-competitor-Test bzgl. des gezahlten Gehalts

Eine Abweichung vom Leistungswettbewerb ist vor allem dann anzunehmen, wenn ein hypothetisch ebenso effizienter Wettbewerber wie das marktbeherrschende Unternehmen nicht in der Lage wäre, kostendeckend am Markt zu agieren (As-efficient-competitor-Test).⁷⁸ Auf dieser Grundlage stellt das Abwerben von Mitarbeitern eines Wettbewerbers einen Behinderungsmisbrauch dar, wenn die vom Marktbeherrscher an die abgeworbenen Mitarbeiter gezahlten Gehälter über den Einnahmen liegen, die der neue Arbeitgeber mit den abgeworbenen Mitarbeitern erzielen kann.⁷⁹

76 Vgl. bzgl. ähnlicher Erwägungen bei der wettbewerblichen Bewertung eines *acqui-hire* Göhsl, Marktübergreifendes Wachstum in der Digitalwirtschaft, 2022, S. 115 f. m. w. N.

77 Vgl. hierzu noch unten IV 2 b).

78 Dazu *Bien*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2023, Art. 102 AEUV Rn. 671 f. m. w. N.; *Schweitzer/de Ridder*, How to Fix a Failing Art. 102 TFEU, *Journal of European Competition Law & Practice* (JECLAP), 15(4), 222, 233 f. Auch in ihrem Leitlinienentwurf führt die Kommission den AEC-Test auf, siehe Kommission, Entwurf v. 1.8.2024 von Leitlinien für die Anwendung von Artikel 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, abrufbar unter https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2024-article-102-guidelines_en#guidelines-on-exclusionary-abuses-of-dominance, Rn. 55 lit. f) ff. Siehe dazu auch das Hintergrundpapier des Bundeskartellamts „Leitlinien zu Artikel 102 AEUV – Neue Maßstäbe für die Missbrauchsaufsicht?“ für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 28.9.2023, S. 37 f.

79 *Bien/Becker*, WuW 2024, 183, 189. Insoweit ist auf besonders hohe Gehälter der Maßstab des EuGH zu Kampfpreisen entsprechend übertragbar, vgl. EuGH, Urt. v. 3.7.1991, C-62/86 – AKZO, ECLI:EU:C:1991:286, Rn. 71 f.

Der Einsatz besonders hoher Gehälter als Mittel zum Abwerben von Mitarbeitern ist vor allem bei Big Tech-Unternehmen zu beobachten:⁸⁰ Im Jahre 2019 wurde von einem „aggressive push“ von Silicon Valley-Unternehmen in Londons Startup-Szene berichtet.⁸¹ Danach warben Tech-Giants wie Google, Facebook und Amazon im großen Stil zahlreiche wichtige Mitarbeiter von Londons großen Startups ab und stellten damit betroffenen Unternehmen wie Deliveroo, Improbable oder Onfido sowie die britische Wirtschaft insgesamt vor ernstzunehmende Probleme.⁸² *Tech talent* werde zum Teil mit dem Versprechen gelockt, ihr bisheriges Gehalt beim neuen Arbeitgeber verdoppeln zu können.⁸³ Das Abwerben talentierter Mitarbeiter von schnell wachsenden Startups sei eine „Standardpraxis“ für Unternehmen aus dem Silicon Valley.⁸⁴ In öffentlichen Stellungnahmen hielten sich betroffene Startups indes im Hinblick auf die Auswirkungen der Abwerbungen auf ihr Unternehmen bedeckt und wiesen z. T. darauf hin, dass Personalabwanderungen zwischen Tech-Giants und Startups in beide Richtungen stattfinden.⁸⁵

80 Neben dem folgenden Beispiel siehe auch den unter IV 2 c) bb) geschilderten Fall Apple/„Masimo Corp.“

81 Siehe etwa *Shead*, VC Slams Silicon Valley Heavyweights For Poaching London's Top Startup Talent, Artikel auf [forbes.com](https://www.forbes.com/sites/samshead/2019/06/06/vc-slams-silicon-valley-heavyweights-for-poaching-londons-top-startup-talent/) v. 6.6.2019, abrufbar unter <https://www.forbes.com/sites/samshead/2019/06/06/vc-slams-silicon-valley-heavyweights-for-poaching-londons-top-startup-talent/>.

82 So wird *Mark Tuszcz*, ein Partner beim Venture Capital Unternehmen „Mangrove Capital Partners“, mit der Aussage zitiert, die Abwerbestrategie der Silicon Valley-Unternehmen stelle für das UK eine größere Bedrohung dar als der Brexit, siehe *Shead*, VC Slams Silicon Valley Heavyweights For Poaching London's Top Startup Talent, Artikel auf [forbes.com](https://www.forbes.com/sites/samshead/2019/06/06/vc-slams-silicon-valley-heavyweights-for-poaching-londons-top-startup-talent/) v. 6.6.2019, abrufbar unter <https://www.forbes.com/sites/samshead/2019/06/06/vc-slams-silicon-valley-heavyweights-for-poaching-londons-top-startup-talent/>.

83 So die Einschätzung von *Mark Tuszcz*: „They're calling up all the companies you can imagine and saying I'll pay you twice what you earn at your startup“, zitiert nach *Shead*, VC Slams Silicon Valley Heavyweights For Poaching London's Top Startup Talent, Artikel auf [forbes.com](https://www.forbes.com/sites/samshead/2019/06/06/vc-slams-silicon-valley-heavyweights-for-poaching-londons-top-startup-talent/) v. 6.6.2019, abrufbar unter <https://www.forbes.com/sites/samshead/2019/06/06/vc-slams-silicon-valley-heavyweights-for-poaching-londons-top-startup-talent/>.

84 *Stevie Buckley*, Mitgründerin von HonestWork, einer Jobbörse für Tech-Unternehmen und Startups im UK, zitiert nach *Shead*, VC Slams Silicon Valley Heavyweights For Poaching London's Top Startup Talent, Artikel auf [forbes.com](https://www.forbes.com/sites/samshead/2019/06/06/vc-slams-silicon-valley-heavyweights-for-poaching-londons-top-startup-talent/) v. 6.6.2019, abrufbar unter <https://www.forbes.com/sites/samshead/2019/06/06/vc-slams-silicon-valley-heavyweights-for-poaching-londons-top-startup-talent/>.

85 *Shead*, VC Slams Silicon Valley Heavyweights For Poaching London's Top Startup Talent, Artikel auf [forbes.com](https://www.forbes.com/sites/samshead/2019/06/06/vc-slams-silicon-valley-heavyweights-for-poaching-londons-top-startup-talent/) v. 6.6.2019, abrufbar unter <https://www.forbes.com/sites/samshead/2019/06/06/vc-slams-silicon-valley-heavyweights-for-poaching-londons-top-startup-talent/>.

In der Praxis kommt die Durchführung eines As-efficient-competitor-Tests freilich nur in Betracht, soweit sich den abgeworbenen Mitarbeitern auch konkrete Einnahmen zuordnen lassen. Bei besonders wertvollen Mitarbeitern, insbesondere wenn diese auf Provisionsbasis arbeiten, dürften sich die entsprechenden Daten von der Kartellbehörde im Zuge ihrer Ermittlungen erheben lassen.⁸⁶ Liegen entsprechende Daten nicht vor, gestaltet sich der Nachweis eines Missbrauchs hingegen schwierig. Für private Dritte dürfte er ohnehin kaum zu erbringen sein. Bei Dienstleistungen ist denkbar, die dem Kunden in Rechnung gestellten Stunden mit dem abgerechneten Stundenhonorar zu multiplizieren, um so einen Richtwert für die vom jeweiligen Mitarbeiter erzielten Einnahmen zu ermitteln. Dieser Wert kann im Rahmen des As-efficient-competitor-Tests mit dem Gehalt des entsprechenden Mitarbeiters verglichen werden.⁸⁷

Ohne die Durchführung eines As-efficient-competitor-Tests dürfte der Maßstab für „exorbitante Gehälter“ kaum zu quantifizieren sein. Gerade in der dynamischen und hochumkämpften Tech-Branche müssen selbst erheblich über dem Marktniveau liegende Gehälter oder sonstige Arbeitsbedingungen nicht zwingend auf die Marktmacht des beherrschenden Unternehmens zurückzuführen sein, sondern können sich aus besonderen Einsatzmöglichkeiten und damit zusammenhängenden zusätzlichen oder neuen, auch nur vermuteten oder erhofften Gewinnchancen ergeben.⁸⁸

c) Andere Fälle einer Abweichung vom Leistungswettbewerb

aa) Rückgriff auf lauterkeitsrechtliche Grundsätze: Unlautere gezielte Behinderung i.S.d. § 4 Nr. 4 UWG

Mangels einschlägiger wettbewerbsrechtlicher Fallpraxis bietet sich im Übrigen ein Blick auf das Lauterkeitsrecht an. Nach in der deutschen Rechtsprechung und Literatur verbreiteter Ansicht können insbesondere die zum

[s/samshead/2019/06/06/vc-slams-silicon-valley-heavyweights-for-poaching-londons-top-startup-talent/](https://doi.org/10.5771/6783748947813).

86 Vgl. *Bien/Becker*, WuW 2024, 183.

87 *Bien/Becker*, WuW 2024, 183.

88 In der lauterkeitsrechtlichen Rechtsprechung werden für den Nachweis einer unlauteren gezielten Behinderung i. S. d. § 4 Nr. 4 UWG (näher sogleich unten IV 2 c)) indes z. T. „übertriebene Anreize“, etwa durch exorbitante Bezahlung herangezogen, siehe etwa OLG Frankfurt a. M., Beschluss v. 15.5.2018, 6 W 39/18, GRUR-RR 2019, 28, 29 Rn. 15.

lauterkeitsrechtlichen Mitbewerberschutz gemäß § 4 UWG entwickelten Grundsätze auch bei der kartellrechtlichen Bewertung berücksichtigt werden.⁸⁹ Im Hinblick auf die Funktionszusammenhänge des Lauterkeits- und Kartellrechts – beide Regime bezwecken den Schutz des Wettbewerbs sowohl im Allgemeininteresse als auch im Interesse des einzelnen Marktteilnehmers⁹⁰ – sind weitestgehend parallele Wertungen geboten.⁹¹ So kann insbesondere eine gezielte Behinderung im Sinne des § 4 Nr. 4 UWG auch ihre kartellrechtliche Unbilligkeit im Sinne des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB begründen.⁹² Nachdem § 19 GWB und Art. 102 AEUV mittlerweile im Wesentlichen inhaltsgleich ausgestaltet sind, können die zum deutschen Lauterkeitsrecht entwickelten Grundsätze auch einen Beitrag zum Diskurs im Rahmen des Art. 102 AEUV leisten. Schon aus normhierarchischen Gründen kann es sich insoweit freilich ausschließlich um eine für die Auslegung des europäischen Missbrauchsverbots unverbindliche Orientierungshilfe handeln. Ferner befreit die Feststellung eines lauterkeitsrechtlichen Verstoßes freilich nicht davon, bei der Prüfung eines Behinderungsmissbrauchs einen kausalen Zusammenhang zwischen marktbeherrschender Stellung und missbräuchlichem Verhalten im Sinne einer Ergebniskausalität nachzuweisen.⁹³

89 Vgl. BGH, Urt. v. 8.10.2019, KZR 73/17 – Werbeblocker III, NJW 2020, 64, 68 Rn. 37; Köhler/Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2024, § 4, Rn. 4.18; Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 2024, § 19 GWB, Rn. 48.

90 Vgl. bzgl. des europäischen Wettbewerbsrechts etwa EuGH, Urt. v. 4.6.2009, C-8/08 – T-Mobile Netherlands, ECLI:EU:C:2009:343, Rn. 38; Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 2019, Art. 102 AEUV, Rn. 6a m. w. N.; zum Verhältnis von UWG und GWB etwa BGH, Urt. v. 8.10.2019, KZR 73/17 – Werbeblocker III, NJW 2020, 64, 68 Rn. 37; Köhler, WRP 2005, 645, 646; Köhler/Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2024, § 4, Rn. 4.18.

91 Köhler/Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2024, § 4, Rn. 4.18; Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 2024, § 19 GWB, Rn. 48.

92 Vgl. in Bezug auf die deutsche Regelung des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB: BGH, Urt. v. 8.10.2019, KZR 73/17 – Werbeblocker III, NJW 2020, 64, 68 Rn. 37; Köhler/Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2024, § 4, Rn. 4.18.

93 Vgl. EuGH, Urt. v. 13.2.1979, C-85/76 – Hoffmann-La Roche, ECLI:EU:C:1979:36, Rn. 91, 123; Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, 2018, S. 258 Rn. 677; Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 2024, § 19 GWB, Rn. 49, 72; ausführlich zur Frage des erforderlichen Kausalitätszusammenhanges zwischen Marktherrschaft und Missbrauch nach Art. 102 AEUV etwa Bien, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2023, Art. 102 AEUV, Rn. 280 ff. m. w. N.

Im Hinblick auf das hier beleuchtete Abwerben von Mitarbeitern gilt auch im Lauterkeitsrecht der Grundsatz der Abwerbungsfreiheit.⁹⁴ Dennoch kann das Abwerben von Mitarbeitern von der Fallgruppe der gezielten Behinderung von Mitbewerbern gemäß § 4 Nr. 4 UWG erfasst sein.⁹⁵ Neben einem (potenziellen⁹⁶) Wettbewerbsverhältnis i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG ist Voraussetzung für die Unlauterkeit des Mitarbeiterabwerbens, dass besondere Umstände hinzutreten, die entweder den damit verfolgten Zweck oder das im Einzelfall eingesetzte Mittel verwerflich erscheinen lassen.⁹⁷ Grundlage der rechtlichen Bewertung des fraglichen Verhaltens ist insoweit eine Abwägung der Interessen der beteiligten Unternehmen, der beteiligten Mitarbeiter sowie der Allgemeinheit.⁹⁸

Die frühere, sehr strenge lauterkeitsrechtliche Rechtsprechung zu § 1 UWG a. F.⁹⁹ kann dabei heute nur noch eingeschränkt herangezogen werden. Insbesondere die frühere Fallgruppe der unlauteren „Ausbeutung“ des Mitbewerbers – d. h. planmäßiges Abwerben von Mitarbeitern mit dem Ziel, sich besondere Kenntnisse, Erfahrungen oder Einblicke in die Verhältnisse des Mitbewerbers zunutze zu machen¹⁰⁰ – kann allenfalls nur noch ausnahmsweise ein unlauteres Verhalten begründen, etwa außerhalb der Grenzen des Geschäftsgeheimnisgesetzes sowie arbeitsvertraglicher Vereinbarungen. Derartige Verhaltensweisen werden mittlerweile überzeugend als Ausdruck von Wettbewerb um knappe Ressourcen und letztlich sogar

94 Siehe BGH, Urt. v. 17.3.1961, ZR 26/60 – Spritzgußmaschine, GRUR 1961, 482, 483; BGH, Urt. v. 19.11.1965, Ib ZR 122/63 – Bau-Chemie, GRUR 1966, 263, 265; OLG Frankfurt a. M., Beschluss v. 15.5.2018, 6 W 39/18, GRUR-RR 2019, 28, 29 Rn. 6 m. w. N.

95 Ausführlich Köhler/Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2024, § 4 Rn. 4103 ff.; siehe im Übrigen die Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG sowie hinsichtlich der telefonischer Abwerbeversuche am aktuellen Arbeitsplatz § 7 Abs. 1 S. 1 UWG, dazu etwa Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2024, § 7, Rn. 235 m. w. N.

96 Vgl. Köhler/Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2024, § 4 Rn. 4.15.

97 BGH, Urt. v. 19.11.1965, Ib ZR 122/63 – Bau-Chemie, GRUR 1966, 263, 264 f.; v. 11.1.2007, I ZR 96/04 – Außendienstmitarbeiter, GRUR 2007, 800, Rn. 14; *Haselblatt/Witschel*, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, Wettbewerbsrecht, 2019, § 52, Rn. 185 f.; Köhler/Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2024, § 4 Rn. 4.104 ff. m. w. N.

98 Köhler/Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2024, § 4 Rn. 4.104.

99 Siehe etwa BGH, Urt. v. 17.3.1961, ZR 26/60 – Spritzgußmaschine, GRUR 1961, 482, 483; BGH, Urt. v. 19.11.1965, Ib ZR 122/63 – Bau-Chemie, GRUR 1966, 263, 265.

100 Vgl. BGH, Urt. v. 19.11.1965, Ib ZR 122/63 – Bau-Chemie, GRUR 1966, 263, 265 m. w. N.

förderlich für den Wettbewerb angesehen.¹⁰¹ Nach wie vor von praktischer Relevanz ist hingegen die Fallgruppe der planmäßigen Beeinträchtigung des Wettbewerbers mit dem Ziel, diesen in seiner geschäftlichen Tätigkeit ernstlich zu behindern.¹⁰² Wie sich im Folgenden zeigt, können die einzelnen Ausprägungen dieser lauterkeitsrechtlichen Fallgruppe u. U. auch zur Begründung eines Missbrauchs im kartellrechtlichen Sinne herangezogen werden.

bb) Ausnutzen eines Vertrauensverhältnisses, insb. laufende Verhandlungen

Für einen Behinderungsmissbrauch kann es sprechen, wenn der Marktbeherrscher einen Wettbewerber zunächst mit der Aussicht auf eine Zusammenarbeit „ködert“, die im Rahmen der damit zusammenhängenden Verhandlungen ausnutzt, um Einblick in die betrieblichen Verhältnisse des Wettbewerbers zu gelangen und letztlich die sich für den Marktbeherrscher als interessant entpuppten Mitarbeiter des Wettbewerbers abwirbt.¹⁰³ In der lauterkeitsrechtlichen Literatur wird die Existenz dieser Fallgruppe z. T. bezweifelt und eingewandt, dass der betroffene Mitarbeiter durch vertragliche bzw. vorvertragliche sowie deliktische Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadensersatzansprüche hinreichend geschützt und ein zusätzlicher Schutz durch das Lauterkeitsrecht nicht erforderlich sei.¹⁰⁴ Dem ist – jedenfalls in Bezug auf das Missbrauchsverbot – entgegenzuhalten, dass sich derartige Ansprüche gegen einen Marktbeherrscher nicht ohne weitere Schwierigkeiten realisieren lassen. Gerade kleine Unternehmen werden den von Big Tech-Unternehmen beschäftigten Großkanzleien nicht mit gleichen Waffen gegenüberreten können. Arbeitsvertragliche Wettbewerbsverbote sind in der Praxis nur von eingeschränkter Wirksamkeit.¹⁰⁵ Es ist daher zu bezweifeln, ob der durch das allgemeine Zivilrecht gebotene Schutz ausreicht, um Wettbewerbsprobleme zu verhindern. Berichte aus der Praxis legen es vielmehr nahe, dass ein zusätzliches Schutzbedürfnis durch das Kartellrecht sehr wohl besteht:

101 Köhler/Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2024, § 4 Rn. 4.106.

102 BGH, Urt. v. 19.11.1965, I ZR 122/63 – Bau-Chemie, GRUR 1966, 263, 265; Köhler/Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2024, § 4 Rn. 4.105 m. w. N.

103 Vgl. BGH, Urt. v. 17.3.1961, I ZR 26/60 – Spritzgußmaschine, GRUR 1961, 482, 483.

104 So Köhler/Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2024, § 4 Rn. 4.110.

105 Siehe Bien/Becker, WuW 2024, 81, 85 m. w. N.

Im Februar 2015 erhob das Startup „A123 Systems“, ein Spezialist für die Herstellung von Akkus für Elektro-Automobile, Klage gegen Apple.¹⁰⁶ Apple habe mit dem Ziel, eine eigene Akkusparte aufzubauen, gezielt zentrale Mitarbeiter von A123 abgeworben, und damit u. a. gegen arbeitsvertragliche Wettbewerbsverbote verstoßen.¹⁰⁷ Damit sei Apple in direkte Konkurrenz zu A123 getreten.¹⁰⁸ A123 behauptete in seiner Klage, der Weggang der an Apple verlorenen Mitarbeiter habe zur Folge gehabt, dass die von ihnen ursprünglich betreuten Projekte eingestellt werden mussten, da für die Mitarbeiter kein adäquater Ersatz gefunden werden konnte.¹⁰⁹ Der Streit wurde schließlich außergerichtlich beigelegt.¹¹⁰

Ein weiterer Fall betrifft das Chipdesign-Unternehmen „Imagination Technologies“. Apple war lange Zeit mit Abstand größter Kunde des Unternehmens. Im Jahr 2016 führten die beiden Unternehmen Verhandlungen um eine mögliche Akquisition von Imagination Technologies durch Apple, von der Apple letztlich aber Abstand nahm, ohne ein Angebot abgegeben zu haben.¹¹¹ Vielmehr kündigte Apple die Geschäftsbeziehung im Jahr 2017

106 Vgl. Notice of Removal von Apple v. 17.2.2015, A123 LLC v. Apple Inc., United States District Court for the District of Massachusetts, abrufbar unter <https://www.law360.com/articles/622308/attachments/0>.

107 A123 stützte seine Klage u. a. auf Ansprüche wegen Vertragsbruchs gegen seine Mitarbeiter, wegen unlauteren Wettbewerbs gegen Apple sowie wegen Verletzung von Geschäftsgeheimnissen gegen alle Beklagten, siehe etwa *Lowrey*, *Apple Poached Workers For New Battery Division*, A123 Says, Artikel auf [law360.com](https://www.law360.com) v. 17.2.2015, abrufbar unter <https://www.law360.com/articles/622308/apple-poached-workers-for-new-battery-division-a123-says>; *Love*, *Apple's auto ambitions sideswipe electric motorcycle startup*, Artikel auf [reuters.com](https://www.reuters.com) v. 19.10.2015, abrufbar unter <https://www.reuters.com/article/2015/10/19/us-apple-motorcycle-idUSKCN0SD0ND20151019/>; *L. Becker*, *Abwerbklage zwischen Apple und Fahrzeug-Akkuhersteller beigelegt*, Artikel auf [heise.de](https://www.heise.de) v. 17.6.2015, abrufbar unter <https://www.heise.de/news/Abwerbklage-zwischen-Apple-und-Fahrzeug-Akkuhersteller-beigelegt-2715297.html>.

108 *Lowrey*, *Apple Poached Workers For New Battery Division*, A123 Says, Artikel auf [law360.com](https://www.law360.com) v. 17.2.2015, abrufbar unter <https://www.law360.com/articles/622308/apple-poached-workers-for-new-battery-division-a123-says>.

109 *Lowrey*, *Apple Poached Workers For New Battery Division*, A123 Says, Artikel auf [law360.com](https://www.law360.com) v. 17.2.2015, abrufbar unter <https://www.law360.com/articles/622308/apple-poached-workers-for-new-battery-division-a123-says>.

110 *Love*, *Apple's auto ambitions sideswipe electric motorcycle startup*, Artikel auf [Reuters.com](https://www.reuters.com) v. 19.10.2015, abrufbar unter <https://www.reuters.com/article/2015/10/19/us-apple-motorcycle-idUSKCN0SD0ND20151019/>.

111 *Rossignol*, *Apple Poaches Imagination Technologies COO and Graphics Engineers After Passing On Acquisition*, Artikel auf [macrumors.com](https://www.macrumors.com) v. 13.10.2016, abrufbar unter <https://www.macrumors.com/2016/10/13/apple-imagination-technologies-hires/>.

auf und erklärte, in Zukunft eigene Grafikchips produzieren zu wollen. Daraufhin brach der Aktienkurs von Imagination Technologies dramatisch ein;¹¹² und Imagination Technologies sah sich mehr oder weniger gezwungen, die Geschäftssparten abzustoßen, die nicht zu ihrem Kernbereich des GPU-Geschäfts gehörten.¹¹³ In diesem Zusammenhang wurde bekannt, dass Apple in den Monaten und Jahren vor seiner Ankündigung mindestens ein Dutzend wichtiger Mitarbeiter von Imagination Technologies abgeworben hatte, darunter der Chief Operating Officer, GPU Architekten sowie leitende Ingenieure, Hardware Designer und Design Manager; der Business Insider sprach von einem „*brain drain*“.¹¹⁴ Vertreter von Imagination Technologies waren indes darum bemüht, den Vorgang in öffentlichen Statements zu relativieren und maßen dem Verlust ihrer Mitarbeiter keine überragende Bedeutung für die Tätigkeit des Unternehmens insgesamt zu.¹¹⁵

Auch in einem Bericht für das Wall Street Journal berichtet *Aaron Tiley* von wiederholten Anschuldigungen, wonach Apple zunächst Kontakt zu Unternehmen im Hinblick auf eine mögliche Kooperation oder die Integration ihrer Technologien in Apple-Produkte aufnehme, dann aber die Gespräche abrupt abbreche, wichtige Mitarbeiter der Unternehmen abwerbe und selbst mit der Entwicklung oder Herstellung der betreffenden

112 *Sandle*, Imagination Technologies' shares plunge 70 pct after Apple ditches firm, Artikel auf Reuters.com v. 3.4.2017, abrufbar unter <https://www.reuters.com/article/dUSKBNI750G3/>.

113 Konkret handelte es sich um die Sparten „MIPS“ und „Enigma“, die von Imagination Technologies ursprünglich zur Diversifizierung des Unternehmens gegründet wurden, näher *Smith*, Imagination to Double-Down on GPU Business, MIPS and Enigma to Be Sold, Artikel auf anandtech.com v. 4.5.2017, abrufbar unter <https://www.anandtech.com/show/11334/imagination-to-sell-mips-and-ensigma>.

114 *Leswing*, One of Apple's most important technology partners is suffering a brain drain – to Apple, Artikel auf businessinsider.com v. 13.10.2016, abrufbar unter <https://www.businessinsider.com/apple-poaches-imagination-technologies-coo-2016-10>; siehe ferner *Ralph*, Apple poached Imagination staff before pulling plug on chips deal, Artikel auf thetimes.co.uk v. 4.7.2017, abrufbar unter <https://www.thetimes.co.uk/article/apple-poached-imagination-staff-before-pulling-plug-on-chips-deal-mc7zjkm5h>; *Rossignol*, Apple Poaches Imagination Technologies COO and Graphics Engineers After Passing On Acquisition, Artikel auf macrumors.com v. 13.10.2016, abrufbar unter <https://www.macrumors.com/2016/10/13/apple-imagination-technologies-hires/>.

115 Siehe *Leswing*, One of Apple's most important technology partners is suffering a brain drain – to Apple, Artikel auf businessinsider.com v. 13.10.2016, abrufbar unter <https://www.businessinsider.com/apple-poaches-imagination-technologies-coo-2016-10>.

Technologien beginne.¹¹⁶ Plastisch beschreibt dies ein Betroffener: „Apple will talk to everybody and then try to steal the best people who are developing the technology.“¹¹⁷ Ein anderer spricht von einem „Todeskuss“: „When Apple takes an interest in a company, it’s the kiss of death [...]. First, you get all excited. Then you realize that the long-term plan is to do it themselves and take it all.“¹¹⁸ Im Fall von „Masimo Corp.“, einem Entwickler von Blutsauerstoff-Messgeräten, der 2013 ein mit Applegeräten kompatibles, mobiles Puls-Oximeter herausbrachte, habe Apple beispielsweise zunächst intensive Gespräche über eine Zusammenarbeit der beiden Unternehmen geführt und weitreichendes Interesse signalisiert, die Masimo-Technologien in Apple-Produkten, insbesondere der Apple Watch, zu nutzen. Einige Monate später habe Apple stattdessen Masimos Medical Chief Officer abgeworben und ihm dabei nicht nur angeboten, sein Gehalt zu verdoppeln,¹¹⁹ sondern darüber hinaus „millions in Apple shares“ versprochen.¹²⁰ Apple habe insoweit versucht, Masimo zu beruhigen und die Gespräche über eine Kooperation fortgesetzt, am Ende aber noch ca. 30 weitere Masimo-Mitarbeiter abgeworben.¹²¹ 2019 veröffentlichte Apple eigene Patente unter dem Namen eines ehemaligen Masimo-Ingenieurs für einen der Masimo-Tech-

116 *Tilley*, When Apple Comes Calling, ‘It’s the Kiss of Death’. Aspiring partners accuse tech giant of copying their ideas; Apple says it plays by the rules, Artikel auf *wsj.com* (The Wallstreet Journal), abrufbar unter <https://www.wsj.com/articles/apple-watch-patents-5b52cda0>.

117 *Vinod Khosla*, Venture Capital-Investor und Board Chairman des sich mit Apple in Patentstreitigkeiten befindlichen Unternehmens *AliveCor*, zitiert nach *Tilley*, When Apple Comes Calling, ‘It’s the Kiss of Death’. Aspiring partners accuse tech giant of copying their ideas; Apple says it plays by the rules, Artikel auf *wsj.com* (The Wallstreet Journal), abrufbar unter <https://www.wsj.com/articles/apple-watch-patents-5b52cda0>.

118 *Joe Kiani*, Gründer von „Masimo Corp.“, zitiert nach *Tilley*, When Apple Comes Calling, ‘It’s the Kiss of Death’. Aspiring partners accuse tech giant of copying their ideas; Apple says it plays by the rules, Artikel auf *wsj.com* (The Wallstreet Journal), abrufbar unter <https://www.wsj.com/articles/apple-watch-patents-5b52cda0>.

119 Siehe auch oben IV 2 b).

120 So die Schilderung von *Joe Kiani*, Gründer von „Masimo Corp.“, zitiert nach *Tilley*, When Apple Comes Calling, ‘It’s the Kiss of Death’. Aspiring partners accuse tech giant of copying their ideas; Apple says it plays by the rules, Artikel auf *wsj.com* (The Wallstreet Journal), abrufbar unter <https://www.wsj.com/articles/apple-watch-patents-5b52cda0>.

121 *Tilley*, When Apple Comes Calling, ‘It’s the Kiss of Death’. Aspiring partners accuse tech giant of copying their ideas; Apple says it plays by the rules, Artikel auf *wsj.com* (The Wallstreet Journal), abrufbar unter <https://www.wsj.com/articles/apple-watch-patents-5b52cda0>.

nologie mutmaßlich sehr ähnlichen Blutsauerstoff-Sensor. Im darauffolgenden Jahr brachte Apple eine Smartwatch heraus, mit der der Sauerstoffgehalt im Blut gemessen werden kann.¹²² Daraufhin erhob Masimo Klage mit dem Ziel, Apple die Nutzung von Masimos Patenten in zwei Modellserien der Apple Watch zu untersagen. Masimo stützte seine Klage u. a. darauf, dass Apple sich über die Kenntnisse ehemaliger Masimo-Mitarbeiter einen Wettbewerbsvorteil verschafft habe.¹²³ Apple legte daraufhin eigene Patente vor und versuchte, Masimos Patente für ungültig erklären zu lassen. Im Oktober 2023 verhängte die US International Trade Commission eine Importsperrung gegen mehrere Modellserien der Apple Watch.¹²⁴ Apple hat dagegen Rechtsmittel eingelegt.¹²⁵

cc) Kollusion, insbesondere Verleiten zum Vertragsbruch

Die Fallgruppe des „Verleitens zum Vertragsbruch“ im Sinne eines bewussten und gezielten Hinwirkens auf die Verletzung wesentlicher Vertragspflichten ist traditionell im Lauterkeitsrecht anerkannt.¹²⁶ Als die Verletzung wesentlicher Vertragspflichten wurden von der Rechtsprechung beispielsweise die Missachtung (nach-)vertraglicher Wettbewerbsverbote, die

122 *Tilley*, When Apple Comes Calling, ‘It’s the Kiss of Death’. Aspiring partners accuse tech giant of copying their ideas; Apple says it plays by the rules, Artikel auf *wsj.com* (The Wallstreet Journal), abrufbar unter <https://www.wsj.com/articles/apple-watch-patents-5b52cda0>.

123 *Decker/Gurmann*, Apple Stole Tech for Watch, Masimo Claims in Patent Suit, Artikel auf *bloomberg.com* v. 9.1.2020, abrufbar unter <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-01-09/apple-sued-by-masimo-over-patents-for-watch-technology>.

124 United States International Trade Commission, Notice v. 26.10.2023, Investigation No. 337-TA-1276 in the Matter of certain light-based physiological measurement devices and components thereof, abrufbar unter https://www.usitc.gov/system/files/secretary/fed_reg_notices/337/337_1276_notice10262023sgl.pdf.

125 United States Court of Appeals for the Federal Circuit, Non-confidential Brief for Appellant Apple Inc. No. 2024-1285, Apple Inc. v. International Trade Commission, abrufbar unter <https://fingfx.thomsonreuters.com/gfx/legaldocs/zjpwgxlmpx/APPLE%20APPLE%20WATCH%20ITC%20APPEAL%20brief.pdf>; siehe auch *Brittain*, Apple asks US appeals court to reverse Apple Watch important ban, Artikel auf *reuters.com* v. 2.4.2024, abrufbar unter <https://www.reuters.com/legal/apple-asks-us-appeals-court-reverse-apple-watch-import-ban-2024-04-05/>.

126 Siehe bereits BGH, Urt. v. 17.2.1956, I ZR 57/54 – Drahtverschluß, GRUR 1956, 273; einen Überblick über den Stand der Rechtsprechung gibt *Köhler/Alexander*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2024, § 4 Rn. 4.107 m. v. N.

vertragswidrige Einstellung der Arbeit oder eine provozierte außerordentliche Kündigung anerkannt.¹²⁷ Diese Rechtsprechung wird allerdings mittlerweile z. T. in Frage gestellt.¹²⁸

In einer zum Kartellverbot ergangenen Entscheidung betreffend die von der FIFA aufgestellten Sanktionen für die Verpflichtung eines bei einem anderen Club beschäftigten Spielers lässt der EuGH erkennen, dass er das Abwerben von Arbeitnehmern auch unter Bruch des laufenden Arbeitsvertrags grundsätzlich als Ausdruck des Wettbewerbs zwischen den Fußballclubs um Fußballspieler betrachtet.¹²⁹ Dies schließt indes nicht aus, im Einzelfall, jedenfalls bei zusätzlich hinzutretenden Umständen das Verleiten zum Vertragsbruch durch ein marktbeherrschendes Unternehmen als nach Art. 102 AEUV verbotenen Missbrauch einzuordnen. In der lauterkeitsrechtlichen Literatur werden als zusätzliche unlauterkeitsbegründende Umstände etwa eine – nachweisbare – Behinderungsabsicht oder das Einwirken auf die Entscheidungsfreiheit und Entscheidungsfähigkeit des jeweiligen Mitarbeiters vorgeschlagen.¹³⁰ Ferner ist denkbar, zusätzlich darauf abzustellen, ob in kurzer Zeit wesentliche Mitarbeiter abgeworben werden¹³¹ oder ob der Marktbeherrscher seine neuen Mitarbeiter zusätzlich zur Verletzung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen des ehemaligen Arbeitgebers verleitet.¹³²

dd) „Putsch- oder handstreichartiges“ Abwerben

Daneben könne erschwerend berücksichtigt werden, wenn die entsprechenden Mitarbeiter „putsch- oder handstreichartig“ abgeworben werden, sodass der Mitarbeiter keine Möglichkeit hat, der faktischen Übernahme seines Geschäfts entgegenzusteuern.¹³³ Vor allem im Tech-Bereich ist aller-

127 Ausführlich Köhler/Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2024, § 4 Rn. 4.107 m. w. N.

128 Köhler/Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2024, § 4 Rn. 4.107 m. w. N. zum Meinungsstreit.

129 Vgl. EuGH, Urt. v. 4.10.2024, C-650/22 – FIFA/Lassana Diarra u. a., ECLI:EU:C:2024:824, Rn. 140 ff. (insb. Rn. 140, 146, 147).

130 Köhler/Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2024, § 4 Rn. 4.107 m. w. N. zum Meinungsstreit.

131 Sogleich IV 2 c) dd).

132 Siehe auch unten IV 3.

133 Vgl. OLG Frankfurt a. M., Beschluss v. 15.5.2018, 6 W 39/18, GRUR-RR 2019, 28, 29 Rn. 13.

dings zu berücksichtigen, dass dynamische Entwicklungen möglicherweise ein schnelles Handeln erfordern und das sukzessive Zusammenstellen eines neuen Teams keine akzeptable Alternative darstellen. Ist schnelles Handeln indes im Einzelfall nicht geboten, kann ein putsch- oder handstreichartiges Abwerben für einen Missbrauch sprechen.

3. Mittelbar mit dem Abwerben von Mitarbeitern verbundene missbräuchliche Verhaltensweisen

Neben unmittelbar mit dem Abwerben von Mitarbeitern einhergehende Verdrängungswirkungen können damit weitere wettbewerbsschädliche Verhaltensweisen verbunden sein, die zwar bloß mittelbar auf das Abwerben von Mitarbeitern zurückzuführen sind, gleichwohl jedoch entscheidend mit dem Abwerben zusammenhängen. Die Gefahr solcher zusätzlicher Wettbewerbsbeeinträchtigungen, auf die vorliegend lediglich hingewiesen werden kann, mag für die Kartellbehörden im Rahmen ihres Aufgreifermessens zusätzlichen Anlass geben, mutmaßlichen mit dem Abwerben von Mitarbeitern verbundenen Wettbewerbsproblemen näher auf den Grund zu gehen.

a) Verletzung von Geschäftsgeheimnissen und missbräuchlicher Einsatz von Schutzrechten

Wettbewerbsprobleme können etwa dann entstehen, wenn der Marktherrscher auf Grund seiner Marktmacht Mitarbeiter eines Wettbewerbers nicht nur zum Wechsel zu seinem Unternehmen bewegen, sondern auch dazu bringen kann, gesetzlich geschützte¹³⁴ Geschäftsgeheimnisse des Konkurrenten zu verraten. Ebenfalls denkbar ist, dass das Know-How der angeworbenen Mitarbeiter den Marktherrscher zu einem missbräuchlichen Einsatz von tatsächlich nicht bestehenden oder durch Verstoß gegen die einschlägigen immaterialgüterrechtlichen Vorschriften zustande gekommenen¹³⁵ Schutzrechten befähigt. In Presseberichten wurde in der Vergangen-

134 Etwa nach dem GeschGehG.

135 So denkbar etwa bei sog. „widerrechtlicher Entnahme“, d. h., wenn der wesentliche Inhalt eines Patents den Beschreibungen, Zeichnungen, Modellen, Gerätschaften oder Einrichtungen eines anderen oder einem von diesem angewendeten Verfahren ohne dessen Einwilligung entnommen ist, vgl. etwa §§ 8, 21 Abs. 1 Nr. 3 PatG;

heit etwa dem Unternehmen Apple vorgeworfen, über das Abwerben von Mitarbeitern Technologien anderer Unternehmen zu „stehlen“, sich die fremden Technologien anschließend rechtswidrig¹³⁶ patentieren zu lassen und betroffene Unternehmen mit Patentklagen zu überziehen, wodurch hohe Kosten für die Verteidigung entstehen. Apple bestreitet ein derartiges Fehlverhalten regelmäßig und wirft den betreffenden Unternehmen vor, ihrerseits Appleprodukte unter Verwendung ungültiger Patente zu kopieren.¹³⁷ In beiden genannten Fällen ist das Abwerben von Mitarbeitern notwendiges „Mittel zum Zweck“: Der Rechtsbruch liegt zwar in der Verletzung einschlägiger Vorschriften des Geschäftsgeheimnisschutzes oder des Patentrechts; die Möglichkeit eines entsprechenden Gesetzesverstößes bietet sich für den Marktbeherrscher hingegen erst durch den Zugriff auf das Know-How der ehemaligen Mitarbeiter des Konkurrenten.

b) „Missbrauch durch Rechtsbruch“

Die beschriebenen Verhaltensweisen können unter die – in der Literatur umstrittene, gleichwohl in der Rechtsprechung im Grundsatz anerkannte – Fallgruppe „Missbrauch durch Rechtsbruch“¹³⁸ subsumiert werden. Im Fall

Art. 60 Abs. 1, 61, 138 Abs. 1 lit. e) EPÜ; Art. II §§ 5, 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 IntPatÜG; näher *Kober-Dehm*, in: Benkard, Patentgesetz: PatG, 2023, § 21, Rn. 18 ff.

136 Soeben oben Fn. 135.

137 *Tilley*, When Apple Comes Calling, ‘It’s the Kiss of Death’. Aspiring partners accuse tech giant of copying their ideas; Apple says it plays by the rules, Artikel auf *wsj.com* (The Wallstreet Journal), abrufbar unter <https://www.wsj.com/articles/apple-watch-patents-5b52cda0>.

138 Siehe etwa EuGH, Urt. v. 6.12.2012, C-457/10 P – *AstraZeneca*, ECLI:EU:C:2012:770, Rn. 66 ff; (Verletzung patentrechtlicher Vorschriften zur Beantragung eines Schutzrechtes); EuGH, Urt. v. 4.7.2023, C-252/21 – *Facebook*, ECLI:EU:C:2023:537, Rn. 48 (DSGVO-Verstöße); BGH, Urt. v. 6.11.2012, KVR 54/11 – *Gasversorgung Ahrensburg*, WuW 2013, 627 = WuW/E DE-R 3879 (Verstöße gegen das TKG); BGH, Urt. v. 6.11.2013, KZR 58/11 – *VBL-Gegenwert I*, NZKart 2014, 31 sowie BGH, Urt. v. 24.1.2017, KZR 47/14 – *VBL-Gegenwert II*, NZKart 2017, 242 (Einsatz unzulässiger AGB); vgl. ferner Kommission, Entwurf v. 1.8.2024 von Leitlinien für die Anwendung von Artikel 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, abrufbar unter https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2024-article-102-guidelines_en#guidelines-on-exclusionary-abuses-of-dominance, Rn. 55 lit. c). Gegen die Anerkennung einer eigenen Fallgruppe etwa *Franck*, ZWeR 2016, 137, 142 f.; *Körber*, NZKart 2019, 187, 194 f. Ausführlich, jeweils m. v. N. zum Meinungsstand etwa *Bien*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2023, Art. 102 AEUV, Rn. 280 ff.; *Wolf*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2022, § 19 GWB, Rn. 35d ff.

„AstraZeneca“ hat die Kommission, bestätigt durch EuG und EuGH, einen Missbrauch u. a. in systematisch irreführenden Darstellungen AstraZenecas vor den Patentämtern verschiedener Mitgliedstaaten gesehen. Diese Darstellungen hatten das Ziel, Schutzzertifikate für Arzneimittel zu erlangen oder aufrechtzuerhalten, auf die kein Anspruch oder ein solcher nur für eine kurze Dauer bestand.¹³⁹ Der EuGH sah darin eine missbräuchliche „Gesamtstrategie [...], mit der die Generikahersteller durch die Erlangung ergänzender Schutzzertifikate unter Verstoß gegen die Rechtsvorschriften, mit denen sie geschaffen wurden, unzulässigerweise vom Markt ferngehalten werden sollten.“¹⁴⁰

aa) Wettbewerbliche Auswirkungen der Rechtsverstöße

Vorschriften zum Geheimnisschutz sowie zum Schutz von Patenten sind von hoher Relevanz für die Marktposition des Inhabers des jeweiligen immateriellen Guts. Eine Verletzung derartiger Vorschriften kann sich damit regelmäßig nachteilig unmittelbar auf den Wettbewerb auf dem relevanten Markt auswirken.¹⁴¹ Im Ergebnis verschafft sich der Marktbeherrscher durch den Rechtsverstoß einen Wettbewerbsvorsprung vor anderen Marktteilnehmern.¹⁴²

bb) Kausalität

Eine – nach zutreffender Ansicht im Rahmen der Prüfung eines Behinderungsmissbrauchs ausreichende¹⁴³ – Ergebniskausalität zwischen Missbrauch und Marktmacht¹⁴⁴ ist in der vorliegend beleuchteten Konstellation zu bejahen, wenn das marktbeherrschende Unternehmen auf Grund seiner ggf. überlegenen Finanzstärke und der demgegenüber insoweit schwä-

139 EuGH, Urt. v. 6.12.2012, C-457/10 P – AstraZeneca, ECLI:EU:C:2012:770, Rn. 18; dazu etwa *Bien*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2023, Art. 102 AEUV, Rn. 281 m. w. N.

140 EuGH, Urt. v. 6.12.2012, C-457/10 P – AstraZeneca, ECLI:EU:C:2012:770, Rn. III.

141 Vgl. zu dieser Voraussetzung im Rahmen der Fallgruppe „Missbrauch durch Rechtsbruch“ *Uebele*, WRP 2023, 9, II Rn. 15; *Wolf*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2022, § 19 GWB, Rn. 35d.

142 Vgl. *Haucap/Podszun/Rösner/Rohner/Offergeld*, ESGZ 2024, 36, 41.

143 Oben IV 2 c) aa).

144 Vgl. *Uebele*, WRP 2023, 9, II Rn. 16.

cheren Position des betroffenen Wettbewerbers die in Rede stehenden Rechtsverstöße weitgehend ungeahndet begehen kann. Kann der Marktbeherrscher Geschäftsgeheimnisse des Konkurrenten nutzen, nimmt die Bestreitbarkeit des ohnehin wettbewerbsarmen Marktes weiter ab. In der Praxis gestaltet sich die Durchsetzung von auf die Verletzung von Geschäftsgeheimnissen oder Vertraulichkeitsvereinbarungen gerichteten Klagen oft als schwierig.¹⁴⁵ Unbegründete, gleichwohl nicht bestrittene Patentklagen schwächen die Marktposition des Wettbewerbers ebenfalls, wenn dieser auf die Geltendmachung eigener Schutzrechte verzichtet oder nicht bestehende Schutzrechte des Marktbeherrschers nicht angreift. Umgekehrt wird damit die Marktstellung des beherrschenden Unternehmens weiter verstärkt, womit eine Ergebniskausalität letztlich zu bejahen ist.

Eine über eine bloße Ergebniskausalität hinausgehende Verhaltenskausalität in dem Sinne, dass ein Unternehmen lediglich auf Grund seiner marktbeherrschenden Stellung ein mutmaßlich missbräuchliches Verhalten durchsetzen kann,¹⁴⁶ kann sich aus einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Arbeitsmarkt ergeben: Verfügt der Marktbeherrscher neben seiner Marktmacht etwa über eine besonders ausgeprägte Finanzkraft und existieren keine attraktiven alternativen Arbeitgeber, könnten die abgeworbenen Mitarbeiter eher dazu geneigt sein, auf unmoralische Angebote – etwa betreffend den Verrat von Geschäftsgeheimnissen als Voraussetzung für eine Einstellung zu einem hohen Gehalt – einzugehen. Der Nachweis einer solchen Verhaltenskausalität dürfte in der Praxis schwierig zu führen sein, ist aber – wie ausgeführt – im Rahmen des Nachweises eines Behinderungsmisbrauchs aber auch nicht erforderlich.¹⁴⁷

V. Poaching to power II: direct hiring als Marktstrukturmissbrauch

1. Direct hiring als Marktstrukturveränderung

Besonders deutlich auf der Hand liegen wettbewerbliche Bedenken, soweit das Abwerben der Mitarbeiter eines Unternehmens auf einem bereits vermacherten Markt zur Folge hat, dass das Unternehmen seine Geschäftstätigkeit auf diesem Markt ganz oder in Bezug auf eine einzelne Sparte

145 Vgl. *Ohly*, GRUR 2019, 441, 449 f., 451; *McGuire*, GRUR 2015, 424, 427 f.

146 Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, 2018, S. 258 Rn. 677.

147 Vgl. Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, 2018, S. 258 Rn. 677.

seines Unternehmens aufgeben muss. In derartigen Fällen fällt sowohl auf dem relevanten Produktmarkt als auch auf dem relevanten Nachfragemarkt für qualifizierte Arbeitskräfte ein Wettbewerber vollständig weg. Derartige nachteilige Marktstrukturveränderungen sind am Maßstab des Marktstrukturmissbrauchs zu messen.¹⁴⁸ Das Konzept des Marktstrukturmissbrauchs hat zuletzt insbesondere für unterschwellige und deshalb nicht der Fusionskontrolle unterfallende Zusammenschlussvorgänge zunehmend Aufmerksamkeit erfahren. Durch das Urteil des EuGH in der Rechtssache „Illumina/Grail“, in der der Gerichtshof der auf Art. 22 FKVO gestützten neuen Verweisungspraxis der Kommission eine Absage erteilt,¹⁴⁹ dürfte die Marktstrukturkontrolle am Maßstab des Missbrauchsverbots weiter zunehmen.¹⁵⁰

2. Marktstrukturveränderungen durch Mitarbeiterabwerbung in der Praxis

In der Praxis sind bezogen auf den Tech-Sektor verschiedene Marktstrukturveränderungen infolge des Abwerbens von Mitarbeitern bekannt geworden. Im Jahre 2021 wechselten beispielsweise sämtliche Mitarbeiter der Startups Byte und Zyper zu Discord, einem insbesondere im Gamingbereich weltweit führenden Kommunikationsanbieter, offenbar ohne dass Discord dabei Anteile an den beiden Startups erworben hat.¹⁵¹

Ein hohes Maß an öffentlicher Aufmerksamkeit generierte die umstrittene Freistellung von Sam Altman, vormals CEO bei OpenAI, dem Entwickler von ChatGPT: Nachdem der Verwaltungsrat von OpenAI seinen CEO entlassen hatte, folgte prompt ein Jobangebot von Microsoft, dem größten

148 Ausführlich auch Könen, in diesem Band, S. 209 ff.

149 EuGH, Urt. v. 2.9.2024, verb. Rs. C-611/22 P u. C-625/22 P, ECLI:EU:C:2024:677.

150 Zum Konkurrenzverhältnis von Art. 102 AEUV und FKVO siehe Könen/Dogs, ZWeR 2023, 160, 165 ff.

151 Siehe die Meldung von Zyper auf medium.com v. 16.1.2021, abrufbar unter https://medium.com/@zyper_official/the-next-chapter-for-zyper-3ad726e6a063; Fried, Exclusive: Discord hires teams from two startups in bid to diversify audience, Artikel auf axios.com v. 26.1.2021, abrufbar unter <https://www.axios.com/2021/01/26/discord-hire-startups-byte-zyper>; siehe dazu auch Henkst, Fusionskontrolle auf der Grundlage von Art. 102 AEUV?, 2024, S. 37 f.; Bien/Becker, WuW 2024, 81, 85. Auf dem LinkedIn-Account von Zyper ist mittlerweile der Zusatz „(Acquired by Discord)“ zu finden, siehe <https://www.linkedin.com/company/zyper/>.

Minderheitsbeteiligten¹⁵² von OpenAI. Daraufhin drohten nach Presseberichten 743 der insgesamt 770 Mitarbeiter des Unternehmens der Unternehmensführung von OpenAI in einem offenen Brief mit Kündigung, sollte Altman nicht wieder als Unternehmenschef eingesetzt werden.¹⁵³ In diesem Brief sollen die OpenAI-Mitarbeiter behauptet haben, dass Microsoft jedem Einzelnen von ihnen einen Job angeboten habe. Dieses höchst ungewöhnliche Vorgehen wurde von Microsofts Chief Technology Officer Kevin Scott zumindest informell auf Twitter (heute: X) bestätigt.¹⁵⁴ Am Ende wurde nichts daraus: OpenAI einigte sich wenige Tage später mit Sam Altman auf dessen Rückkehr und auch die übrigen Mitarbeiter blieben OpenAI damit erhalten.¹⁵⁵ Microsoft erhielt einen Sitz im Board von OpenAI, allerdings ohne Stimmrecht.¹⁵⁶ Von Seiten der Investoren von Open AI war zu vernehmen, dass die Beteiligungen an OpenAI im Grunde jeglichen Wert verloren hätten, wäre der Wechsel von Altman und seinen treu ergebenen Mitarbeitern zu Microsoft zustande gekommen.¹⁵⁷ Wirtschaftlich betrachtet hätte sich Microsoft in diesem Fall das gesamte Unternehmen OpenAI

152 Microsoft und OpenAI vereinbarten bereits 2019 eine strategische Partnerschaft, zu der Microsoft im Laufe der Jahre ein mehrere Milliarden umfassendes Investment beisteuerte, aber Minderheitsaktionär blieb, sodass OpenAI nach wie vor als unabhängiges Unternehmen operiert, siehe <https://openai.com/our-structure/>.

153 Gerken, Microsoft offers to match pay of all OpenAI staff, Artikel auf [bbc.com](https://www.bbc.com/news/technology-67484455) v. 21.11.2023, abrufbar unter <https://www.bbc.com/news/technology-67484455>; Savov/Vance/Ludlow, OpenAI Staff Near Total Mutiny With Threat to Join Microsoft (3), Artikel auf news.bloomberglaw.com v. 20.11.2023, abrufbar unter <https://news.bloomberglaw.com/esg/openai-staff-threaten-to-go-to-microsoft-if-board-doesnt-quit>.

154 Scott, Beitrag auf x.com v. 21.11.2023, abrufbar unter https://x.com/kevin_scott/status/1726971608706031670?ref_src=twsrc%5Etfw%7Ctwcamp%5Etweetembed%7Ctwterm%5E1726971608706031670%7Ctwgr%5E69bb782bea765df59bae188331b46c80edfe07ec%7Ctwcon%5Esl_&ref_url=https%3A%2F%2Fwww.bbc.com%2Fnews%2Ftechnology-67484455: „We have seen your petition and appreciate your desire potentially to join Sam Altman at Microsoft’s new AI Research Lab. Know that if needed, you have a role at Microsoft that matches your compensation and advances our collective mission.“

155 Dastin/Soni, Sam Altman to return as OpenAI CEO after his tumultuous ouster, Artikel auf [Reuters.com](https://www.reuters.com) v. 22.11.2023, abrufbar unter <https://www.reuters.com/technology/sam-altman-return-openai-ceo-2023-11-22/>.

156 Field/Leswing, Microsoft secures nonvoting board seat at OpenAI, Artikel auf [CNBC.com](https://www.cnbc.com) v. 20.11.2023, abrufbar unter <https://www.cnbc.com/2023/11/29/microsoft-secures-non-voting-board-seat-at-openai-.html>.

157 Savov/Vance/Ludlow, OpenAI Staff Near Total Mutiny With Threat to Join Microsoft (3), Artikel auf news.bloomberglaw.com v. 20.11.2023, abrufbar unter <https://news.bloomberglaw.com/esg/openai-staff-threaten-to-go-to-microsoft-if-board-doesnt-quit>.

einverleibt. Die scheidende Wettbewerbskommissarin Vestager berichtet in einer Rede – unter Bezugnahme auf den Fall Microsoft/OpenAI – davon, dass die Kommission die Entwicklungen im sich schnell entwickelnden KI-Sektor aufmerksam verfolgt und dabei auch *acqui-hires* in den Fokus nimmt. So habe die Kommission den Fall Microsoft/OpenAI –unter dem Aspekt der Fusionskontrolle – untersucht, insoweit bislang aber nicht feststellen können, dass ein Kontrollerwerb von Microsoft in Bezug auf OpenAI stattgefunden hat.¹⁵⁸

Anders äußert sich die Kommission zum Fall Microsoft/Inflection,¹⁵⁹ den die Kommission auf Grundlage von Verweisungsanträgen nach Art. 22 FKVO zunächst geprüft, das Verfahren nach Rücknahme der Verweisungsanträge aber eingestellt hat. Microsoft stellte zwei der Gründer des KI-Startups Inflection ein und beauftragte sie mit der Weiterentwicklung des KI-Chatbots Copilot sowie weiterer KI-Produkte. Gleichzeitig erwarb Microsoft für kolportierte 650 Millionen Dollar¹⁶⁰ eine Lizenz für die Nutzung der Rechte des geistigen Eigentums von Inflection und machte den meisten Mitarbeitern von Inflection ein Jobangebot. Nachdem Inflection daraufhin plante, den Schwerpunkt seines Unternehmens auf seine neue Tätigkeit als „KI-Studio“¹⁶¹ zu verlagern, betrachtete die Kommission die Vereinbarungen zwischen Microsoft und Inflection als „strukturelle Marktveränderung [...], die einem Zusammenschluss im Sinne des Artikels 3 FKVO gleichkommt.“¹⁶² Auf Grund der Rücknahme der Verweisungsanträ-

158 Vestager, Check against delivery, Rede auf dem European Commission workshop on "Competition in Virtual Worlds and Generative AI" v. 28.6.2024, abrufbar unter https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_24_3550.

159 Hier und im Folgenden Kommission, Pressemitteilung v. 18.9.2024, IP/24/4727 – Microsoft/Inflection.

160 Volenik, AI Unicorns Are Being Gutted As BigTech Poaches Talent And Even Founders. FTC Boss Warns Of A 'Risk Of Monopolization', Artikel auf uk.finance.yahoo.com v. 6.9.2024, abrufbar unter <https://uk.finance.yahoo.com/news/ai-unicorns-being-gutted-big-193124364.html?guccounter=2>; O'Brien/Parvini, US senators call out Big Tech's new approach to poaching talent, products from smaller AI startups, Artikel auf apnews.com v. 12.7.2024, abrufbar unter <https://apnews.com/article/ai-artificial-intelligence-acquihires-amazon-adept-wyden-fa3cd0502a757e5a9ccb83d00bf9ad55>.

161 Ein KI-Studio zielt darauf ab, Künstliche Intelligenz für verschiedene Zielgruppen zugänglich und verständlich zu machen, beispielsweise durch interaktive Demonstrationen, Schulungen oder Workshops, siehe etwa https://www.iao.fraunhofer.de/de/labors-ausstattung/ki-studios-erlebniswerkstaetten-fuer-die-partizipative-gestaltung-betrieblicher-ki-anwendungen.html?utm_source=chatgpt.com.

162 Kommission, Pressemitteilung v. 18.9.2024, IP/24/4727 – Microsoft/Inflection.

ge erließ die Kommission jedoch keine Entscheidung in diesem Fall. Auch die CMA prüfte den Fall und bejahte einen Zusammenschluss im Sinne des britischen Kartellrechts. Mangels durchschlagender wettbewerbsrechtlicher Bedenken stellte jedoch auch die CMA das Verfahren ein.¹⁶³

Auch in den USA werden die genannten Vorgänge in der KI-Branche kritisch beobachtet.¹⁶⁴ Neben den genannten Fällen wird insoweit auch Amazon ein dem Fall Microsoft/Inflection ähnliches Verhalten zugeschrieben: So habe das Unternehmen den CEO sowie mehrere leitende Mitarbeiter des vielversprechenden KI-Startup Adept abgeworben und Lizenzen für die Technologie von Adept erworben.¹⁶⁵ Ausgangspunkt wettbewerblicher Bedenken ist die Beobachtung, dass die abwerbenden Unternehmen sich mit den dargestellten Abwerbestrategien der fusionskontrollrechtlichen Aufsicht zu entziehen versuchen. Zurückgelassen werde ein Unternehmen „still functioning but not competitive“.¹⁶⁶ In den USA wurden DoJ und FTC bereits von prominenten Politikern aufgefordert, derartige Vorgänge näher zu untersuchen.¹⁶⁷ Lina Khan, Chair der U.S. FTC, zeigte sich zuletzt

163 CMA v. 24.10.2024, ME 7103/24 – Microsoft/Inflection.

164 Siehe etwa *Volenik*, AI Unicorns Are Being Guttled As BigTech Poaches Talent And Even Founders. FTC Boss Warns Of A ‘Risk Of Monopolization’, Artikel auf [uk.finance.yahoo.com](https://uk.finance.yahoo.com/v.6.9.2024) v. 6.9.2024, abrufbar unter <https://uk.finance.yahoo.com/news/ai-unicorns-being-guttled-big-193124364.html?guccounter=2>; *O’Brien/Parvini*, US senators call out Big Tech’s new approach to poaching talent, products from smaller AI startups, Artikel auf [apnews.com](https://apnews.com/v.12.7.2024) v. 12.7.2024, abrufbar unter <https://apnews.com/article/ai-artificial-intelligence-acquihires-amazon-adept-wyden-fa3cd0502a757e5a9ccb83d00bf9ad55>.

165 *Volenik*, AI Unicorns Are Being Guttled As BigTech Poaches Talent And Even Founders. FTC Boss Warns Of A ‘Risk Of Monopolization’, Artikel auf [uk.finance.yahoo.com](https://uk.finance.yahoo.com/v.6.9.2024) v. 6.9.2024, abrufbar unter <https://uk.finance.yahoo.com/news/ai-unicorns-being-guttled-big-193124364.html?guccounter=2>.

166 CNBC, How Google, Microsoft And Amazon Are Raiding AI Startups For Talent, Reportage v. 30.8.2024, ca. Minute 7:00, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=9jwXZhXi-TA&t=388s>; ähnlich *O’Brien/Parvini*, US senators call out Big Tech’s new approach to poaching talent, products from smaller AI startups, Artikel auf [apnews.com](https://apnews.com/v.12.7.2024) v. 12.7.2024, abrufbar unter <https://apnews.com/article/ai-artificial-intelligence-acquihires-amazon-adept-wyden-fa3cd0502a757e5a9ccb83d00bf9ad55>.

167 *O’Brien/Parvini*, US senators call out Big Tech’s new approach to poaching talent, products from smaller AI startups, Artikel auf [apnews.com](https://apnews.com/v.12.7.2024) v. 12.7.2024, abrufbar unter <https://apnews.com/article/ai-artificial-intelligence-acquihires-amazon-adept-wyden-fa3cd0502a757e5a9ccb83d00bf9ad55>.

besorgt wegen Konsolidierungs- und Monopolisierungsrisiken in der Branche.¹⁶⁸

3. Überblick über das Konzept des Marktstrukturmissbrauchs

Zuletzt hat der EuGH im Fall „Towercast“¹⁶⁹ seine bisherige Rechtsprechung bestätigt, wonach Zusammenschlüsse von Unternehmen grundsätzlich auch nach dem Konzept des Marktstrukturmissbrauchs am Maßstab des Art. 102 AEUV kontrolliert werden können.¹⁷⁰ Die – nach zutreffender Ansicht zu bejahende¹⁷¹ – Frage, ob im Abwerben von Mitarbeitern ein Zusammenschluss im Sinne von Art. 3 FKVO liegt, spielt hierbei keine Rolle.¹⁷² Abzustellen ist allein darauf, dass das Verhalten des Marktbeherrschers die Struktur des Marktes und damit die Marktverhältnisse in der Weise beeinflusst, dass eine bereits bestehende marktbeherrschende Stellung verstärkt wird.¹⁷³

Auf Grundlage der Rechtsprechung des EuGH sowie der Entscheidungspraxis der Kommission ist ein Marktstrukturmissbrauch gegeben, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen durch Ausübung einer effektiven Kontrolle über das andere Unternehmen oder zumindest durch ein Mindestmaß an Einflussnahme auf dessen Geschäftspolitik¹⁷⁴ seine bestehen-

168 Siehe CNBC, How Google, Microsoft And Amazon Are Raiding AI Startups For Talent, Reportage v. 30.8.2024, ca. Minute 6:28, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=9jwXZhXi-TA&t=388s>.

169 EuGH, Urt. v. 16.3.2023, C-449/21, ECLI:EU:C:2023:207, WuW 2023, 207 – Towercast; siehe ferner bereits EuGH, Urt. v. 21.2.1973, 6/72, WuW/E EWG/MUV 296 – Continental Can; dazu etwa Könen/Dogs, ZWeR 2023, 160, 162 ff.; Langguth, NZKart 2023, 214; v. Schreitter, NZKart 2023, 255; Ante, GWR 2023, 147; umfassend Henkst, Fusionskontrolle auf der Grundlage von Art. 102 AEUV?, 2024.

170 Ausführlich Henkst, Fusionskontrolle auf der Grundlage von Art. 102 AEUV?, 2024, S. 219 ff. m. w. N.; siehe ferner die Nachweise in Becker, ZWeR 2020, 377 Fn. 104-108. Siehe auch Könen, in diesem Band, S. 209 ff.

171 Oben II 2.

172 Ebenso Henkst, Fusionskontrolle auf der Grundlage von Art. 102 AEUV?, 2024, S. 240. Dies ergibt sich im Übrigen bereits aus dem Rangverhältnis der beiden Vorschriften: Art. 3 FKVO kann als sekundärrechtliche Norm nicht die Anwendung des Art. 102 AEUV in materiell-rechtlicher Hinsicht einschränken.

173 Vgl. EuGH, Urt. v. 21.2.1973, C-6/72 – Continental Can, ECLI:EU:C:1973:22, Rn. 21; Henkst, Fusionskontrolle auf der Grundlage von Art. 102 AEUV?, 2024, S. 240.

174 Sogleich V 4. EuGH, Urt. v. 17.11.1987, C-142 u. 156/84 – BAT/Reynolds, ECLI:EU:C:1987:490, Rn. 65.

de marktbeherrschende Stellung dergestalt verstärkt,¹⁷⁵ dass der erreichte Beherrschungsgrad den Wettbewerb auf dem relevanten Markt hierdurch wesentlich behindert.¹⁷⁶

4. Effektive Kontrolle oder Mindestmaß an Einflussnahme

Während die Voraussetzung der Ausübung einer effektiven Kontrolle mit Art. 3 Abs. 1 lit. b), Abs. 2 FKVO gleichgesetzt wird,¹⁷⁷ sind an ein „Mindestmaß an Einflussnahme“ keine hohen Anforderungen zu stellen.¹⁷⁸ In seiner Entscheidung „BAT/Reynolds“ aus dem Jahre 1987 lehnte der EuGH ein Mindestmaß an Einflussnahme bei einer Minderheitsbeteiligung ohne nennenswerte Stimmrechte ab. Der EuGH sah in dem Fall keine Anhaltspunkte, dass die Minderheitsbeteiligung in irgendeiner Weise die Möglichkeit der beteiligten Unternehmen einschränke, sich unabhängig voneinander zu verhalten.¹⁷⁹

Bei einem *direct hiring* erwirbt der neue Arbeitgeber der abgeworbenen Mitarbeiter – anders als beim *acqui-hire* – keine Beteiligung, die es ihm ermöglichen würde, unmittelbar im gesellschaftsrechtlichen Sinne auf die unternehmerischen Entscheidungen des ehemaligen Arbeitgebers Einfluss zu nehmen. Wird aber der gesamte oder der wesentliche Mitarbeiterstab eines Unternehmens oder einer bestimmten Sparte einschließlich des damit verbundenen Know-How abgeworben, kann sich das Unternehmen des ehemaligen Arbeitgebers nicht mehr selbstständig auf dem Markt bewegen, sondern geht insoweit faktisch auf den neuen Arbeitgeber über.¹⁸⁰ Eine

175 EuGH, Urt. v. 21.2.1973, C-6/72 – Continental Can, ECLI:EU:C:1973:22, Rn. 26; v. 16.3.2023, C-449/21 – Towercast, ECLI:EU:C:2023:207, Rn. 52; siehe auch Kommission v. 26.7.1988, IV/31.043 – Tetra Pak I, Rn. 45.

176 Unten V 5. EuGH, Urt. v. 21.2.1973, C-6/72 – Continental Can, ECLI:EU:C:1973:22, Rn. 26; v. 16.3.2023, C-449/21 – Towercast, ECLI:EU:C:2023:207, Rn. 52; siehe auch Kommission v. 26.7.1988, IV/31.043 – Tetra Pak I, Rn. 45; ausführlich Henkst, Fusionskontrolle auf der Grundlage von Art. 102 AEUV?, 2024, S. 219 ff.

177 Siehe Henkst, Fusionskontrolle auf der Grundlage von Art. 102 AEUV?, 2024, S. 221; Bulst, in: Bunte, Europäisches Kartellrecht, 2022, Art. 102 AEUV, Rn. 382.

178 Ebenso Henkst, Fusionskontrolle auf der Grundlage von Art. 102 AEUV?, 2024, S. 221.

179 EuGH, Urt. v. 17.11.1987, C-142 u. 156/84 – BAT/Reynolds, ECLI:EU:C:1987:490, Rn. 37 ff., 65.

180 Vgl. CMA v. 24.10.2024, ME 7103/24 – Microsoft/Inflection, Rn. 96, 100; ähnlich Henkst, Fusionskontrolle auf der Grundlage von Art. 102 AEUV?, 2024, S. 222.

Marktstrukturveränderung ist in jedem Fall dann anzunehmen, wenn der ehemalige Arbeitgeber seine Geschäftstätigkeit ganz oder in Bezug auf die Sparte, aus der die Mitarbeiter abgeworben wurden, nicht fortführt.¹⁸¹ Ein Mindestmaß an Einflussnahme ist hingegen zu verneinen, wenn lediglich einzelne, für die Geschäftspolitik des Unternehmens nicht entscheidende Mitarbeiter abgeworben werden und der Geschäftsbetrieb des entsprechenden Unternehmens im Wesentlichen unverändert fortgeführt werden kann.

Erhebliche Investitionen in das Unternehmen des ehemaligen Arbeitgebers (vgl. den Fall „Microsoft/OpenAI“¹⁸²) oder der Erwerb von Lizenzen zur Nutzung des geistigen Eigentums des Unternehmens des ehemaligen Arbeitgebers (wie im Fall „Microsoft/Inflection“¹⁸³) können neben dem Übergang der Mitarbeiter zusätzlichen Einfluss vermitteln, sind für den Erwerb einer effektiven Kontrolle jedoch keine zwingende Voraussetzung. Deutlich wird dies an der Entscheidung der CMA im Fall „Microsoft/Inflection“ in Bezug auf die KI-Entwicklung: Nach den Feststellungen der Behörde ist das kollektive Know-How der Entwickler im KI-Sektor von derart wichtiger Bedeutung, dass bereits der bloße Übergang der Mitarbeiter eine Marktstrukturveränderung begründen kann.¹⁸⁴ So stellte die CMA im Fall „Microsoft/Inflection“ fest, dass die maßgeblichen Technologien schnell veralten können und ggf. bestehende Schutzrechte häufig nicht wertbeständig sind, wenn die zugrundeliegenden Produkte nicht kontinuierlich von einem entsprechend spezialisierten und hochqualifizierten Team weiterentwickelt werden. In Bezug auf die von Inflection entwickelten Produkte folgerte die CMA entsprechend, dass es sich bei den verantwortlichen, zu Microsoft abgewanderten Mitarbeitern um den Kern des Unternehmens handelte.¹⁸⁵

181 So etwa im Fall Microsoft/Inflection: Während der Schwerpunkt der Geschäftstätigkeit von Inflection ursprünglich auf der KI-Entwicklung lag, konzentrierte sich das Unternehmen nach dem Abwandern seiner Mitarbeiter zu Microsoft auf die Tätigkeit als KI-Studio, vgl. Kommission, Pressemitteilung v. 18.9.2024, IP/24/4727 – Microsoft/Inflection; CMA v. 24.10.2024, ME 7103/24 – Microsoft/Inflection, Rn. 68 ff.

182 Oben V 2.

183 Oben II 2, V II.

184 Vgl. CMA v. 24.10.2024, ME 7103/24 – Microsoft/Inflection, Rn. 96, 100.

185 CMA v. 24.10.2024, ME 7103/24 – Microsoft/Inflection, Rn. 96.

5. Wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

a) Strenge Voraussetzungen nach der Rechtsprechung

Zur Feststellung, ob die vom EuGH für einen Marktstrukturmissbrauch geforderte wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegt, bedarf es stets einer umfassenden Einzelfallprüfung.¹⁸⁶ Es gelten insoweit strenge Voraussetzungen: Nach der „Continental Can“-Entscheidung des EuGH kann eine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs gegeben sein, „wenn ein Unternehmen eine so beherrschende Stellung einnimmt, dass durch eine wesentliche, die Handlungsfreiheit des Verbrauchers auf dem Markt ernstlich gefährdende Änderung der Angebotsstruktur die Vertragsziele umgangen werden“.¹⁸⁷ Dies ist regelmäßig dann gegeben, wenn „praktisch jeder Wettbewerb ausgeschaltet wird“, wobei die Ausschaltung jeglichen Wettbewerbs keine notwendige Voraussetzung für einen Strukturmissbrauch bildet.¹⁸⁸ Eine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs scheidet hingegen offensichtlich aus, wenn von dem Zielunternehmen ohnehin kein nennenswerter Wettbewerbsdruck auf den relevanten Märkten¹⁸⁹ ausging.¹⁹⁰

Ausreichend, aber auch erforderlich ist nach der Rechtsprechung, dass der erreichte Beherrschungsgrad den Wettbewerb derart wesentlich behindert, dass nur noch Unternehmen auf dem Markt blieben, die in ihrem Marktverhalten von dem beherrschenden Unternehmen abhängen.¹⁹¹ In der Literatur werden als weitere Kriterien für einen Strukturmissbrauch etwa die Ausdehnung einer marktbeherrschenden Stellung auf Nachbarmärkte oder die Verhinderung technischer und wirtschaftlicher Entwicklungen zu Lasten der Verbraucher herangezogen.¹⁹² Mit Blick auf die nachfolgend

186 *Fuchs*, in: Klose/Klusmann/Thomas (Hrsg.), *Das Unternehmen in der Wettbewerbsordnung*, Festschrift für Gerhard Wiedemann zum 70. Geburtstag, 2020, 303, 313.

187 EuGH, Urt. v. 21.2.1973, C-6/72 – *Continental Can*, ECLI:EU:C:1973:22, Rn. 29.

188 EuGH, Urt. v. 21.2.1973, C-6/72 – *Continental Can*, ECLI:EU:C:1973:22, Rn. 29.

189 Zur Bedeutung des Arbeitsmarkts neben dem Produktmarkt unten V 5 c).

190 So offenbar im Fall „*Microsoft/Inflection*“, vgl. *CMA v. 24.10.2024*, ME 7103/24 – *Microsoft/Inflection*, Rn. 228 ff., 252 ff.

191 EuGH, Urt. v. 16.3.2023, C-449/21 – *Towercast*, ECLI:EU:C:2023:207, Rn. 52.

192 *Fuchs*, in: Klose/Klusmann/Thomas (Hrsg.), *Das Unternehmen in der Wettbewerbsordnung*, Festschrift für Gerhard Wiedemann zum 70. Geburtstag, 2020, 303, 313.

dargestellten wettbewerblichen Gefahren¹⁹³ ist das besonders strenge Abhängigkeitskriterium des EuGH zu modifizieren.¹⁹⁴

b) Marktzutrittsschranken und Innovationsverlust

aa) Keine Kompensation der Shareholder des Zielunternehmens

In Fällen wie „Microsoft/Inflection“, in denen der Mitarbeiterwechsel mit Zustimmung des ehemaligen Arbeitgebers erfolgt, wird der Erwerber regelmäßig eine „Entschädigungszahlung“ in Form einer Kompensation der Shareholder des Unternehmens des ehemaligen Arbeitgebers leisten.¹⁹⁵ *Direct hiring* eröffnet dem Marktbeherrscher darüber hinaus aber auch die Möglichkeit, die effektive Kontrolle¹⁹⁶ über ein Unternehmen gegen den Willen der Shareholder zu erlangen, ohne einen „Kaufpreis“ an diese für ihr Unternehmen zu zahlen.¹⁹⁷ Im Ergebnis kann der Marktbeherrscher auf diese Weise u. U. ohne nennenswerte finanzielle oder wirtschaftliche Anstrengungen¹⁹⁸ ein Unternehmen oder ganze Geschäftsbereiche seines

193 Unten V 5 b) und c).

194 Unten V 5 d).

195 So erhielt etwa Inflection eine – auf die Gesamttransaktion bezogene – Gegenleistung in Höhe von mehreren hundert Millionen US-Dollar, während die equity holder von Inflection im Gegenzug auf jegliche Ansprüche gegen Microsoft im Zusammenhang mit dem Abwerben der relevanten Mitarbeiter verzichteten, vgl. CMA v. 24.10.2024, ME 7103/24 – Microsoft/Inflection, Rn. 30, wobei die Höhe der von Microsoft gezahlten Gegenleistung geschwärzt ist, siehe diesbezüglich *Volenik, AI Unicorns Are Being Guttled As BigTech Poaches Talent And Even Founders*, FTC Boss Warns Of A ‘Risk Of Monopolization’, Artikel auf uk.finance.yahoo.com v. 6.9.2024, abrufbar unter <https://uk.finance.yahoo.com/news/ai-unicorns-being-guttled-big-193124364.html?guccounter=2; O'Brien/Parvini, US senators call out Big Tech's new approach to poaching talent, products from smaller AI startups>, Artikel auf apnews.com v. 12.7.2024, abrufbar unter <https://apnews.com/article/ai-artificial-intelligence-acquihires-amazon-adept-wyden-fa3cd0502a757e5a9ccb83d00bf9ad55>; siehe ferner bereits oben V 2.

196 Oben V 4.

197 So etwa im Fall CTS Eventim/Four Artists, s. o. II 2.

198 Die vom Marktbeherrscher für *direct hiring* aufgewandten Kosten in Gestalt des Gehalts sowie etwaiger Handgelder können die u. U. in die Kaufpreisverhandlungen bei einem *acqui-hire* einbezogenen Kosten des Wettbewerbers für den Aufbau seines Unternehmens oder der betreffenden Sparte bei Weitem unterschreiten, vgl. OLG Frankfurt a. M., Beschluss v. 15.5.2018, 6 W 39/18, GRUR-RR 2019, 28, 29 Rn. 12. Dies ist indes eine Frage des Einzelfalls.

Wettbewerbers, u. U. einschließlich der damit verbundenen Kunden,¹⁹⁹ übernehmen und seinen Wettbewerber somit verdrängen.²⁰⁰ Aus gesamtwirtschaftlicher Sicht kann dies zu unerwünschten Ergebnissen führen: Es dürfte nicht immer einer effizienten Allokation von Ressourcen entsprechen,²⁰¹ wenn derjenige, der ein Unternehmen aufgebaut hat, hierfür nicht entschädigt wird und derjenige, der in die Stellung des Unternehmers eintritt, hierfür keinen oder keinen angemessenen Preis zahlen muss. Die Shareholder können in diesem Fall keinen Gewinn aus einem Unternehmensverkauf reinvestieren und damit dem Markt wieder zuführen. Theoretisch können die entsprechenden Investitionen zwar vom Marktbeherrscher getätigt werden, welcher die Kosten für eine Unternehmensakquisition – abzüglich der für die Einstellung der neuen Mitarbeiter aufgewandten Kosten²⁰² – eingespart hat; dies ist letztlich eine Frage des Einzelfalls und bedarf entsprechender Feststellungen in der Praxis. Zu bedenken ist dabei allerdings, dass für den Marktbeherrscher infolge des durch den Wegfall eines Wettbewerbers gesunkenen Wettbewerbsdrucks weniger Anreize bestehen können, zu investieren oder überhaupt effizient zu wirtschaften.

Sind derartige von marktbeherrschenden Unternehmen praktizierte Abwerbestrategien öffentlich oder zumindest im Markt bekannt, kann dies Marktzutrittsschranken schaffen und zu Innovationsverlust führen: Wenn Shareholder auf ohnehin schon vermachteten Märkten mit dem Verlust ihres Unternehmens rechnen müssen, ohne dafür kompensiert zu werden, torpediert dies die Exit-Strategie, die insbesondere Startup-Gründungen häufig zu Grunde liegt.²⁰³ In der Folge könnten Gründer auf den betroffe-

199 Siehe *Bien/Becker*, WuW 2024, 81 sowie *Bien/Becker*, WuW 2024, 183.

200 Vgl. OLG Frankfurt a. M., Beschluss v. 15.5.2018, 6 W 39/18, GRUR-RR 2019, 28, 29 Rn. 12.

201 Vgl. zur Bedeutung effizienten Ressourcenallokation im Wettbewerbsrecht etwa Kommission, Entwurf v. 1.8.2024 von Leitlinien für die Anwendung von Artikel 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, abrufbar unter https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2024-article-102-guidelines_en#guidelines-on-exclusionary-abuses-of-dominance, Rn. 1; *Säcker*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2023, Grundlagen, Rn. 6; *Kerber/Schwalbe*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2023, Grundlagen, Rn. 143.

202 Bzgl. möglicher Effizienzvorteile auf dem Arbeitsmarkt siehe unten V 5 c).

203 Vgl. *Hemphill/Wu*, University of Pennsylvania Law Review 168 (2020) 1879, 1881, 1892; *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Missbrauchsstudie, 2018, S. 122; *Wirtz/Steinberg*, WuW 2020, S. 8, 9 (Stellungnahme *Steinberg*); *Podszun/Kersting*, ZRP 2019, S. 34, 36; *Cunningham/Ederer/Ma*, JPE 129 (3) (2021), 649, 696; siehe auch *Becker*, ZWeR 2020, 365, 374.

nen Märkten davon absehen, sich auf das mit der Gründung eines Startups einhergehende Risiko einzulassen. Auch auf potenzielle Investoren dürfte es abschreckend wirken, wenn aus ihrer Sicht damit zu rechnen ist, dass ihre Investition untergeht, weil das Unternehmen, in das sie investiert haben, in Folge des Abwanderns ihrer Mitarbeiter ohne Kompensation vom Markt verschwindet. Diese Effekte machen den Markteintritt neuer Unternehmen unwahrscheinlicher und bergen die Gefahr, dass von diesen potenziell ausgehende Innovationen dem Markt verloren gehen.²⁰⁴

bb) Direct hiring als Killer Acquisition

Wie bereits ausgeführt²⁰⁵ kann ein *talent hoarding* dazu führen, dass die abgeworbenen Mitarbeiter bei ihrem neuen Arbeitgeber weniger produktiv sind als bei dem Unternehmen, bei dem sie ursprünglich beschäftigt waren.²⁰⁶ Diese Gefahr dürfte auch dann bestehen, wenn dem Abwerben von Mitarbeitern die vordergründige Motivation des Abwerbenden zu Grunde liegt, einen (potenziellen) Wettbewerber zu eliminieren, ohne dass es ihm dabei auf die speziellen Fähigkeiten der übernommenen Mitarbeiter oder die Weiterentwicklung des Produkts des Zielunternehmens ankommt. Ein derartiger Sachverhalt entspricht einer *Killer Acquisition*.²⁰⁷ Der Marktbe-

204 Vgl. zu den entsprechenden Auswirkungen von Killer Acquisitions auf den Innovationswettbewerb *Bien*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2023, Art. 102 AEUV, Rn. 46 f. m. w. N.

205 Oben III sowie IV 1 b).

206 Vgl. *Benkert/Letina/Liu* (2023), 'DP18376 Startup Acquisitions: Acqui-hires and Talent Hoarding', CEPR Discussion Paper No. 18376, abrufbar unter <https://cepr.org/publications/dp18376>, S. 2 f., 8 d. Umbruchs; *Bar-Isaac/Johnson/Nocke*, Acqui-hiring for Monopsony Power (23. Januar 2024), abrufbar über SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4601787> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4601787>, S. 3 d. Umbruchs.

207 Der Begriff beschreibt, dass marktmächtige Unternehmen innovative und wachstumsstarke Unternehmen häufig noch in der Startup-Phase aufkaufen. Im Anschluss an die Akquisition wird die Geschäftstätigkeit des Startups entweder ganz eingestellt („*Killer Acquisition* i. e. S.“) oder – unter Fortführung seines Produkts oder seiner Dienstleistung – in der Weise in den Konzern integriert, dass von dem Startup keine wettbewerbliche Bedrohung mehr ausgeht („*Killer Acquisition* i. w. S.“). Grundle-gend *Cunningham/Ederer/Ma*, JPE 129 (3) (2021), 649; weitere Nachweise etwa bei *Bar-Isaac/Johnson/Nocke*, Acqui-hiring for Monopsony Power (23. Januar 2024), abrufbar über SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4601787> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4601787>, S. 1 Fn. 1 d. Umbruchs; zur Unterscheidung von Killer Acquisitions i. e. S. und i. w. S. etwa *Pullen*, in: Fischer/Hornkohl (Hrsg.), Kartellrecht

herrscher wird die abgeworbenen Mitarbeiter in einem solchen Fall freilich in der aus seiner Sicht effizientesten Weise einsetzen; nachdem eine *Killer Acquisition* aber gerade dadurch charakterisiert ist, dass das innovative, für die beherrschende Stellung des Erwerbers potenziell gefährliche Produkt des Zielunternehmens nicht weiterentwickelt wird, liegt es nahe, dass das spezialisierte Know-How und die Fähigkeiten der Mitarbeiter nicht gleichermaßen effizient genutzt werden wie bei ihrem ursprünglichen Arbeitgeber. Hinsichtlich des – im Einzelfall schwierig zu führenden – Nachweises derartiger Effekte gelten die obigen Ausführungen zum Behinderungsmissbrauch entsprechend.²⁰⁸

Negative Innovationsanreize können ferner dadurch entstehen, dass der Marktbeherrscher infolge der Integration der Mitarbeiter und damit des Produkts des vormaligen Arbeitgebers ins eigene Unternehmen etwaige Entwicklungsarbeit an eigenen Produkten einstellt. Im Zusammenhang mit klassischen Unternehmenstransaktionen wird dies z. T. als „*Reverse Killer Acquisition*“ bezeichnet.²⁰⁹

cc) Mögliche Effizienzvorteile als gegen einen Missbrauch sprechende Abwägungspunkte

Indes kann freilich auch ein *direct hiring* zu Effizienzvorteilen²¹⁰ führen: Wirbt etwa ein Big Tech-Unternehmen wichtige Mitarbeiter eines Startups ab und ist es deshalb in der Lage, dieselbe Technologie wie das Startup herzustellen, besteht die Möglichkeit, dass die vom Startup begründete Innovation vom Erwerber etwa auf Grund von Synergieeffekten oder Größenvorteilen schneller, kostengünstiger oder erfolgsversprechender weiterentwi-

und Zukunftstechnologien, 2023, 81, 90 m. w. N. Siehe hierzu auch in diesem Band *Kokott/Serafimova*, S. 30 f.; *Könen*, S. 214, 229, 231.

208 Oben IV 1.

209 *Crawford/Valetti/Caffarra*, 'How tech rolls:' Potential competition and 'reverse' killer acquisitions, CEPR VoxEU-Blogbeitrag v. 11.5.2020, abrufbar unter <https://cepr.org/voxeu/blogs-and-reviews/how-tech-rolls-potential-competition-and-reverse-killer-acquisitions>.

210 Zur Bedeutung von Effizienzvorteilen im Rahmen des Art. 102 AEUV etwa Kommission, Entwurf v. 1.8.2024 von Leitlinien für die Anwendung von Artikel 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, abrufbar unter https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2024-article-102-guidelines_en#guidelines-on-exclusionary-abuses-of-dominance, Rn. 48.

ckelt wird. Im Ergebnis kann sich dies positiv auf die Verbraucherwohlfahrt auswirken und in niedrigeren Preisen münden.²¹¹ Gegebenenfalls können derartige Effekte im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtabwägung²¹² gegen einen Missbrauch sprechen.

c) Einbeziehung auch des Arbeitsmarkts

Wie oben bereits ausgeführt kann das Abwerben von Arbeitnehmern über den Produktmarkt hinaus auch negative Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt haben.²¹³ Dies ist freilich auch bei anderen Formen der Marktstrukturveränderung möglich. Die vorliegend behandelte Thematik verdeutlicht aber, dass beim Marktstrukturmissbrauch auch solche Effekte im Rahmen der Feststellung einer wesentlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu berücksichtigen sind. Der Wegfall eines Wettbewerbers bedeutet stets gleichzeitig den Wegfall eines Wettbewerbers auf dem Arbeitsmarkt und birgt die oben²¹⁴ dargestellten wettbewerblichen Gefahren. Sind die Voraussetzungen für eine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem Produktmarkt im Sinne eines Marktstrukturmissbrauchs nicht gegeben, befreit dies nicht davon, zusätzlich eine wesentliche Beeinträchtigung auf dem Arbeitsmarkt zu prüfen. Anders gesagt: Bei jeder Form der Marktstrukturveränderung sind – auch – mögliche Probleme auf dem Arbeitsmarkt in den Blick zu nehmen.

Gleichermaßen ist es denkbar, dass negative Wirkungen auf dem Produktmarkt durch positive Effekte auf dem Arbeitsmarkt kompensiert werden. So können die oben dargestellten,²¹⁵ mit einer fehlenden Kompensation der Shareholder verbundenen wettbewerblichen Probleme im Einzelfall grundsätzlich durch etwaige arbeitgeberwechselbedingte Vorteile der Mitarbeiter ausgeglichen werden, etwa wenn sich die Arbeitsbedingungen auf dem relevanten Markt insgesamt deutlich verbessern, weil der marktbeherrschende Erwerber einen „Kaufpreis“ für das Unternehmen des ehemaligen Arbeitgebers einspart. Hierbei ist allerdings zu berücksichtigen,

211 Vgl. *Yun*, Potential Competition, Nascent Competitors, and Killer Acquisitions, in: The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy, 2020, 652, 662.

212 Siehe oben V 5 a).

213 Oben III.

214 Oben III.

215 Oben V 5 b).

dass die entsprechenden Vorteile für die Mitarbeiter auf stark vermachteten Arbeitsmärkten u. U. nicht nachhaltig sind.²¹⁶

d) Modifikation des Tatbestandsmerkmals „wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs“?

Nach der bisherigen Rechtsprechung setzt ein Marktstrukturmissbrauch eine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs dergestalt voraus, dass nach der Strukturveränderung nur noch Unternehmen verbleiben, die vom Marktbeherrscher abhängig sind.²¹⁷ Gegenüber den bisher von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen des Marktstrukturmissbrauchs weist der Strukturmissbrauch durch das Abwerben von Mitarbeitern die zusätzliche wettbewerbsschädliche Wirkung auf, dass die Shareholder des vom Markt ausscheidenden Wettbewerbers nicht kompensiert werden.²¹⁸ Soweit die entsprechende Abhängigkeit vom marktbeherrschenden Unternehmen nur auf einem der betroffenen Märkte (Produkt- oder Arbeitsmarkt) vorliegt, ist ein Marktstrukturmissbrauch nach den von der Rechtsprechung verlangten Voraussetzungen zu bejahen (vgl. soeben oben).

Angesichts der mit Marktstrukturveränderungen durch das Abwerben von Mitarbeitern verbundenen spezifischen wettbewerblichen Gefahren,²¹⁹ ist darüber hinaus zu überlegen, das strenge, von der Rechtsprechung verlangte Abhängigkeitskriterium einzuschränken. Soweit wettbewerbsschädigende Effekte neben dem Produktmarkt auch auf dem Arbeitsmarkt eintreten und eine marktbeherrschende Stellung auf beiden Märkten verstärkt wird, sollte dies für die einen Marktstrukturmissbrauch begründende wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs ausreichen, ohne dass es darüber hinaus des strengen Abhängigkeitskriteriums der Rechtsprechung bedarf. Die Beantwortung der sich daran zwangsläufig anschließende Frage nach der Verallgemeinerungsfähigkeit dieser Überlegungen würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen. Die obenstehenden Ausführungen legen jedoch nahe, das Tatbestandsmerkmal der „wesentlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs“ umso eher zu bejahen, je mehr Märkte durch die fragliche Verhaltensweise von zunehmender Marktbeherrschung betroffen sind.

216 Siehe oben III 2.

217 EuGH, Urte. v. 16.3.2023, C-449/21 – Towercast, ECLI:EU:C:2023:207, Rn. 52; siehe bereits oben V 5 a).

218 Oben V 5 b) aa).

219 Siehe oben V 5 b) und c).

6. Insbesondere: „Sanierungsfusion“ (failing company defence)

Ausnahmsweise nicht als missbräuchlich zu qualifizieren ist eine Marktstrukturveränderung nach den o. g. Kriterien, wenn der Fall einer „Sanierungsfusion“ (auch: „*failing company defence*“) vorliegt. Der Begriff entstammt der Fusionskontrolle. Danach ist von einer Sanierungsfusion bei einem Zusammenschluss auszugehen, wenn daran mindestens ein Unternehmen beteiligt ist, das auch ohne den Zusammenschluss aus dem Markt ausscheiden würde.²²⁰ In diesen Fällen fehlt es an der Kausalität des Zusammenschlusses für das Untersagungskriterium der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs im Sinne des Art. 2 Abs. 3 FKVO.²²¹ Die Freigabe einer Fusion auf Grundlage der *failing company defence* ist an drei Voraussetzungen geknüpft: Es muss feststehen, dass – erstens – das zu erwerbende Unternehmen ohne den Zusammenschluss mit einem anderen Unternehmen kurzfristig aus dem Markt ausscheiden würde, – zweitens – keine weniger wettbewerbsschädlichen Erwerbsoptionen zu dem angemeldeten Zusammenschluss bestehen und – drittens – die Marktposition des zu erwerbenden Unternehmens dem Erwerber zufallen würde. Dahinter steht der Gedanke, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen die entsprechende Marktstrukturveränderung auch ohne das Verhalten des Erwerbers eingetreten wäre. Eine Übertragung dieses Ansatzes auf das Konzept des Marktstrukturmissbrauchs vermeidet nicht nur Wertungswidersprüche mit der Fusionskontrolle,²²² sie ist vielmehr schon deshalb angezeigt, weil Art. 102 AEUV gerade nicht gewährleisten soll, dass sich weniger effiziente

220 Siehe etwa EuGH, Urt. v. 31.3.1998, verb. Rs. C-68/94 u. C-30/95 – Frankreich u. a. (Kali+Salz), ECLI:EU:C:1998:148, Rn. 101 ff. Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, 2004/C 31/03 (im Folgenden: „Horizontalleitlinien“), Rn. 89; *Körber*, ZWeR 2014, 32; *Simon/Stelzer*, NZKart 2014, 497; *Körber*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 2020, Art. 2 FKVO, Rn. 382; *Könen*, in: FK-Kartellrecht, Stand: 8/2020, Art. 2 FKVO, Rn. 243; *Montag/von Bonin*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2023, Art. 2 FKVO Rn. 208.

221 Kommission v. 14.12.1993, M.308 – Kali + Salz/MdK/Treuhand, Rn. 71 ff.; *Körber*, ZWeR 2014, 32, 36 f.; *Montag/von Bonin*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2023, Art. 2 FKVO Rn. 149; *Körber*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 2020, Art. 2 FKVO, Rn. 383.

222 Ausführlich zum Konkurrenzverhältnis von Marktstrukturmissbrauch und Fusionskontrolle im europäischen Wettbewerbsrecht etwa *Könen/Dogs*, ZWeR 2024, 160, 161 ff. m. w. N.

Wettbewerber als das marktbeherrschende Unternehmen weiterhin auf dem Markt halten.²²³

Ein Marktstrukturmissbrauch kann daher abzulehnen sein, wenn das Abwerben von Mitarbeitern eines Wettbewerbers durch einen Marktbeherrscher zwar zu dessen Ausscheiden aus dem Markt und damit einer Veränderung der Marktstruktur führt, das Unternehmen des ehemaligen Arbeitgebers aber bereits derart marode war, dass es auch im Falle des Verbleibs seiner Mitarbeiter vom Markt ausgeschieden wäre. In einem solchen Fall ist die erste der o. g. Voraussetzungen für eine Sanierungsfusion erfüllt. Die zweite und dritte Voraussetzung können beispielsweise dann erfüllt sein, wenn in jungen Märkten noch kein anderer (potenzieller) Wettbewerber vorhanden ist oder vorhandene Wettbewerber nicht über die Kapazitäten verfügen, die entsprechenden Mitarbeiter zu übernehmen. Dies dürfte vor allem im Tech Sektor, in dem Talente besonders hart umkämpft sind,²²⁴ eher selten der Fall sein, da häufig andere potenzielle alternative Arbeitgeber zur Verfügung stehen werden.

Wie in der Fusionskontrolle, in der die Kommission nur wenige Zusammenschlüsse als Sanierungsfusionen freigegeben hat,²²⁵ ist jedenfalls auf digitalen Märkten auch im Rahmen des Art. 102 AEUV mit einer tendenziell eher zurückhaltenden Anwendung des Konzepts der Sanierungsfusion zu rechnen. Dass diesbezügliche Erwägungen in der Praxis aber durchaus eine Rolle spielen können, verdeutlicht ein Sachverhalt im Zusammenhang mit den Bemühungen Apples, ein eigenes E-Automobil zu entwickeln:²²⁶ Betroffen war im Jahr 2015 das Startup Mission Motors, dessen Potenzial als

223 Vgl. zu letzterem Gesichtspunkt EuGH, Urt. v. 12.5.2022, C-377/20 – Servizio Elettrico Nazionale, ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 73 m. w. N.; v. 24.10.2024, C-240/22 P – Intel, ECLI:EU:C:2024:915, Rn. 175 m. w. N.

224 Siehe oben III 3.

225 Siehe etwa Kommission v. 14.12.1993, M.308 – Kali + Salz/MdK/Treuhand; v. 11.7.2001, M.2314 – BASF/Eurodiol/Pantochim; v. 2.9.2013, M.6360 – Nynas/Shell/Harburg Refinery; v. 9.10.2013, M.6796 – Aegean/Olympic II; siehe zur Entwicklung auch *Simon/Stelzer*, NZKart 2014, 497.

226 Wie Anfang des Jahres 2024 bekannt wurde, hat Apple seine diesbezüglichen Pläne mittlerweile aufgegeben, siehe *Gurman*, Apple to Wind Down Electric Car Effort After Decadelong Odyssey, Artikel auf bloomberg.com v. 27.2.2024, abrufbar unter <https://www.bloomberg.com/news/articles/2024-02-27/apple-cancels-work-on-electric-car-shifts-team-to-generative-ai>; ferner *Lindner*, Apple gibt Pläne für eigenes Auto auf, Artikel auf faz.net v. 28.2.2024, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/iphone-hersteller-apple-gibt-plaene-fuer-eigenes-auto-auf-19550618.html>.

innovativer Hersteller elektrischer Motorräder schon mit Tesla verglichen wurde.²²⁷ Im Rahmen einer offenbar größer angelegten Strategie warb Apple dutzende Automobilexperten von anderen Unternehmen ab. Während größere Unternehmen wie Ford oder Mercedes Benz darunter kaum litten, musste das finanziell bereits angeschlagene Mission Motors sein Unternehmen einstellen und im August 2015 Insolvenz anmelden,²²⁸ nachdem Apple den Großteil seiner Top-Ingenieure an Apple verloren hatte.²²⁹ Nach den öffentlichen Äußerungen des ehemaligen CEO von Mission Motors habe sich sein Unternehmen Apples Avancen gegenüber seinen Ingenieuren nicht erwehren können. Der Manager gab sich jedoch davon überzeugt, dass Mission Motors eine Zukunft gehabt hätte, hätte Apple nicht seine wichtigsten Mitarbeiter abgeworben.²³⁰ Diese Einschätzung wurde indes nicht uneingeschränkt geteilt.²³¹ Wäre der Fall von den zuständigen Kartellbehörden vor dem Hintergrund des Art. 102 AEUV aufgegriffen worden, hätte es nahegelegen, sich u. a. auch näher mit den Voraussetzungen einer Sanierungsfusion auseinanderzusetzen.

227 Das Potential des Unternehmens anschaulich beschreibend etwa *MacDonald*, Pioneering Electric Motorcycle Company Mission Motorcycles Files For Bankruptcy, Artikel auf jalopnik.com v. 14.10.2015, abrufbar unter <https://jalopnik.com/pioneering-electric-motorcycle-company-mission-motors-f-1730322201>.

228 Vgl. *MacDonald*, Pioneering Electric Motorcycle Company Mission Motorcycles Files For Bankruptcy, Artikel auf jalopnik.com v. 14.10.2015, abrufbar unter <https://jalopnik.com/pioneering-electric-motorcycle-company-mission-motors-f-1730322201>.

229 *Love*, Apple's auto ambitions sideswipe electric motorcycle startup, Artikel auf Reuters.com v. 19.10.2015, abrufbar unter <https://www.reuters.com/article/2015/10/19/us-apple-motorcycle-idUSKCN0SD0ND20151019/>. Danach habe Mission Motors Mitarbeiter auch an andere Unternehmen wie Tesla und Harley Davidson verloren, die meisten jedoch an Apple.

230 *Love*, Apple's auto ambitions sideswipe electric motorcycle startup, Artikel auf Reuters.com v. 19.10.2015, abrufbar unter <https://www.reuters.com/article/2015/10/19/us-apple-motorcycle-idUSKCN0SD0ND20151019/>.

231 Zweifelnd ob Apples Abwerbungen tatsächlich ursächlich für den Niedergang von Mission Motors waren *Torchinsky*, Did Apple's Poaching Kill An Electric Motorcycle Startup?, Artikel auf jalopnik.com v. 19.10.2015, abrufbar unter <https://jalopnik.com/did-apples-poaching-kill-an-electric-motorcycle-startup-1737402904>.

VI. *Power to poach: Ausbeutungsmisbrauch auf dem Akquisitionsmarkt – Direct hiring als Druckmittel für ein ineffizientes acqui-hire*

Wettbewerbsrechtliche Probleme können auch dann entstehen, wenn es zwar nicht zum Abwerben von Mitarbeitern im Sinne eines *direct hiring* kommt, dieses aber von einem Marktbeherrscher als Druckmittel eingesetzt wird, um einen niedrigen Kaufpreis für ein *acqui-hire* zu erreichen.

I. Abwerben von Mitarbeitern als Damoklesschwert über Verkaufsverhandlungen

Die finanziellen Mittel von Unternehmen in marktbeherrschender Stellung, insbesondere im Tech-Bereich, übersteigen häufig erheblich diejenigen ihrer Wettbewerber. Dies wirkt sich freilich auch auf den finanziellen Spielraum bei den an ihre Mitarbeiter gezahlten Gehältern aus. In Bezug auf Startup-Aufkäufe stellten *Bar-Isaac/Johnson/Nocke* fest, dass die Drohung eines potenziellen Erwerbers, im Falle des Scheiterns der Verhandlungen um einen Unternehmenskauf die Mitarbeiter des Startups abzuwerben, den „Kaufpreis“ drücken kann. Unter dem Eindruck dieses Damoklesschwerts können Startups dazu geneigt sein, einen Preis für den Verkauf ihres Unternehmens zu akzeptieren, der im Ergebnis unter dessen Wert liegt und ein *acqui-hire* damit ineffizient erscheinen lassen.²³²

Das Druckpotenzial ist dabei umso größer, je asymmetrischer sich die Marktstruktur des relevanten Markts darstellt: Ein bereits marktmächtiger potenzieller Erwerber mit ggf. großen finanziellen Ressourcen kann sich im Grunde aussuchen, ob er die begehrten Mitarbeiter seines Wettbewerbers über ein *acqui-hire* oder ein *direct hiring* akquiriert.²³³ Je weniger sich das Zielunternehmen gegen ein *direct hiring* zur Wehr setzen kann und je weniger alternative Interessenten für sein Unternehmen zur Verfügung stehen, desto eher wird es dazu geneigt sein, einen niedrigen Kaufpreis zu

232 Vgl. *Bar-Isaac/Johnson/Nocke*, Acquihiring for Monopsony Power (23. Januar 2024), abrufbar über SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4601787> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4601787>, S. 3, 7 ff. d. Umbruchs.

233 Vgl. *Bar-Isaac/Johnson/Nocke*, Acquihiring for Monopsony Power (23. Januar 2024), abrufbar über SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4601787> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4601787>, S. 3 d. Umbruchs.

akzeptieren, um am Ende nicht gänzlich mit leeren Händen dazustehen.²³⁴ Insbesondere auf den Digitalmärkten, auf denen junge, innovative Startups mächtigen Big Tech-Unternehmen gegenüberstehen, besteht ein hohes Risiko für entsprechende Vorgänge.

2. Ausbeutungsmisbrauch auf dem Akquisitionsmarkt

Das beschriebene Verhalten entspricht einem Ausbeutungsmisbrauch auf dem Nachfragemarkt für Unternehmensakquisitionen: Ausgebeutet werden die Shareholder des Zielunternehmens, die sich gezwungen sehen, ihr Unternehmen zu einem Preis an den nachfragenden Marktbeherrscher zu verkaufen, der dem Wert des Unternehmens nicht gerecht wird. Es gelten insoweit grundsätzlich dieselben Voraussetzungen wie bei einem Preismisbrauch eines Anbieters.²³⁵ Von einem Preismisbrauch eines marktbeherrschenden Nachfragers ist demnach dann auszugehen, wenn der Marktbeherrscher den Preis nur auf Grund seiner Marktmacht unter das bei wirklichen Nachfragewettbewerb mögliche Niveau drücken kann,²³⁶ also die sich aus seiner beherrschenden Stellung ergebenden Möglichkeiten nutzt, „um geschäftliche Vorteile zu erhalten, die er bei einem normalen und hinreichend wirksamen Wettbewerb nicht erhalten hätte.“²³⁷

Anders als bei auf Produkte bezogene Preismisbräuchen dürften sich die gängigen Methoden zur Ermittlung eines unangemessenen Preises – Kosten-Preis-Analysen, Preisvergleiche sowie Gewinnvergleiche²³⁸ – praktisch nur bedingt eignen. Alternativ ist denkbar, eine Unternehmensbewertung des Zielobjekts durchzuführen und diese mit dem Kaufpreis zu vergleichen. Die Ermittlung eines Unternehmenswertes stellt die Praxis angesichts verschiedener denkbarer, jeweils mit nicht unerheblichen Unsicherheiten behafteten Bewertungsmethoden allerdings nicht selten vor Herausforde-

234 *Bar-Isaac/Johnson/Nocke*, Acquihring for Monopsony Power (23. Januar 2024), abrufbar über SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4601787> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4601787>, S. 8 f. d. Umbruchs.

235 Vgl. *Wolf*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2022, § 19 GWB, Rn. 124.

236 Vgl. *Wiedemann*, in: *Wiedemann*, Kartellrecht, 2020, § 23, Rn. 201.

237 EuGH, Urt. v. 14.2.1978, 27/76 – *United Brands*, ECLI:EU:C:1978:22, Rn. 248/257; *Bien*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2023, Art. 102 AEUV, Rn. 355.

238 Ausführlich *Bien*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2023, Art. 102 AEUV, Rn. 356 ff.

rungen.²³⁹ Im digitalen Sektor gestaltet sich die Ermittlung eines Unternehmenswerts besonders schwierig, da die Zielunternehmen nicht selten noch gar keine Gewinne und darüber hinaus nur geringe Umsätze erzielen, dennoch aber exorbitant hohe Unternehmenskaufpreise gezahlt werden. Beispielhaft sei die Akquisition von WhatsApp durch Facebook im Jahr 2014 für über 19 Milliarden US-Dollar genannt:²⁴⁰ Im Jahr vor der Übernahme erwirtschaftete WhatsApp einen Jahresumsatz von lediglich 10,2 Millionen US-Dollar.²⁴¹ Der Nachweis eines missbräuchlichen Preises wird zusätzlich dadurch erschwert, dass der Preis eines Unternehmens nicht allein anhand rein objektiver Kriterien, sondern auch auf Grundlage von individuell-strategischen Erwägungen bilateral verhandelt wird. Die genannten Schwierigkeiten schließen indes auch für den Digitalsektor nicht aus, dass sich der Wert des Zielunternehmens verlässlich ermitteln lässt. Ein starkes Indiz für einen Missbrauch dürfte man vor diesem Hintergrund jedenfalls dann annehmen können, wenn der auf Basis ökonomisch anerkannter und in der Praxis gebräuchlicher Methoden ermittelte Unternehmenswert²⁴² deutlich über dem Kaufpreis liegt.

Können Drohungen mit dem Abwerben von Mitarbeitern als Alternative zum Unternehmenskauf nachgewiesen werden, eignet sich dies als zusätzliches Indiz für einen Missbrauch. Derartige Drohpraktiken können vonseiten der Behörden grundsätzlich mittels im Rahmen von Durchsuchungen erlangten Aufzeichnungen über entsprechende Äußerungen in der Kommunikation zwischen Erwerber und Zielunternehmen oder der Vernehmung der Verhandlungsführer des Zielunternehmens geführt werden. Angesichts der beschriebenen Drohkulisse und der Gefahr, am Ende

239 Vgl. etwa *Bula/Thees*, in: Sagasser/Bula, Umwandlungen, 2024, § 9, Rn. 97 ff.; *Weller/Reichert*, in: MüKo GmbHG, 2022, § 14, Rn. 26 ff.; *Deilmann*, in: Hölters/Weber, Aktiengesetz, 2022, § 305 AktG, Rn. 48 ff.

240 Siehe Kommission v. 3.10.2014 – COMP/M.7217 – Facebook/WhatsApp.

241 Facebook, 8.10.2014, Annual revenue of WhatsApp from 2012 to 1st half 2014 (in million US-Dollars) [Graph], abrufbar über <https://www.statista.com/statistics/346269/whatsapp-annual-revenue/>.

242 Vgl. BGH, Urt. v. 12.3.2001, II ZB 15/00, NJW 2001, 2080, 2082. Die in Deutschland überwiegende Ansicht sowie der BGH greifen bei der Ermittlung des Werts eines Unternehmens zumeist auf die sog. modifizierte Ertragswertmethode zurück, wonach sich der Unternehmenswert in erster Linie nach den Erträgen bestimmt, die es unter Zugrundelegung einer dynamischen Betrachtung künftig erzielen wird. Auf eine generell heranzuziehende Bewertungsmethode hat sich hingegen auch der BGH bislang nicht festgelegt, näher *Ebbing*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbH-Gesetz, 2023, § 14, Rn. 21 f.; *Weller/Reichert*, in: MüKo GmbHG, 2022, § 14, Rn. 26 ff.

ohne jede Kompensation dazustehen, ist es allerdings unwahrscheinlich, dass sich das Zielunternehmen selbst mit einer Beschwerde an die Kartellbehörden richtet. Die Kartellbehörden sind aber im Rahmen ihres Aufgreifermessens zur Aufnahme von Ermittlungen angehalten, wenn ein auffällig niedriger Kaufpreis aus einer Fusionsanmeldung oder Presseberichten bekannt wird.

3. Zusätzlicher Behinderungseffekt auf dem Produkt- und Arbeitsmarkt

Neben dem im Vordergrund stehenden Ausbeutungseffekt entfalten die beschriebenen Drohpraktiken darüber hinaus auch eine Verdrängungswirkung auf den relevanten Produkt- und Arbeitsmärkten: Der Marktbeherrscher kann u. U. erreichen, dass sich ein Wettbewerber aus dem jeweiligen Markt verabschiedet und sein Unternehmen notfalls zu einem schlechten Preis veräußert, weil er befürchtet, den Abwerbeavancen des Marktbeherrschers nichts entgegensetzen zu können.

4. Zusätzlicher Ausbeutungseffekt zu Lasten der Arbeitnehmer

Wie eingangs ausgeführt²⁴³ kann das Ausscheiden eines Wettbewerbers des Marktbeherrschers auf dem Arbeitsmarkt zusätzliche ausbeuterische Effekte zu Lasten der Arbeitnehmer zur Folge haben. Noch größer als beim *direct hiring*²⁴⁴ ist diese Gefahr bei einem *acqui-hire*.²⁴⁵ Derartige Ausbeutungseffekte drohen umso mehr, je mächtiger der Erwerber auf dem Arbeitsmarkt ist und je weniger alternative Arbeitgeber aus Sicht der Mitarbeiter als Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Je geringer der Wettbewerbsdruck auf dem Arbeitsmarkt ist, desto weniger existieren für den Marktbeherrscher Anreize, seinen neuen Mitarbeitern im Hinblick auf zukünftige Lohnerhöhungen oder sonstige Verbesserungen der Arbeitsbedingungen entgegenzukommen.²⁴⁶

243 Siehe bereits oben III 1.

244 Dazu oben III 2 sowie V 5 c).

245 Dazu oben III 1.

246 Siehe oben III 1.

VII. Ergebnis

Bei der Subsumtion des Abwerbens von Mitarbeitern unter das kartellrechtliche Missbrauchsverbot ist zunächst insofern Zurückhaltung geboten, als das Wetteifern um qualifizierte Arbeitskräfte Ausdruck eines Wettbewerbs um knappe Ressourcen ist und insoweit grundsätzlich wettbewerbsfördernd wirkt. Die vorstehenden Ausführungen haben jedoch gezeigt, dass das Abwerben von Mitarbeitern durch einen Marktbeherrscher wettbewerbsschädliche, weil behindernde, oder ausbeuterische Effekte auf dem Produktmarkt, auf dem Arbeitsmarkt und sogar auf dem Markt für Unternehmenstransaktionen entfalten kann.

Im vorliegend beispielhaft betrachteten Tech-Sektor sind ernstzunehmende Anzeichen für möglicherweise missbräuchliche Verhaltensweisen im Zusammenhang mit dem Abwerben von Mitarbeitern nicht zu übersehen. Die Kartellbehörden sollten derartigen Anzeichen verstärkt nachgehen und sie auf das tatsächliche Vorliegen eines Marktmachtmissbrauchs überprüfen. Dabei sind Auswirkungen nicht nur auf dem Produktmarkt, sondern insbesondere auch auf dem Arbeitsmarkt in den Blick zu nehmen.²⁴⁷ Auch ist zu erwägen, die Thematik in den geplanten neuen Leitlinien der Kommission zu Art. 102 AEUV²⁴⁸ aufzugreifen. Die Zurückhaltung der Kommission diesbezüglich ist allerdings insofern nachvollziehbar, als nahezu keinerlei einschlägige Fallpraxis existiert.²⁴⁹

Im Einzelnen ist das Abwerben von Mitarbeitern als Behinderungsmissbrauch einzuordnen, wenn es geeignet ist, Verdrängungswirkung zu entfalten, und vom Leistungswettbewerb abweicht. Die für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nachzuweisende Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung dürfte im Hinblick auf das Abwerben fremder Mitarbeiter nur im Ausnahmefall zu verneinen sein, nämlich wenn nicht zu erwarten ist, dass sich das Abwerben auf die Geschäftstätigkeit des betroffenen Wettbewerbers auswirkt.²⁵⁰ Eine Abweichung vom Leistungswettbewerb kommt

247 III.

248 Siehe Kommission, Entwurf v. 1.8.2024 von Leitlinien für die Anwendung von Artikel 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, abrufbar unter https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2024-article-102-guidelines_en#guidelines-on-exclusionary-abuses-of-dominance.

249 Eine Ausnahme bilden, soweit ersichtlich, lediglich die Fälle „Microsoft/OpenAI“ sowie „Microsoft/Inflection“, siehe oben I, II 2, V 2 sowie V 4.

250 IV 1 a).

in Betracht, wenn das Abwerben für das marktbeherrschende Unternehmen kein anderes wirtschaftliches Interesse hat als die Behinderung des Wettbewerbs, z. B. wenn tatsächlich nicht benötigte Arbeitskräfte abgeworben werden,²⁵¹ oder wenn die vom Marktbeherrscher den abgeworbenen Mitarbeitern gezahlten Gehälter über den Einnahmen liegen, die der neue Arbeitgeber mit den abgeworbenen Mitarbeitern erzielen kann (As-efficient-competitor-Test).²⁵² Darüber hinaus können weitere Verhaltensweisen eines Marktbeherrschers im Zusammenhang mit dem Abwerben von Mitarbeitern eine Abweichung vom Leistungswettbewerb begründen. Bei der Bildung entsprechender Fallgruppen kann z. T. auf die zu § 4 Nr. 4 UWG entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden.²⁵³ Im Einzelnen zählt dazu das Ausnutzen eines Vertrauensverhältnisses, ein kollusives Zusammenwirken zwischen Marktbeherrscher und abgeworbenen Mitarbeitern sowie u. U. ein „putsch- oder handstreichartiges“ Abwerben. Auch im Hinblick auf die übrigen genannten Verhaltensweisen stellen sich für die Praxis Beweisprobleme, die je nach Einzelfall jedoch nicht unüberwindbar sind. Zusätzliche, mittelbar durch das Abwerben von Mitarbeitern verursachte Behinderungseffekte können entstehen, wenn der Marktbeherrscher in kollusivem Zusammenwirken mit abgeworbenen Mitarbeitern Vorschriften des Geschäftsgeheimnisgesetzes verletzt oder den Wettbewerber mit auf tatsächlich nicht bestehende Schutzrechte gerichteten Klagen überzieht.²⁵⁴ Derartige Verhaltensweisen sind am Maßstab der – in der Literatur umstrittenen, von der Rechtsprechung aber im Grundsatz anerkannten – Fallgruppe des „Missbrauchs durch Rechtsbruch“ zu bewerten.

Führt das Abwerben von Mitarbeitern zum Ausscheiden des bisherigen Arbeitgebers und damit faktisch zum Übergang des Unternehmens auf den Marktbeherrscher, kann ein Marktstrukturmissbrauch vorliegen.²⁵⁵ Hinweise auf derartige Vorgänge bestehen in der Praxis vor allem im Digitalsektor.²⁵⁶ Wettbewerbsschädliche Effekte in Form von Marktzutrittschranken und Innovationsverlust²⁵⁷ können insbesondere dadurch hervorgerufen werden, soweit die Shareholder des ehemaligen Arbeitgebers nicht durch einen „Unternehmenskaufpreis“ für den Verlust ihres Unter-

251 IV 2 a).

252 IV 2 b).

253 IV 2 c).

254 IV 3.

255 V 1 und 3.

256 V 2.

257 V 5 b).

nehmens entschädigt werden. Die damit zusammenhängenden erheblichen Gefahren für den Wettbewerb legen eine Modifikation des im Rahmen des Marktstrukturmissbrauchs von der Rechtsprechung strengen Abhängigkeitskriteriums²⁵⁸ für den Nachweis einer wesentlichen Wettbewerbsbeeinträchtigung in dem Sinne nahe, dass von einer solchen bereits dann auszugehen ist, wenn sowohl auf dem Produkt- als auch auf dem Arbeitsmarkt²⁵⁹ eine beherrschende Stellung verstärkt wird. Jedenfalls ausreichend für die Annahme eines Marktstrukturmissbrauchs ist, wenn das von der Rechtsprechung verlangte Abhängigkeitskriterium auf einem der betroffenen Märkte – Produkt- oder Arbeitsmarkt – vorliegt.²⁶⁰ Ein Marktstrukturmissbrauch kommt dagegen nicht in Betracht, wenn das Zielunternehmen auch ohne das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens aus dem Markt ausscheiden würde („Sanierungsfusion“).²⁶¹ Nachdem nach der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Illumina/Grail“ die Verweisungs-lösung der Kommission über Art. 22 FKVO im Hinblick auf die insbesondere im digitalen Sektor verbreiteten Zusammenschlussvorgänge unterhalb der fusionskontrollrechtlichen Aufgreifschwelle²⁶² weitgehend²⁶³ versperrt ist, gewinnt die Missbrauchsaufsicht für wettbewerbswidrige Marktstrukturveränderungen an zusätzlicher Bedeutung.

Auf dem Akquisitionsmarkt kann das Drohen mit dem Abwerben von Mitarbeitern des Zielunternehmens im Wege eines *direct hiring* dazu führen, dass die Shareholder des Zielunternehmens ihr Unternehmen letztlich unter Wert veräußern, weil sie andernfalls Sorge haben, am Ende ohne jegliche Kompensation dazustehen.²⁶⁴ Dies kann einen Ausbeutungsmissbrauch²⁶⁵ auf dem Akquisitionsmarkt darstellen. Die in diesem Zusammenhang erforderliche Missbräuchlichkeit des Preises stellt die Praxis vor nicht unerhebliche, jedoch nicht unüberwindbare Herausforderungen.²⁶⁶ Damit

258 V 5 a).

259 V 5 c).

260 V 5 d).

261 V 6.

262 Zur Subsumtion des Abwerbens von Mitarbeitern unter den Tatbestand der Fusionskontrolle siehe II 2.

263 Auch nach „Illumina/Grail“ möglich erscheint, dass die Mitgliedstaaten durch nationale gesetzliche Regelungen eine eigene Zuständigkeit begründen, indem sie sich das Recht einräumen, unterschwellige Zusammenschlussvorhaben an die Kommission zu verweisen.

264 VI 1.

265 VI 2.

266 VI 2.

einher gehen können zusätzliche Behinderungseffekte²⁶⁷ auf dem Produkt- und Arbeitsmarkt sowie ausbeuterische Effekte zulasten der Mitarbeiter.²⁶⁸

267 VI 3.

268 VI 4.

Der Diskriminierungsmissbrauch nach Art. 102 AEUV – Eine Kategorisierung unter besonderer Betrachtung der Selbstbevorzugung auf digitalen Märkten

Lena Hornkohl*

Abstract:

Für einen Diskriminierungsmissbrauch nach Art. 102 AEUV steht fest, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen ungleiche Bedingungen auf gleichwertige Transaktionen oder gleichwertige Bedingungen auf unterschiedliche Transaktionen anwenden muss. Das marktbeherrschende Unternehmen kann die Diskriminierung objektiv rechtfertigen, obwohl eine Rechtfertigung selten akzeptiert wird. Die in der Fallpraxis aufgeführten weiteren Voraussetzungen für die missbräuchlichen Diskriminierung folgen keinem klaren, einheitlichen, methodischen und logischen Ansatz. Der vorliegende Beitrag versucht sich an einer systematischen und dogmatischen Kategorisierung der verschiedenen Arten von Diskriminierungsmissbräuchen und deren Voraussetzungen besonders vor dem Hintergrund der zunehmenden Bedeutung der auf einer Diskriminierungslogik beruhenden Selbstbevorzugung (self-preferencing) als Schadenstheorie auf digitalen Märkten. Es werden drei analytische Kategorien des Diskriminierungsmissbrauchs herausgearbeitet: Ausbeutungsdiskriminierung, Behinderungsdiskriminierung auf der primären und auf der sekundären Ebene. Eine Gesamtschau der Fallpraxis vor dem Hintergrund des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes zeigt, dass in solchen Fällen eine Diskriminierung nur dann zu einem Verstoß gegen Art. 102 AEUV führt, wenn sie eine (potentielle) ausschließende Wirkung hat. Dabei sind alle Umstände des Einzelfalls zu betrachten. Eine Unerlässlichkeit des Zugangs zu der diskriminierten Leistung nach der Bronner-Rechtsprechung ist hingegen nicht erforderlich. Dies erlaubt ein analytisches Modell für den Diskriminierungsmissbrauch, welches auch aktuellen Herausforderungen auf digitalen Märkten, wie eine auf Big-Data-

* Lena Hornkohl ist Tenure Track Professorin für Europarecht an der Universität Wien und Habilitandin an der Universität Heidelberg. Der Beitrag beruht auf *Hornkohl, JECLAP 2022, 99 – 111*.

Analysen beruhende personalisierte Preispolitik als möglicherweise markt-machtmissbräuchliches Verhalten nach Art. 102 AEUV zu erfassen.

I.	Einleitung	176
II.	Terminologische und methodische Grundlagen	178
III.	Der Diskriminierungsmissbrauch in der Fallpraxis	179
	1. Ausbeutungsdiskriminierung	180
	2. Behinderungsdiskriminierung auf der primären Ebene	183
	3. Behinderungsdiskriminierung auf der sekundären Ebene	185
	a) Praxis vor Google Shopping	186
	b) Google Shopping: Selbstbevorzugung auf digitalen Märkten	189
	aa) Allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz und Diskriminierungsmissbrauch	190
	bb) Spezifische Umstände des Einzelfalls und Ausschlusseffekte erforderlich	191
	cc) Keine Unerlässlichkeit	194
IV.	Schadenstheorie des Diskriminierungsmissbrauchs nach Art. 102 AEUV unter besonderer Berücksichtigung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes	197
	1. Diskriminierungsmissbrauch und allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz	197
	2. Schadenstheorie: Wann ist eine Diskriminierung ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung?	199
V.	Fazit	202
VI.	Zusammenfassung	204

I. Einleitung

Obwohl Art. 102 lit. c AEUV ihn in einer besonderen Form als Regelbeispiel beinhaltet, führt der Diskriminierungsmissbrauch nach Art. 102 AEUV und ihr Bezug zum allgemeinen Grundsatz der Gleichbehandlung im Unionsrecht insgesamt ein Nischendasein.¹ Einige der Fälle aus der Kommissions- und mitgliedstaatlichen Praxis und deren gerichtlichen Aufarbeitung, die hier genauer analysiert werden, beziehen sich zwar auf den Diskriminierungsmissbrauch, folgen aber keinem klaren, einheitlichen, methodischen und logischen Ansatz. Die Fälle werden überwiegend auf Art. 102 lit. c AEUV gestützt und alle Arten von missbräuchlicher Diskriminierung über den Wortlaut und den Zweck der Bestimmung hinaus auf ungenaue Weise behandelt. Vor allem fehlt es an einer systematischen und dogmatischen Kategorisierung der verschiedenen Arten von Diskriminierungsmissbräu-

1 Aus der Wissenschaft siehe z.B. *Layne-Farrar/Stuart*, in: González Díaz/Snelders (Hrsg.), *Abuse of Dominance under Article 102 TFEU*, 2013; *Botta/Wiedemann*, *Eur. J. Law Econ.* 2020, 381; *O'Donoghue*, *JECLAP* 2018, 443; *Bergqvist*, University of Copenhagen Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series no 2020-90, abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3491697; *Geradin/Petit*, GCLC Working Paper 07/2005, abrufbar unter: https://www.coleurope.eu/sites/default/files/research-paper/gclc_wp_07-05_0.pdf; *Gerard*, GCLC Working Paper 6 July 2005, abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1113354.

chen und deren Voraussetzungen. Vor dem Hintergrund der zunehmenden Bedeutung der auf einer Diskriminierungslogik beruhenden Selbstbevorzugung (*self-preferencing*) als Schadenstheorie auf digitalen Märkten, ihrer Etablierung als eigenständigen Missbrauchstatbestand nach Art. 102 AEUV und ihrer (begrenzten) Einbeziehung als *per se* Verbot in Art. 6 Abs. 5 Gesetz über digitale Märkte (DMA)² sowie auf nationaler Ebene § 19a Abs. 2 Nr. 1 GWB, bedarf es einer kategorischen Aufarbeitung des Diskriminierungsmissbrauches.

Der vorliegende Beitrag versucht sich an dieser Aufgabe. Er arbeitet die bisherige Praxis auf und legt einen besonderen Schwerpunkt auf das *Google Shopping*³ Verfahren, bei dem zum Bearbeitungszeitpunkt⁴ das Urteil des EuG,⁵ die Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott*⁶ und das Berufungsurteil des Europäischen Gerichtshof (EuGH)⁷ vorliegen, wobei letzteres nur überblicksartig besprochen werden kann. Im Allgemeinen analysiert der Beitrag die Thematiken der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung im Rahmen von Art. 102 AEUV kritisch und steckt einen kohärenten Rahmen für das Konzept der missbräuchlichen Diskriminierung ab. Dabei wird die Rolle des Gleichbehandlungsgrundsatzes für den Diskriminierungsmissbrauch im Lichte ihres historischen Zwecks, der sich ändernden Ziele und der sich entwickelnden Realität von Art. 102 AEUV bewertet. Der Beitrag zeigt auf, dass im heutigen Kontext der Diskriminierungsmissbrauch für marktbeherrschende digitale Plattformen zumindest eine lückenfüllende Funktion neben spezifischen Regelungen der Digitalwirtschaft, vor allem dem DMA und nationalen Regelungen wie § 19a GWB, haben kann. Er stellt eine grundsätzliche Schadenstheorie für den Diskriminierungsmissbrauch auf.

2 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).

3 Kommission v. 27.6.2017, AT.39740 – Google Shopping.

4 14.9.2024.

5 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763.

6 Kokott, SchlA. v. 11.1.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:14.

7 EuGH, Urt. v. 10.9.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:726; im Detail *Fischer/Hornkohl/Imgarten*, European Papers, im Erscheinen.

II. Terminologische und methodische Grundlagen

Nur die wesentlichen Voraussetzungen, die für einen Fall von missbräuchlicher Diskriminierung nach Art. 102 AEUV erforderlich sind, sind weithin anerkannt: Ein marktbeherrschendes Unternehmen muss ungleiche Bedingungen auf gleichwertige Transaktionen oder gleichwertige Bedingungen auf unterschiedliche Transaktionen anwenden.⁸ Das marktbeherrschende Unternehmen kann die Diskriminierung objektiv rechtfertigen,⁹ obwohl eine Rechtfertigung selten akzeptiert wird.¹⁰

Darüber hinaus war es bis dato schwierig, einen kohärenten Rahmen zu definieren, wann eine Diskriminierung einen Missbrauch gemäß Art. 102 AEUV darstellt. Die Lehre lässt eine gewisse terminologische und methodische Kategorisierung zu, welche die weitere Analyse erleichtert. Art. 102 AEUV umfasst im Allgemeinen ausbeuterische und behindernde Verhaltensweisen, Ausbeutungs- und Behinderungsmissbrauch genannt. Beide Formen können diskriminierende Verhaltensweisen erfassen. Der Behinderungsmissbrauch, auch in Form der Diskriminierung, schadet unmittelbar den Wettbewerbern des marktbeherrschenden Unternehmens und nur mittelbar den Verbrauchern.¹¹ Ein Ausbeutungsmissbrauch, auch in Form der Diskriminierung, schadet unmittelbar den Abnehmern (oder Lieferanten), auch in der Form von Endverbrauchern.¹²

Eine weitere Unterscheidung in Bezug auf Diskriminierungen betrifft die Ebene der Schädigung. Durch Diskriminierung hervorgerufene Schädigungen auf der primären Ebene (*primary-line injuries*) verursachen Schäden auf der Ebene des marktbeherrschenden Unternehmens, während Schädigungen auf der sekundären Ebene (*secondary-line injuries*), Schäden auf vor- oder nachgelagerten Märkten verursachen.¹³

Daraus ergibt sich, dass durch Diskriminierung hervorgerufene Schädigungen auf der primären Ebene immer Fälle des Behinderungsmissbrauchs darstellen. Bei ausbeuterischen Diskriminierungen handelt es sich immer um sekundäre Schädigungen. Sekundäre Schädigungen können jedoch so-

8 Layne-Farrar/Stuart (Fn. 1), Rn. 9.6.

9 EuGH, Urt. v. 29.3.2001, C-163/99 – Portugal/Kommission, ECLI:EU:C:2001:189, Rn. 67; Urt. v. 19.4.2018, C-525/16 – MEO, ECLI:EU:C:2018:270, Rn. 29.

10 Botta/Wiedemann (Fn. 1), 404.

11 Kommission, Leitlinien zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 EG-Vertrag auf missbräuchliches Behinderungsmissbrauchsverhalten durch marktbeherrschende Unternehmen, KOM(2008) 832 endgültig, Rn. 5.

12 Akman, CYELS 2009, 165.

13 Layne-Farrar/Stuart (Fn. 1), Rn. 9.2.

wohl ausbeuterisch als auch behindernd sein. Im Falle einer vertikalen Integration des marktbeherrschenden Unternehmens, wie sie im Fall *Google Shopping* zu beobachten ist, geht die behindernde Diskriminierung mit einer Schädigung auf der sekundären Ebene einher. Daraus ergeben sich drei analytische Kategorien des Diskriminierungsmissbrauchs: Ausbeutungsdiskriminierung (die immer zu Schädigungen auf der sekundären Ebene führt, s. unten III 1, Abbildung 1), Behinderungsdiskriminierung auf der primären Ebene (s. unten III 2, Abbildung 2) und Behinderungsdiskriminierung auf der sekundären Ebene (s. unten III 3, Abbildung 3).

III. Der Diskriminierungsmissbrauch in der Fallpraxis

Obwohl diese Kategorien von einem theoretischen Gesichtspunkt her nachvollziehbar sind, werden sie in der Praxis kaum explizit angewandt. Die europäischen Wettbewerbsbehörden und Gerichte unterscheiden selten zwischen der Ebene der Schädigung oder zwischen Ausbeutungs- und Behinderungsdiskriminierung.¹⁴ Vor allem in der frühen Rechtsprechung reichte es für eine missbräuchliche Diskriminierung allgemein aus, wenn bei gleichwertigen Geschäften ungleiche Bedingungen angewandt wurden, ohne dass diese Diskriminierung gerechtfertigt war. In anderen Fällen verlangten die Gerichte und die Wettbewerbsbehörden bereits einen wirkungsorientierten Ansatz (auch unter den Stichwörtern Ausschlusseffekte, bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen, Auswirkungsanalyse, wettbewerbswidrige Auswirkungen oder *by effect abuse* geführt).¹⁵ Zum Teil wurde ein Diskriminierungsverstoß zusätzlich zu anderen missbräuchlichen Verhaltensweisen mit eindeutigeren Schadenstheorien festgestellt. Unabhängig davon waren die Fälle selten, in denen sich die Praxis ausschließlich auf eine Diskriminierungstheorie des Schadens stützten.

14 *O'Donoghue* (Fn. 1), 444; als seltenes Beispiel *Kommission v. 20.10.2004, AT.38745 – BdKEP*, Rn. 93.

15 Siehe *Zelger*, in: Fischer/Hornkohl (Hrsg.), *Kartellrecht und Zukunftstechnologien*, 2024, 23 ff. mwN.

1. Ausbeutungsdiskriminierung

Ausbeutungsdiskriminierung (die immer zu Schädigungen auf der sekundären Ebene führt), d. h. Diskriminierung zum Nachteil der Abnehmer (oder Lieferanten) des marktbeherrschenden Unternehmens, war zumindest auf der Ebene der Europäischen Kommission kein vorrangiges Ziel der Durchsetzung und spielte bisher eine untergeordnete Rolle.¹⁶ Sofern solche Fälle verfolgt wurden, reichte oftmals allein eine Diskriminierung aus, um einen Missbrauch nach Art. 102 AEUV anzunehmen. *MEO*¹⁷ schaffte eine notwendige Klarstellung.

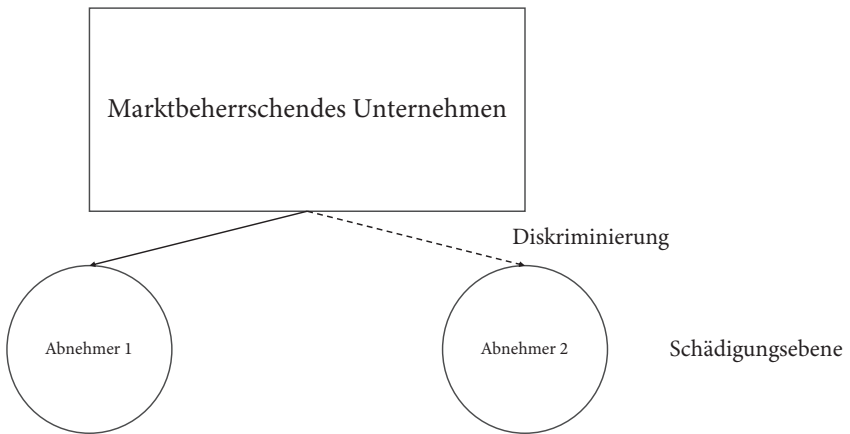


Abbildung 1: Ausbeutungsdiskriminierung

Nur in sehr wenigen älteren Fällen von Ausbeutungsdiskriminierung hat sich die Kommission direkt auf Art. 102 AEUV gestützt, um einen Missbrauch festzustellen. Ein Beispiel ist der Fall der *Fußballweltmeisterschaft 1998*, bei dem die Organisatoren einen Wohnsitz in Frankreich verlangten, um Karten für die Weltmeisterschaft kaufen zu können.¹⁸ Die Kommission, unterstützt von den Gerichten, berief sich dort auf Art. 102 lit. c AEUV. In vielen dieser frühen unter Art. 102 lit. c AEUV geführten Fälle von Ausbeutungsdiskriminierung, gingen die Kommission und die Gerichte nicht auf die in Art. 102 lit. c AEUV aufgeführten Kriterien ein. Vielmehr stand vor

16 *Bergqvist* (Fn. 1), 1.

17 EuGH, Urt. v. 19.4.2018, C-525/16 – *MEO*, ECLI:EU:C:2018:270.

18 Kommission v. 20.7.1999, IV/36.888 – *Fußballweltmeisterschaft 1998*.

allein die geografische Diskriminierung im Vordergrund, die von Art. 102 lit. c AEUV gar nicht primär erfasst wird.¹⁹ Tatsächlich konzentrierte sich die Bewertung in den früheren Fällen ausschließlich auf die Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit und die marktaufteilenden Auswirkungen des Verhaltens, wie zuerst von *United Brands*²⁰ aufgezeigt wurde. Im Laufe der Jahre folgten weitere Fälle ähnlicher geografischer Diskriminierung, in denen die Kommission und die Gerichte Art. 102 lit. c AEUV als Rechtsgrundlage verwendeten und dabei die Voraussetzungen der rechtlichen Bestimmung außer Acht ließen.²¹ Fälle von Ausbeutung außerhalb der geografischen Diskriminierung waren selten. In den meisten Fällen, die eine Ausbeutungsdiskriminierung zum Gegenstand hatten, ging es gleichzeitig um anderes ausschließendes Verhalten, wie z.B. in den Verfahren *British Airways*²² oder *Clearstream*²³. *British Airways* und *Tetra Pak II* verdeutlichten die frühe Haltung, keine wettbewerbswidrigen Auswirkungen zu verlangen.²⁴

In der Rechtssache *MEO* konkretisierte der EuGH zum einen seine Rechtsprechung in Bezug auf die Kriterien des Art. 102 lit. c AEUV und wählte zum anderen im Anschluss an das *Intel*-Urteil²⁵ einen wirkungsorientierten Ansatz für die Ausbeutungsdiskriminierung.²⁶ Im Hinblick auf die Kriterien von Art. 102 lit. c AEUV orientiert sich der EuGH am eindeutigen Wortlaut der Vorschrift: Aus diesem geht insbesondere hervor, dass lit. c nur Fälle der Ausbeutungsdiskriminierung erfasst.²⁷ Die Voraussetzung, wonach „Handelspartner“ einen Wettbewerbsnachteil erleiden müssen, zeigt, dass Art. 102 lit. c AEUV nicht die Wettbewerber des marktbeherr-

19 *Geradin/Petit* (Fn. 1), 27; *Layne-Farrar/Stuart* (Fn. 1), Rn. 9.87.

20 EuGH, Urte. v. 14.2.1978, 27/76 – *United Brands*, ECLI:EU:C:1978:22.

21 EuGH, Urte. v. 2.3.1983, 7/82 – *GVL*, ECLI: ECLI:EU:C:1983:52; Urte. v. 11.11.1986, 226/84 – *British Leyland*, ECLI:EU:C:1986:421; Urte. v. 10.12.1991, C-179/90 – *Merci convenzionali porto di Genova*, ECLI:EU:C:1991:464; Urte. v. 17.5.1994, C-18/93 – *Corsica Ferries*, ECLI:EU:C:1994:195; Urte. v. 14.11.1996, C-333/94 P – *Tetra Pak II*, ECLI:EU:C:1996:436; Urte. v. 24.10.2002, C-82/01 P – *Aéroports de Paris*, ECLI:EU:C:2002:617; siehe auch Kommission v. 28.6.1995, 95/364/EG – *Brüssel National Airport*; v. 10.2.1999, IV/35.703 – *Portugiesische Flughäfen*; v. 10.2.1999, IV/35.767 – *Finnische Flughäfen*; v. 18.8.2000, 2000/521/EG – *Spanische Flughäfen*.

22 EuGH, Urte. v. 15.3.2007, C-95/04 P – *British Airways*, ECLI:EU:C:2007:166.

23 EuG v. 9.9.2009, T-301/04 – *Clearstream*, ECLI:EU:T:2009:317.

24 EuGH, Urte. v. 15.3.2007, C-95/04 P – *British Airways*, ECLI:EU:C:2007:166, Rn. 145; Urte. v. 14.11.1996, C-333/94 P – *Tetra Pak II*, ECLI:EU:C:1996:436, Rn. 207.

25 EuGH, Urte. v. 6.9.2017, C-413/14 P – *Intel*, ECLI:EU:C:2017:632.

26 EuGH, Urte. v. 19.4.2018, C-525/16 – *MEO*, ECLI:EU:C:2018:270, Rn. 26.

27 *Geradin/Petit* (Fn. 1), 18; *Layne-Farrar/Stuart* (Fn. 1), Rn. 9.3.

schenden Unternehmens – egal auf welcher Ebene – schützen soll.²⁸ In *MEO* wurde diese Auslegung unterstützt, in dem der EuGH entschied, dass nach Art.102 lit.c AEUV „das Geschäftsgebaren des marktbeherrschenden Unternehmens“ den „Wettbewerb auf einem vor- oder nachgelagerten Markt, also der Wettbewerb zwischen Zulieferern oder Abnehmern dieses Unternehmens“ nicht verfälschen soll und die Vertragspartner „im Wettbewerb untereinander [...] nicht bevorzugt oder benachteiligt werden“ sollen.²⁹ Es sei danach „nicht erforderlich, dass das missbräuchliche Verhalten Auswirkungen auf die Wettbewerbsposition des marktbeherrschenden Unternehmens selbst auf dem Markt hat, auf dem es selbst tätig ist, und im Verhältnis zu seinen möglichen eigenen Wettbewerbern.“³⁰

Im Hinblick auf den wirkungsorientierten Ansatz für die Ausbeutungsdiskriminierung stellte der EuGH in *MEO* fest, dass eine Diskriminierung des Handelspartners allein nicht ausreicht.³¹ Nach dem wirkungsorientierten Ansatz nachfolgend der *Intel*-Entscheidung, muss die Diskriminierung geeignet sein, „die Wettbewerbsposition eines Teils der Handelspartner dieses Unternehmens gegenüber den anderen zu beeinträchtigen.“³² Laut EuGH reichen zwar potentielle Auswirkungen aus, doch müssen alle relevanten Umstände „angesichts des gesamten Sachverhalts darauf gerichtet ist, eine Wettbewerbsverzerrung zwischen diesen Handelspartnern herbeizuführen“, der zusätzliche „Beweis einer tatsächlichen und quantifizierbaren Verschlechterung der Wettbewerbsstellung einzelner Handelspartner“ ist nicht erforderlich.³³ Ein wirkungsorientierten Ansatz für die Ausbeutungsdiskriminierung ist danach deutlich erkennbar.³⁴

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass Ausbeutungsdiskriminierung nach der bisherigen Praxis vor allem geografische Ausbeutungsdiskriminierung und solche Ausbeutungsdiskriminierung umfasst, die zu (potenziellen) Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten von Handelspartnern, i.e. Abnehmern oder Lieferanten, im Sinne von *MEO* führt. Die Diskriminierung von Endverbraucherinnen und Endverbrauchern direkt spielte bisher keine Rolle, obwohl die Kommission in einem Vermerk an die OECD im Jahr

28 *Geradin/Petit* (Fn. 1), 9.

29 EuGH, Urt. v. 19.4.2018, C-525/16 – *MEO*, ECLI:EU:C:2018:270, Rn. 24.

30 EuGH, Urt. v. 19.4.2018, C-525/16 – *MEO*, ECLI:EU:C:2018:270, Rn. 24.

31 EuGH, Urt. v. 19.4.2018, C-525/16 – *MEO*, ECLI:EU:C:2018:270, Rn. 26.

32 EuGH, Urt. v. 19.4.2018, C-525/16 – *MEO*, ECLI:EU:C:2018:270, Rn. 25.

33 EuGH, Urt. v. 19.4.2018, C-525/16 – *MEO*, ECLI:EU:C:2018:270, Rn. 27.

34 *O'Donoghue* (Fn. 1), 445.

2018 insbesondere Art. 102 lit. c AEUV nutzen wollte, um personalisierte Preise im digitalen Zeitalter zu bekämpfen.³⁵

2. Behinderungsdiskriminierung auf der primären Ebene

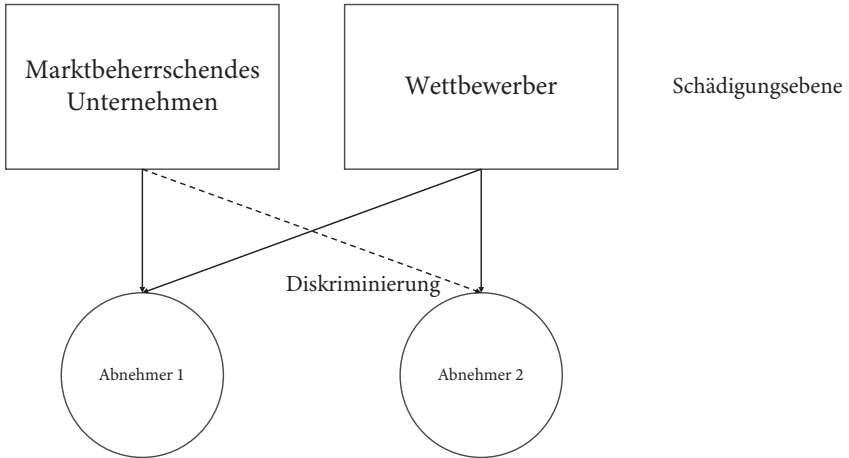


Abbildung 2: Behinderungsdiskriminierung auf der primären Ebene

Im Zusammenhang mit Behinderungsdiskriminierung auf der primären Ebene ergibt sich das Problem, dass viele etablierte Schadenstheorien nach Art. 102 AEUV auch ein diskriminierendes Element beinhalten. Rabatte, Ausschließlichkeitsvereinbarungen, Bonusregelungen, Preissenkungen, Kopplungs- und Bündelungsgeschäfte oder andere Verdrängungspraktiken können dazu führen, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen zwischen nachgelagerten Kunden differenziert, indem es ihnen unterschiedliche Bedingungen einräumt, wodurch die auf derselben vorgelagerten Marktebene tätigen Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens vom Markt ausgeschlossen werden.³⁶ Dementsprechend haben die Kommission und die Gerichte das genannte Verhalten in der Vergangenheit manchmal als einen (zusätzlichen) Diskriminierungsfall behandelt, wie z.B. in der Rechtssache *Hoffmann-La Roche*, in der die Kommission, mit

35 Kommission, Personalised Pricing in the Digital Era – Note by the European Union, DAF/COMP/WD(2018)128.

36 *Geradin/Petit* (Fn. 1), 20.

Unterstützung des EuGH, einen Diskriminierungsmissbrauch feststellte, weil das marktbeherrschende Unternehmen nur bestimmten Abnehmern Treuerabatte gewährte.³⁷

In vielen Fällen von Behinderungsdiskriminierung auf der primären Ebene haben die europäischen Gerichte und die Kommission im Laufe der Jahre keine eigenständige Schadenstheorie entwickelt oder auch nur diskutiert.³⁸ Insbesondere wurden keine Ausschlusseffekte verlangt. Stattdessen stützten sie sich auf abstrakte Argumente und stellten schlicht fest, dass die Diskriminierung neben anderen Formen der Ausbeutung einen zusätzlichen Verstoß gegen Art. 102 lit. c AEUV oder allein Art. 102 AEUV darstellt.³⁹ In vielen dieser Fälle zogen Kommission und EuGH nicht nur Art. 102 lit. c AEUV oder Art. 102 AEUV direkt heran, sondern gleichzeitig auch andere Unterabsätze wie Art. 102 lit. a oder b AEUV.⁴⁰ Ein Muster, wann ein Diskriminierungsmissbrauch neben einem anderen Behinderungsmissbrauch angenommen wurde, ist nicht erkennbar, was auf eine gewisse Willkür hinausläuft.⁴¹ Laut *Geradin/Petit* schien die Kommission jedoch vor allem auf Art. 102 lit. c AEUV und die Behinderungsdiskriminierung allgemein zurückzugreifen, um die Wettbewerbswidrigkeit anderweitiger Behinderungsmissbräuche zu untermauern, die Beweisschwelle zu senken und ein höheres Bußgeld zu verhängen.⁴²

Post Danmark I markierte einen interessanten Wendepunkt und ein Ende der (gleichzeitigen) Durchsetzung von Behinderungsdiskriminierung auf der primären Ebene mit anderen Behinderungsmissbräuchen, zumindest ohne Prüfung von Ausschlusseffekten. In der Rechtssache *Post Danmark I* behandelte die nationale Wettbewerbsbehörde den Fall zunächst als eine missbräuchliche (Behinderungs-)Diskriminierung.⁴³ Dagegen lässt laut EuGH, „die Tatsache, dass die Praxis eines Unternehmens in beherrschender Stellung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Preispo-

37 EuGH, Urt. v. 13.2.1979, 85/76 – Hoffmann La Roche, ECLI:EU:C:1979:36, Rn. 134.

38 EugH, Urt. v. 16.12.1975, 40 – 48, 50, 54 – 56, III, III3 und III4/73 – Suiker Unie, ECLI:ECLI:EU:C:1975:174; Urt. v. 15.3.2007, C-95/04 P – British Airways; EuG, Urt. v. 8.10.1996, T-24/93, T-25/93, T-26/93 und T-28/93 – Compagnie Maritime Belge, ECLI:EU:T:1996:139; siehe auch Kommission v. 11.3.1998, 98/531 – Van den Bergh Foods Limited, wo der Wortlaut von Art. 102 lit. c AEUV verwendet wird, die Bestimmung selbst aber nicht erwähnt wird.

39 *Gerard* (Fn. 1), 23.

40 Zum Beispiel EuGH, Urt. v. 15.3.2007, C-95/04 P – British Airways.

41 *Gerard* (Fn. 127), 23.

42 *Geradin/Petit* (Fn. 127), 20.

43 EuGH, Urt. v. 27.3.2012, C-209/10 – Post Danmark I, ECLI:EU:C:2012:172, Rn. 8.

litik als „Preisdiskriminierung“ eingestuft werden kann, [...] allein nicht den Schluss auf das Vorliegen einer missbräuchlichen Verdrängungspraxis zu.“⁴⁴ Vielmehr konzentrierte sich der EuGH auf die Analyse der Preispolitik nach einem wirkungsorientierten Ansatz, bei dem alle relevanten Umstände berücksichtigt wurden.⁴⁵ Die einfache Anwendung ungleicher Bedingungen auf gleichwertige Transaktionen zur Feststellung einer Behinderungsdiskriminierung auf der primären Ebene hat *Post Danmark I* damit beendet. Soweit bekannt, wurde die Behinderungsdiskriminierung auf der primären Ebene danach nicht mehr allein oder zusammen mit anderem Verdrängungsverhalten durchgesetzt. *Post Danmark I* impliziert jedoch keinen vollständigen Ausschluss unabhängiger Behinderungsdiskriminierung auf der primären Ebene. Vielmehr scheint die Rechtsprechung zu verlangen, dass Ausschlusseffekte in der Analyse berücksichtigt werden.

3. Behinderungsdiskriminierung auf der sekundären Ebene

Bei der Behinderungsdiskriminierung auf der sekundären Ebene verursacht die Diskriminierung einen Schaden auf vorgelagerten, nachgelagerten oder benachbarten Märkten, auf denen das marktbeherrschende Unternehmen ebenfalls präsent ist, wie im Fall von *Google Shopping*. In der bisherigen Fallpraxis der Kommission und der europäischen Gerichte finden sich nur wenige Beispiele für ein solches Verhalten. Der EuGH hat in der Rechtssache *TeliaSonera* allerdings bereits angedeutet, dass der Behinderungsdiskriminierung auf der sekundären Ebene eine eigenständige Form des Missbrauchs darstellen kann.⁴⁶ Auch darüber hinaus lassen einige Entscheidungen einen analytischen Rahmen grundsätzlich erkennen. *Google Shopping* schaffte endgültig den Wendepunkt unter dem Stichwort der Selbstbevorzugung.

44 EuGH, Urt. v. 27.3.2012, C-209/10 – *Post Danmark I*, ECLI:EU:C:2012:172, Rn. 30.

45 EuGH, Urt. v. 27.3.2012, C-209/10 – *Post Danmark I*, ECLI:EU:C:2012:172, Rn. 26.

46 EuGH, Urt. v. 17.2.2011, C-52/09 – *TeliaSonera*, ECLI:EU:C:2011:83, Rn. 55, 56.

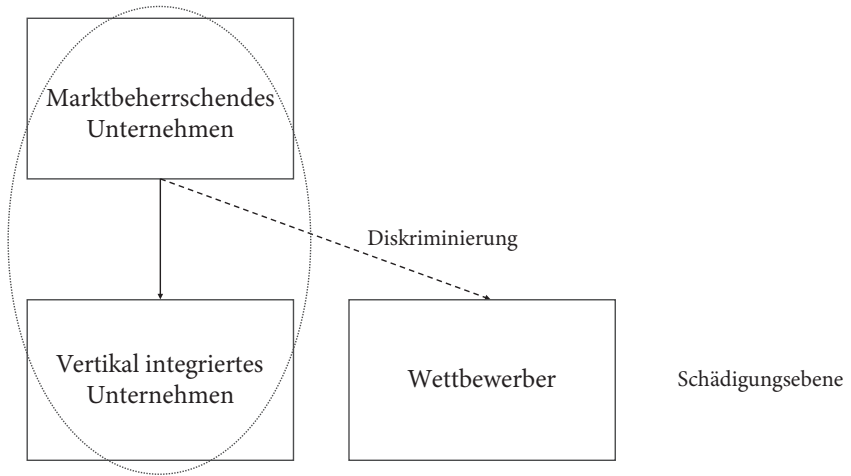


Abbildung 3: Behinderungsdiskriminierung auf der sekundären Ebene

a) Praxis vor Google Shopping

In den wenigen Fällen diente Art. 102 lit. c AEUV als Rechtsgrundlage, und eine einfache Diskriminierung ohne Berücksichtigung von Ausschluss-effekten war ausreichend, um einen Missbrauch festzustellen.⁴⁷ Zumeist be- trafen die entsprechenden Entscheidungen kürzlich privatisierte Branchen oder natürliche Monopole, wie die Fälle *Deutsche Bahn*⁴⁸, *Deutsche Post*⁴⁹ oder *BdKEP*⁵⁰ zeigen. Es gab jedoch auch Fälle, die sich bereits außerhalb dieser Branchen abspielten, wie *Clearstream*⁵¹ oder *Belgacom*.⁵² *Deutsche Bahn* war einer der wenigen Entscheidungen, in denen die Kommission tatsächlich Beweise dafür gesammelt hatte, dass die Preisdiskriminierung die Beförderung von Containern erheblich eingeschränkt und somit den

47 EuG, Urt. v. 21.10.1997, T-229/94 – Deutsche Bahn, ECLI:EU:T:1997:155, Rn. 93; Kommission v. 15.12.2001, COMP/C-1/36.915 – Deutsche Post, Rn. 121 – 134; Kom- mission v. 20.10.2004, AT.38745 – BdKEP, Rn. 94; v. 26.11.2008, COMP/39.88 – EON, Rn. 52.

48 EuG, Urt. v. 21.10.1997, T-229/94 – Deutsche Bahn, ECLI:EU:T:1997:155.

49 Kommission v. 15.12.2001, COMP/C-1/36.915 – Deutsche Post.

50 Kommission v. 20.10.2004, AT.38745 – BdKEP.

51 EuG v. 9.9.2009, T-301/04 – Clearstream, ECLI:EU:T:2009:317.

52 Kommission, v. 11.4.1997, IP/97/292 – Belgacom.

Markt beeinträchtigt hatte.⁵³ Leider hat das EuG diese Argumentation, die auf einen wirkungsorientierten Ansatz hindeutet, nicht weiterverfolgt.

Im Vergleich zum sogleich näher analysierten *Google Shopping* Verfahren sind zwei Entscheidungen der Europäischen Kommission, *Deutsche Post*⁵⁴ und *BdKEP*⁵⁵ besonders interessant, weil sie ausdrücklich die Übertragung von Marktmacht von einem marktbeherrschenden auf einen benachbarten Markt in einem Diskriminierungskontext erörtern. In beiden Fällen stellte die Kommission einen diskriminierenden Missbrauch auf der Grundlage von (fälschlicherweise) Art. 102 lit. c AEUV fest, indem sie sich nur auf die Hebelwirkung allein stützte. In der Rechtssache *Deutsche Post* vertrat die Kommission die Auffassung, dass das Unternehmen seine beherrschende Stellung auf dem Markt für die Weiterleitung und Zustellung grenzüberschreitender Postsendungen in Deutschland auf den Markt für abgehende grenzüberschreitende Postsendungen im Vereinigten Königreich, wo es zwar tätig, aber nicht beherrschend war, übertragen hat, wodurch die britische Post diskriminiert wurde.⁵⁶ In der Sache *BdKEP* stellte die Kommission fest, dass die diskriminierende Bonusregelung die Kostenstruktur der kommerziellen Postvorbereitungsunternehmen, die im vorgelagerten Markt mit der Deutschen Post konkurrieren, verzerrt, da sie nicht in der Lage waren, ihren Kunden Einsparungen beim Porto zu verschaffen. Die Deutsche Post, die auf dem nachgelagerten Markt für grundlegende Postdienste eine beherrschende Stellung innehatte, konnte die Sendungen ihrer Kunden konsolidieren, um ihnen Portoeinsparungen zu verschaffen und so ihre beherrschende Stellung auf den vorgelagerten Markt für Postvorbereitungsdienste ausweiten.⁵⁷ Interessanterweise stellte die Kommission zunächst einen eigenständigen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung aufgrund der Hebelwirkung fest,⁵⁸ nur um später im Zusammenhang mit der Behinderungsdiskriminierung auf die gleiche Hebelwirkung zurückzugreifen. In beiden Fällen betrachtete die Kommission nicht die Ausschlusseffekte. Allein die Verlagerung von Marktmacht von einem Markt auf den anderen reichte aus, um einen Missbrauch festzustellen.

53 Kommission, v. 29.3.1994, IV/33.941 – HOV-SVZ/MCN, Rn. 254.

54 Kommission v. 15.12.2001, COMP/C-1/36.915 – Deutsche Post.

55 Kommission v. 20.10.2004, AT.38745 – BdKEP.

56 Kommission v. 15.12.2001, COMP/C-1/36.915 – Deutsche Post, Rn. 121 – 134.

57 Kommission v. 20.10.2004, AT.38745 – BdKEP, Rn. 94.

58 Kommission v. 20.10.2004, AT.38745 – BdKEP, Rn. 85.

Schließlich können, ähnlich wie im Kontext der Behinderungsdiskriminierung auf der primären Ebene, etablierte Schädigungstheorien, wie die Kosten-Preis-Schere oder die Lieferverweigerung, auch diskriminierende Elemente mit Schädigungspotential auf der sekundären Ebene enthalten und vergleichbare Ausschlusswirkungen aufweisen.⁵⁹ Im Gegensatz zu den oben erwähnten Fällen von Behinderungsdiskriminierung auf der primären Ebene vor *Post Danmark I*, wurden in der Praxis zu Kosten-Preisscheren oder Lieferverweigerungen jedoch keine zusätzlichen Diskriminierungsmissbräuche festgestellt. Dennoch wurden in diesen Fällen Argumente im Hinblick auf Diskriminierung, wie ungleicher Zugang oder ungleiche Bedingungen, in die Argumentation der Gerichte und der Kommission einbezogen.

Dies gilt insbesondere in Bezug auf die Frage, ob Ausschlusswirkungen erforderlich sind oder ob das Kriterium der Unerlässlichkeit der *Bronner*-Rechtsprechung⁶⁰ zur Lieferverweigerung bei wesentlichen Einrichtungen (*essential facility*) erfüllt sein muss.⁶¹ Die besondere Situation in der Rechtssache *Bronner* und die folgende Rechtsprechung, welche die Unerlässlichkeit einer wesentlichen Einrichtung im Zusammenhang mit der Verweigerung von Geschäftsabschlüssen rechtfertigte, wie z.B. *Magill*⁶² oder *IMS Health*,⁶³ betraf die Situation, in der ein vertikal integriertes marktbeherrschendes Unternehmen entweder eine Geschäftsbeziehung mit einem vor- oder nachgelagerten Wettbewerber vollständig beendet oder sich weigert, mit einem (potenziellen) Wettbewerber auf dem vor- oder nachgelagerten Markt eine Geschäftsbeziehung aufzunehmen. Die Übertragbarkeit von *Bronner* wurde insbesondere in solchen Fällen diskutiert, in denen es um Preis-Kosten-Scheren ging, wie z.B. bei *TeliaSonera*⁶⁴, oder bei Praktiken, wie sie bei *Slovak Telekom*⁶⁵ zu beobachten waren, die sowohl eine Preis-Kosten-Schere als auch eine sogenannte konstruktive oder implizite Geschäftsverweigerung umfassten.⁶⁶ In beiden Fällen vertra-

59 *Layne-Farrar/Stuart* (Fn. 1), Rn. 9.52.

60 EuGH, Urt. v. 26.11.1998, C-7/97 – *Bronner*, ECLI:EU:C:1998:569.

61 EuGH, Urt. v. 17.2.2011, C-52/09 – *TeliaSonera*, ECLI:EU:C:2011:83, Rn. 28; Urt. v. 25.3.2021, C-165/19 P – *Slovak Telekom*, ECLI:EU:C:2021:239, Rn. 50.

62 EuGH, Urt. v. 6.4.1995, C-241/91 P und C-242/91 P – *RTE und ITP*, ECLI:EU:C:1995:98.

63 EuGH, Urt. v. 29.4.2004, C-418/01 – *IMS Health*.

64 EuGH, Urt. v. 17.2.2011, C-52/09 – *TeliaSonera*, ECLI:EU:C:2011:83.

65 EuGH, Urt. v. 25.3.2021, C-165/19 P – *Slovak Telekom*, ECLI:EU:C:2021:239.

66 *Ibáñez Colomo*, JECLAP 2019, 532, 540.

ten die Kommission und die europäischen Gerichte die Auffassung, dass eine Kosten-Preis-Schere oder eine konstruktive Geschäftsverweigerung allein nicht ausreicht, um einen Missbrauch festzustellen, aber dass auch die Unerlässlichkeit nicht erforderlich sei.⁶⁷ Vielmehr stellen die Praktiken dann einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung dar, wenn sie unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls eine ausschließende Wirkung haben.⁶⁸ Bei der Bewertung der Umstände des Einzelfalls bezog der EuGH ausdrücklich die Bewertung der diskriminierenden Auswirkungen des betreffenden Verhaltens ein.⁶⁹ Außerdem hat der EuGH in der Rechtssache *TeliaSonera* bereits angedeutet, dass Diskriminierung eine eigenständige Form des Missbrauchs darstellen könne.⁷⁰

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die frühere Rechtsprechung, die sich hauptsächlich auf liberalisierte Wirtschaftszweige bezog, bei der Anwendung von Art. 102 lit. c AEUV ausschließlich auf Diskriminierung als missbräuchliches Verhalten abstellte, ohne Ausschlusseffekte zu verlangen. In zwei Kommissionsfällen spielte die Verlagerung der Marktmacht des marktbeherrschenden Unternehmens von einem dominanten auf einen benachbarten Markt eine zentrale Rolle. Die Rechtsprechung zur Kosten-Preis-Schere und zur konstruktiven Geschäftsverweigerung, die beide diskriminierende Elemente auf sekundärer Ebene beinhalten, zeigen zwei entscheidende Entwicklungen: (1) neben dem Verhalten selbst, d.h. der Kosten-Preis-Schere und der Geschäftsverweigerung, sind Ausschlusseffekte erforderlich, um einen Missbrauch zu begründen, und (2) die Unerlässlichkeit spielt nur in den sehr engen *Bronner*-Situationen eine Rolle.

b) Google Shopping: Selbstbevorzugung auf digitalen Märkten

Diese Rechtsprechung wurde von der Kommission und noch eindeutiger von der europäischen Gerichtsbarkeit im *Google Shopping*-Verfahren aufgegriffen.

67 EuGH, Urt. v. 17.2.2011, C-52/09 – *TeliaSonera*, ECLI:EU:C:2011:83, Rn. 50.

68 EuGH, Urt. v. 17.2.2011, C-52/09 – *TeliaSonera*, ECLI:EU:C:2011:83, Rn. 28, 31; EuGH, Urt. v. 25.3.2021, C-165/19 P – *Slovak Telekom*, ECLI:EU:C:2021:239, Rn. 42, 50, 51.

69 EuGH, Urt. v. 17.2.2011, C-52/09 – *TeliaSonera*, ECLI:EU:C:2011:83, Rn. 28; EuGH, Urt. v. 14.10.2010, C-280/08 P – *Deutsche Telekom*, ECLI:EU:C:2010:603, Rn. 175.

70 EuGH, Urt. v. 17.2.2011, C-52/09 – *TeliaSonera*, ECLI:EU:C:2011:83, Rn. 55, 56.

aa) Allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz und
Diskriminierungsmissbrauch

Vor allem das EuG greift zur Begründung ausdrücklich unter Verweis auf die Rechtsprechung zur geografischen Diskriminierung oder auf Fälle, in denen es um das Verhalten von (ehemals) öffentlichen Unternehmen in liberalisierten Branchen wie dem Telekommunikationssektor geht, auf den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz zurück. Gleich zu Beginn der Analyse der Behinderungsdiskriminierung auf der sekundären Ebene stellt das EuG fest, dass ein Missbrauch die Form einer Diskriminierung, einer „nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung“, annehmen kann, was „der allgemeine Gleichheitsgrundsatz als allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts“ verlangt.⁷¹ Im Verlauf der Analyse erwähnt das Gericht erneut die „allgemeine Verpflichtung zur Gleichbehandlung ohne Diskriminierung“, wenn es einen Gedanken aus der Literatur aufgreift⁷² und die Situation von Internetzugangsanbietern mit der Situation von Google vergleicht.⁷³ Für Internetzugangsanbieter sieht die Verordnung (EU) 2015/2120⁷⁴ den Grundsatz der Netzneutralität als eine Ausprägung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes vor.⁷⁵ Nach Auffassung des EuG ist die vorgelagerte rechtliche Verpflichtung zur Gleichbehandlung von Internetzugangsanbietern auf die nachgelagerte Ebene im Fall *Google Shopping* übertragbar, weil Google „den Markt für allgemeine Suchdienste unstreitig völlig beherrscht“.⁷⁶ Das Gericht unterstreicht hier erneut die allgemeine Bedeutung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes im Zusammenhang mit Art. 102 AEUV für marktbeherrschende Internetunternehmen, wobei der Schwerpunkt auf der Chancengleichheit liegt.

71 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 155.

72 *Ibáñez Colomo*, CMLR 2014, 141, 144.

73 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 180; dazu auch Kokott, SchlA. v. 11.1.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:14, Rn. 154.

74 Verordnung (EU) 2015/2120 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Maßnahmen zum Zugang zum offenen Internet und zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten sowie der Verordnung (EU) Nr. 531/2012 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Union.

75 EuGH, Urt. v. 15.9.2020, C-807/18 – Telenor Magyarorszá, ECLI:EU:C:2020:708, Rn. 47.

76 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 180.

Generalanwältin Kokott hingegen erwähnte den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz in ihren Schlussanträgen nicht, ging jedoch wiederholt auf die Ungleichbehandlung im Kontext der Frage ein, ob die Selbstbevorzugung einen eigenständigen Missbrauch darstellt.⁷⁷

Der EuGH arbeitet ebenfalls heraus, dass im Fall *Google Shopping* eine „eigene Form des Missbrauchs durch Hebelwirkung“ vorliegt und verweist an vereinzelt Stellen auf das Gleichbehandlungsgebot⁷⁸ aber vor allem auf eine Diskriminierung⁷⁹ als zugrundeliegendes Verhalten, welches zum Missbrauch beiträgt.

bb) Spezifische Umstände des Einzelfalls und Ausschlusseffekte erforderlich

Die Anerkennung des Gleichbehandlungsgrundsatzes bedeutet jedoch keinen Gleichlauf mit der Anerkennung eines unabhängigen Diskriminierungsmissbrauchs in Form der Selbstbevorzugung. Darauf weist vor allem das EuG hin, indem es feststellt, dass nur „bestimmte“ Arten der Ungleichbehandlung unter Art. 102 AEUV fallen können⁸⁰ und es auch vor dem Hintergrund des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes keine allgemeine Pflicht zur Nichtdiskriminierung im Kontext von Art. 102 AEUV⁸¹ ohne weitere Voraussetzungen gibt. Ähnlich formuliert es das EuGH besonders in Bezug auf die in *Google Shopping* maßgebliche Behinderungsdiskriminierung auf der sekundären Ebene in Form der Selbstbevorzugung, in dem er darauf hinweist, „dass nicht generell davon ausgegangen werden kann, dass ein beherrschendes Unternehmen, das seine Waren oder Dienstleistungen günstiger behandelt als diejenigen seiner Wettbewerber, unabhängig von den Umständen des Einzelfalls ein vom Leistungswettbewerb abweichendes Verhalten an den Tag legt.“⁸²

77 Kokott, SchlA. v. 11.1.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:14, Rn. 71 ff.

78 EuGH, Urt. v. 10.9.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:726, Rn. 97, 191.

79 EuGH, Urt. v. 10.9.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:726, Rn. 99, 103, 113, 180, 187, 192, 193.

80 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 180.

81 *Ibáñez Colomo* (Fn. 72), 154, 155.

82 EuGH, Urt. v. 10.9.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:726, Rn. 187.

Die europäische Gerichtsbarkeit folgt hier weitgehend der Kommission und stellen eine eigenständige Schadenstheorie auf. Eine Behinderungsdiskriminierung auf der sekundären Ebene in Form der Selbstbevorzugung durch vertikal integrierte Unternehmen stellt eine eigenständige Form des Missbrauchs durch Hebelwirkung nach Art. 102 AEUV dar⁸³ – Art. 102 lit. c AEUV wird nicht erwähnt – unter Beachtung der spezifischen Umstände des Einzelfalls und wenn sie tatsächliche oder potentielle Ausschlusseffekte erzeugt.⁸⁴ Im Hinblick auf die Rechtsprechung zu Art. 102 AEUV, die zunehmend, vor allem für neue Arten des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, eine Einzelfallbetrachtung und Ausschlusseffekte fordert,⁸⁵ ist die Forderung dieser für Fälle der Behinderungsdiskriminierung auf der sekundären Ebene nicht überraschend.

Dabei betonen das EuG, Kokott und EuGH, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Stellung zu anderen Zwecken als denen des „normalen Leistungswettbewerbs“ ausnutzen muss, was unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls zu beurteilen ist, aus denen sich ergibt, dass der Wettbewerb geschwächt wurde.⁸⁶ Die Übertragung von Marktmacht von einem beherrschenden Markt auf einen vorgelagerten, nachgelagerten oder benachbarten Markt allein reicht nicht aus, tritt aber als maßgebliches Element hinzu.⁸⁷ Es müssen alle besonderen Umstände und Begleitumstände berücksichtigt werden, was auf eine Einzelfallprüfung hinausläuft.⁸⁸

Im Fall *Google Shopping* wurden die Schlussfolgerungen der Kommission akzeptiert, dass die Diskriminierung von Google in Form der Selbstbevorzugung untypisch und eine Abweichung vom Leistungswettbewerb

83 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 240.

84 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 152; EuGH, Urt. v. 10.9.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:726, Rn. 166 – 168, 187.

85 Vor allem EuGH, Urt. v. 6.9.2017, C-413/14 P – Intel, ECLI:EU:C:2017:632.

86 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 161, 165; Kokott, SchlA. v. 11.1.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:14, Rn. 77; EuGH, Urt. v. 10.9.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:726, Rn. 166.

87 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 162 – 164; EuGH, Urt. v. 10.9.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:726, Rn. 165.

88 Kokott, SchlA. v. 11.1.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:14, Rn. 77; EuGH, Urt. v. 10.9.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:726, Rn. 166 – 168.

darstellte. Es waren nicht nur die Ausnutzung der Marktmacht, sondern auch andere begleitende Praktiken und Umstände des relevanten und der angrenzenden Märkte, wie die Bedeutung von Googles allgemeiner Suchmaschine für die von Shopping-Vergleichsdiensten erzeugten Verkehrs, das Online-Suchverhalten der Nutzer und der Umfang des umgeleiteten Verkehrs ausschlaggebend.⁸⁹ Die besondere Selbstbegünstigungspraktik bestand in Form einer Kombination zweier Praktiken, nämlich „der bevorzugten Positionierung und Präsentation der spezialisierten Ergebnisse von Google auf ihren allgemeinen Ergebnisseiten gegenüber den Ergebnissen der konkurrierenden Preisvergleichsdienste und zum anderen der gleichzeitigen Herabstufung der Ergebnisse der konkurrierenden Preisvergleichsdienste durch Anpassungsalgorithmen“.⁹⁰

Das EuG ging sogar über die Argumentation der Kommission hinaus und erläutert den wirtschaftlichen Kontext und impliziert ein wirtschaftlich irrationales Verhalten von Google.⁹¹ Außerdem verweist das Gericht auf eine Verhaltensänderung gegenüber der vorherigen Praxis der Selbstbevorzugung.⁹² Insgesamt erwähnen das EuG und Kokott interessanterweise mehrmals die „super-“dominante Position von Google auf dem Markt für allgemeine Suchmaschinen bei der Beurteilung aller Umstände,⁹³ ein Konzept, dessen Grenzen und Nutzen nicht ganz klar sind. Der EuGH stellt immerhin klar, dass es sich bei dem Verweis auf eine „super-“dominante Position von Google nur um eine ergänzende Erwägung handelt und ein Missbrauch schon aufgrund der sonstigen Einzelfallerwägung und Effektanalyse gegeben sei.⁹⁴

Die Argumentation in *Google Shopping* rückt eindeutig von der oben erwähnten frühen Rechtsprechung ab, die lediglich eine ungleiche Behand-

89 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 166 – 176; EuGH, Urt. v. 10.9.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:726, Rn. 159 – 161.

90 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 187, 261; EuGH, Urt. v. 10.9.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:726, Rn. 107, 108, 244.

91 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 178, 179.

92 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 181 – 184.

93 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 180, 182; Kokott, SchlA. v. 11.1.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:14, Rn. 154.

94 EuGH, Urt. v. 10.9.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:726, Rn. 196 – 198.

lung zur Feststellung eines Missbrauchs verlangte. In diesem Sinne steht es jedoch im Einklang mit *MEO* und *Post Danmark I*, in denen bereits festgestellt wurde, dass eine einfache Diskriminierung nicht ausreicht, um einen Missbrauch festzustellen. Was die Ausnutzung der Marktmacht von einem Markt auf einen anderen betrifft, so stellt *Google Shopping* klar, dass die Ausnutzung allein nicht ausreicht. Damit widerspricht die Rechtsprechung in *Google Shopping* der oben beschriebenen Entscheidungspraxis der Kommission in den Fällen *Deutsche Post* und *BdKEP*. Die Hebelwirkung ist für die Analyse von Bedeutung, stellt aber nur einen der Umstände dar, die bei der Prüfung der Auswirkungen zu berücksichtigen sind.

Damit schaffen EuG, Generalanwältin und EuGH vielmehr eine eigenständige Schadenstheorie, indem besondere Marktumstände des Einzelfalls und tatsächliche oder potentielle Ausschlusswirkungen der Diskriminierung verlangt werden. Dieser Ansatz war erwartbar. *MEO* hat bereits gezeigt, dass Diskriminierung, in dem dortigen Fall die Ausbeutungsdiskriminierung, einen Missbrauch darstellen kann, wenn diese wettbewerbswidrige Auswirkungen hat.⁹⁵ Der EuGH verlangt denselben wirkungsorientierten und einzelfallbezogenen Ansatz in Fällen von Kosten-Preis-Scheren oder konstruktiver Geschäftsverweigerung, die ebenso diskriminierende Elemente enthalten, wie z.B. in den Fällen *TeliaSonera* und *Slovak Telekom*.⁹⁶ Somit wurden bekannte Elemente aus der Rechtsprechung auf die Situation aus *Google Shopping* übertragen.

cc) Keine Unerlässlichkeit

Selbst wenn die Abhilfemaßnahme in dem konkreten Fall erfordert, dass der Zugang zu einem Dienst in nichtdiskriminierender Weise gewährt wird und die ausschließenden Wirkungen von Diskriminierung und Angebotsverweigerung vergleichbar sein könnten,⁹⁷ ist die Unerlässlichkeit des maßgeblichen Dienstes nach Kommission, EuG, Kokott und EuGH nicht entscheidend.⁹⁸ Dennoch stellte zumindest das EuG fest, dass die allgemeine Suchmaschine von Google „Merkmale aufweist, die sie in die Nähe

95 EuGH, Urt. v. 19.4.2018, C-525/16 – *MEO*, ECLI:EU:C:2018:270, Rn. 26, 27.

96 Siehe *Ibáñez Colomo* (Fn. 72), 155, 156.

97 Siehe z.B. *Vesterhof*, CLPD 2015, 4, 6; *Nazzini*, JECLAP 2015, 301, 309.

98 Siehe nur EuGH, Urt. v. 10.9.2024, C-48/22 P – *Google Shopping*, ECLI:EU:C:2024:726, Rn. 109 – 113.

einer wesentlichen Einrichtung rücken“⁹⁹ Der EuGH unterstreicht auch die Parallelität von Googles Praktiken mit der Zugangsproblematik.¹⁰⁰ Das EuG betont aber, dass viele Verhaltensweisen eine implizite Lieferverweigerung beinhalten.¹⁰¹ Diese geht mit dem hier hervorgehobenen Argument einher, dass viele missbräuchliche Verhaltensweisen auch ein diskriminierendes Element enthalten. Diese Aussage hätte eigentlich darauf hindeuten können, dass diese Praktiken an denselben rechtlichen Standards gemessen werden sollten.

Im Gegenteil dazu drehen das EuG, Kokott und EuGH das Argument im Ergebnis um: Das Verhalten von Google ist eher mit dem in *TeliaSonera* und *Slovak Telekom* vergleichbar als mit dem in *Bronner*.¹⁰² Damit orientieren sich EuG, Kokott und EuGH an den ersteren beiden Urteilen, die nur eine Einzelfallbetrachtung und Ausschlusseffekte und keine Unerlässlichkeit verlangten. *Bronner* bleibt hingegen für die besonderen Umstände der Lieferverweigerung und dem expliziten Abbruch der Lieferbeziehung vorbehalten.¹⁰³

Die weitere Argumentation des EuG und der Generalanwältin bleibt eher vage und formalistisch, aber in ihrem Ergebnis konsequent, wenn man die ähnliche Argumentation in *TeliaSonera* oder *Slovak Telekom* bedenkt.¹⁰⁴ Danach setzt eine Zugangsverweigerung einen Antrag und eine schlüssige Ablehnung voraus, woran es im Sachverhalt von *Google Shopping* fehlt.¹⁰⁵ Außerdem muss die Ausschlusswirkung gerade in der Verweigerung als solcher und nicht in einem anderen Verhalten bestehen, selbst wenn dieses Verhalten einer stillschweigenden Verweigerung gleichkommt.¹⁰⁶ Ähnlich wie *TeliaSonera*¹⁰⁷ soll selbst dann, wenn das Verhalten auf eine stillschwei-

99 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 224; Kokott, SchlA. v. 11.1.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:14, Rn. 83 ff.

100 EuGH, Urt. v. 10.9.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:726, Rn. 103.

101 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 234.

102 Siehe nur Kokott, SchlA. v. 11.1.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:14, Rn. 89.

103 Ähnlich *Ibáñez Colomo* (Fn. 66), 533.

104 Siehe bereits *Petit*, CLPD 2015, 4, 8; *Ibáñez Colomo* (Fn. 72), 157.

105 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 232; vgl. Kokott, SchlA. v. 11.1.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:14, Rn. 91.

106 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 232.

107 EuGH, Urt. v. 17.2.2011, C-52/09 – *TeliaSonera*, ECLI:EU:C:2011:83, Rn. 58, 59.

gende Verweigerung hinausläuft, nicht jede Frage des Zugangs eine Lieferverweigerung im Sinne von *Bronner* darstellen.¹⁰⁸

Der EuGH wird hingegen im Berufungsurteil deutlicher und arbeitet die maßgeblichen Abgrenzungspunkte heraus. Bei *Bronner* ging es allein um die Weigerung eines beherrschenden Unternehmens, „einem Wettbewerber Zugang zu einer Infrastruktur zu gewähren, die es für seine eigene Tätigkeit entwickelt hatte.“¹⁰⁹ Die Feststellung eines Missbrauchs und die damit einhergehenden Abhilfemaßnahme der Zugangsgewährung, z.B. durch Aufnahme einer Lieferbeziehung, stellt in so einem Fall „einen schweren Eingriff in die Vertragsfreiheit und das Eigentumsrecht des beherrschenden Unternehmens dar“.¹¹⁰ In *Google Shopping* wurde offener Zugang zur Infrastruktur, konkret Googles allgemeine Ergebnisseite, „die Verkehr zu anderen Websites erzeugten, insbesondere zu denen konkurrierender Preisvergleichsdienste“ gewährt.¹¹¹ Problematisch war nicht der Zugang an sich, sondern die Bedingungen, unter denen Google diesen Zugang gewährt habe; diese seien unangemessen und im ausgeführten Sinne entgegen einem Leistungswettbewerb nach einer Einzelfallprüfung der wettbewerbswidrigen Auswirkungen diskriminierend.¹¹² Da der Zugang an sich schon gewährt wurde, schränke die Feststellung des Missbrauchs in Bezug auf die diskriminierenden Bedingungen und die damit einhergehenden Abhilfemaßnahmen in *Google Shopping* die Vertragsfreiheit und das Eigentumsrecht des Marktbeherrschers deutlich weniger ein.¹¹³

Zusammenfassend hat die dargestellte Rechtsprechungspraxis, vor allem *Google Shopping* gezeigt, dass eine Behinderungsdiskriminierung auf der sekundären Ebene dann einen Missbrauch darstellt, wenn sie zu wettbewerbswidrigen Auswirkungen führt, was unter Berücksichtigung der spezifischen Umstände des Einzelfalls zu prüfen ist; die *Bronner*-Kriterien sind nicht Teil dieser rechtlichen Prüfung.

108 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 234, 235.

109 EuGH, Urt. v. 10.9.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:726, Rn. 90, 110.

110 EuGH, Urt. v. 10.9.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:726, Rn. 91.

111 EuGH, Urt. v. 10.9.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:726, Rn. 99, 100.

112 EuGH, Urt. v. 10.9.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:726, Rn. 100, 101, 103, 107, 112, 113

113 EuGH, Urt. v. 10.9.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:726, Rn. 112.

IV. Schadenstheorie des Diskriminierungsmissbrauchs nach Art. 102 AEUV unter besonderer Berücksichtigung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes

Unter Gesamtschau dieser Fallpraxis lässt sich eine Schadenstheorie für den Diskriminierungsmissbrauch nach Art. 102 AEUV herausarbeiten. Der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz dient dabei als besonderes Begründungstopos, welches den Diskriminierungsmissbrauch auch in seinen aktuellen Kontext setzt.

1. Diskriminierungsmissbrauch und allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz

Der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz spielt für die Beurteilung des Diskriminierungsmissbrauchs eine entscheidende Rolle. Weder die Kommission noch die europäischen Gerichte haben vor *Google Shopping* einen allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz im Zusammenhang mit Art. 102 AEUV ausdrücklich erwähnt.

Die Fallpraxis zeigt jedoch, dass es bereits vor *Google Shopping* eine Tendenz gab, einen allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz in Art. 102 AEUV anzuerkennen, auch ohne ihn ausdrücklich zu erwähnen. Die breite Anwendung insbesondere von Art. 102 lit. c AEUV für alle Arten von Diskriminierung über den Wortlaut hinaus, insbesondere in der frühen Praxis, unterstreicht die Rolle des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes für diese Fälle. Wie bereits erwähnt, weisen viele etablierte Missbrauchsfallgruppen wie Exklusivitätsvereinbarungen oder Preis-Kosten-Scheren auch diskriminierende Elemente auf. Auch wenn die Kommission und die Gerichte nicht ausdrücklich darauf hingewiesen haben, scheint die Rolle der Gleichbehandlung in diesen Fällen ebenso eine Rolle gespielt zu haben. Dies gilt insbesondere im Zusammenhang mit der genannten geografischen Diskriminierung. Die Analyse konzentrierte sich nicht auf Wettbewerbsverzerrungen, sondern auf die Ungleichbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit oder der Aufteilung des Binnenmarktes. Auch andere Grundsätze und Bestimmungen des Unionsrechts, wie der allgemeine Grundsatz der Gleichbehandlung, die Unionsbürgerschaft oder das Binnenmarktrecht, verbieten solche Diskriminierungen. In der Entscheidung der Kommission im Verfahren *BdKEP* wurde ausdrücklich auf „andere Grundsätze des [Uni-

onsrechts] (z.B. Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit oder geografische Marktaufteilung)¹¹⁴ verwiesen.¹¹⁴ Dies verdeutlicht, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz in der bisherigen Fallpraxis bereits eine Rolle gespielt hat. Die ausdrückliche Erwähnung dieses Grundsatzes in *Google Shopping* durch das EuG ist jedoch ein Novum.

Die Anwendung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes im Zusammenhang von Art. 102 AEUV ist angemessen und steht im Einklang mit den historischen Entwicklungen sowie dem Zweck der Vorschrift. Historisch gesehen war es die ursprüngliche Absicht der EU-Gründerväter, ungerechtfertigte Diskriminierungen durch private Unternehmen umfassend zu regeln. Bereits Art. 60 Absatz 1 EGKS-Vertrag deckte Diskriminierungen durch alle Unternehmen ab, nicht nur durch marktbeherrschende Unternehmen.¹¹⁵ Ebenfalls im Spaak-Report wurde die Bedeutung der Antidiskriminierung für den Binnenmarkt hervorgehoben, die sich insbesondere im Falle von Monopolen oder marktbeherrschenden Unternehmen ergibt.¹¹⁶ In ihm wurde ein Diskriminierungsverbot für marktbeherrschende Unternehmen ins Auge gefasst, um eine Beeinträchtigung der grundlegenden Ziele des Binnenmarktes zu verhindern. Bei den weiteren Beratungen über die endgültigen Römischen Verträge wurden verschiedene Formen von missbräuchlichen Antidiskriminierungsbestimmungen vorgeschlagen.¹¹⁷ Die französische Delegation schlug beispielsweise ein generelles Verbot von Diskriminierung vor, um angemessene und gleiche Wettbewerbsbedingungen zu schaffen.¹¹⁸ Der lit. c des heutigen Art. 102 AEUV entspringt dem im Zusammenhang mit den dargestellten Verhandlungen erzielten Kompromiss und steht damit neben dem allgemeinen Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, welches heute in Art. 18 AEUV, ergänzt durch die Vorschriften der Grundrechtecharta

114 Kommission v. 20.10.2004, AT.38745 – BdKEP, Rn. 95.

115 Art. 60 Abs. 1 EGKS.

116 Intergouvernementaler Ausschuss der Konferenz von Messina, Bericht der Delegationsleiter an die Außenminister (Spaak-Report), 21.4.1956, 53.

117 Zum Beispiel Regierungskonferenz für den Gemeinsamen Markt und Euratom, Entwurf für die Ausarbeitung eines Vertrages über die Gründung eines gemeinsamen europäischen Marktes (Mar. Com. 17), 17; Vorschlag der deutschen Delegation bezüglich der Untersagung von Diskriminierungen (5.11.1956); Entwurf einer Fassung für die Wettbewerbsregeln von einer Expertengruppe unter Berücksichtigung des Meinungs austausches innerhalb der engeren Gruppe (20.11.1956); Art. 85 – 94 Entwurf des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft; Fassung der deutschen Delegation (18.3.1957).

118 Entwurf eines Protokolls über die Sitzungen der Arbeitsgruppe (10.9.1956).

enthalten ist.¹¹⁹ Art. 102 lit. c AEUV allein, auch wenn er eigentlich nur eine bestimmte Art von missbräuchlicher Diskriminierung abdeckt, kann zudem als textliches Argument dafür dienen, dass der Gedanke eines Diskriminierungsverbots (und damit eines Gleichbehandlungsgebots) in Art. 102 AEUV eine Rolle spielt. Diese historische Perspektive unterstützt die wesentliche Rolle des Diskriminierungsverbots im Zusammenhang mit dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Insbesondere der französische Gedanke der gleichen Ausgangsbedingungen ist auch heute noch sehr präsent, wenn es um die rechtliche Prüfung der Diskriminierung und den Gedanken der Chancengleichheit im Rahmen von Art. 102 AEUV geht.¹²⁰

Die Annahme eines allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes in Art. 102 AEUV bedeutet zum einen, dass dieser Grundsatz bei der Beurteilung eines missbräuchlichen Verhaltens generell beachtet werden muss. Eine solche Tendenz war bereits in der Argumentation des Gerichtshofs in der Rechtssache *TeliaSonera* erkennbar, als er feststellte, dass die Gleichbehandlung bei einer auf den Auswirkungen basierenden Analyse berücksichtigt werden muss.¹²¹ Andererseits bringt die Anerkennung des Grundsatzes mit sich, dass die Diskriminierung (unter bestimmten, gleich näher erläuterten Bedingungen) einen eigenständigen Fall des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung darstellen kann.¹²² Der Gerichtshof unterstreicht dies, indem er auf die Rechtsprechung verweist, wonach die Liste der missbräuchlichen Praktiken in Art. 102 AEUV nicht erschöpfend sei.¹²³

2. Schadenstheorie: Wann ist eine Diskriminierung ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung?

Für künftige Fälle hat *Google Shopping* gezeigt, dass eine Diskriminierung einen Missbrauch darstellen kann, wenn (1) eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung und (2) eine ausschließende Wirkung nach Einzelfallprüfung vorliegt. Zwar ging es bei *Google Shopping* um eine Behinderungsdiskriminierung auf der sekundären Ebene durch ein vertikal integriertes

119 Schweitzer, in Ehlermann/Marquis (Hrsg.), *European competition law annual 2007: A reformed approach to Article 82 EC*, 2008, 132.

120 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – *Google Shopping*, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 180.

121 EuGH, Urt. v. 17.2.2011, C-52/09 – *TeliaSonera*, ECLI:EU:C:2011:83, Rn. 28.

122 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – *Google Shopping*, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 240.

123 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – *Google Shopping*, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 154.

Unternehmen auf einem digitalen Markt; es lassen sich dennoch die Feststellungen grundsätzlich auf andere Formen der Diskriminierung im Rahmen von Art. 102 AEUV übertragen. Besonders das EuG war in dieser Hinsicht eindeutig: Da der allgemeine Grundsatz der Gleichbehandlung im Rahmen von Art. 102 AEUV gilt, kann eine Ungleichbehandlung in bestimmten Situationen einen Missbrauch darstellen. Solche Situationen können alle oben genannten Kategorien von ausbeuterischen und behindernden Diskriminierungen umfassen, solange die in *Google Shopping* und der Vorgängerrechtsprechung entwickelten Voraussetzungen beachtet werden (wirkungsorientierter Ansatz unter Beachtung aller entsprechender Umstände des Einzelfalles).

Google Shopping schafft den notwendigen, oben bereits näher ausgeführten Standard für Behinderungsdiskriminierung auf der sekundären Ebene. *MEO* hat bereits die rechtliche Prüfung und einen wirkungsbasierten Ansatz für Art. 102 lit. c AEUV für Ausbeutungsdiskriminierungen festgelegt. Die in solchen diskriminierenden Fällen relevanten Umstände müssen ausbeuterische Auswirkungen widerspiegeln. Die relevanten Umstände sind unter anderem „die beherrschende Stellung des Unternehmens, die Verhandlungsposition hinsichtlich der Gebühren, der Bedingungen und der Ausgestaltung ihrer Erhebung, die Dauer und Höhe der Gebühren sowie das Vorliegen einer eventuellen Strategie zur Verdrängung eines seiner Handelspartner vom nachgelagerten Markt, der mindestens ebenso leistungsfähig ist wie seine Wettbewerber, zu bewerten“.¹²⁴

Fraglich ist hingegen, ob die Behinderungsdiskriminierung auf der primären Ebene tatsächlich eine eigenständige missbräuchliche Praxis darstellt, die sich von anderen Verhaltensweisen wie Rabatten oder Exklusivverträgen unterscheidet.¹²⁵ Unabhängige, eigenständige Behinderungsdiskriminierungen auf der primären Ebene sind schwer vorstellbar, wie die oben erwähnte Rechtsprechung bereits gezeigt hat. In diesem Zusammenhang wurde bereits mit *Post Danmark I* der Praxis ein Ende gesetzt, einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot zu anderen Verstößen gegen den Verdrängungswettbewerb hinzuzufügen. *Google Shopping* zeigt, dass eine Diskriminierung nur dann einen Missbrauch darstellen kann, wenn es sich tatsächlich um eine eigenständige Praxis handelt. Für den Fall, dass eine solche Praxis auch im Zusammenhang mit einem Schaden auf

124 EuGH, Urt. v. 19.4.2018, C-525/16 – *MEO*, ECLI:EU:C:2018:270, Rn. 31.

125 *Bergqvist* (Fn. 1), 8.

der primären Ebene zutage tritt, scheint eine Gesamtschau der Fallpraxis aufgrund der noch nicht etablierten Schadenstheorie zu ergeben, dass eine ausschließende Wirkung zuzüglich der besonderen Umstände im Einzelfall erforderlich ist. Dies geht einher mit der sich herausbildenden allgemeinen Dogmatik, zwischen bezweckten und bewirkten missbräuchlichen Verhaltensweisen auch bei Art. 102 AEUV (*by object* und *by effect abuses*) zu unterscheiden;¹²⁶ nicht etabliert als wettbewerbsschädigendes Verhalten ist unter die Kategorie der bewirkten missbräuchlichen Verhaltensweisen zu fassen, da es nicht offensichtlich wettbewerbswidrig ist.

Grundsätzlich zeugt der auf die wettbewerbswidrigen Auswirkungen abstellende Ansatz, bei dem alle relevanten Einzelfallumstände berücksichtigt werden, von einer sorgfältigen Abwägung, die vor allem für eine relativ neue Praxis, wie diejenige der Selbstbevorzugung auf digitalen Märkten, angebracht ist. Häufig wurde in der Literatur die Auffassung vertreten, dass Eigenwerbung eine gängige Geschäftspraxis sei und dass marktbeherrschende Unternehmen nicht verpflichtet seien, die Produkte ihrer Konkurrenten in gleichem Maße zu bewerben wie ihre eigenen.¹²⁷ Der auf den Auswirkungen und spezifischen Umständen basierende Ansatz unterscheidet jedoch zwischen der üblichen Geschäftspraxis der Eigenwerbung und der schädlichen Selbstbevorzugung. In diesem Sinne steht er auch im Einklang mit der ökonomischen Forschung zur Selbstbevorzugung, die eine Einzelfallprüfung auf der Grundlage der Auswirkungen fordert.¹²⁸

Die Rechtsprechung, allen voran *Google Shopping*, hat einmal mehr unterstrichen, wie wichtig es ist, alle Umstände und Begleitpraktiken zu bewerten, um einen Missbrauch nach Art. 102 AEUV festzustellen, vor allem wenn es sich um neue Praktiken handelt. Es besteht hier jedoch noch Bedürfnis für weitere Klärung. Bei *Google Shopping* war auf der einen Seite die besondere Selbstbegünstigungspraktik in Form von einer Kombination zweier Praktiken, nämlich „der bevorzugten Positionierung und Präsentation der spezialisierten Ergebnisse von Google auf ihren allgemeinen Ergebnisseiten gegenüber den Ergebnissen der konkurrierenden Preisvergleichsdienste und zum anderen der gleichzeitigen Herabstufung der Ergebnisse der konkurrierenden Preisvergleichsdienste durch Anpas-

126 *Zelger* (Fn. 15), 23, 28 mwN.

127 *Vesterhof* (Fn. 97), 5.

128 *Wiethaus*, JECLAP 2015, 506, 511; *Bougette/Gautier/Marty*, JECLAP 2022, 136 ff.; *Peitz*, JECLAP 2023, 310 ff.

sungsalgorithmen¹²⁹ sowie die Bedeutung des von Googles allgemeiner Suchmaschine für Shopping-Vergleichsdienste erzeugten Verkehrs, das Online-Suchverhalten der Nutzer und der Umfang des umgeleiteten Verkehrs ausschlaggebend¹³⁰. Die Praktiken und diese spezifischen Umstände sind von Fall zu Fall verschieden, so dass erst weitere höchstrichterliche Entscheidungen klären werden, wann, wie und welche Umstände ausreichen, damit eine diskriminierende Selbstbegünstigung einen Missbrauch darstellen kann. Die Umstände, das Verhalten und die Stellung von Google auf den relevanten und benachbarten Märkten im Fall *Google Shopping* zeigen jedoch, dass die Messlatte hoch angesetzt ist.

Der Nichtanwendung der *Bronner*-Kriterien vor allem im Kontext der Behinderungsdiskriminierung auf der sekundären Ebene ist im Endeffekt zuzustimmen. Das Argument in *Google Shopping*, dass häufig eine stillschweigende Verweigerung des Geschäftsabschlusses – und eben auch häufig ein diskriminierendes Element – vorliegt, ist stichhaltig. Die Unerlässlichkeit im Sinne der *Bronner*-Rechtsprechung schafft auch relativ hohe Anforderungen, die schwer zu überwinden und nur in Situationen, wo die Vertrags- und Eigentumsfreiheit der Unternehmen durch eine Verweigerung des Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen beeinträchtigt ist, als Kriterium gerechtfertigt ist. Seine breite Anwendung würde dem Zweck von Art. 102 AEUV widersprechen.¹³¹ Zu einer Prüfung der Unerlässlichkeit sollte es nur kommen, wenn der Marktbeherrscher gezwungen wird, mit einem Dritten zu handeln oder zu kontrahieren, mit dem dieser nicht handeln oder kontrahieren wollte und nicht, wenn Zugang zur wesentlichen Infrastruktur gewährt wird, der Zugang aber diskriminierend oder auf eine andere Art und Weise missbräuchlich ausgestaltet ist.

V. Fazit

Es bleibt abzuwarten, ob im Vergleich zu den in Art. 6 Abs. 5 DMA oder § 19a Abs. 2 Nr. 1 GWB vorgesehenen speziellen Regelungen zur Selbstbe-

129 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 187, 261; EuGH, Urt. v. 10.9.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:726, Rn. 107, 108, 244.

130 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 166 – 176; EuGH, Urt. v. 10.9.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:726, Rn. 159 – 161.

131 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 234.

vorzugung für digitale Torwächtern, eine eigenständige Durchsetzung des Diskriminierungsmissbrauchs nach Art. 102 AEUV praktisch relevant sein wird. Ein Anwendungsbereich wird zumindest für alle nicht von den speziellen Verboten des Art. 6 Abs. 5 DMA oder § 19a Abs. 2 Nr. 1 GWB erfassten Verhaltensweisen und Märkten bleiben. Für digitale Märkte zeigt sich das Potential des Diskriminierungsmissbrauchs nach Art. 102 AEUV in den vielen Ermittlungen auf EU und mitgliedstaatlicher Ebene.¹³² Vor allem Selbstbevorzugungspraktiken können jedoch auch für nicht-digitale Märkte relevant werden, z.B. für die oft erwähnten Supermärkte oder Einkaufszentren, die ihre eigenen Produkte und Geschäfte bevorzugen.¹³³ In diesen Fällen müssten die Dimensionen und Umstände jedoch ein gewisses Maß erreichen, um mit den Ausschlusseffekten und spezifischen Umstände der hier aufgeführten Fälle gleichziehen zu können. Wie oben dargelegt, legt die Rechtsprechung die Messlatte recht hoch. Die begleitenden Praktiken eines marktbeherrschenden Unternehmens und die Gesamtumstände der missbräuchlichen Diskriminierung müssten ein vergleichbares Niveau erreichen.

Der ausdrückliche Verweis des EuG in *Google Shopping* auf den allgemeinen Grundsatz der Gleichbehandlung im Zusammenhang mit Art. 102 AEUV könnte zudem als subtiler Hinweis darauf dienen, die Ermittlungen und Durchsetzung von Diskriminierungsmissbräuchen zu verstärken. In diesem Sinne könnte man insbesondere an die Durchsetzung personalisierter Preispraktiken gegenüber Endverbrauchern auf digitalen Märkten denken.¹³⁴ Während das Regelbeispiel des Art. 102 lit. c AEUV nicht als Rechtsgrundlage herangezogen werden kann, da Endverbraucher nicht miteinander konkurrieren und daher nicht „im Wettbewerb benachteiligt“ werden können, kann auf die Generalklausel des Art. 102 AEUV abgestellt werden. Zwar gibt es nur sehr wenige Fälle, die sich mit Endverbrauchern befassen, doch existieren Präzedenzfälle, wie der Fall der *Fußballweltmeisterschaft 1998*.¹³⁵ Eine solche Durchsetzung würde auch mit der historischen Auslegung von Art. 102 AEUV übereinstimmen.¹³⁶ Die oben genannten historischen Dokumente zeigen auch, dass die ursprüngliche Absicht der Bestimmung über den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

132 Dazu *Colangelo*, GRUR Int 2023, 538 ff.

133 Siehe weitere Beispiele in Wiethaus (Fn. 128), 508.

134 Ähnlich *Akman*, ELR 2007, 492, 498.

135 Kommission v. 20.7.1999, IV/36.888 – Fußballweltmeisterschaft 1998.

136 *Akman* (Fn. 12), 267.

darin bestand, in erster Linie die Ausbeutung auch von (End)kunden zu verbieten; die wirtschaftliche Freiheit der Wettbewerber der marktbeherrschenden Unternehmen stand nicht im Fokus des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung.¹³⁷ Im heutigen Kontext muss zudem die zunehmende Fähigkeit von Unternehmen auf digitalen Märkten berücksichtigt werden, die direkt mit den Verbrauchern interagieren und durch Algorithmen und Big-Data-Analysen über ein wachsendes Potenzial verfügen, Verbraucher auf individueller Basis (preislich) zu diskriminieren.¹³⁸ Die genauen Voraussetzungen eines Missbrauchs in Form der personalisierten Preisgestaltung müssen sich natürlich von der Prüfung bei *Google Shopping* oder *MEO* unterscheiden, da die Endkunden nicht miteinander konkurrieren und ähnliche Auswirkungen nicht festgestellt werden können. In der Literatur finden sich bereits einige Vorschläge, die hier nicht im Detail diskutiert werden können.¹³⁹ Insbesondere ist sorgfältig zu prüfen, ob eine mit den oben genannten Fällen vergleichbare geografische Diskriminierung zwischen Verbrauchern aus verschiedenen Mitgliedstaaten bei der Durchsetzung des Missbrauchs der personalisierten Preisgestaltung vor dem Hintergrund des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes wieder aufgenommen werden sollte.

VI. Zusammenfassung

- 1) Für einen Diskriminierungsmissbrauch nach Art. 102 AEUV ist Voraussetzung, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen ungleiche Bedingungen auf gleichwertige Transaktionen oder gleichwertige Bedingungen auf unterschiedliche Transaktionen anwendet. Das marktbeherrschende Unternehmen kann die Diskriminierung objektiv rechtfertigen, obwohl eine Rechtfertigung selten akzeptiert wird.
- 2) Die Analyse der Fallpraxis, vor allem des Falls *Google Shopping* hat auch die weiteren Voraussetzungen für die missbräuchlichen Diskriminierung in seinen drei analytischen Kategorien der Ausbeutungsdiskri-

137 Schweitzer (Fn. 119), 136.

138 OECD, *Personalised Pricing in the Digital Era – Background Note by the Secretariat*, DAF/COMP(2018)13.

139 Siehe z.B. *Graef*, CJEL 2018, 541 ff.; *Paal*, GRUR 2019, 43 ff.; *Maggiolino*, Bocconi Legal Studies Research Paper No 2984840, abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2984840.

minierung sowie Behinderungsdiskriminierung auf der primären und auf der sekundären Ebene herausgearbeitet.

- 3) Eine Gesamtschau der Fallpraxis vor dem Hintergrund des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes zeigt, dass in solchen Fällen eine Diskriminierung nur dann zu einem Verstoß gegen Art. 102 AEUV führt, wenn sie eine (potentielle) ausschließende Wirkung hat. Dabei sind alle spezifischen Umstände des Einzelfalls zu betrachten, die ein gewisses Ausmaß erreichen müssen. Eine Unerlässlichkeit des Zugangs zu der diskriminierten Leistung im Sinne der *Bronner*-Rechtsprechung ist hingegen nicht erforderlich.
- 4) Dies erlaubt ein analytisches Modell für den Diskriminierungsmissbrauch, welches auch aktuelle Phänomene auf digitalen Märkten, wie eine auf Big-Data-Analysen beruhende personalisierte Preispolitik als möglicherweise marktmachtmissbräuchliches Verhalten nach Art. 102 AEUV erfasst.

C. Marktstrukturkontrolle

Verschärfte Fusionskontrolle unterhalb der Aufgreifschwellen nach der 11. GWB-Novelle – Innovationsbremse auf digitalen Märkten? – Oder doch besser: „Transaktionssicherheit als Privileg aggressiver Innovationsräuber?“

Daniel Könen*

Abstract:

Der Beitrag beschäftigt sich mit der Frage, inwiefern mit der 11. GWB-Novelle verschärfte Anforderungen für Unternehmenszusammenschlüsse verbunden sind. Dabei wird insbesondere eine Facette der scharf kritisierten Bestimmung des § 32f GWB untersucht – diese ist mit ihrem fusionskontrollrechtlichen Absatz 2 aber nur ein Puzzleteil, der vor großen Herausforderungen stehenden Fusionskontrollregime des Binnenmarktes zur wettbewerbsrechtlichen Beurteilung unerschwinglicher Zusammenschlüsse. Insoweit werden die Eingriffsbefugnisse der Kartellbehörden bezogen auf unerschwingliche Zusammenschlüsse anhand des Maßstabes des Art. 102 AEUV einer genaueren Betrachtung unterzogen.

I.	Was sind unerschwingliche Zusammenschlüsse und warum Innovationsbremse?	210
	1. Funktion der Fusionskontroll-Schwellenwerte	210
	2. Fusion als Exit-Strategie von Start-ups	211
	3. Funktionsversagen des Systems fester Schwellenwerte	212
II.	Der Stellenwert von Killer-Akquisitionen und Böhmermann	214
III.	Rolle des § 32f Abs. 2 GWB im wettbewerbsrechtlichen Gesamtsystem	214
	1. Erweiterung des fusionskontrollrechtlichen Instrumentenkastens	215
	2. Die Neuregelung des § 32f Abs. 2 GWB	216
	a) Kerngehalt der Regelung des § 32f Abs. 2 GWB	216
	b) Schwellenwerte für eine Anmeldeverfügung	216
	c) Verhältnismäßigkeit der Gesamtbestimmung des § 32f GWB	217
	d) Eingriffsintensität des Instrumentenkastens des § 32f GWB	219
	e) Ressourcen des Bundeskartellamtes	220
IV.	Ex-post-Kontrolle anhand von Art. 102 AEUV	220
	1. <i>Towercast</i> , <i>Continental Can</i> und das <i>SIEC</i> -Erheblichkeits-Kriterium	221
	a) EuGH – <i>Towercast</i> (C-449/21)	221
	b) Hintergrund der <i>Continental Can</i> -Doktrin	223
	c) Durchsetzung des Wettbewerbsrechts unterhalb der FKVO-Schwellenwerte	225
	d) Das <i>SIEC</i> -Erheblichkeitskriterium	227

* Privatdozent der Universität zu Köln, Institut für Europäisches Wirtschaftsrecht (Prof. Ehrlicke).

e) Zwischenergebnis	229
2. Anwendung des SIEC-Erheblichkeitskriteriums	231
a) Erwerb häufig in einem frühen Stadium „aufkeimenden“ Wettbewerbs	231
b) Strategie zur Beseitigung von Wettbewerb	232
V. Thesen	232

I. Was sind unterschwellige Zusammenschlüsse und warum Innovationsbremse?

Zunächst ist die Frage zu stellen, wieso Fusionskontrollbestimmungen überhaupt dem Vorwurf ausgesetzt sind, ein Hemmnis für Innovationsbemühungen dazustellen; also eine „Innovationsbremse“ zu sein.¹ Die wettbewerbspolitische Diskussion der vergangenen Monate erstreckt sich doch vor allem darauf, das Fusionskontrollrecht zum Schutz von Innovationen zu reformieren.² Die zu beantwortende Frage hängt eng damit zusammen, welche Funktion den bewährten Schwellenwerten zukommt.

1. Funktion der Fusionskontroll-Schwellenwerte

Das herkömmliche Konzept der Fusionskontrolle in der Union sowie den Mitgliedstaaten ist – unter Beachtung des Auswirkungsprinzips – davon geprägt, dass Zusammenschlussvorhaben von Unternehmen nur dann einer materiell-rechtlichen Fusionskontrollprüfung zu unterziehen sind, wenn feste Schwellenwerte überschritten werden.³ So besteht unterhalb der for-

1 Vgl. *Becker*, ZWeR 2020, 365, 375 f.

2 Vgl. Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht v. 29.9.2022, Fusionskontrolle im digitalen Zeitalter – Herausforderungen und Entwicklungsperspektiven, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AK_Kartellrecht_2022_Hintergrundpapier.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (abgerufen am 3.10.2023); KoalV 2021-2025 SPD/Bündnis 90/Die Grünen/FDP, <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1990812/1f422c60505b6a88f8f3b3b5b8720bd4/2021-12-10-koav2021-data.pdf?download=1> (abgerufen am 3.10.2022), S. 19, 31, 48; Weißbuch der Kommission „Eine wirksamere EU-Fusionskontrolle“ v. 9. 7. 2014 (COM(2014) 449 final); Arbeitsunterlage der Kommission v. 26. 3. 2021, SWD(2021) 67 final.

3 *Bechtold/Bosch*, GWB, 10. Aufl. 2021, § 35, Rn. 4 f.; *Khan*, in: Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair, EUV/AEUV, 7. Aufl. 2023, Art. 101 AEUV, Rn. 27; *Säcker*, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, GWB, 4. Aufl. 2022, Einleitung, Rn. 32; *Weiß*, NZKart 2016, 202 ff., 265 ff.; abweichend hingegen im Rahmen der EGKS, vgl. *Koch*, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, FKVO, 3. Aufl. 2020, Grundlagen der Europäischen Fusionskontrolle, Rn. 4.

malen Aufgreifkriterien von FKVO⁴ und GWB bezogen auf konzentrierte Zusammenschlüsse regelmäßig keine Gefahr, dass durch die zusammenschlussbedingte Marktstrukturveränderung eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs im Sinne des SIEC-Tests zu prognostizieren ist.⁵ Unterhalb der FKVO-Schwellenwerte ist regelmäßig kein Unionsinteresse⁶ gegeben und unterhalb der GWB-Schwellenwerte handelt es sich grundsätzlich sogar um kleinvolumige Bagatellen.⁷

Wie die Prioritätensatzbefugnis ermöglichen die Schwellenwerte es den Kartellbehörden, ihre Kapazitäten für wettbewerbsrechtlich problematische Zusammenschlüsse freizuhalten.⁸ Niederschwellige Zusammenschlüsse sind daher für sich genommen mit keinem wettbewerbsrechtlichen Unwerturteil verbunden.⁹

2. Fusion als Exit-Strategie von Start-ups

Für Unternehmenszusammenschlüsse, die die Schwellenwerte nicht erreichen, bedeutet dies, dass die betroffenen Unternehmen gänzlich auf eine Fusionskontrollanmeldung verzichten können.¹⁰ Für die Zusammenschlussbeteiligten folgt daraus, dass Zusammenschlüsse weniger intensiv vorbereitet und rechtlich betreut werden müssen. Geringere Transaktionskosten schlagen sich in einer größeren Investitionsbereitschaft übernahmewilliger Unternehmen nieder. Für Unternehmen, die selbst noch keine schwellenwertrelevanten Umsätze erzielen, stellt eine Unternehmensüber-

4 Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen ("EG-Fusionskontrollverordnung"), ABl. (EU) 2004/L 24/1.

5 Vgl. *Kirchhoff*, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, 1. Teil Grundlagen, Rn. 1569 f.; *Pohlmann*, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, Art. 101 AEUV, Rn. 533 ff.; *Weiß*, NZKart 2016, 265, 266.

6 Siehe dazu Kommission, Bekanntmachung über die Behandlung von Beschwerden, ABl. (EU) 2004/C 101/65, Rn. 28, 41 f., 45; *Bauer*, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, Art. 7 VO 1/03, Rn. 54; *Khan*, in: Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair, EUV/AEUV, 7. Aufl. 2023, Art. 101 AEUV, Rn. 27.

7 Vgl. *Gröss/Mersch*, NZKart 2020, 119, 122 ff.; zum Merkmal der Inlandsauswirkung, *Weiß*, NZKart 2016, 265, 267.

8 *Könen/Dogs*, ZWeR 2023, 160, 175; *Könen/Dogs*, WuW 2023, 130, 132 f., 135; vgl. *Wils*, World Competition 2011, 353 ff.; *de Bronett*, EU-Kartellverfahrensrecht, 2. Aufl. 2012, Art. 7 VO 1/03, Rn. 4; *Frenz*, WRP 2014, 367, 373.

9 Vgl. *Weiß*, NZKart 2016, 265 ff.

10 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 68, Rn. 454.

nahme dabei eine von mehreren denkbaren Exit-Strategien dar, mit denen sie Ertrag aus ihren Gründungs- und Innovationsanstrengungen ziehen können.¹¹ So ist die Start-up-Kultur gerade auf digitalen Märkten häufig darauf gerichtet, zu einem Zeitpunkt, in dem ein internes Wachstum ohne frisches Kapital nicht mehr möglich ist, sich die Unternehmensbeteiligungen im Rahmen eines Zusammenschlusses abkaufen zu lassen.¹² Im Zuge derartiger Unternehmenskäufe, sind große Konzerne häufig bereit, hohe Preise zu zahlen, weil sie in Anbetracht ihrer Größenvorteile schnelle Renditen aus den Unternehmenskäufen erzielen können.¹³ Umgekehrt verspricht die Möglichkeit übernommen zu werden, regelmäßig hohe Erträge,¹⁴ die sich mit einer eigenen unternehmerischen Tätigkeit kurzfristig so nicht erzielen ließen. Wettbewerbsrechtlich zu berücksichtigen sind allerdings auch Konstellationen, in denen die aufgekauften Start-ups noch nicht mal an dem aus der Transaktion erzielten Überschuss beteiligt werden, weil sie etwa dem Zusammenschluss nur als Folge einer Kapitulation vor der Marktmacht des Erwerbers zustimmen, um nicht zahlungsunfähig zu werden.¹⁵

3. Funktionsversagen des Systems fester Schwellenwerte

Maßgebliche Multiplikatoren der Exit-Möglichkeit durch Zusammenschluss sind der Innovationswert sowie das Entwicklungspotenzial der Unternehmung.¹⁶ Für die Unternehmenskäufer liegt der Investitionsanreiz z. B. in der Aussicht, mit der erworbenen Unternehmung in neue Märk-

11 Vgl. Startupverband, Deutscher Startup Monitor 2023, https://startupverband.de/fileadmin/startupverband/mediaarchiv/research/dsm/dsm_2023.pdf (abgerufen am 3.10.2023); Becker, ZWeR 2020, 365, 374; Cunningham/Ederer/Ma, Journal of Political Economy 129 (2021), 649 ff.; Podszun/Kersting, ZRP 2019, 34, 36; Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, Missbrauchsstudie, 2018, S. 122 ff.; siehe aber zum Problem auf vermachteten Märkten, dass sich Innovationsanstrengungen auf nahe Produkte potenzieller Erwerber beschränken, Becker, ZWeR 2020, 365, 375; Cunningham/Ederer/Ma, Journal of Political Economy 129 (2021), 649 ff.

12 Vgl. Cunningham/Ederer/Ma, Journal of Political Economy 129 (2021), 649 ff.

13 Vgl. Kommission v. 3.10.2014, COMP/M.7217 – Facebook/WhatsApp. Siehe dazu u. a. den Lear-Report, Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets, 9 May 2019, S. 23 ff.; Körber/Schweitzer/Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, Einleitung, Rn. 13 f.

14 Becker, ZWeR 2020, 365, 375.

15 Vgl. Becker, ZWeR 2020, 365, 375.

16 Vgl. Gröss/Mersch, NZKart 2020, 119, 124.

te vorstoßen zu können. Mit der Verschärfung fusionskontrollrechtlicher Instrumente ist daher die Befürchtung verbunden, dass dieser Gründungsanreiz beseitigt wird, weil eine intensivere Beratung des Zusammenschlussvorhabens sowie eine Anmeldung beim Bundeskartellamt erforderlich werden, was regelmäßig mit einer aufschiebenden Bedingung des Unternehmenskaufvertrages verbunden ist.¹⁷

Die herkömmlichen Fusionskontrollregime sahen sich zuletzt mit dem Problem konfrontiert, dass die umsatzbasierten Schwellenwerte systematisch nicht in der Lage waren, derartige Übernahmen zu erfassen, in denen sich die übernommenen Unternehmen in einer sehr frühen Marktphase befanden, auch wenn für solche Unternehmen sehr hohe Kaufpreise gezahlt wurden.¹⁸ Besondere Probleme ergaben sich insbesondere im Rahmen von Zusammenschlüssen auf digitalen Märkten.¹⁹ Mit der 9. GWB-Novelle wurde 2017 insoweit in § 35 Abs. 1a GWB eine zusätzliche Transaktionswertschwelle eingeführt.²⁰ Eine vergleichbare Regelung gibt es in der FKVO nicht.²¹ Mit Blick auf den Binnenmarktschutz ist dies grundsätzlich unproblematisch, wenn derartige Zusammenschlüsse vom Netz der Kartellbehörden geprüft werden können.²² Die Höhe der Transaktionskosten stellt allerdings wieder nur einen starren Schwellenwert dar, der die Frage unbeantwortet lässt, wie Transaktionen zu bewerten sind, die unterhalb fester Größenordnungen liegen, aber das Potenzial beinhalten, die Marktstruktur erheblich zu schädigen. Die Transaktionswertschwelle ist daher nicht Gegenstand dieses Beitrags.

17 Gröss/Mersch, NZKart 2020, 119, 124; vgl. Apel/Polley, ZWeR 2021, 273, 310 f.

18 Vgl. BGH, Urt. v. 10.10.2006, KVR 32/05 – National Geographic I, GRUR 2007, 517; EU-Kommission, Konsolidierte Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen, ABl. (EU) 2009/C 43/10, Rn. 24; Kommission v. 3.10.2014 – M.7217 (Facebook/WhatsApp) Rn. 10; Weck, NZKart 2015, 290, 292 ff.

19 Crémer/de Montjoye/Schweitzer, Competition Policy for the Digital Era. Final Report, 2019; Weck, NZKart 2015, 290, 292 ff.

20 Vgl. zur diesbezüglichen Empfehlung der Monopolkommission, Sondergutachten 68, Rn. 458 ff.; siehe Apel/Polley, ZWeR 2021, 273, 308 ff.; Körber/Schweitzer/Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, Einleitung, Rn. 13 f.

21 Vgl. Körber/Schweitzer/Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, Einleitung, Rn. 15 f.; siehe zur diesbezüglichen Diskussion, Crémer/Montjoye/Schweitzer, Competition Policy for the digital era, Special Advisors' Report 2019, S. 110 ff.

22 Vgl. Könen/Dogs, WuW 2023, 130 ff.

II. Der Stellenwert von Killer-Akquisitionen und Böhmermann

In den letzten Jahren sind verstärkt sog. „Killer-Akquisitionen“ oder „Shoot-out Akquisitionen“ in den Fokus der Aufsichtsbehörden geraten sowie Gegenstand wettbewerbspolitischer Diskussion geworden, indem diesbezüglich ein „under-enforcement“ bemängelt wurde.²³ Dabei handelt es sich etwa um Unternehmenszusammenschlüsse, die darauf gerichtet sind, innovative Start-ups als potenzielle Wettbewerber zu eliminieren, um die eigene Marktposition zu schützen.²⁴ Ebenfalls problematisch erscheint es aus wettbewerbsrechtlicher Sicht, wenn das übernehmende Unternehmen als Folge der Übernahme, eigene Innovationsanstrengungen einstellt.²⁵

Diesbezüglich ist durch die Berichterstattung vom Bayerischen Rundfunk und Jan Böhmermann (ZDF Magazin Royal) zuletzt eine Konstellation in den medialen Fokus geraten, in der die Übernahme von Four Artists Booking Agentur GmbH (FAB) durch den Ticket- und Veranstaltungskonzern CTS EVENTIM AG & Co. KGaA zwar vom Bundeskartellamt untersagt wurde,²⁶ der Zusammenschluss aber sodann faktisch vollzogen wurde, indem eine neu gegründete Tochtergesellschaft (All Artists Agency GmbH) nahezu sämtliche Personal-Ressourcen „abgeworben“ hat.²⁷

III. Rolle des § 32f Abs. 2 GWB im wettbewerbsrechtlichen Gesamtsystem

Insbesondere mit Blick auf schnelllebige digitale Märkte, hochkonzentrierte Märkte sowie Märkte, deren Struktur bereits schädigt ist, kommt es zu

23 Vgl. *Cunningham/Ederer/Ma*, Journal of Political Economy 129 (2021), 649; Kommission, Leitfaden zur Anwendung des Verweisungssystems nach Art. 22 FKVO, ABl. (EU) 2021/C 113/01, Rn. 9 f.; *Apel/Polley*, ZWeR 2021, 273 ff.; *Becker*, ZWeR 2020, 365 ff.; *Fuchs*, in: FS Wiedemann, 2020, S. 303 ff., 307 ff., s. dort auch zu weiteren Durchsetzungslücken.

24 *Apel/Polley*, ZWeR 2021, 273, 276 f.

25 Vgl. *Becker*, ZWeR 2020, 365 ff.; *Cunningham/Ederer/Ma*, Journal of Political Economy 129 (2021), 649 ff.

26 BKartA v. 23.11.2017 – B6-35/17 (CTS EVENTIM/Four Artists)

27 ZDF-Magazin Royal v. 9.6.2023, Mit Fantasiegebühren zum Eventim-Imperium, https://www.youtube.com/watch?v=GLS_FhdYBmY (abgerufen am 3.10.2023); zuvor bereits BR24 v. 2.6.2023, Eventim: Wie der Ticketkonzern am Kartellamt vorbei wuchs, https://www.br.de/nachrichten/wirtschaft/eventim-wie-der-ticketkonzern-am-kartellamt-vorbei-wuchs,TfwIqZ9?utm_source=dlvr.it&utm_medium=twitter (abgerufen am 3.10.2023). Siehe indes zur Anwendung des Art. 3 FKVO auf diese Konstellation, *Becker* in diesem Band, S. 121 ff.

dem Problem, dass die an Schwellenwerte anknüpfenden Fusionskontrollbestimmungen nicht flexibel genug sind, um alle wettbewerbsrechtlich bedenklichen Zusammenschlussvorhaben zu erfassen.²⁸ Problematisch sind daneben Situationen, in denen behördliche Prüfungsmechanismen rechtlich oder faktisch versagen.

1. Erweiterung des fusionskontrollrechtlichen Instrumentenkastens

In jüngster Zeit ist der fusionskontrollrechtliche Instrumentenkasten der Aufsichtsbehörden stark erweitert worden. So werden die starren Schwellenwerte für eine fusionskontrollrechtliche Prognoseentscheidung ergänzt durch eine geänderte Verweisungspraxis auf der Grundlage von Art. 22 FKVO,²⁹ fusionskontrollrechtliche Sonderregelungen im Rahmen von GWB-Sektoruntersuchungen, die Gegenstand dieses Beitrags sind, sowie – im Anwendungsbereich des Digital Markets Acts (DMA)³⁰ – durch die Art. 14 und 18 DMA über die Anzeigepflicht oder Totaluntersagung von Zusammenschlüssen für Torwächter.³¹ Daneben hat die Frage um eine systemgerechte Weiterentwicklung der sog. *Continental Can*-Doktrin eine Renaissance erfahren.³²

28 *Apel/Polley*, ZWeR 2021, 273, 306 ff.

29 Kommission, Leitfaden zur Anwendung des Verweisungssystems nach Art. 22 FKVO, ABL (EU) 2021/C 113/01, Rn. 9 f.; *Bechtold*, NZKart 2022, 607 ff.; *Apel/Polley*, ZWeR 2021, 273, 294 ff. [Anm. 11/2024: Unter Verweis auf den Grundsatz institutionellen Gleichgewichts der Unionsorgane sowie die Regelungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten hat der EuGH diese Verweisungspraxis für unzulässig erklärt, EuGH, Urt. v. 3.9.2024, verb. Rs. C-611/22 P und C-625/22 P – *Illumina* bzw. *Grail*/Kommission, ECLI:EU:C:2024:677, Rn. 225 ff.].

30 VO (EU) 2022/1925 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor, ABL (EU) 2022/L 265/I.

31 Vgl. *Weck*, NZKart 2023, 392, 393; zu sektorspezifischen Ansätzen, *Apel/Polley*, ZWeR 2021, 273, 310 f.

32 Vgl. EuGH, Urt. v. 16.3.2023, C-449/21 – *Towercast*, ECLI:EU:C:2023:207; *GA Kokott*, Schlussanträge v. 13.10.2022, ECLI:EU:C:2022:777; *Podszun/Kersting*, ZRP 2019, 34, 36; *Becker*, ZWeR 2020, 365, 378 ff.; *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV, Rn. 394; *Eilmansberger/Bien*, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2020, Art. 102 AEUV, Rn. 41; *Jung*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Werkstand: 78. EL 01/2023, Art. 102 AEUV, Rn. 4, 337; *Khan*, in: Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair, EUV/AEUV, 7. Aufl. 2023, Art. 101 AEUV, Rn. 22; *Mestmäcker/Schweitzer*, 3. Aufl. 2014, § 16, Rn. 34 f.; *Schröter/Bartl*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, 2. Aufl. 2014, Art. 102 AEUV, Rn. 317; hierzu ferner *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 3, 6. Aufl. 2020, § 42 GWB, Rn. 10 ff.; vgl.

2. Die Neuregelung des § 32f Abs. 2 GWB

Wie reagiert nun die 11. GWB-Novelle auf die beschriebene Durchsetzungslücke? Dies geschieht mit der Neuregelung des § 32f Abs. 2 GWB. Dabei ist das Bedürfnis, unerschwellige Zusammenschlüsse fusionskontrollrechtlich erfassen zu wollen, kein Phänomen allein digitaler Märkte. So hat die Bestimmungen ihren Ursprung in Entwicklungen in der Pharma-Industrie sowie in der Abfallwirtschaft.³³

a) Kerngehalt der Regelung des § 32f Abs. 2 GWB

Wie bereits nach § 39a GWB aF³⁴ kann das Bundeskartellamt im Anschluss an eine Sektoruntersuchung (§ 32e GWB) Unternehmen im Wege einer befristeten Verfügung verpflichten, jeden Zusammenschluss in einem betroffenen Wirtschaftszweig anzumelden, sofern dieser speziellere Schwellenwerte überschreitet und „objektiv nachvollziehbare Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch künftige Zusammenschlüsse der wirksame Wettbewerb [...] erheblich behindert werden könnte“. Folge des § 32f Abs. 2 GWB ist nach Satz 4 die Anwendbarkeit des 7. Kapitels über die Zusammenschlusskontrolle.

b) Schwellenwerte für eine Anmeldeverfügung

Die neuen Schwellenwerte des § 32f Abs. 2 Satz 2 GWB liegen auf Erwerberseite bei 50 Mio. Euro im Inland und unterscheiden sich insoweit nicht von § 35 GWB. Die Umsatzschwelle beim Zielunternehmen liegt hingegen bei

Rabus, Die Behandlung von Effizienzvorteilen in der europäischen Fusionskontrolle, 2008, S. 189 f.; *Fritzsche*, WuW 2003, 1153, 1154 f.; *Basedow*, EuZW 2003, 44 ff.; auch *Staebe*, EWS 2003, 249, 253 ff.; *Dreher*, WuW 2002, 828 ff.; *Kindler*, EWS 1995, 321, 323; *Niemeyer*, RiW 1991, 448 ff.; dagegen wurde eine Anwendung des Art. 102 AEUV auf Unternehmenszusammenschlüsse in der Vergangenheit z. T. verneint: vgl. dazu *K. Schmidt*, BB 1990, 719, 721 f., 725, der sich für eine Unanwendbarkeit der Continental Can-Doktrin ausspricht; ähnlich kritisch *Staudenmayer*, WuW 1992, 475 ff.; vgl. ferner *Krimphove*, Europäische Fusionskontrolle, 1992, S. 199 f.

33 Vgl. BKartA, PM v. 13.12.2018 (Remondis/Helene Müntefering-Gockeln). Zur Relevanz auf Regionalmärkten, *Gröss/Mersch*, NZKart 2020, 119, 122 ff.; eingehend zur Pharma-Industrie, *Cunningham/Ederer/Ma*, Journal of Political Economy 129 (2021), 649 ff.

34 Vgl. *Gröss/Mersch*, NZKart 2020, 119, 122 ff.; *Käseberg*, in: *Bien/Käseberg/Klumpe/Körber/Ost*, Die 10. GWB-Novelle, Einleitung, Rn. 20.

1 Mio. Euro. Dies bedeutet gegenüber den herkömmlichen Schwellenwerten einen Unterschied von 16,5 Mio. Euro.

c) Verhältnismäßigkeit der Gesamtbestimmung des § 32f GWB

Fraglich ist, ob mit dieser weitreichenden Anmeldepflicht aber nun tatsächlich eine Gefährdung des Innovationsstandortes Deutschland verbunden ist. Dagegen spricht, dass die Regelung des § 32f GWB insgesamt als unerlässlich erscheint, um den Wettbewerb effektiv zu schützen. Insbesondere ist die Eingriffsintensität des § 32f GWB verhältnismäßig. So erhält die Kartellbehörde nur auf solchen Märkten effektivere Eingriffsbefugnisse, deren Marktstruktur bereits geschädigt ist. Deren Schutz ist primärer Regelungsgegenstand der unionsrechtlichen Wettbewerbsvorschriften. So dienen die Art. 101, 102 AEUV als marktordnungsrechtliche Bestimmungen, ungeachtet der tatbestandlichen Anknüpfung an ein marktbezogenes³⁵ Verhalten, unter Berücksichtigung des systematischen Zusammenhangs mit den Vorschriften über den Binnenmarkt, nur dem Schutz der Marktstruktur, aufgrund derer sich der Wettbewerb frei entfalten können soll. Mit der tatbestandlichen Herstellung eines Verhaltensbezugs wird daher jedenfalls kein Gegensatzpaar von Verhalten und Struktur statuiert.³⁶ Wie man den Instrumentenkasten von Abs. 3 und Abs. 4 des § 32f GWB ausgestaltet, ist zuletzt eine rechtspolitische Frage, die der Gesetzgebung überlassen bleibt.

Insbesondere kann man sicherlich über die Frage streiten, inwiefern man der Kartellbehörde die Fähigkeit zuerkennen möchte, ein wettbewerbsförderndes Marktdesign zu betreiben.³⁷ Auch ist es sehr problematisch, nach welchen Maßstäben eine Marktstörung festgestellt werden soll, zumal eine „erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs“ jedenfalls termi-

35 Zum Marktbezug des Unternehmensbegriffs s. bereits Könen, in: FK-Kartellrecht, (Stand Abs. 1-3: 9/2020, Stand Abs. 4, 5: 5/2028), Art. 2 FKVO, Rn. 259; Könen/Dogs, ZWeR 2017, 409, 411 ff.; Dogs/Könen, WuW 2021, 538, 539, 541, 543; Kersting/Otto, in: Festschrift Wiedemann, 2020, S. 235 ff.; Kersting/Otto, NZKart 2021, 651, 654 f.

36 Könen/Dogs, ZWeR 2023, 160, 168.

37 Kritisch zuletzt etwa, Ackermann, ZWeR 2023, 1, 8 ff.; Inderst/Thomas, NZKart 2022, 657; Körber, NZKart 2023, 193, 194; Kruse/Maturana, EuZW 2022, 798 ff.; Thomas, ZWeR 2022, 333 ff.; Wagner-von Papp, WuW 2022, 642; Wagner-von Papp, NZKart 2022, 605, 607; Wegner, BB 2022, I; siehe aber, Franck, Open Markets in the Era of Fintech and Big Tech: Lessons for the Institutional Design of Competition Policy, 2022, S. 36 f., https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4218097; vgl. Ackermann, GRUR 2022, 1705; Käseberg, NZKart 2022, 539; Mundt, NZKart 2023, 1; Weck, NZKart 2023, 392.

nologisch etwas anderes ist als die vom *SIEC*-Test bekannte „erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs“.³⁸ All diese nachträglichen Möglichkeiten sind aber nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

Hervorzuheben ist hingegen der normsystematische Zusammenhang mit der hier zu behandelnden, verschärften Anmeldeverfügung sowie der Umstand, dass die Regelung des § 32f GWB als einheitliche Antwort auf ein zu kompensierendes Marktphänomen zu verstehen ist. Wettbewerbsrecht ist Marktstrukturschutz und geschädigte Marktstrukturen müssen geschützt – erforderlichenfalls sogar repariert werden. Insoweit führt auch die Ausrichtung des Wettbewerbsschutzes, anhand einer stärker wirkungsorientierten Analyse (sog. *more economic approach*),³⁹ auf die Konsumentenwohlfahrt zu keiner abweichenden Beurteilung, weil diese nach der Rechtsprechung des EuGH nur einen unter vielen zu beachtenden Parametern darstellt und das Primärrecht einen notwendigen Zusammenhang mit marktstrukturellen Gesichtspunkten erfordert.⁴⁰ So sind die „Wettbewerbsregeln des Vertrags, nicht nur dazu bestimmt, die unmittelbaren Interessen einzelner Wettbewerber oder Verbraucher zu schützen, sondern die Struktur des Marktes und damit den Wettbewerb als solchen“.⁴¹ Dabei kommt es außerhalb des Bußgeldrechts nicht zwingend auf eine Verantwortlichkeit oder eine Kausalität unternehmerischer Verhaltensweisen an.⁴²

38 Vgl. Ackermann, ZWeR 2023, 1, 21 ff.

39 *Esteva Mosso*, The Contribution of Merger Control to the Definition of Harm to Competition, Vortrag am 1.2.2016 auf der GCLC Conference, Brüssel, http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2016_03_en.pdf (abgerufen am 3.10.2023), S. 3; *Röller/Friederiszick*, Ökonomische Analyse in der EU-Wettbewerbspolitik, http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/oekonomische_analyse.pdf (abgerufen am 3.10.2023); gebilligt durch EuG, UrT. v. 9.7.2007, T-282/06 – Sun Chemical Group BV, ECLI:EU:T:2007:203, Rn. 62 ff.

40 Vgl. Könen, in: FK-Kartellrecht (Stand Abs. 1-3: 9/2020, Stand Abs. 4, 5: 5/2018), Art. 2 FKVO, Rn. 116.

41 EuGH UrT. v. 4.6.2009, C-8/08 – T-Mobile Netherlands u.a., ECLI:EU:C:2009:343, Rn. 38; s. auch EuGH, UrT. v. 15.3.2007, C-95/04 P – British Airways/Kommission, ECLI:EU:C:2007:166, Rn. 104; EuG, UrT. v. 17.9.2007 T-201/04 – Microsoft/Kommission, ECLI:EU:T:2007:289, Rn. 229; EuG, UrT. v. 30.1.2007, T-340/03 – France Telekom, ECLI:EU:T:2007:22, Rn. 78; EuGH, UrT. v. 6.10.2009, C-501/06 P, 513/06 P, 515/06 P, 519/06 P – GlaxoSmithKline/Kommission, ECLI:EU:C:2009:610; EuGH, UrT. v. 21.2.1973, 6/72 – Continental Can, ECLI:EU:C:1973:22, Rn. 26; EuG, UrT. v. 28.5.2020, T-399/16 – CK Telecoms, ECLI:EU:T:2020:217, Rn. 108.

42 Vgl. zur bußgeldrechtlichen Verantwortlichkeit, Könen, in: *Vieweg*, Erlanger Sportrechtstagung 2022, 2023, S. 197, 213.

d) Eingriffsintensität des Instrumentenkastens des § 32f GWB

Bei der Anwendung des gesamten § 32f GWB hat die Kartellbehörde den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten,⁴³ wobei eine äußere sowie innere Verknüpfung mit der Sektoruntersuchung bestehen muss.⁴⁴ Mit Blick auf geschädigte Marktstrukturen erscheint die Pflicht zur Anmeldung jeglicher Zusammenschlüsse verhältnismäßig, weil es das mildeste und gleichzeitig zwingend erforderliche Mittel zum Schutz vor weiteren Schädigungen der Marktstruktur darstellt. Für das Verhältnis der ex-ante- und ex-post-Instrumente bedeutet dies, dass die Kartellbehörde vorrangig auf die fusionskontrollrechtliche Bestimmung zurückgreifen muss, um beim Einsatz der Instrumente aus Abs. 3 und Abs. 4 keinen Ermessensfehler zu begehen.⁴⁵ Die Kartellbehörde muss daher künftig im Anschluss an eine Sektoruntersuchung in jedem Fall eine Verfügung über die Anmeldepflicht nach § 32f Abs. 2 GWB erlassen, bevor sie auf die ex-post-Instrumente der § 32f Abs. 3, Abs. 4 GWB zurückgreifen kann. Ergibt sich als Folge einer Sektoruntersuchung, dass die Marktstruktur gefährdet ist, ist grundsätzlich jedes externe Wachstum geeignet, weitere Strukturverschlechterungen zu bewirken. Raum für eine Bagatellgrenze entsprechend bisherigen Schwellenwerten besteht insoweit kaum noch. Die im Gesetzgebungsverfahren zuletzt von 500.000 Euro auf 1 Mio. Euro angehobene Grenze könnte sich vor diesem Hintergrund auch als noch zu hoch erweisen.

Gleichzeitig dürfte sich die wettbewerbsrechtliche Aufbereitung kleinerer Zusammenschlussvorhaben durch die anmeldepflichtigen Unternehmen stark in Grenzen halten. Dies betrifft insbesondere die zu Beginn erläuterte Exit-Strategie, weil der Übernahmearbeit bei Unternehmen, die sich noch in einer sehr frühen Marktphase befinden, regelmäßig gleich gelagert sein dürfte; insbesondere dann, wenn das Start-up vollständig in das übernehmende Unternehmen integriert werden soll. Gerade solche Zusammenschlüsse, hinsichtlich derer § 32f Abs. 2 GWB die Wirkung einer Innovationsbremse zukommen könnte, dürften schließlich häufig in einem vereinfachten Verfahren freigegeben werden, ohne dass dadurch wesentliche Transaktionskosten produziert werden. Mit Blick auf digitale Märkte sind insofern allerdings Leitlinien für ein beschleunigtes Verfahren ange-

43 Vgl. Ackermann, ZWeR 2023, 1, 2 ff.; Brenner, WuW 2023, 74 ff.

44 Ackermann, ZWeR 2023, 1, 19 ff.

45 Zur Entschädigungspflicht, Grzeszick, NZKart 2023, 55 ff.

zeigt, weil das Anmeldeverfahren auf schnelllebigen Märkten anderenfalls die Wirkung eines Übernahmehindernisses haben kann.⁴⁶

e) Ressourcen des Bundeskartellamtes

Dadurch, dass die Kartellbehörde die Anmeldepflicht an eine Verfügung knüpfen muss, ist im Ausgangspunkt ein geeignetes Instrument geschaffen worden, dass die Wettbewerbsbehörde Herrin über ihre eigenen Kapazitäten bleibt und ihre Ressourcen für kritische Konstellation freihalten kann.⁴⁷ Problematisch erscheint insoweit allerdings das Verhältnis der in § 32f GWB vorgesehenen Durchsetzungsmöglichkeiten. Wenn die Behörde auf die Marktreparaturinstrumente grundsätzlich nur zurückgreifen kann, wenn sie einen fusionskontrollrechtlichen ex-ante-Schutz eingerichtet hat,⁴⁸ hat sie die Möglichkeit, ihre Kapazitäten freizuhalten, gerade nicht mehr. Dies ist aber mit Blick auf die Interessen der betroffenen Unternehmen hinzunehmen. Die Freiheit des Amtes zur Bestimmung ihrer Ressourcen erscheint insoweit beschränkt. Die Anmeldepflicht ermöglicht es der Behörde sodann, solche Übernahmen einer genaueren Prüfung zu unterziehen, in denen gezielt Innovationsbemühungen ausgeschaltet werden sollen, ohne gleichzeitig Effizienzen zu verwirklichen.⁴⁹

IV. Ex-post-Kontrolle anhand von Art. 102 AEUV

Bei genauerer Betrachtung zeigt sich sogar, dass die Anmeldepflicht ein Privileg für wenige Unternehmen darstellt.⁵⁰ So erhalten anmeldepflichtige Unternehmen – jedenfalls gegenüber der mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörde – eine gesteigerte Transaktionssicherheit, die andere Unternehmen nicht erhalten können.

46 Vgl. zu den wettbewerbsrechtlichen Bedenken aufwändiger Verfahren, *Weiß*, NZKart 2016, 265, 270.

47 Zu den Möglichkeiten der Kartellbehörden, über ihre Kapazitäten zu disponieren, *Könen*, Die Rolle des Bundeskartellamtes im Beschwerdeverfahren, 2014, S. 23 ff.; *Dogs*, Die Verpflichtung der Kommission zum Einschreiten gegen unternehmerische Wettbewerbsverstöße, 2022, S. 37 ff.; *Könen/Dogs*, WuW 2023, 130, 131 ff.

48 Siehe dazu oben III.2.d.

49 Siehe dazu unten IV.2.

50 Vgl. *Könen/Dogs*, ZWeR 2023, 160, 177.

1. Towercast, Continental Can und das SIEC-Erheblichkeits-Kriterium

So hat der EuGH in der Rechtssache *Towercast* zuletzt klargestellt, dass Zusammenschlüsse, die keiner unionsrechtlichen bzw. mitgliedstaatlichen ex-ante-Beurteilung unterzogen wurden, von den mitgliedstaatlichen Institutionen anhand von Art. 102 AEUV beurteilt werden können.⁵¹

a) EuGH – *Towercast* (C-449/21)

Dies betrifft sowohl die behördliche Beurteilung eines Zusammenschlusses anhand des Maßstabes von Art. 102 AEUV als auch die Anwendung des Art. 102 AEUV durch mitgliedstaatliche Gerichte.⁵² Während in den Schlussanträgen von Juliane Kokott noch die mutmaßliche Hoffnung angelegt war, die Entscheidung biete Anlass, die *Continental Can*-Doktrin unter Geltung der FKVO zu konkretisieren,⁵³ beschränkt sich die Entscheidung des EuGH indes – streng anhand der Vorlagefrage – auf Aussagen über die Beurteilung von Zusammenschlüssen am Maßstab des Art. 102 AEUV, wenn überhaupt keine fusionskontrollrechtliche Prüfung stattgefunden hat.⁵⁴ Um die Vorlagefrage zu beantworten,⁵⁵ beschränkt sich der EuGH im Wesentlichen auf die unmittelbare Anwendbarkeit des Primärrechts sowie die Auslegung und Funktion des Art. 21 FKVO als eine Bestimmung, die „zu einer Gesamtheit von Rechtsvorschriften gehört, die zur Umsetzung der Art. 101 und 102 AEUV und zur Errichtung eines Kontrollsystems dienen, das gewährleistet, dass der Wettbewerb im Binnenmarkt der Union nicht verfälscht wird“.⁵⁶ Anders als noch in den Schlussanträgen der Gene-

51 EuGH, Urt. v. 16.3.2023, C-449/21 – *Towercast*, ECLI:EU:C:2023:207, Rn. 34.

52 Vgl. *Könen/Dogs*, ZWeR 2023, 160 ff.

53 Vgl. *GA Kokott*, Schlussanträge v. 13.10.2022, EU:C:2022:777 (*Towercast*) Rn. 61; *Könen/Dogs*, ZWeR 2023, 160 ff.

54 EuGH, Urt. v. 16.3.2023, C-449/21 – *Towercast*, ECLI:EU:C:2023:207, Rn. 30 ff.

55 „Ist Art. 21 Abs. 1 der FKVO dahin auszulegen, dass er es verwehrt, dass ein Zusammenschluss, der nicht von gemeinschaftsweiter Bedeutung i. S. d. Art. 1 FKVO ist, unterhalb der vom nationalen Recht vorgesehenen Schwellen für eine verpflichtende ex-ante-Kontrolle liegt und nicht gemäß Art. 22 FKVO zu einer Verweisung an die Europäische Kommission geführt hat, in Anbetracht der Struktur des Wettbewerbs auf einem nationalen Markt von einer nationalen Wettbewerbsbehörde als ein von Art. 102 AEUV verbotener Missbrauch einer beherrschenden Stellung beurteilt wird?“

56 EuGH, Urt. v. 16.3.2023, C-449/21 – *Towercast*, ECLI:EU:C:2023:207, Rn. 30 ff., 39.

ralanwältin, findet eine Auseinandersetzung mit der *Continental Can*-Doktrin kaum statt.⁵⁷

Die *Continental Can*-Doktrin besagt, dass ein missbräuchliches Verhalten i. S. d. Art. 102 AEUV auch vorliegen kann, „[...] wenn ein Unternehmen in beherrschender Stellung diese dergestalt verstärkt, dass der erreichte Beherrschungsgrad den Wettbewerb wesentlich behindert [...]“.⁵⁸

Allerdings ist diese Entscheidung vor der Einführung fusionskontrollrechtlicher Bestimmungen ergangen, sodass in der Folge diskutiert wurde, inwiefern eine Kontrolle von Zusammenschlüssen anhand von Art. 102 AEUV erfolgen kann, wenn die Schwellenwerte der Fusionskontrollregime nicht erreicht sind.⁵⁹ Mit der Rechtssache *Towercast* unbeantwortet geblieben ist insbesondere die Frage, wie Konstellationen zu behandeln sind, in denen zwar die mitgliedstaatlichen Schwellenwerte überschritten sind, nicht jedoch diejenigen der FKVO. Beschränkte man die ex-post-Kontrollmöglichkeiten auf der Grundlage von Art. 102 AEUV auf Fälle, in denen gar keine fusionskontrollrechtliche Bewertung stattgefunden hat, wären gerade diejenigen Unternehmen, die einer Anmeldepflicht nach § 32f Abs. 2 GWB unterworfen werden, von einer nachträglichen Kontrolle des Zusammenschlusses ausgenommen. Mit der Frage, inwiefern die Kommission befugt ist, unterschwellige Zusammenschlüsse am Maßstab des Art. 102 AEUV zu prüfen, wenn eine mitgliedstaatliche Fusionskontrollprüfung stattgefunden hat, hat sich der EuGH nicht auseinandergesetzt.

57 S. lediglich EuGH, Urt. v. 16.3.2023, C-449/21 – *Towercast*, ECLI:EU:C:2023:207, Rn. 49.

58 EuGH, Urt. v. 21.2.1973, 6/72 – *Continental Can*, ECLI:EU:C:1973:22, Rn. 25 f.; vgl. *GA Kokott*, Schlussanträge v. 13.10.2022, C-449/21, EU:C:2022:777 (*Towercast*) Rn. 51.

59 Vgl. zum Diskussionsstand: *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV, Rn. 394; *Eilmansberger/Bien*, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2020, Art. 102 AEUV, Rn. 41; *Jung*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Werkstand: 78. EL 01/2023, Art. 102 AEUV, Rn. 4, 337; *Khan*, in: Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair, EUV/AEUV, 7. Aufl. 2023, Art. 101 AEUV, Rn. 22; *Mestmäcker/Schweitzer*, 3. Aufl. 2014, § 16, Rn. 34 f.; *Schröter/Bartl*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, 2. Aufl. 2014, Art. 102 AEUV, Rn. 317; hierzu ferner *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 3, 6. Aufl. 2020, § 42 GWB, Rn. 10 ff.; vgl. *Rabus*, Die Behandlung von Effizienzvorteilen in der europäischen Fusionskontrolle, 2008, S. 189 f.; *Fritzsche*, WuW 2003, 1153, 1154 f.; *Basedow*, EuZW 2003, 44 ff.; auch *Staebe*, EWS 2003, 249, 253 ff.; *Dreher*, WuW 2002, 828 ff.; *Kindler*, EWS 1995, 321, 323; *Niemeyer*, RiW 1991, 448 ff.; dagegen wurde eine Anwendung des Art. 102 AEUV auf Unternehmenszusammenschlüsse in der Vergangenheit z.T. verneint: vgl. dazu *K. Schmidt*, BB 1990, 719, 721 f., 725, der sich für eine Unanwendbarkeit der *Continental Can*-Doktrin ausspricht; ähnlich kritisch *Staudenmayer*, WuW 1992, 475 ff.; vgl. ferner *Krimphove*, Europäische Fusionskontrolle, 1992, S. 199 f.

b) Hintergrund der *Continental Can*-Doktrin

Problematisch ist eine Beurteilung von Zusammenschlüssen anhand von Art. 102 AEUV insbesondere deswegen, weil mit den Fusionskontrollbestimmungen ein abgeschlossenes System verfahrensrechtlicher Ausschließlichkeit errichtet werden sollte.⁶⁰ Auf diese Weise sollte eine Doppelkontrolle einheitlicher Verhaltensweisen vermieden werden.⁶¹ Die Gefahr einer Doppelkontrolle besteht aus unionsrechtlicher Perspektive nicht, wenn die FKVO-Schwellenwerte nicht überschritten sind.⁶² Von dem Nichterreichen der Schwellen kann aber nicht auf die wettbewerbsrechtliche Unbedenklichkeit geschlossen werden. Hintergrund ist die Tatsache, dass in den Schwellenwerten lediglich zum Ausdruck kommt, dass darunter regelmäßig kein Unionsinteresse gegeben ist. Aufgrund ihrer besonderen Wächterfunktion (Art. 105 Abs. 1 AEUV, Art. 17 Abs. 1 EUV) richtet sie ihr Ermessen am Kriterium des öffentlichen Verfolgungsinteresses der EU unter besonderer Berücksichtigung ihrer wettbewerbspolitischen Durchsetzungsprioritäten aus.⁶³ Diese Regelungslogik erscheint mit Blick auf die Transaktionssicherheit problematisch, weil unterhalb formaler Aufgreifkriterien keine Freiga-

60 Die ausschließliche Geltung der FKVO hat der EuGH in der Sache *Austria Asphalt* nochmals bejaht: EuGH, Urt. v. 7.9.2017, C-248/16 – *Austria Asphalt*, ECLI:EU:C:2017:643, Rn. 32 f.; vgl. auch EuGH, Urt. v. 31.5.2018, C-633/16 – *Ernst & Young*, ECLI:EU:C:2018:371, Rn. 57; EuGH, Urt. v. 29.1.2020, C-418/19 P – *Silgan Closures und Silgan Holdings/Kommission*, ECLI:EU:C:2020:43, Rn. 50; sie schlägt sich auch in der verfahrenskonzentrativen Funktion der Art. 2 Abs. 4 und 5 FKVO nieder.

61 GA *Kokott*, Schlussanträge v. 13.10.2022, C-449/21, EU:C:2022:777 (*Towercast*) Rn. 52, 56 ff.

62 Vgl. *Könen/Dogs*, ZWeR 2023, 160, 166 f.

63 St. Rspr. seit EuG, Urt. v. 18.09.1992, T-24/90 – *Automec II*, ECLI:EU:T:1992:97, Rn. 77 und 85; in ErwGr. Nr. 18 der VO (EG) 1/2003 wird diese Möglichkeit ausdrücklich bestätigt; Kommission, Bekanntmachung über die Behandlung von Beschwerden, ABl. (EU) 2004/C 101/65, Rn. 41 f.; *Dogs*, Die Verpflichtung der Kommission zum Einschreiten gegen unternehmerische Wettbewerbsverstöße, 2022, S. 37 ff.; *Bauer*, in *MüKo-Wettbewerbsrecht*, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, Art. 7 VO 1/2003, Rn. 54 m. w. N.; *Anweiler*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann*, 4. Aufl. 2020, Art. 7 VO 1/03, Rn. 27; *Breit*, in: *Schröter/Jakob/Klotz/Mederer*, 2. Aufl. 2014, Art. 7 VO 1/03, Rn. 20-25; *Kling/Thomas*, *KartellR*, 2. Aufl. 2016, § 11, Rn. 4. Eingehend zur Prioritätensetzungsbefugnis, ihrem Zweck, eine ressourcenschonende Verwendung vorhandener Verwaltungskapazitäten zu ermöglichen, sowie zur Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit als administrative Handlungsmaximen vgl. *Wils*, *World Competition* 2011, 353 ff.

be zu erreichen ist.⁶⁴ Sie folgt aber unmittelbar aus dem primärrechtlichen Geltungsanspruch der Art. 101 und 102 AEUV, der durch das Sekundärrecht nicht eingeschränkt werden kann – erst recht nicht durch mitgliedstaatliche Bestimmungen.⁶⁵ Lediglich im Anwendungsbereich der FKVO liegt eine zulässige verfahrensrechtliche Konzentrationsentscheidung vor, dem Primärrecht auf der verfahrensrechtlichen Grundlage der FKVO anstelle der VO 1/2003 zur effektiven Wirksamkeit zu verhelfen.⁶⁶ Ungeachtet der Frage einer rechtlichen Qualifikation als Durchführungsvorschrift i. S. v. Art. 103 AEUV enthalten die VO 1/2003 sowie die FKVO Verfahrensvorschriften für die Durchsetzung der in den Art. 101, 102 AEUV niedergelegten Grundsätze.⁶⁷ Dabei geht es nicht um eine Beschränkung oder Modifikation des primärrechtlichen Geltungsanspruchs durch das Sekundärrecht, sondern um die Befugnis der Union, den Durchsetzungsmechanismus praktisch wirksam zu gestalten.⁶⁸ Auch ohne Verfahrensbestimmung haben nationale Institutionen Art. 102 AEUV unmittelbar anzuwenden. Sie dürfen dabei jedoch keine Entscheidungen treffen, die einer Kommissionsentscheidung nach den Art. 101, 102 AEUV zuwiderlaufen,⁶⁹ sodass eine Kommissionsentscheidung auf der Grundlage einer wettbewerbsrechtlichen Verfahrensbestimmung einer mitgliedstaatlichen Entscheidung nach Art. 102 AEUV entgegensteht. Die Systementscheidung zwischen VO 1/2003 und FKVO entfaltet damit auch für die Mitgliedstaaten Wirkung.⁷⁰

64 Vgl. *Apel/Polley*, ZWeR 2021, 273, 298 ff.

65 Vgl. *Weck*, NZKart 2023, 392 ff.

66 Vgl. *Fuchs*, in: FS Wiedemann, 2020, S. 303 (312 ff.); ablehnend, *Ante*, NZKart 2023, 2023, 457: „starke Indizwirkung“ im Rahmen einer Missbrauchsprüfung nach Art. 102 AEUV.

67 EuGH, Urt. v. 16.3.2023, C-449/21 – Towercast, ECLI:EU:C:2023:207, Rn. 39 f.; *GA Kokott*, Schlussanträge v. 13.10.2022, C-449/21, EU:C:2022:777 (Towercast) Rn. 35; *Könen/Dogs*, ZWeR 2017, 409 (410); *Könen*, in: FK-Kartellrecht (Stand Abs.1-3: 9/2020, Stand Abs. 4, 5: 5/2018), Art. 2 FKVO, Rn. 253.

68 Vgl. *Könen/Dogs*, ZWeR 2023, 160, 165 ff.

69 Vgl. EuGH, Urt. v. 14.12.2000, C-344/98 – Masterfoods, ECLI:EU:C:2000:689, Rn. 50-52.

70 Vgl. *Eilmannsberger/Bien*, in MüKo-Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, Art. 102 AEUV, Rn. 42; *Könen/Dogs*, ZWeR 2023, 160, 165 ff.

c) Durchsetzung des Wettbewerbsrechts unterhalb der FKVO-Schwellenwerte

Fraglich ist, wie das EU-Wettbewerbsrecht unterhalb der FKVO-Schwellenwerte wirksam durchgesetzt werden kann. In den Entscheidungsgründen des EuGH klingt der Gedanke an, dass eine hinreichende wettbewerbsrechtliche Kontrolle unterhalb der FKVO-Schwellenwerte durch die mitgliedstaatlichen Fusionskontrollbestimmungen verwirklicht wird. So kann es an einem Unionsinteresse fehlen,⁷¹ wenn eine Verfolgung der Sache auch durch eine nationale Wettbewerbsbehörde auf der mitgliedstaatlichen Vollzugsebene gewährleistet werden kann. Bei Fehlen eines Unionsinteresses ist die Wettbewerbsaufsicht der Kommission dann unter Rückgriff auf die Durchsetzungsbefugnisse und -kapazitäten der nationalen Wettbewerbsbehörden zu ergänzen.⁷² Diese sind aufgrund der mitgliedstaatlichen Loyalitätspflicht aus Art. 4 EUV entsprechend verpflichtet. Dies entspricht auch der Leitidee hinter dem System paralleler Zuständigkeiten, das nach dem Willen des europäischen Normgebers auf der Grundlage der Zusammenarbeit im ECN-Verbund als „kohärentes Gesamregelwerk“ konzipiert wurde.⁷³ Dementsprechend könnte durch die mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden – im Rahmen des ECN, nach der Vorgabe einer dezentralisierten Kartellrechtsdurchsetzung – eine hinreichende ex-ante Kontrolle gewährleistet werden, die einer Beurteilung anhand von Art. 102 AEUV entgegen stehen könnte. Mit dieser Betrachtungsweise stünde es in Einklang, dass die Kommission ihre Kapazitäten auf diese Weise für die wettbewerbsrechtlich problematischen Fälle freihalten kann. Dass die Kommission aber auch unterhalb der Schwellenwerte ein Unionsinteresse annehmen möchte, zeigt die jüngste Verweisungspraxis der Kommission im Rahmen des Art. 22 FKVO, wie sie zunächst durch das EuG in der Rechtssache *Illumina/Grail* bestätigt wurde.⁷⁴

71 Zum sog. „Unionsinteresse“, *Dogs*, Die Verpflichtung der EU-Kommission zum Einschreiten gegen unternehmerische Wettbewerbsverstöße, 2022, S. 76 ff., 99, 127 ff.

72 Vgl. zur Verweisungspraxis bei fehlender Unabhängigkeit, *Könen/Dogs*, WuW 2023, 130, 133 f.

73 ErwGr. Nr. 7 ECN+-Richtlinie (EU) 2019/1.

74 EuG, Urt. v. 13.7.2022, T-227/21 – *Illumina/Grail*, ECLI:EU:T:2022:447. [Anm. 11/2024 : Unter Verweis auf den Grundsatz institutionellen Gleichgewichts der Unionsorgane sowie die Regelungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten hat der EuGH diese Verweisungspraxis für unzulässig erklärt, EuGH, Urt. v. 3.9.2024, verb. Rs. C-611/22 P und C-625/22 P – *Illumina bzw. Grail/Kommission*, ECLI:EU:C:2024:677, Rn. 225 ff.].

Fraglich ist, wie Konstellationen zu behandeln sind, in denen eine mitgliedstaatliche Fusionskontrollprüfung gewährleistet ist und nun mit § 32f Abs. 2 GWB für Deutschland sogar erweitert werden soll. Liegt ein Zusammenschlussvorhaben unterhalb der FKVO-Schwellenwerte, bedeutet dies zwar, dass regelmäßig kein Unionsinteresse an der Überprüfung des Zusammenschlussvorhabens durch die Kommission gegeben ist, eine Aussage über die Effektivität des Wettbewerbsschutzes ist dadurch aber noch nicht getroffen, weil dieser grundsätzlich auch durch die mitgliedstaatlichen Behörden im ECN⁷⁵ zu verwirklichen ist. Dabei ist es zunächst unerheblich, wie die Mitgliedstaaten die Schwellenwerte für das Agieren ihrer Wettbewerbsbehörden ausgestalten, solange ein effektiver Wettbewerbsschutz im Binnenmarkt gewährleistet wird. Die Absenkung der mitgliedstaatlichen Schwellenwerte bedeutet aus unionsrechtlicher Sicht daher grundsätzlich, dass die mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden ihrer Durchsetzungsaufgabe im Netz der Wettbewerbsbehörden in einer breiteren Weise nachkommen wollen.⁷⁶ Allerdings führt die formale mitgliedstaatliche Prüfung gerade noch nicht dazu, dass diese auch für die Kommission verbindlich wird. Sind etwa in einem Mitgliedstaat rechtsstaatliche Garantien nicht gewährleistet, muss die Kommission Kontrollbefugnisse am Maßstab des Art. 102 AEUV wahrnehmen können.⁷⁷ Dies betrifft Konstellationen, in denen die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten nicht hinreichend unabhängig im Sinne von Art. 4 Abs. 2 lit. b) ECN+-Richtlinie sind – also insbesondere, wenn politische Abhängigkeiten bestehen.⁷⁸ Damit es nicht zu einem behördlichen Versagen der Wettbewerbsaufsicht kommt, drängt sich ein Einschreiten der Kommission auf, wenn eine Unabhängigkeit

75 Dt.: Europäisches Wettbewerbsnetz (EWN). Dazu ausf. *Behrens*, Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht, 2017, Rn. 1793.

76 Vgl. zum mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraum bei den Schwellenwerten, *Weiß*, NZKart 2016, 265, 270.

77 EuG, Urt. v. 9.2.2022, T-791/19 – Sped-Pro, ECLI:EU:T:2022:67, Rn. 36 ff., 71 ff.; *Könen/Dogs*, WuW 2023, 130 ff.

78 Vgl. EuG, Urt. v. 9.2.2022, T-791/19 – Sped-Pro, ECLI:EU:T:2022:67, Rn. 36 ff., 71 ff.; zu den behördlichen Kapazitäten, Ermittlungs- und Durchsetzungsbefugnissen, *Könen/Dogs*, WuW 2023, 130, 133 f. sowie zur Unabhängigkeit des Bundeskartellamtes (134 f.); ebenso *Stockmann*, ZWeR 2008, 137, 141 m. w. N.; vgl. *Möschel*, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1983, Rn. 1073; *Zorn*, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, Bd. 2, 4. Aufl. 2022, § 51 GWB, Rn. 6; zum allgemeinen Weisungsrecht nach § 52 GWB, *Könen*, Die Rolle des Bundeskartellamtes im Beschwerdeverfahren, 2014, S. 28 ff., 41 ff., ebenso dort zur innerstaatlichen Amtshilfe (S. 185 ff.) sowie zu begrenzten Verfolgungskapazitäten des Amtes (S. 51 ff.).

der mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden nicht gewährleistet ist. Die Würdigung des Gerichts in der Rechtssache *Sped-Pro* gibt allerdings zu erkennen, wie eingeschränkt die Möglichkeiten für Beschwerdeführer sind, die Kommission zu einem behördlichen Einschreiten zu bewegen.⁷⁹

Ferner folgt aus dem Effektivitätsgrundsatz, dass eine Freigabe durch mitgliedstaatliche Behörden keine Auswirkungen auf die Eingriffsbefugnisse der Kommission, sowie das durch diese – im Rahmen ihrer Prioritätensetzung – zu formulierende Unionsinteresse, haben kann.⁸⁰ Daher dürfen die Mitgliedstaaten keine Entscheidung treffen, die einer Kommissionsentscheidung nach den Art. 101 und 102 AEUV zuwiderläuft.⁸¹ Erst recht kann der Instrumentenkasten des § 32f GWB keine Anwendung finden, wenn die Kommission einen Zusammenschluss zuvor freigegeben hat, weil die mitgliedstaatliche Wettbewerbsbehörde damit eine Entscheidung treffen würde, die derjenigen der Kommission zuwiderläuft.⁸²

Einer Eingriffsbefugnis der Kommission am Maßstab des Art. 102 AEUV bedarf es hingegen nicht, wenn die Durchsetzung des Primärrechts durch die mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden gewährleistet ist. Unterhalb mitgliedstaatlicher Schwellenwerte ist dies indes nur der Fall, wenn Zusammenschlüsse anhand von Art. 102 AEUV durch die mitgliedstaatlichen Institutionen gewürdigt werden können.

d) Das *SIEC*-Erheblichkeitskriterium

Zur Gewährleistung der effektiven Durchsetzung des Primärrechts haben die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer fusionskontrollrechtlichen Prüfung (auf der Grundlage des Art. 102 AEUV) grundsätzlich auch den aus dem Unionsrecht folgenden Prüfungsmaßstab zu beachten. Für die Beurteilung

79 Vgl. EuG, Urt. v. 9.2.2022, T-791/19 – *Sped-Pro*, ECLI:EU:T:2022:67, Rn. 36 ff., 71 ff.; *Könen/Dogs*, WuW 2023, 130 ff.

80 Die Prioritätensetzungsbefugnis der Kommission folgt aus ihrer Funktion als Hüterin des „allgemeinen Interesses der Union“ nach Art. 17 Abs. 1 S. 1 EUV. Eingehend zur Prioritätensetzungsbefugnis, ihrem Zweck, eine ressourcenschonende Verwendung vorhandener Verwaltungskapazitäten zu ermöglichen, sowie zur Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit als administrative Handlungsmaximen vgl. *Wils*, *World Competition* 2011, 353 ff.; siehe aber zum Eingriff in die Kompetenzen der Mitgliedstaaten, *Apel/Polley*, ZWeR 2021, 273, 314; *Levy/Mostyn/Buzatu*, *Competition Law Journal* 2020, 51, 60.

81 Vgl. EuGH, Urt. v. 14.12.2000, C-344/98 – *Masterfoods*, ECLI:EU:C:2000:689, Rn. 50-52.

82 Vgl. *Ackermann*, ZWeR 2023, 1, 12 f.

von Zusammenschlüssen ist insoweit der Prüfungsmaßstab des *SIEC*-Tests einschlägig.⁸³ Hintergrund ist, dass bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung eines Zusammenschlusses die zusammenschlussbedingten Besonderheiten der Marktstrukturverschlechterung zu würdigen sind.⁸⁴ Dies betrifft insbesondere den im Kriterium der Erheblichkeit angelegten Beurteilungsmaßstab.⁸⁵

Um dem Aspekt der Nachhaltigkeit der zusammenschlussbedingten Wettbewerbsbehinderung hinreichend Rechnung zu tragen, muss dem Tatbestandsmerkmal der Erheblichkeit im Rahmen der fusionskontrollrechtlichen Vereinbarkeitsprüfung die Bedeutung einer materiell-rechtlichen Konkretisierung der zusammenschlussbedingten Behinderung wirksamen Wettbewerbs in zeitlich-dynamischer Hinsicht zukommen.⁸⁶ Diesbezüglich erfolgt eine, den Besonderheiten dauerhafter Zusammenschlüsse geschuldete, notwendige und zulässige Konkretisierung zur Verwirklichung des Geltungsanspruchs des Art. 102 AEUV, weil dessen Wortlaut nur auf eine zeitlich-statische Beurteilung der Wettbewerbsverfälschung angelegt ist.⁸⁷ Zeitlich-dynamisch bedeutet, dass es durch den Zusammenschluss nicht nur punktuell zu einer Marktstrukturverschlechterung kommen darf, wobei die maßgebliche Erheblichkeit mit Blick auf die Dynamik der jeweiligen Marktstruktur zu bestimmen ist. Fehlt es dagegen an einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs, ist der beabsichtigte Zusammenschluss nach dem Maßstab des *SIEC*-Tests wettbewerbsrechtlich unbedenklich.

Infolgedessen ist der Tatbestand des Art. 102 AEUV, wenn ein Zusammenschluss auf dieser Grundlage untersagt werden soll, teleologisch um das zeitlich-dynamische Merkmal der Erheblichkeit zu ergänzen.⁸⁸ Primärrechtlich veranlagt ist dies im Kriterium der Spürbarkeit. Da bei Art. 102 AEUV die allgemeinen, zur Auslegung der Zwischenstaatlichkeitsklausel

83 Zu § 32f Abs. 3, Abs. 4 GWB, *Ackermann*, ZWeR 2023, 1, 24: „Herbeiführung eines solchen Gleichklangs wünschenswert“.

84 *Könen/Dogs*, ZWeR 2023, 160, 167 ff.

85 Vgl. *Könen/Dogs*, ZWeR 2017, 409, 411 f.; dazu im Einzelnen *Könen*, in: FK-Kartellrecht (Stand Abs. 1-3: 9/2020, Stand Abs. 4, 5: 5/2028), Art. 2 FKVO Rn. 122 ff., 253; unter ausführlicher Darstellung der Annäherung von Konzentrations- und Kooperationskontrollrecht s. *Rabus*, Die Behandlung von Effizienzvorteilen in der europäischen Fusionskontrolle, 2008, S. 180 ff.; *Kühn*, Minderheitsbeteiligungen in der EU-Fusionskontrolle, 2017, S. 31 f.

86 *Könen/Dogs*, ZWeR 2023, 160, 167 ff. m. w. N.

87 A.A. *Ante*, NZKart 2023, 457: „starke Indizwirkung“ im Rahmen einer Missbrauchsprüfung nach Art. 102 AEUV.

88 Vgl. *Könen/Dogs*, ZWeR 2023, 160, 169 ff.

entwickelten Grundsätze gelten, muss bei einer Anwendung von Art. 102 AEUV auf Zusammenschlussvorhaben, sofern diese nicht aus anderen Gründen ausgeschlossen werden muss, daher auch das primärrechtliche Kriterium der Spürbarkeit erfüllt sein, wonach das unternehmerische Marktverhalten geeignet sein muss, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu beeinträchtigen.⁸⁹ Im primärrechtlichen Kriterium der Spürbarkeit kommt die notwendige Marktstrukturelevanz wettbewerbswidriger Verhaltensweisen zum Ausdruck, weil nur dann eine hinreichende Binnenmarktrelevanz und ein berechtigtes Interesse an der Verfolgung unternehmerischer Verhaltensweisen gegeben ist (sog. Unionsinteresse). Mit anderen Worten setzt ein spürbarer Verstoß gegen Art. 102 AEUV bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen Erheblichkeit im zeitlich-dynamischen Sinne voraus, weil nur dann eine hinreichende Marktstrukturelevanz sowie ein Unionsinteresse gegeben sind.⁹⁰ Für eine systemgerechte Weiterentwicklung der *Continental Can*-Doktrin kommt es vor diesem Hintergrund auch nicht darauf an, dass der durch den Zusammenschluss erreichte Beherrschungsgrad den Wettbewerb „wesentlich“ behindert, sodass nur noch Wettbewerber auf dem Markt bleiben, die in ihrem Marktverhalten von dem beherrschenden Unternehmen abhängen.⁹¹ Maßgeblich ist vielmehr die Beseitigung einer erheblichen Wettbewerbskraft.

e) Zwischenergebnis

Für Zusammenschlüsse, die die unionsrechtlichen bzw. mitgliedstaatlichen Schwellenwerte nicht überschreiten, bedeutet dies, dass eine ex-post-Kontrolle auf der Grundlage des Art. 102 AEUV eröffnet sein kann. Transaktionsunsicherheit gibt es insoweit nicht.⁹² Killer-Akquisitionen können damit sowohl im Rahmen des Verweisungssystems als auch unmittelbar auf der Grundlage von Art. 102 AEUV aufgegriffen werden. Umgehungskonstellationen, wie in der *Eventim*-Untersagung, können ebenfalls durch Art. 102 AEUV erfasst werden. Ein nachträgliches Einschreiten kommt hingegen nicht in Betracht, wenn der Geltungsanspruch des Art. 102 AEUV im

89 S. dazu *Kirchhoff*, in: *MüKo-Wettbewerbsrecht*, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, Art. 101 AEUV, Rn. 764; *Könen/Dogs*, *ZWeR* 2023, 160, 168 m. w. N. in Fn. 60.

90 Vgl. *Könen/Dogs*, *ZWeR* 2023, 160 168 f.

91 Vgl. EuGH, Urt. v. 21.2.1973, 6/72 – *Continental Can*, ECLI:EU:C:1973:22, Rn. 26.

92 Vgl. *Apel/Polley*, *ZWeR* 2021, 273, 312.

Rahmen fusionskontrollrechtlicher Bestimmungen gewährleistet ist. Diese Gewährleistung erfolgt sowohl durch die FKVO als auch durch die mitgliedstaatlichen Fusionskontrollbestimmungen. Die Mitgliedstaaten werden ihrer diesbezüglichen Verantwortung aber nur gerecht, sofern sie ihre Aufgaben im Netz der Wettbewerbsbehörden erfüllen. Bei fehlender Unabhängigkeit der Kartellbehörden bestehen insofern Zweifel – ebenso bezüglich des Instruments der Ministererlaubnis.⁹³

Für die Bestimmung des § 32f Abs. 2 GWB bedeutet dies, dass der Schutz der Marktstruktur grundsätzlich durch eine ex-ante-Prüfung des Bundeskartellamtes gewährleistet wird. Unternehmen, die nicht in den Genuss der Anmeldeverfügung kommen, können demgegenüber keine ex-ante-Transaktionsicherheit erhalten. Vielmehr kann das Kartellamt im Netz der Wettbewerbsbehörden verpflichtet sein, einen Zusammenschluss nachträglich anhand von Art. 102 AEUV zu überprüfen, um seiner Verpflichtung zur dezentralen Kartellrechtsdurchsetzung effektiv nachzukommen.⁹⁴ Unabhängig davon, ob unerschwellige Zusammenschlüsse im Rahmen von § 32f Abs. 2 GWB bzw. aufgrund einer Verweisung nach Art. 22 FKVO einer ex-ante-Kontrolle unterworfen werden oder ob die Beurteilung ex-post auf der Grundlage des Art. 102 AEUV erfolgt, muss die Beeinträchtigung der Marktstruktur erheblich sein.

Anders als im Rahmen von Art. 102 AEUV besteht im Zuge mitgliedstaatlichen Rechts zwar keine unionsrechtlich veranlasste Verpflichtung, Eingriffe nur vorzunehmen, wenn die Marktstrukturverschlechterung erheblich im zeitlich-dynamischen Sinne ist. So darf der mitgliedstaatliche Gesetzgeber im Geltungsbereich des Art. 102 AEUV gemäß Art. 3 VO 1/2003 für einseitige Verhaltensweisen schärfere Bestimmungen einführen, die also auch eine punktuelle Betrachtung der Verhaltensweise ermöglichen. § 32f Abs. 2 GWB sieht aber seinerseits das Tatbestandsmerkmal der

93 Die Prioritätensatzbefugnis der Kommission folgt aus ihrer Funktion als Hüterin des „allgemeinen Interesses der Union“ nach Art. 17 Abs. 1 S. 1 EUV. Eingehend zur Prioritätensatzbefugnis, ihrem Zweck, eine ressourcenschonende Verwendung vorhandener Verwaltungskapazitäten zu ermöglichen, sowie zur Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit als administrative Handlungsmaximen vgl. Wils, *World Competition* 2011, 353 ff.; vgl. zur Ministererlaubnis entgegen der Empfehlung der Monopolkommission, OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.08.2017; Az. VI-Kart 5/16 (V), NZKart 2017, 542. Vgl. Könen/Dogs, WuW 2023, 130, 134 f.

94 Siehe dazu, Könen/Dogs, WuW 2023, 130, 131 ff., 134 f.

Erheblichkeit vor, sodass eine einheitliche Auslegung mit dem *SIEC*-Test insoweit angezeigt ist.⁹⁵

2. Anwendung des *SIEC*-Erheblichkeitskriteriums

Für unterschwellige Zusammenschlüsse – insbesondere die problematischen Killer-Akquisitionen – bedeutet der hier herausgearbeitete Prognoseansatz im Rahmen des § 32f Abs. 2 GWB, dass der Zusammenschluss prognostisch im Rahmen des *SIEC*-Tests, zur erheblichen Schädigung der Marktstruktur führen würde bzw. im Rahmen des Art. 102 AEUV, dass er zu einer weiteren Störung der Marktstruktur geführt hat, weil eine erhebliche Wettbewerbskraft beseitigt wurde.⁹⁶

a) Erwerb häufig in einem frühen Stadium „aufkeimenden“ Wettbewerbs

Mit Blick auf das Kriterium der Erheblichkeit ist es im Rahmen der Beurteilung missbräuchlicher Akquisitionsstrategien bzgl. innovativer Start-ups problematisch, dass der Erwerb häufig in einem frühen Stadium „aufkeimenden“ Wettbewerbs erfolgt, wodurch eine Prognose über die erhebliche wettbewerbliche Wirkungskraft des akquirierten Unternehmens sowie dessen Bedrohungspotenzial schwierig ist. Die zeitlich-dynamische Nachhaltigkeit lässt sich anhand des Erwartungswerts des Schadens in gewisser Weise objektivieren.⁹⁷ Für diesen ist die geschätzte Höhe des Schadens mit der Eintrittswahrscheinlichkeit zu multiplizieren. Indizien ergeben sich ferner aus der Zahlung objektiv nicht gerechtfertigter Preise sowie anhand der Frage, wer im Falle des Erfolgs des Wettbewerbers am meisten verlieren würde.⁹⁸ Wenn dies der marktdominierende Erwerber ist, spricht dies für die Ausschaltung von Wettbewerb anstelle der Bildung von Synergien. Insoweit sind *SIEC*-Schadenstheorien zur Beurteilung von Aufkaufstrate-

95 Zur primärrechtskonformen und kohärenten Auslegung von Begrifflichkeiten der FKVO bzw. der VO 1/2003, *Könen/Dogs*, ZWeR 2017, 409, 41 f.; *Könen*, in: FK-Kartellrecht, (Stand Abs. 1-3: 9/2020, Stand Abs. 4, 5: 8/2020), Art. 2 FKVO Rn. 253.

96 Siehe zur Berücksichtigung des Verhaltens des fusionierten Unternehmens sowie zur Reaktion des Marktes, *Apel/Polley*, ZWeR 2021, 273, 312; *Šmejkal*, 7 Journal for International and European Law, Economics and Market Integrations 1, 8 (2020).

97 Vgl. *Hemphill/Wu*, „Nascent Competitors“, https://papers.ssrn.com/abstract_id=3624058 (abgerufen am 3.10.2023); *Fuchs*, in: Festschrift Wiedemann, 2020, S. 303, 320.

98 *Fuchs*, in: Festschrift Wiedemann, 2020, S. 303, 320.

gien zu konkretisieren, etwa indem der maßgebliche Wahrscheinlichkeitsmaßstab herabgesetzt wird. Denkbar erscheint es auch, die Beweis- bzw. Substantiierungslast im Interesse der effektiven Wettbewerbsdurchsetzung zu modifizieren.⁹⁹ Vorstellbar ist auch der Entzug von etwaigen „Freistellungsmöglichkeiten“ (untechnisch) – etwa durch die Einschränkung von Effizienzeinwendungen.

b) Strategie zur Beseitigung von Wettbewerb

Fraglich ist schließlich, inwiefern subjektive Anknüpfungspunkte für die Beurteilung einer missbräuchlichen Akquisitionsstrategie im Rahmen der Beurteilung durch den *SIEC*-Test bzw. des Art. 102 AEUV erforderlich sind. Fraglich ist also, wann von einer „Strategie zur Beseitigung von Wettbewerb“ auszugehen ist. Sofern teilweise – über das potenzielle Bewirken einer erheblichen Marktstrukturverschlechterung – das Vorliegen einer missbräuchlichen Motivation im Sinne eines Bezweckens verlangt wird,¹⁰⁰ ist dies mit Blick auf die gebotene teleologische Konkretisierung zur Verwirklichung des Geltungsanspruchs des Art. 102 AEUV im Lichte der fusionskontrollrechtlichen Prognoseentscheidung jedenfalls als zwingendes Kriterium abzulehnen. Die Abgrenzung marktstrukturverschlechternder Übernahmen von wettbewerbsfördernden Unternehmenskäufen, mit denen Synergien gebildet werden und – angesichts lukrativer Exit-Möglichkeiten – Innovationsanreize für Gründer geschaffen werden,¹⁰¹ ist in Anbetracht der Marktstrukturbezogenheit im Ausgangspunkt nach objektiven Kriterien vorzunehmen.

V. Thesen

Dies führt zu folgender thesenartiger Zusammenfassung:

1. Die Analyse des Instrumentenkastens für unterschwellige Zusammen-schlüsse zeigt, dass die Neuregelung des § 32f Abs. 2 GWB voraussichtlich keinen Nachteil für den Innovationsstandort Deutschland bringen wird. Vielmehr gestaltet sich die Anmeldeverfügung als Chance für „pri-

99 Vgl. dazu Könen, in: Vieweg, Erlanger Sportrechtstagung 2022, 2023, S. 197, 208 f., 215 f., 217 ff., 223.

100 Fuchs, in: Festschrift Wiedemann, 2020, S. 303, 317 f.

101 Vgl. Becker, ZWeR 2020, 365 ff.; Fuchs, in: Festschrift Wiedemann, 2020, S. 303, 308.

- vilegierte“ Unternehmen, gerade im Hinblick auf gefährdete Marktstrukturen, weitgehend Transaktionssicherheit zu erhalten. Die damit verbundenen Vorteile überwiegen die mit Anmeldungen verbundenen Kosten, sodass die Innovationsanreize für die Start-up-Branche erhalten bleiben.
2. Diese Bewertung des § 32f Abs. 2 GWB folgt vor allem aus der Analyse der kartellbehördlichen ex-post-Eingriffsmöglichkeiten und -pflichten auf der Grundlage und am Maßstab von Art. 102 AEUV.
 3. Sowohl bei der Anwendung des § 32f Abs. 2 GWB als auch im Rahmen der Beurteilung eines Zusammenschlusses anhand von Art. 102 AEUV hat die Kartellbehörde eine zeitlich-dynamische Prognose über die zu erwartende Marktstrukturentwicklung anzustellen, wie sie nach vorzugswürdigem Verständnis bereits aus dem Erheblichkeits-Kriterium des *SIEC*-Tests folgt.
 4. Der Gesamtblick auf die Neuregelung des § 32f GWB zeigt, dass die präventiv wirkende Anmeldepflicht den mildesten Eingriff der neuen Durchsetzungsinstrumente der Kartellbehörde darstellt. Vor diesem Hintergrund ist die Kartellbehörde regelmäßig aber gehalten, auch eine Anmeldeverfügung zu erlassen, bevor sie auf die Reparatur-Mechanismen von Abs. 3 und Abs. 4 zurückgreift. Damit verbunden ist eine stärkere Bindung von Ressourcen des Bundeskartellamtes.
 5. Angezeigt ist der Erlass von Leitlinien für ein beschleunigtes Verfahren, damit dem Anmeldeerfordernis auf schnelllebrigen Märkten nicht die Wirkung eines Übernahmehindernisses zukommt.

Entflechtung von Digitalunternehmen nach § 32f GWB – Neue Eingriffsinstrumente des BKartA nach der 11. GWB-Novelle

Tristan Rohner*

Abstract:

Immer wieder wird die Zerschlagung von Meta, Alphabet und anderen Digitalkonzernen gefordert. Im europäischen und deutschen Kartellrecht fehlte es bisher an der Möglichkeit einer missbrauchsunabhängigen Entflechtung. Entflechtungen aufgrund eines Marktmachtmissbrauchs sind zwar theoretisch möglich, setzen aber den kleinteiligen Nachweis eines Missbrauchs voraus, der nicht auch durch mildere Maßnahmen beseitigt werden kann. In Deutschland hat sich dies mit der 11. GWB-Novelle und der Einführung von § 32f Abs. 4 GWB geändert. Dort ist eine Entflechtung unabhängig vom Vorwurf des Marktmachtmissbrauchs vorgesehen. Der Beitrag beantwortet daran anknüpfend die Forschungsfrage: Sind auf Grundlage von § 32f Abs. 4 GWB Entflechtungen auf digitalen Märkten möglich?

Im Ergebnis wird sich zeigen, dass gerade bei vertikalen und konglomeraten Verflechtungen in digitalen Ökosystemen nur eine eigentumsrechtliche Entflechtung Wettbewerbsstörungen wirksam beseitigen kann und deswegen auch nur dann rechtlich möglich ist. Ein mögliches Hindernis ist dabei aber die Sperrwirkung des DMA, befeuert durch unklare Konkurrenzregelungen in Art. 1 Abs. 5 und 6 DMA. Unabhängig von rechtlichen Hindernissen wird sich das Bundeskartellamt (BKartA) aber zunächst bei der Anwendung des § 32f Abs. 4 GWB auf Digitalunternehmen zurückhalten. Das ist angesichts des noch neuen DMA und des § 19a GWB, die speziell für die digitale Ökonomie geschaffen wurden, konsequent.

Trotzdem können § 32f GWB und die in Abs. 4 enthaltene Entflechtungsmöglichkeit für digitale Märkte Bedeutung erlangen. Sie sind eine „fall back option“, falls andere Instrumente wie der DMA nicht die erwünschten Erfolge bringen. Gleichzeitig sind sie Teil eines Lernprozesses und

* Prof. Dr. Tristan Rohner ist Juniorprofessor für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht in der digitalen Gesellschaft an der Bucerius Law School in Hamburg.

der Entwicklung hin zu einem flexibleren und proaktiveren Kartellrecht. Die Notwendigkeit hierfür stammt aus den Herausforderungen, mit denen Kartellrecht in der digitalen Ökonomie konfrontiert wurde. Statt neuen Herausforderungen hinterherzulaufen, sollten Lehren für flexible Regeln gezogen werden, die diesen Herausforderungen in Zukunft besser begegnen können.

I.	Missbrauchsunabhängige Entflechtung	236
II.	Entflechtung nach § 32f Abs. 4 GWB	239
	1. Mehrstufiges Verfahren	239
	2. Hohe Voraussetzungen der Entflechtung	240
	3. Wettbewerbsstörung als zentrale Voraussetzung	241
III.	Entflechtung von Digitalunternehmen	242
	1. Marktmacht: Horizontale Entflechtung	242
	2. Digitale Ökosysteme: Vertikale und konglomerate Entflechtung	244
	a) Wettbewerbliche Probleme in digitalen Ökosystemen	245
	b) Beispiel: Google AdTech	248
	c) Entflechtung statt Einzelmaßnahmen	250
	d) Milderer Mittel: „Interne“ Entflechtung	251
IV.	Hindernisse für eine Entflechtung nach § 32f GWB	252
	1. Verhältnis zum DMA	253
	a) Konkurrenz zum Kartellrecht	253
	b) Sperrwirkung des DMA	255
	c) Auflösen der Konkurrenz	257
	2. Kein nationaler Alleingang	257
V.	Die Bedeutung nationaler Experimente	258
	1. Eine „fall back option“	259
	2. Internationaler Diskurs	260
	3. Lernprozesse	261
V.	Fazit	262

I. Missbrauchsunabhängige Entflechtung

Immer wieder werden Entflechtungen mächtiger Unternehmen gefordert. Die Debatte hierzu begann in Deutschland schon weit vor der Digitalisierung mit dem Josten-Entwurf für ein Kartellgesetz aus dem Jahr 1949, der umfangreiche Entflechtungsoptionen enthielt.¹ Diese Debatte wurde mehrfach wiederbelebt, so beispielsweise im Jahr 2010, als der damalige Wirtschaftsminister Rainer Brüderle eine Gesetzesänderung vorschlug, die

1 Vgl. hierzu auch *Wagner-von Papp*, in: Kirk/Offergeld/Rohner (Hrsg.), *Kartellrecht in der Zeitenwende*, 2023, S. 33, 35 ff.; *Mendelsohn*, in: Kirk/Offergeld/Rohner (Hrsg.), *Kartellrecht in der Zeitenwende*, 2023, S. 245, 246; BKartA, *60 Jahre Bundeskartellamt 1958-2018*, 2018, www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Broschuere_n/60_Jahre_Jubilaeumsbroschuere.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (abgerufen am 25.03.2024), S. 9.

ebenfalls eine missbrauchsunabhängige Entflechtung enthielt.² Umgesetzt wurden beide Entwürfe bekanntermaßen nicht. Als Beispiele für erfolgreiche, wettbewerblich motivierte Entflechtungen werden regelmäßig die Aufspaltung von AT&T in die Baby Bells in den USA und die Entflechtung des Flughafenbetreibers in Großbritannien 2009 angeführt.³

Auch in der Debatte um das Zähmen der „digitalen Giganten“ ist der Vorschlag von Entflechtungen nicht neu.⁴ Regelmäßig steht er sowohl in der Europäischen Union als auch in den USA auf den Tagesordnungen.⁵ In der EU wurde die Entflechtung von Digitalunternehmen 2014 vom Europäischen Parlament ins Spiel gebracht.⁶ Aktuell führt die Europäische Kommission ein Verfahren gegen Google in Sachen „AdTech“ und erachtet laut dem „statement of objections“ als einzige Abhilfemaßnahme eine Entflechtung als erfolversprechend.⁷ In diesem Verfahren geht es um den Vorwurf eines Marktmachtmissbrauchs. In solchen Fällen ist sowohl nach geltendem europäischen als auch nach deutschem Recht eine Entflechtung theoretisch möglich, steht aber vor hohen Hürden.⁸

In den USA wurde eine Entflechtung schon 2001 in einem Verfahren gegen Microsoft zunächst angeordnet, aber in nächster Instanz letztlich wieder aufgehoben.⁹ Auch das DOJ führt ein Verfahren gegen Google in Sachen AdTech und hat hier ebenfalls die Entflechtung als mögliche Abhilfemaßnahme ins Gespräch gebracht.¹⁰

2 Zum Text des Entwurfs Monopolkommission, Sondergutachten 58, 2010, S. 46 f.

3 Bspw. www.bmwk.de/Redaktion/DE/Meldung/2022/20220920-bmwk-legt-entwurf-zur-verschärfung-des-wettbewerbsrechts-vor.html (abgerufen am 25.03.2024); vgl. dazu auch kritisch *Usman*, *University of Pennsylvania Law Review* 2022, 170:2, 523, 524; *Jorde/Sidak/Teece*, *Yale Journal on Regulation* 2000, 17:1, 1.

4 *Franck/Peitz*, Beitrag auf verfassungsblog.de v. 06.09.2021, How to Challenge Big Tech, <https://verfassungsblog.de/dsa-dma-power-12/> (abgerufen am 25.03.2024).

5 Vgl. zur amerikanischen Diskussion und mit einem Überblick, aber kritisch *Crandall*, *Review of Industrial Organization* 2019, 54:4, 627, 627 ff.

6 www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2014-0071_EN.html (abgerufen am 25.03.2024).

7 Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 14.06.2023, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3207 (abgerufen am 25.03.2024).

8 *Kruse/Schlimpert*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, Art. 7 VO Nr. 1/2003, Rn. 22 f.; *Spiecker*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, § 32 GWB, Rn. 59 ff.

9 <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/87/30/2307082/> (abgerufen am 25.03.2024); <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/253/34/576095/> (abgerufen am 25.03.2024).

10 Vgl. www.justice.gov/opa/pr/justice-department-sues-google-monopolizing-digital-advertising-technologies (abgerufen am 25.03.2024); Interview mit Justus Haucap auf capital.de v. 17.09.2023, „Google wird mit allen Mitteln versuchen, eine Zerschlagung

Die Probleme, denen die Entflechtung der digitalen Giganten begegnen soll, sind ebenfalls nicht neu, aber weiterhin hochaktuell. Deren Markt-, Finanz- und Datenmacht führt immer wieder zu neuen wettbewerblichen Problemen.¹¹ Hinzu kommen die digitalen Ökosysteme, die von diesen Unternehmen betrieben werden und in denen verschiedenste digitale Dienste – und damit Märkte – verknüpft werden. Es stellen sich immer wieder wettbewerbliche Probleme. Dennoch müssen sich die Kartellbehörden auf Einzelmaßnahmen beschränken, die den Kern der Probleme unangetastet lassen.

In diesem Kontext ist es bemerkenswert, dass mit der 11. GWB-Novelle und dem neugeschaffenen § 32f Abs. 4 GWB eine missbrauchsunabhängige Entflechtung, gegen den Widerstand der deutschen Industrie¹², im deutschen Kartellrecht Einzug erhalten hat. Während die Vorschrift ursprünglich als Reaktion auf die vermeintlich nicht weitergereichte Spritpreisbremse vorgesehen war, wurde in den Debatten im Bundestag schnell der Bezug zur digitalen Entflechtung hergestellt.¹³ Das ist nur konsequent, denn wenn die Entflechtung in den letzten Jahren thematisiert wurde, dann im Zusammenhang mit Digitalkonzernen. Es scheint, als ob das Bundeskartellamt nun ein Instrument erhalten hat, um die digitalen Giganten zu zähmen.

Es stellt sich deswegen die Forschungsfrage:

Sind auf Grundlage von § 32f Abs. 4 GWB Entflechtungen auf digitalen Märkten möglich?

Im Ergebnis wird sich zeigen, dass dies möglich ist. Gleichzeitig sind die hohen Erwartungen aber etwas zu dämpfen. Zum einen besteht im Verhältnis zum DMA zumindest erhebliche Rechtsunsicherheit, zum anderen wird das BKartA trotz der Möglichkeit angesichts des noch neuen DMA vorerst keine Digitalunternehmen entflechten. Dennoch ist § 32f Abs. 4 GWB Teil einer wichtigen Entwicklung hin zu flexibleren und proaktiveren Regeln im digitalen Kartellrecht und darüber hinaus. Dieses Ergebnis ist gestützt auf

zu verhindern“, www.capital.de/wirtschaft-politik/us-kartellverfahren--droht-google-die-zerschlagung--33828886.html (abgerufen am 25.03.2024).

- 11 Vgl. umfassend *Podszun*, Empfiehlt sich eine stärkere Regulierung von Online-Plattformen und anderen Digitalunternehmen?, 2020.
- 12 So beispielsweise wiederzufinden im Wortprotokoll der 48. Sitzung in der 20. Wahlperiode des Wirtschaftsausschusses des deutschen Bundestages, www.bundestag.de/rsource/blob/966486/a91c8518cac507c9081a09325b73b9ba/23-06-14_Wortprotokoll_48-Sitzung.pdf (abgerufen am 25.03.2024).
- 13 Deutscher Bundestag, Sitzungsprotokoll, 115. Sitzung des Deutschen Bundestages am Donnerstag, dem 6. Juli 2023, S. 14182 ff.

die Auslegung der neuen Merkmale des § 32f GWB (dazu II.) und deren Anwendung auf verschiedene Wettbewerbsstörungen in der digitalen Ökonomie (dazu III.). Diese Betrachtung ist aber eine rein theoretische. Die Frage muss ebenfalls in den Kontext rechtlicher, tatsächlicher und politischer Hindernisse gesetzt werden (dazu IV.). Dieser Kontext zeigt auch die eigentliche Bedeutung des neuen Instruments als „nationales Experiment“ (dazu V.).

II. Entflechtung nach § 32f Abs. 4 GWB

Die Entflechtung nach § 32f Abs. 4 GWB ist Teil eines mehrstufigen Verfahrens. Folgend auf eine Sektoruntersuchung nach § 32e GWB kann das BKartA eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs feststellen. Die Entflechtung ist eine mögliche Abhilfemaßnahme und die ultima ratio, wenn andere Maßnahmen keinen Erfolg versprechen.¹⁴

1. Mehrstufiges Verfahren

Die Maßnahmen auf Grundlage von § 32f Abs. 4 GWB setzen nach § 32f Abs. 1 GWB eine mit einem Abschlussbericht abgeschlossene Sektoruntersuchung nach § 32e GWB voraus. Zuständig für die Sektoruntersuchung und die anschließenden Maßnahmen ist ausschließlich das BKartA.

Auf Grundlage der Sektoruntersuchung kann das BKartA nach § 32f Abs. 3 S. 1 GWB eine „erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs auf mindestens einem mindestens bundesweiten Markt, mehreren einzelnen Märkten oder marktübergreifend“ feststellen. Diese Feststellung ist nach § 32f Abs. 3 S. 1 GWB aber nur dann möglich, wenn die herkömmlichen kartellrechtlichen Befugnisse nach den bei der Entscheidung vorliegenden Erkenntnissen voraussichtlich nicht ausreichen, um die Störung wirksam und dauerhaft zu beseitigen. Diese Subsidiarität macht es notwendig, dass das BKartA eine Prognose anstellt, ob die regulären Befugnisse mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zum Erfolg führen würden.¹⁵

¹⁴ Vgl. insgesamt zur Entflechtung nach § 32f Abs. 4 *Voges*, in: Kirk/Offergeld/Rohner (Hrsg.), Kartellrecht in der Zeitenwende, 2023, S. 59; *Rohner*, WuW 2023, 386.

¹⁵ Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Deutscher Bundestag Drucksache 20/6824, 2023, S. 29.

In einem letzten Schritt, der mit der Feststellung der Wettbewerbsstörung verbunden werden kann, kann das BKartA Maßnahmen nach den § 32f Abs. 3 S. 6 und Abs. 4 GWB anordnen. Die allgemeine Regel des § 32f Abs. 3 S. 6 GWB umfasst alle Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art, die zur Beseitigung oder Verringerung der Wettbewerbsstörung erforderlich sind. Die eigentumsrechtliche Entflechtung nach § 32f Abs. 4 GWB im Sinne einer Verpflichtung, Unternehmensanteile oder Vermögen zu veräußern, ist ein Spezialfall dieser Abhilfemaßnahmen.

2. Hohe Voraussetzungen der Entflechtung

Die Entflechtung als ultima ratio ist an hohe Voraussetzungen geknüpft. Adressaten der Entflechtung können nur marktbeherrschende Unternehmen sowie Unternehmen mit einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb nach § 19a Abs. 1 GWB sein.¹⁶

Die Entflechtung muss nach § 32f Abs. 4 S. 1 GWB die Störung beseitigen oder erheblich verringern. Bei den allgemeinen Abhilfemaßnahmen des § 32f Abs. 3 S. 6 GWB genügt hingegen jegliche Verringerung. Auch diese Voraussetzung ist Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und der hohen Eingriffsintensität der Entflechtung geschuldet.¹⁷

Daneben verlangt § 32f Abs. 4 S. 2 GWB, dass vorrangig diese allgemeinen Maßnahmen als milderes Mittel gewählt werden müssen. Eine Entflechtung kann deswegen nur angeordnet werden, wenn diese nicht möglich sind, eine geringere Wirksamkeit aufweisen oder zu größeren Belastungen für das Unternehmen führen. Auch die allgemeinen kartellrechtlichen Befugnisse sind vorrangig, wenn diese voraussichtlich ausreichend erscheinen, um die Störung des Wettbewerbs wirksam und dauerhaft zu beseitigen. Das gilt nach § 32f Abs. 3 S. 1 GWB schon für die allgemeinen Maßnahmen und deswegen auch für den Spezialfall der Entflechtung.

Schon der Adressatenkreis schränkt den Anwendungsbereich erheblich ein. Die separate Möglichkeit, die Feststellung der Wettbewerbsstörung anzufechten, hat außerdem das Potential, die Verfahren in die Länge zu

16 Vgl. zur Entflechtung von Plattformunternehmen *Bernhardt/Voges*, WuW 2023, 651.

17 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Deutscher Bundestag Drucksache 20/6824, 2023, S. 18.

ziehen und damit die Wirksamkeit der Maßnahmen zu untergraben.¹⁸ Die zusätzlichen Voraussetzungen sichern den Status der Entflechtung als *ultima ratio*.¹⁹ Insbesondere dürfte es eine große Hürde sein, darzulegen, dass nur eine Entflechtung die Wettbewerbsstörung beseitigen oder erheblich verringern kann.

3. Wettbewerbsstörung als zentrale Voraussetzung

Ob eine und welche Art der Entflechtung nach § 32f Abs. 4 GWB möglich ist, hängt maßgeblich davon ab, welche erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs das BKartA feststellt. Zu einer eigentumsrechtlichen Entflechtung kann es nur bei Wettbewerbsstörungen kommen, die allein durch diese als mildestes gleich geeignetes Mittel beseitigt werden können.

Was unter einer erheblichen und fortwährenden Störung des Wettbewerbs zu verstehen ist, ist nicht abschließend definiert. In § 32f Abs. 5 S. 3 GWB findet sich nur die Legaldefinition des Merkmals „fortwährend“, wonach die Störung über einen Zeitraum von drei Jahren dauerhaft oder wiederholt vorliegen muss. Die Gesetzesbegründung enthält die Definition der Erheblichkeit, die dann gegeben ist, wenn die Störung mehr als nur geringfügige negative Effekte auf den Wettbewerb hat.²⁰ Eine Definition des Begriffs der Wettbewerbsstörung existiert weder im Gesetzestext noch in der Gesetzesbegründung. Zur Konkretisierung finden sich im Gesetz lediglich in § 32f Abs. 5 S. 1 GWB Regelbeispiele und in § 32f Abs. 5 S. 2 GWB Prüfkriterien. Die Definition ist laut Gesetzesbegründung bewusst unterblieben. Stattdessen wird zur Konkretisierung neben den Regelbeispielen auf einen „wissenschaftlichen Konsens“ zu möglichen Störungslagen verwiesen.²¹

Allerdings ist auf Grundlage einer Auslegung der Regelbeispiele und Prüfkriterien zusammen mit der Gesetzesbegründung ein abstrahierender Schluss auf eine allgemeine Definition möglich. Die Prüfkriterien, Regelbeispiele und die Gesetzesbegründung enthalten im Schwerpunkt Verweise

18 *Podszun/Rohner*, Wirtschaftsausschuss des Deutschen Bundestags, Ausschussdrucksache 20(9)268, 2023, S. 19.

19 *Podszun/Rohner*, Wirtschaftsausschuss des Deutschen Bundestags, Ausschussdrucksache 20(9)268, 2023, S. 20 f.

20 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Drucksache 20/6824, 2023, S. 28.

21 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Drucksache 20/6824, 2023, S. 18, 35.

auf strukturelle Defizite und legen ein prozessuales Verständnis von Wettbewerb zu Grunde.²² Eine Störung des Wettbewerbs liegt demnach dann vor, wenn die Koordination der Entscheidungen der Marktteilnehmer nicht ungehindert erfolgt, weil strukturelle oder strukturell verhaltensbedingte Hindernisse den Prozess des Zusammenfindens von Angebot und Nachfrage beeinträchtigen.²³ Die Feststellung beruht dabei auf einer umfassenden Prüfung der Umstände des Einzelfalls.²⁴

III. Entflechtung von Digitalunternehmen

Auf dieser Grundlage ist zu untersuchen, ob auf digitalen Märkten erhebliche und fortwährende Störungen des Wettbewerbs vorliegen und ob diese eine Entflechtung rechtfertigen können. Je nach festgestellter Störung sind verschiedene Arten der Entflechtung möglich. Zielführend erscheint eine Entflechtung dabei vor allem bei vertikalen und konglomeraten Verflechtungen in digitalen Ökosystemen.

1. Marktmacht: Horizontale Entflechtung

Schon die Marktmacht der Digitalunternehmen kann als erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs angesehen werden. Die Marktanteile der großen Digitalunternehmen in ihren Kernaktivitäten sind über lange Zeiträume erheblich. So entfallen seit mindestens 2015 über 80% der weltweiten Desktopsuchmaschinenanfragen auf Google.²⁵ Facebook/Meta wird über den gleichen Zeitraum zugeschrieben, dass es bei der Social Media Nutzung einen beständigen Marktanteil von über 60% und teilweise erheblich mehr hat.²⁶

22 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Drucksache 20/6824, 2023, S. 34; Schweitzer, Ausschussdrucksache 20(9)264, 2023, S. 13.

23 Podszun/Rohner, Ausschussdrucksache 20(9)268, 2023, S. 17.

24 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Drucksache 20/6824, 2023, S. 34.; vgl. Franck, Ausschussdrucksache 20(9)262, 2023, S. 12; Mundt, NZKart 2023, 1, 2; Ackermann, ZWeR 2023, 1, 21.

25 Statista, Market share of leading desktop search engines worldwide from January 2015 to January 2024, 2024, www.statista.com/statistics/216573/worldwide-market-share-of-search-engines/ (abgerufen am 25.03.2024).

26 Statcounter, Social Media Stats Worldwide, <https://gs.statcounter.com/social-media-stats/all/worldwide/2014> (abgerufen am 25.03.2024).

Langanhaltende Machtpositionen können das Merkmal der erheblichen und fortwährenden Störung des Wettbewerbs erfüllen. Das zeigt das Regelbeispiel des § 32f Abs. 5 S. 1 Nr. 1 GWB. Die dort beschriebene „unilaterale Angebots- oder Nachfragemacht“ erfordert nach der Gesetzesbegründung, „dass der Wettbewerbsdruck auf mindestens einen Anbieter oder Nachfrager derart verringert ist, dass diese bzw. dieser über nicht hinreichend begrenzte Verhaltensspielräume hinsichtlich relevanter Wettbewerbsparameter wie Preise, Mengen, Auswahl oder Qualität der Produkte oder Leistungen verfügen bzw. verfügt.“²⁷ Dies entspricht dem Verständnis von Marktmacht nach § 18 GWB.²⁸ Auch das Prüfungskriterium in § 32f Abs. 5 S. 2 Nr. 1 GWB „Anzahl, Größe, Finanzkraft und Umsätze, Marktanteile, Konzentration“ umfasst typische Kriterien zur Bestimmung der Marktmacht und würde in Fällen hoher Marktmacht ebenfalls eine Wettbewerbsstörung nahelegen.

Die wettbewerbsschädlichen Auswirkungen hoher Marktmacht werden im Kartellrecht allgemein anerkannt. Hohe Marktmacht führt zu eingeschränkten Ausweichmöglichkeiten für die Marktgegenseite, sodass sich das dominante Unternehmen unabhängig von den (nicht vorhandenen) Wettbewerbern und der Marktgegenseite verhalten kann. Es hat deswegen auch keine Anreize, das eigene Angebot zu verbessern, günstiger zu produzieren oder innovativer zu sein. Damit besteht ein für die Wettbewerbsstörung typisches strukturelles Hindernis, das das Zusammenfinden von Angebot und Nachfrage stört.

Ob diese Probleme nur mit einer Entflechtung beseitigt oder erheblich verringert werden können, ist die für § 32f Abs. 4 GWB entscheidende Frage. Dabei ist vor allem die Art der Entflechtung relevant.

Der Marktmacht kann damit begegnet werden, dass diese verringert oder beseitigt wird. Dies kann im Wege einer horizontalen Entflechtung erfolgen. Die horizontale Entflechtung führt zu einer Aufspaltung des Unternehmens auf einem Markt. Bei einer eigentumsrechtlichen horizontalen Entflechtung muss das betroffene Unternehmen Teile der Angebotskapazitäten abstoßen, bspw. durch den Verkauf von Produktionskapazitäten.²⁹ Auf digitalen Märkten stößt die horizontale Entflechtung auf ein Problem. Die Marktmacht der betroffenen Unternehmen beruht auf Umständen, die durch eine Entflechtung nicht beseitigt würden. Einer der Gründe für die

27 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Drucksache 20/6824, 2023, S. 32.

28 Vgl. *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 2024, § 18 GWB, Rn. 88 ff.

29 *Von Hirschhausen/Neumann/Weigt*, Wirtschaftsdienst 2008, 322, 323.

hohe Konzentration in Plattformmärkten sind Netzwerkeffekte.³⁰ Plattformen profitieren von direkten Netzwerkeffekten, die daraus resultieren, dass der Nutzen, der aus einer Plattform gezogen wird, sich mit der Anzahl der anderen Nutzer erhöht. Bei indirekten Netzwerkeffekten ergibt sich die Steigerung im Nutzen aus der Anzahl der Nutzer auf der Marktgegenseite. Die Netzwerkeffekte können dazu führen, dass ein Markt „kippt“. Dieses „Tipping“ führt zu einem nahezu uneinholbaren Vorsprung des Unternehmers vor Wettbewerbern.³¹ Diese Besonderheit der digitalen Ökonomie in Form der Netzwerkeffekte und dem daraus resultierenden Tipping von Märkten bleibt auch nach einer Entflechtung bestehen. Nach einer kurzen Zeit des Wettbewerbs wäre zu prognostizieren, dass sich auf dieser Grundlage erneut ein marktmächtiges Unternehmen bilden würde.³² Aufgrund dieser Zweifel wird es in vielen Fällen schon an der nötigen positiven Prognose fehlen, die für eine Entflechtung nötig wäre: Die identifizierte Wettbewerbsstörung würde gerade nicht oder nur kurzzeitig beseitigt werden. Ob eine kurzzeitige Beseitigung schon als erhebliche Verringerung angesehen werden kann, ist zu bezweifeln. Angesichts der Schwere des Eingriffs einer Entflechtung ist diese gerade nicht angemessen, wenn von vorneherein anzuzweifeln ist, dass diese zu einer nachhaltigen Lösung der Wettbewerbsstörung führt.

Sieht man die Wettbewerbsstörung also allein in der Marktmacht der digitalen Giganten, dann ist eine (horizontale) Entflechtung nicht die Lösung. Allerdings ist es gerade auf digitalen Märkten zu kurz gegriffen, nur die Marktmacht in den Blick zu nehmen.

2. Digitale Ökosysteme: Vertikale und konglomerate Entflechtung

Wettbewerbsstörungen können auch daraus resultieren, dass die Unternehmen mehrere Dienste zu digitalen Ökosystemen verknüpfen, in denen Märkte in einer solchen Weise gekoppelt werden, dass die Dienste sich

30 Grundlegend *Rochet/Tirole*, Journal of the European Economic Association 2003, 1:4, 990.

31 *Katz/Shapiro*, The Journal of Economic Perspectives 1994, 8:2, 106; *Podszun*, Empfiehlt sich eine stärkere Regulierung von Online-Plattformen und anderen Digitalunternehmen?, 2020, S. 41 f.; *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, S. 12.

32 *Kwoka/Valetti*, Scrambled Eggs and Paralyzed Policy: Breaking Up Consummated Mergers and Dominant Firms, 2020, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3736613 (abgerufen am 25.03.2024), S. 24.

gegenseitig unterstützen, und der Erfolg des einen Dienstes und die Marktmacht auf einem Markt andere Dienste und Märkte positiv beeinflussen können. In solchen Fällen kann eine vertikale oder konglomerate Entflechtung zielführend und von § 32f Abs. 4 GWB gedeckt sein.

a) Wettbewerbliche Probleme in digitalen Ökosystemen

Verflechtungen auf horizontaler und konglomerater Ebene fallen in der digitalen Ökonomie besonders leicht. Die Digitalisierung erlaubt die Verknüpfung von und Kommunikation zwischen verschiedenen Diensten mit sehr geringen Transaktionskosten.³³ Informationen werden in Echtzeit weitergeleitet, Daten ausgetauscht und Dienste miteinander verkoppelt. Schon im analogen Bereich können vertikale und in geringerem Maße konglomerate Verflechtungen den Wettbewerb behindern.³⁴ Im digitalen Raum fällt die Abgrenzung zwischen vertikaler und konglomerater Verflechtung schwerer. Aktivitäten auf verschiedenen Marktstufen und ohne anfänglich ersichtlichen Sachzusammenhang können viel leichter füreinander nutzbar und miteinander verknüpft werden.³⁵

Die Vernetzung mehrerer Dienste kann in einem digitalen Ökosystem münden. Was ein digitales Ökosystem ausmacht, wird je nach Definitionsversuch unterschiedlich beurteilt.³⁶ Gemeinsam haben all diese Definitionen, dass dem Ökosystem die Vernetzung mehrerer Produkte oder Dienste zugrunde liegt. Nach einem Ansatz beschreiben digitale Ökosysteme Unternehmensstrukturen, die sich durch Modularität auszeichnen und deren einzelne Elemente zusammen Güter und/oder Dienstleistungen produzieren, weiterentwickeln und Entscheidungen diesbezüglich über Märkte, Sektoren und Hierarchien hinweg koordinieren.³⁷ Ein anderer Ansatz defi-

33 *Podszun*, Empfiehlt sich eine stärkere Regulierung von Online-Plattformen und anderen Digitalunternehmen?, 2020, S. 16.

34 Vgl. beispielsweise *Christiansen/Knebel*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, § 36 GWB, Rn. 130 ff.

35 *Podszun*, Empfiehlt sich eine stärkere Regulierung von Online-Plattformen und anderen Digitalunternehmen?, 2020, S. 16; mit konkreten Beispielen zur digitalen Ökonomie *Khan*, Columbia Law Review 2019, 119:4, 973, 973 ff.

36 Vgl. umfassend *Van den Boom*, Regulating competition in the digital network industry: A proposal for progressive ecosystem regulation, 2023; *Urban*, Plattformbasierte Ökosysteme im Kartellrecht, 2023.

37 Eigene Definition nach *Jacobides/Lianos*, Industrial and Corporate Change 2021, 30:5, 1199, 1200 f.; *Jacobides/Cennamo/Gawer*, Strategic Management Journal 2018,

niert digitale Ökosysteme als Vernetzungen von Herstellern, Anbietern von Inhalten, Entwicklern, Verbrauchern und anderen, die zu einer Wertschöpfung im (Online-) Handel führen.³⁸ Konkreter werden sie auch als Systeme beschrieben, die auf gegenseitiger Abhängigkeit beruhen, beginnend bei Datenkonnektivität, verfestigt durch heutige Möglichkeiten des Internet of Things (IoT), z.B. Sensoren in Alltagsgegenständen oder Smart-Things / -Homes / -Watches etc..³⁹

Ein Beispiel sind mehrere digitale Dienste, die alle über ein Smartphone genutzt werden können und beim Kauf dessen vorinstalliert und als Standard-einstellungen gesetzt sind. Das Smartphone und die Dienste stammen dabei alle vom gleichen Unternehmen. So läuft nun auf dem Smartphone das Betriebssystem des Herstellers. Bei der Suche nach Restaurants in der Nähe wird die Karten-App und beim Zahlen im Restaurant die Cash-App des gleichen Unternehmens genutzt.

Begrifflich von digitalen Ökosystemen zu trennen sind digitale Plattformen, auch wenn diese häufig ineinandergreifen. Plattformen führen Nachfrage und Angebot von Gütern und Dienstleistungen zusammen. Sie können in einem Ökosystem eine entscheidende Rolle einnehmen, indem sie die Akteure des Ökosystems mit den Nutzern zusammenführen.⁴⁰

Die Verknüpfung von Märkten – auf die Spitze getrieben in digitalen Ökosystemen – hat das Potential, zu einer erheblichen und fortwährenden Störung des Wettbewerbs nach § 32f Abs. 4 GWB zu führen.

Die wettbewerblichen Probleme innerhalb dieser Strukturen sind nicht neu.⁴¹ Es handelt sich um Selbstbevorzugung und Kopplungspraktiken, die zu Lock-In-Effekten führen, und Hebelwirkungen, die die Marktmacht ausdehnen. Diese werden erleichtert und unterstützt durch die bereits beschriebenen Netzwerkeffekte, die zu kippenden Märkten und wachsender

39:8, 2255, 2263; Gawer, in: Gawer (Hrsg.), *Platforms, Markets and Innovation*, 2009, S. 45 ff.

38 *Petropoulos*, *Competition Economics of Digital Ecosystems*, 2020, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2020\)91/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)91/en/pdf) (abgerufen am 25.03.2024), S. 2.

39 *Subramaniam*, *Journal of Organization Design* 2020, 9:1, 1. Für eine tiefergehende Herleitung der Definition und Beschreibung von Digitalen Ökosystemen: *Li/Badr/Biennier*, *MEDES '12: Proceedings of the International Conference on Management of Emergent Digital EcoSystems*, *Digital Ecosystems: Challenges and Prospects*, 2012, 117. https://dl.acm.org/doi/abs/10.1145/2457276.2457297?casa_token=VZwKsPOYMOIAAAAA:hc52QJwa_AU8D75kar3LL9QbA2auQsw0Rvu_MJhgmlGayInfi5J8-XeqiZweZkEmIT1EKbVqmqmpOiE (abgerufen am 25.03.2024).

40 *Jacobides/Lianos*, *Industrial and Corporate Change* 2021, 30:5, 1199, 1201.

41 Vgl. *Khan*, *Columbia Law Review* 2019, 119:4, 973, 1015 ff.

Marktmacht führen können. Hinzu kommt die Möglichkeit, Informationen (als Daten) über mehrere Dienste und Märkte hinweg zu nutzen. Diese Phänomene haben schon singular betrachtet das Potential, erhebliche wettbewerbliche Probleme auszulösen.⁴² Nicht umsonst handelt es sich bei vielen dieser Praktiken um klassische Fallgruppen des Marktmachtmissbrauchs. In digitalen Ökosystemen verstärken sich deren Auswirkungen auf den Wettbewerb. Dies ergibt sich zunächst daraus, dass nicht nur zwei Märkte miteinander verknüpft werden, sondern eine Vielzahl. So kann die Marktmacht auf einem Markt nicht nur auf einem anderen Markt genutzt werden, sondern auf allen verknüpften Märkten. Die Leichtigkeit, mit der verschiedene Märkte im digitalen Raum verknüpft werden können, zeichnet die Ökosysteme aus und ermöglicht eine weitläufigere Ausdehnung der Marktmacht als im Analogen. Die Verknüpfung der Märkte erfolgt dabei beispielsweise durch einen Datenaustausch zwischen den Diensten, durch Benutzerkonten oder Profile, die für alle Dienste genutzt werden, oder durch Interoperabilität, die nur zwischen den eigenen Diensten ermöglicht wird. Das führt zu hohen Wechselkosten für Nutzer der Dienste, hält diese im Ökosystem und erhöht damit die Marktzutrittsschranken für potentielle Wettbewerber.⁴³ Hinzu kommen die bereits beschriebenen Probleme des digitalen Wettbewerbs. Die gewonnene – und leicht zu verteidigende – Marktmacht ist somit ein effektiver Hebel und breitet sich durch die beschriebenen Effekte besonders leicht aus.

In dem oben genannten Beispiel des Smartphones und der darauf vorhandenen Dienste findet das seinen Ausdruck darin, dass die Dienste vorinstalliert und als Standardeinstellungen gesetzt sind. Die Installation konkurrierender Dienste kann zusätzlich erschwert werden. Die eigenen Dienste profitieren von Verlinkungen und den Daten, die aus den anderen Diensten zur Verfügung gestellt werden. So kann die Bezahl-App Daten dazu erheben, wie viel der Nutzer für ein Essen im Durchschnitt auszugeben bereit ist. Der Karten-Dienst kann dies bei der nächsten Suche berücksichtigen und bildet damit die Präferenzen besser ab. Dieses – stark vereinfachte – Beispiel zeigt, dass Unternehmen, die konkurrierende Dienste anbieten und nicht über ein eigenes Ökosystem mit ähnlicher Größe verfügen, Schwierigkeiten haben können, den Diensten aus dem Ökosys-

42 *Podszun*, Empfiehlt sich eine stärkere Regulierung von Online-Plattformen und anderen Digitalunternehmen?, 2020, S. 40 ff.

43 *Podszun*, Empfiehlt sich eine stärkere Regulierung von Online-Plattformen und anderen Digitalunternehmen?, 2020, S. 18 f.; vgl. *Farrell/Klemperer* in: *Armstrong/Porter* (Hrsg.), *Handbook of Industrial Organization - Volume 3*, 2007, S. 1967.

tem Konkurrenz zu machen, auch wenn sie innovativere, bessere oder günstigere Dienste anbieten.

§ 32f GWB greift diese Problemstellung ausdrücklich auf. In den Regelbeispielen und dem Kriterienkatalog in § 32f Abs. 5 GWB, die die Wettbewerbsstörung als Voraussetzung der Entflechtung und anderer Maßnahmen weiter konturieren, findet sie sich wieder.

§ 32f Abs. 5 S. 2 Nr. 2 GWB behandelt das strukturelle Problem der Verknüpfung von Märkten. „Verflechtungen der Unternehmen auf den betroffenen, den vor- und nachgelagerten oder in sonstiger Weise miteinander verbundenen Märkten“ sollen bei der Prüfung, ob eine Störung des Wettbewerbs vorliegt, berücksichtigt werden.

Das Regelbeispiel in § 32f Abs. 5 S. 1 Nr. 2 GWB verweist auf „Beschränkungen des Marktzutritts, des Marktaustritts oder der Kapazitäten von Unternehmen oder des Wechsels zu einem anderen Anbieter oder Nachfrager“. Das umfasst technische, regulatorische und administrative Marktzutrittsbeschränkungen und insbesondere auch erhöhte Wechselkosten der Nachfrager.⁴⁴

Die Verknüpfung von Märkten und die digitalen Ökosysteme können somit zu einer erheblichen und fortwährenden Störung des Wettbewerbs führen. Die Marktstruktur ist durch die Verflechtungen im Ökosystem in einer solchen Weise verändert, dass das Zusammenfinden von Angebot und Nachfrage maßgeblich von dem Unternehmen beeinflusst werden kann, das auch das Ökosystem kontrolliert.

b) Beispiel: Google AdTech

Die Problematik lässt sich an mehreren aktuellen Verfahren zu Google AdTech weiter veranschaulichen. Betrachtet man das Ökosystem von Alphabet/Google, denkt man an die Google-Suche, Android, Maps, Shopping, Pixel und eine Vielzahl anderer Produkte und Dienste, die direkt an Verbraucher gerichtet sind. Der Konzern ist aber in erster Linie ein Werbeunternehmen.⁴⁵ Die Verfahren, die nun von der Europäischen Kommission, aber auch vom DOJ, geführt werden, zielen mitten ins Herz

44 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Drucksache 20/6824, 2023, S. 32 f.

45 Vgl. Statista, Annual revenue of Google from 2002 to 2023, 2024, www.statista.com/statistics/266206/googles-annual-global-revenue/ (abgerufen am 25.03.2024); Statista, Advertising revenue of Google from 2001 to 2023, 2024, www.statista.com/statistics/266249/advertising-revenue-of-google/ (abgerufen am 25.03.2024).

des digitalen Giganten. Es geht um die AdTech-Industrie.⁴⁶ Diese umfasst verschiedene Dienste. Webseitenbetreiber nutzen spezielle Server, um die Werbeslots auf ihren Webseiten zu verwalten (Ad Server). Werbetreibende nutzen Dienste, um ihre Werbekampagnen zu verwalten und Werbeslots zu kaufen (Ad Buying Tools). Beide treffen sich auf Plattformen, auf denen oft im Rahmen von Auktionen in Echtzeit Werbeslots auf Webseiten verkauft werden (Ad Exchange).

Google bietet Dienste in allen drei Kategorien an. „DoubleClick For Publishers“ („DFP“) ist ein Ad Server für Webseitenbetreiber. „Google Ads“ und „DV 360“ sind Ad Buying Tools. Die Ad Exchange von Google heißt „AdX“. Die Europäische Kommission hat Google nun in einem Statement of Objections mit ihren vorläufigen Vorwürfen konfrontiert. Hiernach sei Google mit seinem Ad Server „DFP“ und den Ad Buying Tools „Google Ads“ und „DV 360“ marktbeherrschend. Diese marktbeherrschenden Stellungen habe Google auf zwei Wegen ausgenutzt: Der Ad Server „DFP“ habe die Ad Exchange „AdX“ bevorzugt, indem diese beispielsweise Informationen über die Top-Gebote anderer Plattformen weiterleitete. Auf diesem Weg war klar, welchen Betrag AdX bieten musste, um einen Werbeslot zu gewinnen. Die Ad Buying Tools „Google Ads“ und „DV 360“ bevorzugten ebenfalls AdX, indem sie Gebote hauptsächlich auf dieser Plattform platzierten.

Anhand dieses Beispiels werden die potentiellen Probleme vertikaler und konglomerater Verflechtungen in digitalen Ökosystemen greifbar. Da es sich um digitale Dienste handelt, ist das Verknüpfen der verschiedenen Märkte leicht möglich. Daten auszutauschen und Gebote auf der eigenen Plattform zu platzieren ist nur mit geringen Transaktionskosten verbunden. Die wettbewerblichen Folgen können trotzdem enorm sein. Die Marktmacht eines Dienstes kann über die Verknüpfung auf andere Märkte ausgedehnt werden. An dem Fall Google AdTech ist bemerkenswert, dass Google sowohl auf der Angebotsseite (Ad Server) als auch auf der Nachfrageseite (Ad Buying Tools) tätig ist. Die Marktmacht auf beiden Seiten könnte demnach auf den Plattformmarkt ausgedehnt werden. Aus Sicht der Nutzer kann es zu einem Lock-In kommen. Die Nutzung der Ad Server auf der Angebotsseite und der Ad Buying Tools auf der Nachfrageseite kann auch zur Nutzung der Ad Exchange von Google führen. Auf dieser können sich

46 Darstellung nach Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 14.06.2023, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3207 (abgerufen am 25.03.2024).

die Wirkungen im Wege indirekter Netzwerkeffekte gegenseitig verstärken. Verflechtungen und Plattformen greifen in dem Ökosystem ineinander. Zu ähnlichen Ergebnissen ist auch das BKartA in der Sektoruntersuchung zu Online-Werbung im Jahr 2023 gekommen.⁴⁷

c) Entflechtung statt Einzelmaßnahmen

Den beschriebenen wettbewerblichen Problemen können die herkömmlichen kartellrechtlichen Werkzeuge nicht mehr beikommen. Insbesondere verhaltensbezogene Maßnahmen erscheinen wenig effektiv.⁴⁸ Die wettbewerblichen Probleme lassen sich in verschiedenen Einzelfällen zwar immer auf konkrete Maßnahmen zurückführen, werden dabei aber von einem Geschäftsmodell getragen, dessen Kern die Verknüpfung der verschiedenen Dienste und Märkte ist. Dementsprechend hilft die Untersagung einzelner Maßnahmen nur begrenzt weiter. Es kann schon schwerfallen, eine konkrete Maßnahme zu identifizieren, die als Missbrauch angesehen werden kann. Stattdessen müsste ein ganzes Bündel von Maßnahmen untersagt werden. Weiterentwicklungen in den technologischen Rahmenbedingungen und der Geschäftsstrategie können außerdem schnell dazu führen, dass die Maßnahmen – nach jahrelangem Verfahren – letztlich ins Leere gehen. Diese Flexibilität und Entwicklungsoffenheit aufgrund der Modularität zeichnen digitale Ökosysteme aus. In jedem Fall bleibt das zugrundeliegende Ökosystem bestehen und ermöglicht so neue Maßnahmen, die von den gleichen Voraussetzungen profitieren. Die wettbewerblichen Bedenken sind in einer solchen Situation in dem Ökosystem angelegt.⁴⁹

In dem Beispiel Google Ad Tech teilt die Europäische Kommission diese Auffassung in ihrem Statement of Objections. Eine verhaltensbezogene Anordnung scheint wenig erfolgversprechend, da Google die Selbstbevorzugung dann auf anderen Wegen umsetzen kann. Das inhärente Problem, dass Google hier auf allen drei Marktseiten (Angebot, Nachfrage, Plattform) tätig ist und auf zwei von diesen eine marktbeherrschende Stellung

47 BKartA, Sektoruntersuchung Online-Werbung, 2023, www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung_Online_Werbung_Abschlussbericht.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (abgerufen am 25.03.2024), S. 23 ff.

48 *Künstler*, Amazon entflechten, S. 35.

49 *Künstler*, Amazon entflechten, S. 70.

innehat, würde nicht beseitigt.⁵⁰ Darin sieht die Kommission einen Interessenskonflikt, der nur durch eine Entflechtung überkommen werden kann.

Auf diesem Weg könnte man auch zu einer missbrauchsabhängigen Entflechtung kommen. Eine solche Möglichkeit könnte nach § 32f Abs. 3 S. 1 GWB die Subsidiarität der Maßnahmen nach einer Sektoruntersuchung inkl. der Entflechtung nach Abs. 4 nach sich ziehen. Allerdings sind die Anforderungen an eine missbrauchsabhängige Entflechtung so hoch, dass unklar ist, ob diese wirklich nach hergebrachtem Kartellrecht erfolgen könnte. Die nach § 32f Abs. 3 S. 1 GWB anzustellende Prognose könnte demnach auch zu dem Ergebnis kommen, dass Maßnahmen nach den bisher bekannten kartellrechtlichen Befugnissen so unsicher sind, dass sie nicht ausreichend erscheinen, um die Störung des Wettbewerbs dauerhaft zu beseitigen.

d) Milderer Mittel: „Interne“ Entflechtung

Neben einer „echten“ eigentumsrechtlichen Entflechtung steht eine „interne“ Entflechtung (auch „legal unbundling“ genannt). Während die Entflechtung nach § 32f Abs. 4 GWB eine eigentumsrechtliche Trennung von Unternehmensteilen umfasst, beschränkt sich die interne Entflechtung auf die buchhalterische oder organisatorische Trennung. Auch die interne Entflechtung ist von § 32f GWB umfasst. Sie fällt allerdings nicht unter § 32f Abs. 4 GWB, sondern ist nach § 32f Abs. 3 S. 7 Nr. 6 GWB als allgemeine Maßnahme erfasst, die unter niedrigeren Voraussetzungen erlassen werden kann. Sie ist nach § 32f Abs. 4 S. 2 GWB vorrangig anzuordnen. Wenn eine interne Entflechtung möglich, ebenso wirksam und nicht stärker belastend ist, kann eine eigentumsrechtliche Entflechtung nicht angeordnet werden.

Praktisch lässt sich die interne Entflechtung beispielsweise über „Chinese Walls“ umsetzen. Diese beschreiben eine unternehmensinterne Trennung zwischen Geschäftsbereichen in der Form, dass Informationen zwischen den Bereichen nicht oder nur eingeschränkt ausgetauscht werden dürfen.⁵¹ „Chinese Walls“ werden regelmäßig eingesetzt, wenn der Informationsaustausch zwischen den Geschäftsbereichen rechtliche Risiken oder Compliance-Risiken mit sich bringt.

50 Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 14.06.2023, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3207 (abgerufen am 25.03.2024).

51 *Armbrüster*, ZIP 2020, 2305, 2305 ff.

Eine spezielle Form der internen Entflechtung – mit hoher Relevanz für die digitale Ökonomie – ist aus dem Facebook-Verfahren des BKartA bekannt. Das BKartA hat Facebook verboten, ohne Einwilligung der Nutzer, Daten eines Dienstes mit Daten anderer Dienste zu verknüpfen.⁵² Damit sind die Daten der einzelnen Dienste grundsätzlich zu trennen.

Die internen Entflechtungen sind aber nicht immer so wirksam wie eigentumsrechtliche Entflechtungen. Ihre Einhaltung ist kaum zu kontrollieren.⁵³ Informationsflüsse sind schwer nachzuvollziehen und müssen nicht dokumentiert werden, um ihre wettbewerbsschädliche Wirkung zu entfalten. Abseits dieser Durchsetzungsprobleme ändern auch funktionierende „Chinese Walls“ nichts daran, dass Anreize zur Bevorzugung auch ohne direkte Kommunikation bestehen bleiben. So ist es naheliegend, dass ein Dienst „aus dem gleichen Haus“ einen anderen Dienst bevorzugt, auch wenn hierzu keine Kommunikation stattgefunden hat. Daneben bleibt auch die Gefahr der Quersubventionierung.⁵⁴ Ein erfolgreicher Dienst kann so viel Gewinn erwirtschaften, dass die Marktposition eines anderen Dienstes mit diesen finanziellen Mitteln gestärkt werden kann.

Insgesamt zeigt sich, dass bei Verflechtungen in digitalen Ökosystemen eine „echte“ Entflechtung angezeigt sein kann, um die zugrundeliegende erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs zu beseitigen oder zumindest erheblich zu verringern. Wenn die hergebrachten kartellrechtlichen Mittel nicht zum Ziel führen und auch andere mildere Maßnahmen nach § 32f Abs. 3 GWB nicht greifen, dann können die Voraussetzungen des § 32f Abs. 4 GWB gegeben sein. Dieser liefert nun ein Werkzeug (auch) zur Entflechtung der digitalen Giganten.

IV. Hindernisse für eine Entflechtung nach § 32f GWB

Das deutsche Kartellrecht enthält mit § 32f Abs. 4 GWB nun ein Werkzeug, über das jahrelang diskutiert wurde: eine missbrauchsunabhängige Entflechtung. Diese gilt zwar für alle Unternehmen, doch aufgrund der Diskussionen um die ungebrochene Marktmacht der digitalen Giganten und wie dieser beizukommen ist, ist es naheliegend, § 32f Abs. 4 GWB auch auf diese anzuwenden. Kommt es nun also zur Entflechtung der

52 BKartA v. 6.2.2019, B6-22/15, S. 2 ff.

53 *Bechtold/Bosch* in: *GWB - Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, FuskontrZusagLL* 8. Leitfaden, Zusagen in der Fusionskontrolle, Rn. 87.

54 *Gawer*, *Organization & Management* 2022, 24:1, 110, 112 aE.

digitalen Giganten durch das BKartA? Die Antwort wird auf absehbare Zeit „Nein“ lauten. Das liegt aber nicht primär an vermeintlichen rechtlichen Hindernissen wie dem Verhältnis zum Digital Markets Act (Gesetz über digitale Märkte, DMA) und dem Territorialitätsprinzip. Stattdessen ist es der eigenen Zurückhaltung des BKartA geschuldet, das auf die Regulierung der digitalen Giganten durch den DMA und nicht auf deren Zerschlagung setzt.

1. Verhältnis zum DMA

Das Verhältnis des § 32f GWB zum DMA ist ungeklärt. Das liegt nicht zuletzt daran, dass es sich bei § 32f GWB um ein sehr junges Werkzeug des deutschen Kartellrechts handelt und auch der DMA nicht viel älter ist. In Zukunft können sich hier – nicht nur im Rahmen der Entflechtung – nicht leicht aufzulösende Fragen der Konkurrenz stellen.

a) Konkurrenz zum Kartellrecht

Der DMA enthält in Art. 1 Abs. 6 DMA eine spezielle Regel für das Konkurrenzverhältnis zum Kartellrecht und in Art. 1 Abs. 6 S. 2 DMA im Speziellen zum nationalen Kartellrecht. Das europäische und das nationale Kartellrecht sollen vom DMA in weiten Teilen unangetastet bleiben. Ob die Regelung auch zugunsten von § 32f GWB greift, bleibt unklar, da dieser noch jünger ist als der DMA und noch nicht berücksichtigt werden konnte.

Zugunsten von § 32f GWB greift zunächst nicht Art. 1 Abs. 6 S. 2 lit. a) DMA ein. Dieser lässt nationale Regelungen „zum Verbot von wettbewerbswidrigen Vereinbarungen, Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen, aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen und der missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung“ unberührt. Bei § 32f GWB handelt es sich aber um ein neues Werkzeug, das sich von diesen hergebrachten kartellrechtlichen Regelungen abgrenzt.⁵⁵

Art. 1 Abs. 6 S. 2 lit. b) DMA enthält aber auch für andere nationale Regelungen eine Ausnahme, die über das gewöhnliche kartellrechtliche Instrumentarium hinausgehen und „mit denen andere Formen einseitiger Verhaltensweisen verboten werden, soweit sie auf andere Unternehmen als

55 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Deutscher Bundestag Drucksache 20/6824, 2023, S. 17 f.

Torwächter angewandt werden oder Torwächtern damit weitere Verpflichtungen auferlegt werden“.

Diese Regelung passt perfekt auf eine andere Eigenart des deutschen Kartellrechts: § 19a GWB.⁵⁶ Dieser regelt „andere Formen einseitiger Verhaltensweisen“ und ist im Anwendungsbereich nicht deckungsgleich mit dem DMA. Es müssen nicht alle Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb auch als Torwächter nach dem DMA designiert sein, auch wenn es hier häufig zu Überschneidungen kommen wird. Daneben können auf § 19a GWB auch gegenüber Torwächtern Verpflichtungen gestützt werden, die über den Katalog der Art. 5-7 DMA hinausgehen.⁵⁷

Auf § 32f GWB passt diese Ausnahmeregelung allerdings nicht. § 32f GWB regelt (nicht nur) andere Formen einseitiger Verhaltensweisen. Stattdessen stehen – gerade bei Entflechtungen – strukturelle Probleme im Vordergrund. Es geht nicht um eine wettbewerblich problematische Verhaltensweise, die abgestellt werden soll, sondern um die Auflösung von Wettbewerbsstörungen, die aus der Marktstruktur und einer Vielzahl von Verhaltensweisen resultieren.

Allerdings besteht bei § 32f GWB eine Besonderheit. Die Regelung existierte noch nicht, als der DMA erlassen wurde. Das Verhältnis konnte dementsprechend nicht mit der gleichen Klarheit geregelt werden. Es wäre deswegen naheliegend, den Rechtsgedanken des Art. 1 Art. 6 S. 2 lit. b) DMA heranzuziehen und im Sinne einer teleologischen Extension den Anwendungsbereich auf alle neuartigen Instrumente im nationalen Kartellrecht anzuwenden. Dies würde dazu führen, dass § 32f GWB und mit ihm die Entflechtungsmöglichkeit nach Abs. 4 auch gegenüber Torwächtern greifen würde, solange diesen „weitergehende Verpflichtungen“ auferlegt werden. Das nationale Recht muss über die Anforderungen der Art. 5-7 DMA hinausgehen. Nach dieser Auslegung dürfte eine Entflechtung nicht allein auf den Umstand gestützt werden, dass ein Torwächter ein Verhalten an den Tag legt, das schon ebenso unter diese Normen subsumiert werden könnte.

Eine derartige Auslegung sieht sich Kritik ausgesetzt. Art. 1 Art. 6 S. 2 lit. b) DMA lässt dem nationalen Gesetzgeber einen weiten Spielraum. Eine teleologische Extension einer Ausnahmeregel mit engem Anwendungsbe-

⁵⁶ Vgl. dazu Bongartz, WuW 2022, 72.

⁵⁷ Käseberg/Gappa, in: Podszun (Hrsg.), Digital Markets Act: DMA, 2023, Art. 1 DMA, Rn. 29; König, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2023, Art. 1 DMA, Rn. 43.

reich und weiter Rechtsfolge muss besonders begründet werden. Der eingeräumte weite Spielraum soll in solchen Situationen gerade dadurch begrenzt werden, dass der Anwendungsbereich möglichst eng definiert wird. Gleichzeitig zeigt die Entstehungsgeschichte, dass Art. 1 Art. 6 S. 2 lit. b) DMA ein Zugeständnis speziell an die deutsche Regel des § 19a GWB ist.⁵⁸ Auch dies lässt den Schluss zu, dass die Ausnahme nicht extensiv auszulegen ist.

Diese restriktivere Auslegung würde zu dem Ergebnis führen, dass § 32f GWB von keinem der Ausnahmetatbestände des Art 1 Abs. 6 DMA umfasst ist. Das Konkurrenzverhältnis muss dann anhand der allgemeinen Regel des Art. 1 Abs. 5 DMA beantwortet werden.

b) Sperrwirkung des DMA

Die allgemeine Konkurrenzregel des DMA enthält in Art. 1 Abs. 5 im Ausgangspunkt eine Sperrwirkung. Dort heißt es:

„Um eine Fragmentierung des Binnenmarkts zu vermeiden, erlegen die Mitgliedstaaten Torwächtern keine weiteren Verpflichtungen im Wege von Rechts- oder Verwaltungsvorschriften auf, um bestreitbare und faire Märkte zu gewährleisten. Diese Verordnung hindert die Mitgliedstaaten nicht daran, Unternehmen – einschließlich solcher, die zentrale Plattformdienste bereitstellen – für Angelegenheiten, die nicht in den Anwendungsbereich dieser Verordnung fallen, Verpflichtungen aufzuerlegen, sofern diese Verpflichtungen mit dem Unionsrecht vereinbar sind und nicht darauf zurückzuführen sind, dass die betreffenden Unternehmen den Status eines Torwächters im Sinne dieser Verordnung haben.“

Die unglücklich formulierte Sperrwirkung lässt mehrere Auslegungen zu. Zunächst ist das Verhältnis der beiden Sätze zueinander unklar. So könnte man S. 2 als Ausnahme von S. 1 verstehen. Dies würde dazu führen, dass die Mitgliedstaaten unter den Voraussetzungen des S. 2 Vorschriften erlassen dürfen, die ebenfalls dem Schutzzweck des DMA dienen: der Gewährleistung bestreitbarer und fairer Märkte.⁵⁹ Sieht man S. 1 und S. 2 als kumulative Anforderungen, ergeben sich drei Voraussetzungen unter

58 Käseberg/Gappa, in: Podszun (Hrsg.), Digital Markets Act: DMA, 2023, Art. 1 DMA, Rn. 28.

59 Käseberg/Gappa, in: Podszun (Hrsg.), Digital Markets Act: DMA, 2023, Art. 1 DMA, Rn. 17.

denen (auch) Torwächter Adressaten nationaler Regeln sein können: (1) Die Regeln müssen ein anderes Ziel verfolgen als bestreitbare und faire Märkte (S.1), (2) sie müssten Angelegenheiten betreffen, die nicht in den Anwendungsbereich des DMA und damit nicht unter die Verpflichtungen der Art. 5-7 DMA fallen (S.2) und (3) sie dürften nicht daran anknüpfen, dass die adressierten Unternehmen Torwächter im Sinne des DMA sind (S.3).⁶⁰

Die dritte Voraussetzung ist für § 32f GWB und die Entflechtung irrelevant. Denn die Vorschrift knüpft nicht an die Designation als Torwächter nach dem DMA an. Die zweite Voraussetzung, dass die Regelungen nicht in den Anwendungsbereich des DMA fallen dürfen, ist indes problematischer. Außerhalb des Anwendungsbereichs des DMA liegen nur Sachverhalte, die andere Situationen betreffen als die, die in den Art. 5-7 DMA geregelt sind. Sollten also neue Verhaltensweisen umfasst sein, die der DMA noch nicht berücksichtigt, greift auch dessen Sperrwirkung nicht. Wenn es aber um die gleichen Verhaltensweisen geht, deutet der Wortlaut darauf hin, dass hier keine Regelungen ergriffen werden dürfen – auch keine strengeren. Art. 1 Abs. 5 DMA spricht nur davon, dass die Regelungen außerhalb des Anwendungsbereichs liegen müssen, während Art. 1 Abs. 6 DMA präziser formuliert, dass „weitere Verpflichtungen“ möglich sind. Nach jetzigem Stand der Diskussion würde sich die Entflechtung von Digitalunternehmen nach § 32f Abs. 4 GWB aber maßgeblich auch auf Umstände stützen müssen, die schon von den Art. 5-7 DMA umfasst sind. Viele der oben beschriebenen Verhaltensweisen, die bei Verflechtungen in den digitalen Ökosystemen zu Wettbewerbsstörungen führen, sind in den Art. 5-7 DMA geregelt. So beispielsweise in Art. 5 Abs. 2 lit. b) DMA das Verbot, bestimmte Daten zu kombinieren, oder das in Art. 6 Abs. 5 DMA enthaltene Verbot der Selbstbevorzugung.

Folgt man indes der Auslegung, dass S.2 nur eine Ausnahme von S.1 darstellt, wäre eine Regelung allgemein zulässig, solange sie nicht dem gleichen Schutzzweck des DMA folgt. Es bleibt also die Frage, ob § 32f GWB bestreitbare und faire Märkte gewährleisten soll. Als Teil des deutschen Kartellrechts verfolgt § 32f GWB den Schutz des Wettbewerbs. Die Regierungsbegründung präzisiert, dass § 32f GWB dem Zweck dient, Störungen des Wettbewerbs und dessen Auswirkungen zu adressieren, die von den

60 Käseberg/Gappa, in: Podszun (Hrsg.), Digital Markets Act: DMA, 2023, Art. 1 DMA, Rn. 17.

bisherigen Instrumenten nicht ausreichend umfasst waren.⁶¹ Gleichzeitig ist nicht zu verleugnen, dass Wettbewerbsschutz und die Bestreitbarkeit und Fairness von Märkten erhebliche Schnittmengen aufweisen. Deckungsgleich müssen diese beiden Ziele aber dennoch nicht sein. Die Ziele wurden gerade auch aus Kompetenzgründen in bewusster Abgrenzung zum Kartellrecht als Zielbestimmung des DMA gewählt.⁶²

c) Auflösen der Konkurrenz

Das Verhältnis von § 32f GWB zum DMA ist demnach von einigen Unsicherheiten geprägt, die nicht zuletzt auf die unklaren Formulierungen in Art. 1 Abs. 5 und 6 DMA zurückzuführen sind. Konsequenter und wünschenswerter wäre es, § 32f GWB unter Art. 1 Abs. 6 DMA zu fassen und im Ergebnis ebenso zu behandeln wie § 19a GWB. Der Wortlaut von Art. 1 Abs. 6 S. 2 lit. b) DMA spricht aber dagegen. Eine teleologische Extension sollte dennoch zulässig sein. Die Einführung des § 32f GWB ist eine Entwicklung, die im DMA nicht berücksichtigt werden konnte. Es ist nicht ersichtlich, warum diese zweite Besonderheit des deutschen Kartellrechts anders behandelt werden sollte als der schon bekannte § 19a GWB. Wenn man dies mit Verweis auf eng auszulegende Ausnahmetatbestände ablehnt, würde das nicht unbedingt zu einer stärkeren Sperrwirkung führen. Je nach Auslegung von Art. 1 Abs. 5 DMA könnte es schon genügen, dass § 32f GWB als Teil des Kartellrechts eine andere Zielrichtung hat als der DMA, um nicht von der Sperrwirkung umfasst zu sein.

2. Kein nationaler Alleingang

Ein weiteres Hindernis könnte sein, dass das BKartA auf Grundlage von § 32f GWB als Teil des deutschen Kartellrechts Entflechtungen nur in Deutschland anordnen und durchsetzen kann. Rechtlich hindert dies das BKartA allerdings nicht an einem nationalen Alleingang. Eine Entflechtung kann auch nur für einen Staat angeordnet werden und Wirkungen erzielen. Aus der Fusionskontrolle ist bekannt, dass auch nur einzelne Staaten einen

61 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Deutscher Bundestag Drucksache 20/6824, 2023, S. 27.

62 Vgl. *Käseberg/Gappa*, in: Podszun (Hrsg.), *Digital Markets Act: DMA, 2023*, Art. 1 DMA, Rn. 3 ff.

Zusammenschluss untersagen können. Die Wirkungen einer solchen singulären Untersagung wären ähnlich denen einer Entflechtung.

In solchen Fällen müsste das betroffene Unternehmen entweder der Entflechtung Folge leisten oder im jeweiligen Staat die Geschäftstätigkeit einstellen. Soweit dies möglich ist, kann es die Entflechtung auch nur in diesem Staat vollziehen.

Dennoch ist nicht zu erwarten, dass das BKartA auf absehbare Zeit mit dem neuen Instrument die digitalen Giganten entflechten wird. So äußert sich zumindest der Präsident des BKartA, Andreas Mundt. Er sieht den Schwerpunkt der Rechtsdurchsetzung gegen die Digitalunternehmen bei § 19a GWB und dem DMA und nicht bei § 32f GWB.⁶³

Das erscheint konsequent. Das BKartA würde die Kooperation der europäischen Kartellbehörden und eine kohärente Rechtsanwendung unterlaufen, wenn es die direkte Konfrontation sucht. Diese Überlegungen liegen auch Art. 37 Abs.1 DMA zu Grunde.⁶⁴ Die Forcierung eines solchen Konkurrenzverhältnisses zwischen GWB und DMA sowie zwischen BKartA und Europäischer Kommission wäre aktuell nicht zielführend. Die noch neuen Anforderungen des DMA sollten erst erprobt werden können. Genügen diese, die digitalen Giganten in die Schranken zu weisen, und können sie tatsächlich bestreitbare und faire Märkte gewährleisten, erübrigen sich strengere Anforderungen und Maßnahmen nach nationalem Recht. Der Europäischen Kommission sollte die Möglichkeit gegeben werden, die Durchsetzung dieser neuen Regeln erproben zu können.

V. Die Bedeutung nationaler Experimente

Hat damit § 32f GWB und insbesondere die Entflechtungsoption keine Bedeutung für die Debatte um die digitalen Märkte? Das wäre zu kurz gegriffen. Auch wenn die Regelung nicht in erster Linie auf die digitalen Giganten zielt und in naher Zukunft nicht oder nur zurückhaltend gegen diese zur Anwendung kommt, ist sie ein nationales Experiment mit erheblichem Potential für die Kartellrechtsdurchsetzung auf digitalen Märkten, für die anhaltende internationale Diskussion zur Entflechtung und zur weitergehenden Flexibilisierung des Kartellrechts.

63 *Mundt*, WuW 2023, 521, 522.

64 *Vgl. Weck*, NZKart 2023, 392.

1. Eine “fall back option”

Die Stärke des neuen Instruments nach § 32f GWB ist dessen Flexibilität. Der Begriff der Wettbewerbsstörung ist durch Regelbeispiele und Kriterien in § 32f Abs. 5 GWB zwar konturiert, aber so offen ausgestaltet, dass damit auf eine große Vielzahl von strukturellen Problemen reagiert werden kann. Gleiches gilt für die Maßnahmen, die auf dieser Grundlage ergriffen werden können.⁶⁵ Wie gezeigt, gilt das auch für digitale Märkte. Damit präsentiert sich § 32f GWB mit dem scharfen Schwert der Entflechtung als starke „fall back option“, falls der DMA scheitert und falls sich § 19a GWB als nationales Instrument als unzulänglich erweist.

Es ist noch nicht absehbar, ob diese speziell auf digitale Märkte zugeschnittenen Regelungen ihre Ziele erreichen können. Beide zeichnen sich dadurch aus, dass sie verbotene Verhaltensweisen konkret beschreiben.⁶⁶ Dadurch suchen sie die Nähe zum Regulierungsrecht und können auch als solches bezeichnet werden.⁶⁷ Das hat viele Vorteile. Eine Einzelfallprüfung, die vor allem das Kartellrecht im digitalen Bereich lange Zeit lähmte, ist damit nicht mehr nötig. Behörden, betroffene Unternehmen, aber auch private Kläger haben so eine größere Rechtssicherheit und können die Durchsetzung und ihr Verhalten vorhersehbarer planen. Nachteil der konkreten Benennung ist die fehlende Flexibilität. Der DMA enthält zwar mit Art. 13 DMA ein Umgehungsverbot, das die Anwendung etwas flexibler gestaltet, aber bei gänzlich neuen Herausforderungen nicht weiterhilft. Daneben existiert in Art. 12 DMA eine echte Update-Option, die eine Ergänzung der Art. 5-7 DMA im Wege der delegierten Rechtsakte durch die Europäische Kommission zulässt. Auch das ermöglicht eine größere Flexibilität, die aber einen Rechtssetzungsakt voraussetzt und in ihrer Wirkung auch nach Art. 12 Abs. 2 DMA begrenzt ist.

Sollten sich diese Regelungen als nicht effektiv erweisen, steht mit § 32f GWB nun ein flexibleres Instrument bereit. Es setzt zwar die Durchführung einer Sektoruntersuchung voraus, ist aber nicht auf Gesetzesänderungen oder weitere Regelsetzungen angewiesen und kann damit verhältnismäßig schnell auch auf gänzlich neue Herausforderungen reagieren.

65 *Podszun/Rohner*, Wirtschaftsausschuss Ausschussdrucksache 20(9)268, 2023, S. 19.

66 *Podszun/Bongartz/Kirk*, NJW 2022, 3249, 3251.

67 Vgl. *Podszun/Bongartz/Langenstein*, EuCML 2021, 60.

2. Internationaler Diskurs

Damit ordnet sich die Regelung in den internationalen Diskurs ein, der hin zu einem proaktiveren und flexibleren Kartellrecht führt. Das prominenteste Beispiel hierfür ist das New Competition Tool der Europäischen Kommission. § 32f GWB ist stark an dieses angelehnt.⁶⁸ Das New Competition Tool sollte ebenfalls wettbewerbliche Problemstellungen aufgreifen, die von den bisherigen kartellrechtlichen Instrumenten nur unzureichend erfasst werden konnten.⁶⁹ Auch wenn das New Competition Tool vorerst gescheitert ist, geht die Diskussion dazu und zur Frage, ob ein solches neues Werkzeug doch nötig sein könnte, weiter.

§ 32f GWB ist Teil dieser Diskussion. Das nationale Experiment wird zeigen, ob es Anwendungsfälle gibt, in denen die neue Regelung einen Mehrwert gegenüber den bekannten Instrumenten bietet. Hierfür ist es besonders hilfreich, dass den Verfahren eine Sektoruntersuchung vorhergehen muss, sodass auf eine besonders umfassende Tatsachengrundlage zurückgegriffen werden kann, die auch die Evaluierung der Entscheidungen erleichtert. Gleichzeitig wird die Anwendung von § 32f GWB Probleme in der konkreten Ausgestaltung und bisher unbekannte Herausforderungen offenbaren. In kleineren Fällen wird sich zeigen, ob die Anforderungen zu hoch oder zu unbestimmt sind, um das Werkzeug effektiv einsetzen zu können. Schwierigkeiten bei der Durchsetzung werden klarer hervortreten. Die ersten Anwendungsfälle können für die weitere Diskussion außerdem eine erhebliche Prägestkraft entfalten. Das zeigt sich an den Verfahren des DOJ gegen AT&T und der Entflechtung des Flughafenbetreibers British Airport Authority durch die CMA, die immer noch als Beispiele für gelungene Entflechtungen angeführt werden.⁷⁰

Damit kann § 32f GWB zu einem Vorbild für ähnliche Werkzeuge oder neue Regulierungen in anderen Staaten oder auf Ebene der Europäischen Union werden. Die Anwendung bringt wertvolle Lerneffekte für diese und andere neue Regelungen mit sich.

68 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Deutscher Bundestag Drucksache 20/6824, 2023, S. 16.

69 *Motta/Peitz*, Intervention triggers and underlying theories of harm: expert advice for the impact assessment of a new competition tool, 2020, <https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-03/kd0420575enn.pdf> (abgerufen am 25.03.2024).

70 Beispielsweise www.bmwk.de/Redaktion/DE/Meldung/2022/20220920-bmwk-1-egt-entwurf-zur-verscharfung-des-wettbewerbsrechts-vor.html (abgerufen am 25.03.2024); vgl. dazu auch kritisch *Usman*, University of Pennsylvania Law Review 2022, 170:2, 523, 524; *Jorde/Sidak/Teece*, Yale Journal on Regulation 2000, 17:1, 1.

3. Lernprozesse

Wie wichtig diese Lerneffekte sind, zeigt die Entwicklung, die das Kartellrecht in der digitalen Ökonomie bisher durchlaufen hat.⁷¹ Die langwierigen Verfahren der Europäischen Kommission gegen Google haben gezeigt, dass das Kartellrecht nur langsam auf neue Entwicklungen reagieren kann. Das ist nicht zuletzt auf die extensiven Auswirkungsanalysen zurückzuführen, die insbesondere durch die Europäische Kommission betrieben werden.⁷²

Die Erkenntnisse aus den Verfahren der Europäischen Kommission und aus dem Facebook-Verfahren des BKartA mündeten zunächst in § 19a GWB und im DMA. Dieser Prozess erstreckte sich aber über einen erheblichen Zeitraum. Zwischen der Einleitung des Verfahrens in Sachen Google Search (Shopping) im Jahr 2010 und dem Erlass des DMA 2022 liegen fast 12 Jahre. Und es bleibt weiterhin unklar, ob damit eine befriedigende Lösung der wettbewerblichen Probleme in der digitalen Ökonomie gefunden ist. Die diesem Bereich innewohnende Dynamik lässt eher den Schluss zu, dass andauernde Anpassungen in Reaktion auf neue Entwicklungen nötig werden.⁷³ Ein Beispiel sind die wettbewerblichen Probleme, die mit dem prognostizierten Aufstieg der Künstlichen Intelligenz auch in der Wirtschaft einhergehen. Der DMA äußert sich hierzu nicht.

Das sollte die Frage aufwerfen, ob bei jeder neuen Herausforderung – nicht nur in der digitalen Ökonomie – ein so langwieriger Lernprozess durchlaufen werden muss. Ein flexibleres Kartellrecht kann diesen Prozess erleichtern und abkürzen. Somit ist § 32f GWB ein Teil der Antwort. Gerade weil das New Competition Tool auf europäischer Ebene gescheitert ist, können nationale Regelungen nun zeigen, dass auch ein flexibleres Kartellrecht funktionsfähig ist. Statt also den Lernprozess immer wieder zu durchlaufen, sollte dieser zum Anlass genommen werden, Lehren für gute und flexible Regeln zu ziehen. Das erleichtert den Umgang mit jeder neuen Herausforderung.

71 Vgl. im Überblick auch *Lancieri/Neto*, *Journal of Competition Law & Economics* 2022, 18:3, 613, 613 ff.; *Jamison*, *Boston College Intellectual Property & Technology Forum* 2020, 1, 1 ff.

72 *Rohner*, *Art. 102 AEUV und die Rolle der Ökonomie*, 2023, S. 103 f.

73 Vgl. hierzu mit Vorschlägen zur Umsetzung *Rohner*, *Art. 102 AEUV und die Rolle der Ökonomie*, 2023, S. 310 ff.

V. Fazit

Zu Beginn des Beitrags hat sich die Forschungsfrage gestellt, ob auf Grundlage von § 32f Abs. 4 GWB Entflechtungen auf digitalen Märkten möglich sind.

Anhand der Voraussetzungen dieser Regelung konnte gezeigt werden, dass gerade bei vertikalen und konglomeraten Verflechtungen in digitalen Ökosystemen eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs auftreten kann, die nur durch eine „echte“ eigentumsrechtliche Entflechtung wirksam beseitigt wird. Ein mögliches Hindernis ist dabei die Sperrwirkung des DMA. Auch wenn nach hier vertretener Ansicht eine solche nur eingeschränkt besteht, wäre eine auf § 32f Abs. 4 GWB gestützte Entflechtung stets mit dem Risiko behaftet, dass sie als mit dem DMA unvereinbar angesehen wird. Dieses Risiko wird durch die unklare Formulierung von Art. 1 Abs. 5 und 6 DMA befeuert.

Unabhängig hiervon ist jedoch nicht zu erwarten, dass es in naher Zukunft auf digitalen Märkten zu Entflechtungen durch das BKartA kommen wird. Dies ist weniger rechtlichen Hindernissen geschuldet als einer bewussten Zurückhaltung des BKartA angesichts des noch neuen DMA und des § 19a GWB, die beide speziell für die digitale Ökonomie geschaffen wurden.

§ 32f GWB und die in Abs. 4 enthaltene Entflechtungsmöglichkeit sind dennoch nicht ohne Bedeutung für die digitalen Märkte. Sie sind Teil einer wichtigen Entwicklung hin zu einem flexibleren und proaktiveren Kartellrecht. Die Lernprozesse, die das Kartellrecht in der digitalen Ökonomie durchlaufen musste und weiterhin durchlaufen muss, zeigen die Notwendigkeit hierfür nicht nur im nationalen Kartellrecht, sondern auch auf europäischer Ebene. Statt zukünftigen Herausforderungen weiter hinterherzulaufen, sollten Lehren für flexible Regeln gezogen werden, die diesen Herausforderungen besser begegnen können.

D. § 19a GWB, DMA und DSA

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

Annika Stöhr/Juliane Mendelsohn#*

Abstract:

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

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

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

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

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

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

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

I. Einleitung

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

-
- 1 CDU/CSU/SPD, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, 2018, Rn. 2755f.
 - 2 inter alia, *Autor/Dorn/Katz/Patterson/Van Reenen*, *American Economic Review*, 2017, 107(5), 180–185; *Gutiérrez/Philippon*, *AEA Papers and Proceedings*, 2018, 108, 432; *Grullon/Larkin/Michaely*, *Review of Finance*, 2019, 23(4), 697; *De Loecker/Eeckhout/Unger*, *The Quarterly Journal of Economics*, 2020, 135(2), 561; *De Loecker/Eeckhout*, *Global market power*, 2021, <https://www.janeeckhout.com/wp-content/uploads/Global.pdf> (abgerufen am 14. Januar 2024); *Budzinski/Mendelsohn*, *ORDO*, 2023, 217, 220f.
 - 3 inter alia, *Kerber*, *Updating competition policy for the digital economy? An analysis of recent reports in Germany, UK, EU, and Australia*, 2019, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3469624 (abgerufen am 14. Januar 2024); *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, *Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen*. Endbericht, 2018; *ACCC*, *Digital platforms inquiry*. Final report, 2019, <https://www.accc.gov.au/system/files/Digital%20platforms%20inquiry%20-%20final%20report.pdf> (abgerufen am 14. Januar 2024); *Barreto/Morita Sakowski/Park*, *The Antitrust Chronicle*, 2019, 3(2), 66; *Crémer/de Montjoye/Schweitzer*, *Competition policy for the digital era*, 2019, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/21dcl75c-7b76-11e9-9f05-01aa75ed71a1/language-en> (abgerufen am 14. Januar 2024); *Furman/Coyle/Fletcher/Marsden/McAuley*, *Unlocking digital competition*. Report of the digital competition expert panel, 2019, https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5c88150ee5274a230219c35f/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf (abgerufen am 14. Januar 2024); *Haucap/Kerber/Schweitzer/Wel-*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Ziele und Genese

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

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

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

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

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

11 *Budzinski/Gaenssle/Stöhr* (Fn. 8).

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

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

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

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

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

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

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

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

III. Vorstellung der bisherigen Fälle

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

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

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

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

1. Meta

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

¹⁶ BKartA, Verfahren gegen große Digitalkonzerne auf der Basis von §19a GWB, Stand: November 2024, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Downloads/Liste_Verfahren_Digitalkonzerne.pdf?__blob=publicationFile&mp%3Bv=25 (abgerufen am 13. November 2024).

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Alphabet

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

22 BKartA (Fn. 17).

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

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

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

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

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

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

3. Amazon

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Apple

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

35 BGH (Fn. 29).

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

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

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

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

5. Microsoft

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

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

38 BKartA v. 03.04.2023, B9-67/21 – Feststellung der überragenden marktübergreifenden Wettbewerbsbedeutung von Apple, Rn. 233f.

39 BKartA, Pressemitteilung: Bundeskartellamt prüft Apples Tracking-Regelungen für Dritt-Apps, 2022, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Pressemitteilungen/2022/14_06_2022_Apple.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (abgerufen am 14. Januar 2024).

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

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

IV. Erste Erfahrungen

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

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

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

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

1. Stufe 1

a) Die Verfahren nach Abs. 1

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

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

42 BKartA (Fn. 24).

43 BKartA (Fn. 31).

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

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

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

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

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

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

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

b) Die Kriterien des Abs. 1

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

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

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

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

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

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

48 Siehe etwa BKartA (Fn. 24).

49 Siehe etwa BKartA (Fn. 24).

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

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

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

50 Siehe etwa BKartA (Fn. 18).

51 Siehe etwa BKartA (Fn. 24).

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

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

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

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

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

wurde, daher lange als widerlegt.⁵⁶ Unter anderem vor dem Hintergrund der Verlustpreisstrategien Amazons trat die Sorge, dass konglomerate Konzerne durch ihre großen finanziellen Ressourcen in einzelnen Geschäftsbereichen⁵⁷ entsprechende Strategien langfristig durchhalten und damit den Wettbewerb beschränken könnten, im Bereich der Digitalkonzerne wieder in Erscheinung – wenngleich empirische Evidenz zur Bestätigung dieses modifizierten Ansatzes der „Deep Pockets“-Theorie weiterhin fehlt.⁵⁸

Indes wurde in allen bisherigen § 19a GWB-Fällen weiterhin das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung festgestellt. Aufgrund der genügenden starken Markt- bzw. Machtposition des jeweiligen Unternehmens ist hier der Begründungsaufwand geringer als in klassischen Wettbewerbsverfahren nach § 18 GWB – in den bisherigen Fällen wurde oftmals darauf verwiesen, dass eine exakte Marktabgrenzung nicht erforderlich sei.⁵⁹ Auch wenn sich das BKartA bisher relativ ausführlich mit dem gesamten Kriterienkatalog auseinandergesetzt hat, stellt sich weiterhin die Frage nach dem Verhältnis der Kriterien zueinander und deren Gewichtung. Die notwendige Konkretisierung der Prüfung wird sich möglicherweise erst in weiteren (gerichtlichen) Verfahren herauskristalisieren. Auch wenn die Feststellungen der ÜMÜB-Stellungen im Ergebnis überzeugen, wirken sie teilweise etwas unbestimmt und wenig konkret. In zwei Verfahren wurde bereits unternehmensseitig Beschwerde eingelegt – in beiden Verfahren wird das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung von den Unternehmen bestritten. Es ist in beiden Verfahren fraglich, ob die Feststellung der überragenden marktübergreifenden Bedeutung – wie vom BKartA behauptet – auch ohne Marktbeherrschung überzeugen würde und welche Begründungsdichte vorliegen bzw. in welchem Ausmaß weitere Kriterien dann erfüllt sein müssten.

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

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

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

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

c) Zwischenfazit

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

2. Stufe 2

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

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

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

Tabelle 2: *Theories of Harm der bisherigen Verfahren nach § 19a Abs. 2 GWB – Stand Dezember 2024*⁶¹

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

61 *BKartA*, Pressemitteilung: Verfahren gegen Google wegen möglicher Wettbewerbsbeschränkungen bei Kartendiensten (Google Maps Plattform), 2022, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2022/21_06_2022_Google_Maps.html;jsessionid=2CBECA45479366B4BE1F6F0A766E5FEA.1_cid508?nn=3591568 (abgerufen am 14. Januar 2024); *BKartA* (Fn. 28a); *BKartA* (Fn. 28b); *BKartA*, FAQ – zum Verfahren „Google News Showcase“, 2022, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Pressemitteilungen/2022/21_12_2022_FAQ_Google_News_Showcase.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (abgerufen am 14. Januar 2024); *BKartA* (Fn. 16); *BKartA*, Pressemitteilung: Verbesserungen für Verlage bei Nutzung von Google News Showcase, 2022, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2022/21_12_2022_Google_News_Showcase.html (abgerufen am 14. Januar 2024); *BKartA* (Fn. 34); *Hornkohl*, Beitrag auf competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com v. 06.11.2020, Brand Gating: German Competition Authority Once Again Launches An Investigation Into Amazon (and Apple), <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2020/11/06/brand-gating-german-competition-authority-once-again-launches-an-investigation-into-amazon-and-apple> (abgerufen am 14. Januar 2024); *BKartA*, Pressemitteilung: Bundeskartellamt prüft Apples Tracking-Regelungen für Dritt-Apps, 2022, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2022/14_06_2022_Apple.html abgerufen am 14. Januar 2024); *BKartA* (Fn. 23); *BKartA* (Fn. 16).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

65 Budzinski/Polk (Fn. 62).

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

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

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

3. Die Rechtsnatur des § 19a GWB

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

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

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

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

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

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

Für und gegen die vorgeschlagenen drei Test sprechen folgende Argumente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷⁷ *Robertson* (Fn. 60).

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

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

V. Verhältnis zum DMA und Fazit

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

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

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

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

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

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

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

82 *Mayr*, Journal of European Competition Law & Practice, 2022, 13(8), 553; *Cap-pai/Colangelo*, Common Market Law Review, 2023, 60(2), 431.

83 *Arbeitskreis Kartellrecht*, Digital Markets Act: Perspektiven des (inter)nationalen Wettbewerbsrechts, Hintergrundpapier, 2021, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AK_Kartellrecht_2021_Hintergrundpapier.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (abgerufen am 14. Januar 2024); *Haucap/Schweitzer*, Perspektiven der Wirtschaftspolitik, 2021, 22(1), 17; *Monopolkommission*, Wettbewerb 2022, XXIV. Hauptgutachten; *Zimmer/Göhsl*, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht, 2021, Heft 1, 29.

84 Im Vergleich zu bisherigen, „klassischen“ Missbrauchsverfahren.

Algorithmische Such- und Empfehlungssysteme in digitalen Märkten und die Umsetzung von Vorgaben des DMA und DSA

Sophia Gaenssle/Oliver Budzinski/Annika Stöhr*

Abstract:

Der vorliegende Beitrag betrachtet die wettbewerbs- und medienökonomischen Eigenschaften und Effekte von algorithmischen Such- und Empfehlungssystemen und ihrer Regulierung. Dabei werden nach einer einführenden Klarstellung des Sinns und der Notwendigkeit solcher Systeme in der digitalen Welt (Abschnitt 1) zunächst die nachfrage- und angebotsseitigen ökonomischen Effekte wie die Nutzung personalisierter Daten, der Erfahrungs- bzw. Vertrauensgutcharakter algorithmischer Rankings, Selbstbevorzugung und Gatekeeper-Macht thematisiert (Abschnitt 2). Anschließend widmet sich der Beitrag den jüngsten europäischen Regulierungspaketen für digitale Dienste (Digital Markets Act und Digital Services Act) und beschreibt die hierdurch anstehenden Regulierungswirkungen (Abschnitt 3). Schließlich diskutiert der Beitrag, ob die aktuellen Regulierungen geeignete Lösungen für die erfassten Problemfelder bieten.

I.	Erforderlichkeit von Vorselektion und Empfehlungssystemen im digitalen Raum	302
II.	Systematischer Überblick zu algorithmischen Such- und Empfehlungssystemen	304
	1. Nachfrageseitige Daten und Präferenzen	304
	a) Arten der Filterung und personalisierte Daten	304
	b) Algorithmen mit Erfahrungs- bzw. Vertrauensgutcharakter	306
	2. Angebotsseitige Präferenzen und Selbstbevorzugung	308
	a) Präferenzen der Anbieter und Intermediäre	308
	b) Marktmacht und Gatekeeping Power	310
III.	Neue Regulierung datenbasierter Such- und Empfehlungssysteme: DMA und DSA	313
	1. Datenbasierte Such- und Empfehlungssysteme als Gatekeeper (DMA)	313
	2. Transparenzregulierung und Nutzerautonomie (DSA)	317
IV.	Wirtschaftspolitische Empfehlungen und Ausblick	323

* Ass.-Prof. Dr. Sophia Gaenssle ist Assistenzprofessorin für Digitalisierung und Kreativindustrien an der Erasmus-Universität Rotterdam. Dr. Annika Stöhr ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Volkswirtschaftslehre, Fachgebiet Wirtschaftstheorie, an der Technischen Universität Ilmenau. Prof. Dr. Oliver Budzinski ist Direktor des Instituts für Volkswirtschaftslehre und Inhaber des Lehrstuhls für Wirtschaftstheorie an der Technischen Universität Ilmenau.

I. Erforderlichkeit von Vorselektion und Empfehlungssystemen im digitalen Raum

Digitale Märkte zeichnen sich durch eine große Masse an Informationen aus; ein breites wie tiefes Angebot an Inhalten und Vergleichsmöglichkeiten für Konsumenten ist verfügbar. Bereits in vordigitalen Zeiten gab es wissenschaftliche Diskurse über die Knappheit von Aufmerksamkeit und kognitiver Ressourcen zur Verarbeitung von Informationen: „Information consumes the attention of its recipients“ (S. 40).¹ Das Konzept begrenzter Aufmerksamkeit ist somit kein neues, hat jedoch im digitalen Zeitalter rasant an Brisanz gewonnen. Nicht mehr der Zugang zu Information ist typischerweise limitiert, sondern deren Verarbeitung.² Der Anstieg an verfügbaren Informationen verlagert den Fokus; Informationsüberlastung wird in der modernen Gesellschaft zu einem vorherrschenden Problem. Allein auf YouTube werden weltweit pro Minute 500 Stunden Videomaterial hochgeladen (Stand 2019).³ Die begrenzte Aufmerksamkeit der Rezipienten muss effizient und dynamisch über verschiedene Quellen und Plattformen verteilt werden.⁴ Die Vielfalt des Angebots im Internet insgesamt und auf (i) Online-Marktplätzen wie *Amazon* oder *Zalando*, (ii) bei Audio- und Video-Streamingdiensten wie *Spotify* oder *Netflix* sowie (iii) in App Stores wie *Google Play* oder *Apple App Store* übersteigt regelmäßig die Verarbeitungskapazitäten der Konsumenten.⁵ Da eine Erfassung des gesamten Angebotes nicht möglich ist, bedarf es zwingend einer Vorauswahl von Inhalten (Gütern). Typischerweise erfolgt eine Vorauswahl von Inhalten durch sogenannte Such- und Empfehlungssysteme, um eine rationale Auswahl zu ermöglichen. Diese Systeme arbeiten algorithmisch und zumeist datenbasiert (siehe Details im folgenden Abschnitt). Die Auswahl, welche Inhalte online präsentiert und angezeigt werden, erfolgt also nicht durch eine menschliche Vorselektion (bspw. durch Redakteurinnen oder Kuratorinnen), sondern automatisiert durch Algorithmen.

1 Simon, in: M. Greenberger (Hrsg.), *Computers, communications, and the public interest*, 1971, S. 37, 72.

2 Shapiro/Varian, Harvard Business School Press, 1999.

3 Hale, *More Than 500 Hours Of Content Are Now Being Uploaded To YouTube Every Minute*, 2019, <https://www.tubefilter.com/2019/05/07/number-hours-video-uploaded-to-youtube-per-minute/> (aufgerufen am 14.11.2023).

4 Che/Mierendorff, *American Economic Review*, 2019, 109:8, 2993, 3029.

5 Budzinski/Karg, in: *Staatswissenschaftliches Forum* (Hrsg.), *Die Rolle der Medien im Spannungsfeld von Meinungsmacht und gesellschaftlicher Polarisierung*, 2023, S. 144.

Bei der algorithmischen Vorauswahl der gezeigten Inhalte durch Such- und Empfehlungssysteme wird zwischen „pull“ und „push“ unterschieden.⁶ Im ersten Fall geht die Initiative von der Nutzerin aus, die eigenständig Informationen sucht und sogenannte „Treffer“ in einem vorselektierenden Ranking erhält; im zweiten Fall werden automatische Vorschläge ohne Konsumenteninitiative, sondern proaktiv, von einem Service vorgeschlagen. Hierzu zählen Vorschläge auf Startseiten von *YouTube*, *Netflix & Co*, aber auch weitere Empfehlungen in „Autoplay“-Formaten (Fortführung nach einem Video oder einer Playlist) sowie Vorschläge komplementärer und substitutiver Güter („andere Nutzer kauften auch“ oder „dazu passend“).⁷ Darüber hinaus kann zwischen horizontalen Vergleichen, die eine breite Palette von Informationen abdecken (z.B. klassische *Google*-Suchanfrage) und vertikalen Vorschlägen innerhalb eines spezifischen Bereichs unterschieden werden (z.B. *Kayak* im Bereich Reisen). In allen Fällen wird eine Vorauswahl und ein Ranking erstellt, in welcher Reihenfolge Inhalte präsentiert werden. Die Rangordnung beeinflusst wesentlich, welche Inhalte oder Produkte gekauft oder konsumiert werden. Sie ist damit maßgeblich für die Lenkung der Aufmerksamkeit und Wahrnehmung der Konsumenten. Der Algorithmus, der diese Rangordnung festlegt, basiert typischerweise auf einer Datenbasis der Nutzerin selbst und/oder anderer Nutzerinnen.

Durch eine systematische Vorauswahl werden sogenannte Transaktionskosten (diese beinhalten auch Such- und Entscheidungskosten) für Konsumenten reduziert und damit die begrenzt verfügbare Aufmerksamkeit, die bei der Auswahl eines Gutes eine Rolle spielt, entlastet. Konsumenten setzen nicht unbegrenzt kognitive Ressourcen bei der Suche und Auswahl geeigneter Inhalte und Güter ein. Abhängig von der Stärke individueller Präferenzen sind Konsumenten gewillt, mehr (oder weniger) Energie in die jeweilige Auswahl zu investieren. Bei außerordentlichen Konsumvorhaben könnte beispielsweise deutlich sorgfältiger sortiert und verglichen werden als bei Routinehandlungen.⁸ Wird der Auswahlprozess nicht auf ein Optimum ausgereizt, sondern bereits auf dem Niveau eines befriedigenden

6 *Budzinski/Gaenssle/Lindstädt-Dreusicke*, Handbook on Digital Business Ecosystems: Strategies, Platforms, Technologies, Governance and Societal Challenges, 2022, S. 349, 366.

7 *Budzinski/Karg*, in: Staatswissenschaftliches Forum (Hrsg.), Die Rolle der Medien im Spannungsfeld von Meinungsmacht und gesellschaftlicher Polarisierung, 2023, S. 144.

8 *Budzinski/Karg*, in: Staatswissenschaftliches Forum (Hrsg.), Die Rolle der Medien im Spannungsfeld von Meinungsmacht und gesellschaftlicher Polarisierung, 2023, S. 144.

Gutes oder Inhalts abgeschlossen wird dies als „Satisficing“ bezeichnet.⁹ Die Konsumentin gibt sich mit einem befriedigenden Produkt zufrieden und investiert nicht weiter verhältnismäßig wertvolle kognitive Ressourcen in den Prozess.

Die Rolle algorithmischer Such- und Empfehlungssysteme ist es, die Masse der Informationen zu sortieren und eine sinnvolle Vorauswahl für den jeweiligen Zweck zu treffen. Empirische Ergebnisse zeigen, dass lediglich die bestplatzierten Empfehlungen (die ersten 4-5 Suchtreffer) tatsächlich wahrgenommen werden.¹⁰ Dies veranschaulicht die Bedeutung und Reichweite der Systeme; sie managen die Wahrnehmung im Netz. Die Aufmerksamkeitsströme werden durch algorithmische Systeme gelenkt und ausgerichtet. Zwar ist dieser Vorgang, wie erläutert, angesichts der Informationsflut notwendig, birgt gleichzeitig aber auch deutliche Anreize zum Missbrauch. Gerade große Player im digitalen Raum, wie *Google* (inklusive *YouTube*) und *Meta* (inklusive *Facebook* und *Instagram*) verfügen über weitreichenden Einfluss die Wahrnehmung ihrer Kundinnen zu beeinflussen. Dieser Beitrag gibt einen Überblick zur Funktionsweise von algorithmischen Such- und Empfehlungssystemen (Abschnitt II), einer Reflektion zu aktuellen Regulierungen auf EU-Ebene (Abschnitt III) und wirtschaftspolitischer Empfehlungen (Abschnitt IV).

II. Systematischer Überblick zu algorithmischen Such- und Empfehlungssystemen

1. Nachfrageseitige Daten und Präferenzen

a) Arten der Filterung und personalisierte Daten

Die Nutzung personalisierter Daten spielt eine zentrale Rolle in der Funktionsweise algorithmischer Empfehlungssysteme. Anhand gesammelter Nutzungsdaten kann eine Filterung der Inhalte und eine Vorauswahl erfolgen.

9 *Simon*, *The Quarterly Journal of Economics*, 1955, Vol. 69, Nr. 1, 99-118; *Buchanan/Vanberg*, *Economics & Philosophy*, 1991, 7:1, S. 167, 167-186; *Vanberg*, *Rationality and Society*, 2002, 14:1, 7, 7-53; *Güth*, *Journal of Economic Behavior and Organization*, 2010, 73:3, 308, 316; *Caplin/Dean/Martin*, *American Economic Review*, 2011, 101:7, 2899, 2922; *Güth/Levati/Ploner*, *Economic Inquiry*, 2012, 50:2, 470, 483.

10 *Pan et al.*, *Journal of Computer-Mediated Communication*, 2007, 12:3, 801, 823.

Verschiedene Arten von Daten¹¹ werden herangezogen, um den Nutzern maßgeschneiderte und relevante Vorschläge zu unterbreiten: (i) zu grundlegenden Anmeldedaten zählen Informationen wie E-Mail-Adressen, Namen, Geschlecht, Alter und gegebenenfalls Wohnort, (ii) Verhaltensdaten (dazu zählen sogenannte *stated* und *revealed preferences*) bieten einen tiefen Einblick in individuelle Verhaltens-, Konsum- und Interaktionsmuster. Durch die Analyse dieses Verhaltens können Empfehlungssysteme präzisere Vorhersagen über die Vorlieben der Nutzerinnen treffen. (iii) Meta- und Analysedaten können aus der Masse bzw. Datenpool abgeleitet werden; je detaillierter und umfangreicher die Datenbasis, desto genauere Empfehlungsergebnisse lassen sich erzielen.

Die algorithmischen Empfehlungssysteme filtern entsprechend der verfügbaren Datenbasis nach (a) intrapersonellen Präferenzen („Content-Based“, eigene Konsumhistorie), (b) interpersonellen Präferenzen („Collaborative Filtering“, Konsumverhalten anderer Konsumenten mit ähnlichen Präferenzen), oder (c) intra- und interpersoneller Hybridmethode (eine Kombination aus (a) und (b)).¹² Liegen quantitativ wie qualitativ hochwertigen Daten vor, können Services gezielt Empfehlungen geben, die den Präferenzen ihrer Konsumenten entsprechen. Darüber hinaus generieren sie annähernd präferenzgerechte Rangfolgen (d.h. eine Sortierung nach Relevanz oder Wichtigkeit entsprechend der individuellen Präferenzen der Nutzer). Es ist zunächst davon auszugehen, dass diese zielgerichtete Vorauswahl und Sortierung ein verbessertes Angebot zur Folge haben. Aus einer ökonomischen Perspektive wird die Nutzerzufriedenheit gesteigert und individuelle Präferenzen werden gestärkt. Dementsprechend tragen individualisierte und algorithmenbasierte Such- und Empfehlungssysteme zur Wohlfahrt bei und ermöglichen eine rationale Entscheidung unter unvollkommenen Informationen.¹³

11 Budzinski/Kuchinke, in: von Rimscha (Hrsg.), *Management and Economics of Communication*. Berlin: DeGruyter, 2020, S. 21, 45.

12 Adomavicius/Tuzhilin, *IEEE Transactions on Knowledge and Data Engineering*, 17:6, 2005, S. 734, 749.; Gaenssle, in: Budzinski/Haucap/Stöhr/Wentzel (Hrsg.), *Zur Ökonomik von Sport, Entertainment und Medien – Schnittstellen und Hintergründe*, 2021, S. 181; Zhang/Yao/Sun/Tay, *ACM Computer Surveys*, 2019, 52:1, S. 1, 38.

13 Budzinski/Karg, in: *Staatswissenschaftliches Forum* (Hrsg.), *Die Rolle der Medien im Spannungsfeld von Meinungsmacht und gesellschaftlicher Polarisierung*, 2023, S. 144.

b) Algorithmen mit Erfahrungs- bzw. Vertrauensgutcharakter

Nachfrageseitig ist darüber hinaus jedoch zu beachten, dass es sich bei algorithmischen Empfehlungen um Erfahrungs- wenn nicht sogar um Vertrauensgüter handelt. Konsumenten können typischerweise erst während des Gebrauchs eines Services feststellen, ob ihnen die empfohlenen Produkte oder Inhalte gefallen (Erfahrungsgut). Darüber hinaus nehmen sie durch die Vorauswahl und Limitierung des Angebots nur jene Angebote wahr, die durch den Service „sichtbar“ gemacht wurden. Sie müssen also darauf vertrauen, dass nicht bessere Angebote vorab ausgesiebt wurden. Das bedeutet, dass Konsumenten selbst nach dem Konsum die Qualität des Empfehlungsservices kaum beurteilen können (Vertrauensgut). Zumeist geben Plattformen wenig Einblicke in die Funktionsweise ihrer Filterung und Vorselektion. Es ist für die einzelne Konsumentin entsprechend kaum möglich, die Empfehlungen im Detail zu beurteilen, da sie keine Einsicht in die Auswahlkriterien oder kontrafaktische Ergebnisse einer anderen Auswahl hat. Möglicherweise wären andere Informationen oder Angebote weitaus passender für sie, entziehen sich aber ihrer Wahrnehmung. Freilich gilt dies nur insoweit, wie die vorausgewählten Güter bzw. Inhalte immer noch eine zumindest befriedigende Präferenzgerechtigkeit erreichen. Eine wirklich „schlechte“ Vorauswahl würde sehr wohl bemerkt werden – und mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einer Abwanderung der jeweiligen Konsumentin vom betrachteten Service führen. Insgesamt ist der Erfahrungsgutcharakter algorithmischer Empfehlungssysteme dann dominant, wenn Konsumenten ohnehin über umfangreiches Wissen über den Markt verfügen (also relevantes Konsumkapital aufgebaut haben), während der Vertrauensgutcharakter vor allem dann auftritt, wenn eine hoher Unwissenheitsgrad hinsichtlich der Art und des Charakters der gerankten Inhalte besteht. So wird ein Kenner klassischer Musik den Spotify-Algorithmus hinsichtlich gebotener Vielfalt besser einschätzen können als ein Neueinsteiger in diesem Genre.

Die Qualitätselastizität der Nachfrage nach Empfehlungssystemen hängt zusätzlich auch davon ab, wie wichtig die Inhalte für die Konsumentin sind. Geht es um bewussten Konsum auf Basis stark ausgeprägter Präferenzen wird die Sensibilität für „schlechte“ oder „mäßige“ Empfehlungen deutlich ausgeprägter sein, als wenn einfach ein bisschen Zeit mit Online-Shopping vertrieben werden soll oder am Ende eines anstrengenden Tages nur noch etwas „Abschalten“ angestrebt wird – mithin in Fällen, in denen das „Was“ des Konsums eine untergeordnete Rolle spielt.

Typischerweise erfolgt die Empfehlung basierend auf personalisierten Daten (siehe vorheriger Abschnitt), während die genauen Parameter und deren Gewichtung zur Erstellung unbekannt sind. Entlang historisch gesammelter Datenpunkte werden Richtungen und Empfehlungen berechnet. Iterative Feedbackschleifen führen zu Lernprozessen und Vorschlägen gemäß (eigener und ähnlicher) Interessen und Präferenzen. Dies kann in einer Pfadabhängigkeit zu sogenannten Konsumblasen führen. In einer Konsumblase gefangen, erhalten Verbraucher nur Empfehlungen, die eng mit ihren Kerninteressen verbunden sind, und werden nicht mehr mit neuen, überraschenden Inhalten konfrontiert. Dies kann eine Verringerung der wahrgenommenen Vielfalt zur Folge haben. Obgleich Angebotsvielfalt herrscht, wird die Konsumentenaufmerksamkeit auf einige wenige Inhalte und Angebote beschränkt. Im Falle homogener Präferenzen, also einer Aversion gegenüber vom gewohnten Geschmack abweichenden Inhalten, kann eine Konsumblase individuell wohlfahrtfördernd sein. Liegen allerdings heterogene Präferenzen und ein Wunsch nach Vielfalt und Abwechslung vor, kann die Einschränkung basierend auf vergangener Nutzung weniger befriedigend sein. Gleichzeitig wird ein vielfältiger Konsum auch eine weniger homogene Empfehlungsliste hervorbringen.

Darüber hinaus können Konsumblasen aus gesellschaftlicher Sichtweise auf einer größeren Skala und langfristig zu Problemen führen. Einerseits kann die Segregation verschiedener kleiner Blasen die soziale Zusammengehörigkeit, gegenseitiges Verständnis und kollektive Entwicklung/Innovation verringern. Andererseits kann die Bildung einer einzigen großen/gemeinsamen Blase zu einem Verlust von Vielfalt und Individualität führen. Alle Verbraucher bauen das gleiche Konsumkapital auf, und kollektives Wissen wird auf dieselben Standards minimiert (Race-to-the-Bottom).¹⁴

Fraglich ist, ob ein Blick in die „Blackbox“¹⁵ der algorithmischen Empfehlungen Informationsdefizite abbauen und Konsumenten über die Vorauswahl informieren kann. Das Verständnis der Funktionsweise von Algorithmen und eigene Einflussnahme könnten die Konsumentenautonomie fördern, jedoch auch zu Überforderung und zu einer Erhöhung der Transaktionskosten führen. Aktuell verfügen ausschließlich Plattformen und

14 Budzinski/Gaenssle/Lindstädt-Dreusicke, Handbook on Digital Business Ecosystems: Strategies, Platforms, Technologies, Governance and Societal Challenges, 2022, S. 349, 366.

15 Leerssen, European Journal of Law and Technology, 2020, 11:2, S. 25, 76.

Services über den Gestaltungsrahmen der Empfehlungen innerhalb ihres Systems.

2. Angebotsseitige Präferenzen und Selbstbevorzugung

a) Präferenzen der Anbieter und Intermediäre

Den finalen Kontakt zu Endkonsumenten haben häufig Online-Services, die Angebote bündeln und vertreiben, d.h. dem Onlinevertrieb vorgelagert findet die Produktion von Inhalten, Services und Produkten statt. Je nach Modell wird auf einem virtuellen Marktplatz oder im Retail-Format (klassisches Handelsmodell) angeboten. Im ersten Fall handelt der Online-Service als Intermediär und ökonomische Plattform, im zweiten Fall als Händler bzw. Wiederverkäufer. Ein klassisches Beispiel ist *Amazon* mit der Aufteilung in Retail und Marketplace. Teils werden Produkte selbst hergestellt oder eingekauft und (wieder) verkauft, teils können externe Anbieter die Plattformstruktur nutzen, um dort ihre Produkte zu platzieren.¹⁶

Große Online-Dienste filtern und sortieren Angebote algorithmisch und wie bereits erwähnt nach Konsumenteninteressen. Je nach Geschäftsmodell haben diese Services jedoch verschiedene *eigene* Anreize, Empfehlungen auszugeben. Ein grundlegender ökonomischer Anreiz ist die Gewinnmaximierung. Diese führt zunächst einmal zu dem Anreiz, allen Nutzern die individuell für sie besten Empfehlungen zu geben, da dies die Nutzerzufriedenheit maximiert und darüber auch die Profite der Betreiber. Allerdings können sich aufgrund bestimmter ökonomischer Konstellationen zusätzliche, diese aus Konsumentensicht optimale Empfehlung verzerrende Anreize ergeben. So kann beispielsweise für einen Streamingdienst aufgrund von unterschiedlichen Lizenzgebühren die Gewinnspanne für einen Song/Film höher sein als für einen anderen. Der Streaming-Anbieter hat dann einen Anreiz, Titel mit höherer Gewinnmarge algorithmisch häufiger zu empfehlen und in Playlisten oder Autoplays prominenter einzupflegen.

Je nach Marktstruktur kann auch eine Selbstbevorzugung gewinnmaximierend sein.¹⁷ Solche Anreize bedingen, dass der Dienst, welcher das Empfehlungssystem betreibt, selbst auch auf den Märkten der Güter/Inhalte tätig ist, deren Güter empfohlen werden (vertikale Integration). Bei sol-

16 Budzinski/Gaenssle/Stöhr, *Concurrences*, 2020, 17:3, S. 38, 43.

17 Bougette/Budzinski/Marty, *The Antitrust Bulletin*, 2022, 67:2, S. 190-207.

chen vertikal integrierten Services könnte eine systematische Besserstellung von Inhouse-Produkten (z. B. sogenannte „Exclusives“ oder „Originals“ auf *Netflix* oder *Amazon Prime*) oder Tochterfirmen gegenüber Wettbewerbern lukrativ sein. Dies wird als Selbstbevorzugung oder Self-Preferencing bezeichnet.¹⁸ In ähnlicher Weise können Verzerrungsanreize auftreten, wenn Kooperationsvereinbarungen mit bestimmten Unternehmen bestehen, deren Produkte Gegenstand der Empfehlungsrankings sind (partner-preferencing).

Abhängig von gesellschaftlichen und politischen Werten bestimmter Länder und Systeme ist auch eine Verzerrung entlang einer politischen oder kulturellen Agenda möglich. Dies kann sowohl Firmen im Staatsbesitz betreffen, die politischer Einflussnahme unterliegen, als auch Privatunternehmen, die einer bestimmten Agenda und Wertestruktur folgen. Eine systematische Verzerrung von Unterhaltungs- aber vor allem Nachrichtenmedien kann starke Folgen für die öffentliche Meinung und Inhalte-Produzenten haben, zumal insbesondere komplexere Nachrichten- und Informationsinhalte in besonderer Weise Vertrauensguteigenschaften aufweisen.¹⁹ Werden Inhalte und Produkte systematisch nicht empfohlen oder kaum sichtbar gerankt, kann dies nachfrageseitig zu Konsum- bzw. Filterblasen führen und darüber hinaus auf vorgelagerten Märkten Barrieren für Produzenten schaffen, die vom Konsumentenzugang abgeschnitten werden. Dies kann Auswirkungen auf die wahrgenommene Vielfalt und den Wettbewerb zwischen Online-Diensten haben. Empirische Ergebnisse der industrieökonomischen Forschung zu Media Bias weisen darauf hin, dass Wettbewerb grundsätzlich als wirksames Instrument zur Begrenzung von systematischen Verzerrungen zu betrachten ist.²⁰ Die empirischen Einschätzungen darüber, inwieweit Filterblasen tatsächlich eine Fragmentierung oder Polarisierung treiben, gehen dabei durchaus auseinander.²¹ Dabei steht nicht

18 *Castellini/Fletcher/Ormosi/Savani*, Recommender Systems and Competition on Subscription-Based Platforms, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4428125>; *Padilla/Perkins/Piccolo*, The Journal of Industrial Economics, 2022, 70:2, S. 371, 395.; *Peitz*, Journal of European Competition Law & Practice, 2023, 14:5, S. 310, 315; zur Selbstbevorzugung siehe ferner *Bougette/Budzinski/Marty*, The Antitrust Bulletin, 2022, 67:2, S. 190-207.

19 *Pariser*, Filter Bubble. Wie wir im Internet entmündigt werden, 2012.

20 *Gentzkow/Shapiro*, Journal of Political Economy, 2006, 114:2, S. 280, 316.; *Ander-son/McLaren*, Journal of the European Economic Association, 2012, 10:4, S. 831, 859.

21 Eher pro: *Bond et al.*, Nature, 2012, 489, S. 295, 295-298; *Del Vicario*, PNAS, 2015, 113:3, S. 554, 554-559; *Zollo*, arXiv, 2015, 1510:04267, S. 1; eher con: *Gentzkow/Shapiro*, The Quarterly Journal of Economics, 2011, 126:4, S. 1799, 1799-1839; *Boxell/Gentzkow/Shapiro*, Proceedings of the National Academy of Sciences of the United

das Phänomen an sich infrage, sondern die Ursächlichkeit durch Filterblasen (keine gegenläufigen Inhalte sind mehr sichtbar) im Gegensatz zu einer bewussten, bereits ideologisch getriebenen Ignoranz gegenläufiger Inhalte.

b) Marktmacht und Gatekeeping Power

Die dargelegten Anreizstrukturen und anbieterseitigen Präferenzen führen, je nach Marktstruktur, zu einer Machtposition des Empfehlungssystembetreibers, welcher über die Struktur der Algorithmen und die Programmierung entscheidet. Grundsätzlich stellt jedes Empfehlungssystem – egal ob es algorithmischer oder redaktioneller Natur ist²² – einen Gatekeeper²³ dar, da es darüber entscheidet, welche Güter/Inhalte „durchkommen“ (= hinreichend hoch gerankt werden) oder „hängenbleiben“ (= weit unten gerankt werden). Sogenannte Gatekeeping-Power kann entstehen, wenn es nur *ein oder wenige Tore* gibt, die den Konsumenten Zugang zu Produkten und Services verschaffen. Hier kann ein Wächter den Zugang kontrollieren. Gibt es hingegen *viele Türen und Möglichkeiten*, können Konsumenten und vorgelegte Anbieter ausweichen und andere Online-Anbieter mit entsprechend anderen Empfehlungssystemen nutzen. Der Wettbewerb auf der Ebene des Empfehlers kann daher ausschlaggebend für die Gatekeeping-Power sein.

In Onlinemärkten können jedoch einige Grundeigenschaften die Marktkonzentration (auf ein „Gate“) forcieren, wie beispielsweise die Kombination von direkten²⁴ und (insbesondere symmetrischen) indirekten²⁵ Netzwerkeffekten oder Daten- und Verbundvorteile etablierter Unternehmen. Insbesondere bei zusätzlichen Inkompatibilitäten zwischen unterschiedlichen Diensten und hohen Wechselkosten kann dies zum sogenannten

States of America, 2017, 114:40, S. 10612, 10612-10617; Schnellenbach, ORDO, 2018, 68:1, S. 159, 159-178.

22 Selbst bei einer – für den Nutzer äußerst unpraktischen – Zufallsreihenfolge der gelisteten Inhalte würde ein Gatekeepereffekt bestehen, denn auch hier findet eine (wenn auch zufällige) Vorauswahl statt. Diese ist unausweichbar, weil sie notwendig für das Handeln des Nutzers ist (siehe Abschnitt I.).

23 Zu den besonderen Anforderungen an einen „Torwächter“/„Gatekeeper“ i. S. d. Digital Markets Act (DMA) siehe sogleich unten III. 1.

24 Farrell/Saloner, Rand Journal of Economics, 1985, 16:1, S. 70, 83.; Katz/Shapiro, American Economic Review, 1985, 75:3, S. 424, 440.

25 Armstrong, Rand Journal of Economics, 2006, 37:3, S. 668, 691.; Caillaud/Jullien, Rand Journal of Economics, 2003, 34, S. 309, 328.; Rochet/Tirole, Journal of the European Economic Association, 2003, 1:4, S. 990, 1029.; Rochet/Tirole, Rand Journal of Economics, 2006, 37:3, S. 645, 667.

„Tipping“ führen, d.h. das Kippen des Marktes von einer wettbewerblichen Struktur zu einer persistenten Dominanz eines einzelnen Unternehmens.²⁶ Bei entsprechender Marktkonzentration auf Empfehlungsebene wächst somit nicht nur der Spielraum, Produkte und Inhalte innerhalb des eigenen Dienstes zu empfehlen (Selbstbevorzugung, s. o.), sondern auch jener, dies auf der Gesamtmarktebene durchzusetzen. Der Gatekeeper ist in einer Schlüsselposition, um Aufmerksamkeitsströme zu lenken. Dabei spielen technische Markteintrittsbarrieren (hinsichtlich der Bereitstellung des Zugangs zu Produkten und Services) eine untergeordnete Rolle; die Barriere besteht darin die Aufmerksamkeit der Konsumenten zu erreichen, die systematisch von Algorithmen gelenkt wird.²⁷ Beispielsweise können Inhalte-Produzenten auf YouTube Videos jederzeit und ohne größere Bereitstellungskosten global zur Verfügung stellen; die Chance, erfolgreich Views von Nutzern zu sammeln, ist jedoch abhängig von der algorithmischen Platzierung der Videos, so dass sie überhaupt in den Aufmerksamkeitsbereich der potenziellen Konsumenten gelangen. Darüber hinaus ist anzumerken, dass in diesem Fall das Missbrauchspotential nicht erst einer Marktmachtposition im traditionellen Sinne bedarf. Gatekeeping-Power kann bei der Filterung, Sortierung und Empfehlung von Inhalten (und anderer Güter) deutlich früher auftreten.²⁸

Neben Marktmacht existiert ein weiterer Faktor, welche die Gatekeeping-Macht verstärken bzw. schwächen kann: der Grad der Individualisierung. Funktioniert ein Empfehlungssystem individualisiert, so bekommt jede Nutzerin ihre eigenen Empfehlungen, von denen sie im Schnitt die ersten 5-10 beachtet und zwischen ihnen auswählt. Das heißt aber auch, dass jede Nutzerin zwischen verschiedenen Empfehlungen auswählt: trotz einiger Überschneidungen werden die Empfehlungen nicht dieselben sein, da sich die Präferenzen ja unterscheiden (Individualisierung). Dies ist bei nicht-individualisierten Empfehlungssystemen anders: hier bekommen alle Nutzerinnen die gleichen Empfehlungen.²⁹ Dies hat Auswirkungen auf die Größe und die Vielfalt des Gesamtmarktes: bei Individualisierung gelangen viel mehr und viel diversere Inhalte/Güter in den Aufmerksamkeitsraum

26 *Budzinski/Gaenssle/Stöhr*, List Forum für Wirtschafts- und Finanzpolitik, 2020, 46:2, S. 157, 184.; *Klemperer*, Review of Economic Studies, 1995, 62:4, S. 515, 539.

27 *Gaenssle*, *Kyklos*, 2023, 77:1, S. 184-212.

28 *Budzinski/Karg*, in: Staatswissenschaftliches Forum (Hrsg.), Die Rolle der Medien im Spannungsfeld von Meinungsmacht und gesellschaftlicher Polarisierung, 2023, S. 144.

29 Die Ausnahme sind zufallsbasierte Empfehlungssysteme, welche aber den Nutzern kaum mehr einen Nutzen stiften.

der Nutzer als bei nicht-individualisierten Systemen. Diese Erkenntnis ist deswegen relevant, weil individualisierte Empfehlungssysteme immer datenbasiert sind. Nicht datenbasierte Empfehlungssysteme, wie bspw. redaktionelle Empfehlungen oder popularitätsbasierte Empfehlungen³⁰, sind hingegen nicht-individuell und bieten allen Nutzern die gleichen Empfehlungen an, wodurch sich der Markt im Vergleich zu individualisierten Systemen erheblich verengt und sich die Vielfalt signifikant verringert. Die Verwendung personalisierter Daten zum Zwecke der Individualisierung von Empfehlungssystemen ist also nicht nur für möglichst präferenzgerechte Systeme relevant (siehe Abschnitt I), sondern führt zudem zu mehr Vielfalt und mehr Wettbewerb – und verringert damit die Gatekeeper-Macht. Gerade wenn Regulierungen aus der Perspektive des Datenschutzes und der Privatsphäre gedacht werden, ist somit Vorsicht und Aufmerksamkeit geboten, um nicht als unerwünschte Nebenwirkung Wettbewerb und Vielfalt einzuschränken.

Drittens kommt der im vorherigen Abschnitt erwähnten Qualitätselastizität der Nachfrage eine wichtige Rolle für das Ausmaß bzw. die Ausnutzbarkeit der Gatekeeping-Macht zu. Sollten sich Konsumenten einer strategischen Verzerrung durch den Gatekeeper bewusst werden und dies ihre Wohlfahrt reduzieren, ist eine Abwanderung der Nutzer vorstellbar, soweit Konkurrenzangebote verfügbar oder ein Verzicht möglich sind. Die Transparenz, um diese Verzerrungseffekte festzustellen, fehlt aber typischerweise (u.a. aufgrund der Vertrauensgutcharakteristik; siehe Abschnitt II.2.c). Darüber hinaus ist anzumerken, dass mit fortschreitender Technologie, Machine-Learning und Künstlicher Intelligenz die Empfehlungsalgorithmen technisch verbessert werden können, jedoch unter Umständen die Algorithmen-Ersteller selbst teils keine vollumfängliche Transparenz über die Funktionsweise der Algorithmen mehr haben.³¹

30 Hier sind Empfehlungen auf Basis allgemeiner Popularität – bspw. bestverkaufte Güter oder meist-gestreamte Inhalte – gemeint, welche zwar auf allgemeinen Marktdaten beruhen, aber nicht auf jenen der individuellen Nutzerin.

31 Zhang/Lu/Jin, *Complex & Intelligent Systems*, 2021, 7:1, S. 439, 457.

III. Neue Regulierung datenbasierter Such- und Empfehlungssysteme: DMA und DSA

1. Datenbasierte Such- und Empfehlungssysteme als Gatekeeper (DMA)

Im vorherigen Abschnitt haben wir dargestellt, dass Gatekeeping-Macht zu den relevanten Problemen bei algorithmischen (und anderen) Empfehlungssystemen zählt. Daher ist es naheliegend, sich bezüglich der Regulierung solcher Systeme zunächst der Gatekeeper-Regulierung in der Europäischen Union zuzuwenden, nämlich dem Gesetz über Digitale Märkte (Digital Markets Act; DMA)³², welches im September 2022 beschlossen wurde und seit Mai 2023 angewendet wird. Allerdings wird der Begriff des Gatekeepers (in der deutschen Sprachfassung „Torwächter“, siehe Art. 2 Nr. 1 DMA) dort etwas anders verstanden, als dies in der Medien- und Informationsökonomik bisher üblich gewesen ist.³³ Statt allgemein auf die Fähigkeit abzustellen, Informationsflüsse kontrollieren und beeinflussen zu können, definiert der DMA Torwächter als Unternehmen, die einen sog. zentralen Plattformdienst (Art. 2 Nr. 2 DMA) bereitstellen und von der Kommission nach Art. 3 DMA benannt wurden. Voraussetzung für die Benennung als Torwächter ist insbesondere, dass der vom betreffenden Unternehmen bereitgestellte zentrale Plattformdienst „gewerblichen Nutzern als wichtiges Zugangstor zu Endnutzern dient“ (Art. 3 Abs. 1 DMA). Während also die ökonomische Theorie Gatekeeping-Macht sowohl gegenüber Endnutzern als auch gegenüber gewerblichen Nutzern kennt, adressiert der DMA – auf Ebene der Benennung von Torwächtern – „lediglich“ die Gatekeeping-Macht gegenüber gewerblichen Nutzern. Dem entsprechend beinhaltet die Liste der zentralen Plattformdienste auch nicht direkt die Dienstleistung eines (algorithmischen) Empfehlungssystems (Art. 2 Nr. 2 DMA).³⁴ Hingegen

32 Genau handelt es sich um die Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte). Vgl. allgemein auch *Mendelsohn/Budzinski*, in: Schmidt/Hübener (Hrsg.), *Das neue Recht der digitalen Märkte – Digital Markets Act (DMA)*, 2023, S. 43, 43-65. Für eine kritische Analyse aus ökonomischer und juristischer Sicht vgl. bspw. *Budzinski/Mendelsohn*, in: *ORDO*, 2023, 72-73:3, S. 217, 217-255.

33 *Budzinski*, in: Cappello (Hrsg.), *Unravelling the Digital Services Act Package*, 2021, S. 94, 94-109.

34 Gemäß Art. 2 DMA sind zentrale Plattformdienste: a) Online-Vermittlungsdienste, b) Online-Suchmaschinen, c) Online-Dienste sozialer Netzwerke, d) Video-Sharing-Plattform-Dienste, e) nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdiens-

sind sehr wohl Dienste enthalten, welche zwangsläufig oder ganz typischerweise Empfehlungssysteme beinhalten, wie bspw. Suchmaschinen oder Video-Sharing-Plattform-Dienste (oder auch allgemeine Vermittlungsdienste, Online-Dienste sozialer Netzwerke oder virtuelle Assistenten, welche alleamt wohl kaum ohne algorithmische Empfehlungssysteme auskommen werden). Allerdings sind die Anbieter zentraler Plattformdienste nicht automatisch Gatekeeper; für die Praxis von besonderer Bedeutung sind vielmehr die zusätzlichen Größenkriterien nach Art. 3 Abs. 1, Abs. 2 DMA:³⁵

- erheblicher Einfluss auf den Binnenmarkt, verstanden als einen Jahresumsatz in den vergangenen drei Jahren von je mindestens € 7,5 Mrd. in der EU oder durchschnittlich einen Marktwert von mindestens € 75 Mrd. im vergangenen Geschäftsjahr, wobei der zentrale Plattformdienst in mindestens drei Mitgliedstaaten verfügbar sein muss,
- wichtiges Zugangstor für gewerbliche Nutzer, verstanden als mindestens 45 Millionen monatliche aktive Endnutzer sowie mindestens 10 000 jährliche und aktive gewerbliche Nutzer des Dienstes in der EU, und
- eine gefestigte und dauerhafte Position innehat, verstanden als ein Erreichen der o.g. Nutzerschwellen in den drei vergangenen Geschäftsjahren.

Bisher (October 2024) hat die Europäische Kommission folgende Unternehmen zu Gatekeepern (zentrale Plattformdienste) im Sinne des DMA erklärt: Alphabet Inc. (Google Play, Google Maps, Google Shopping, Google Search, YouTube, Android Mobile, Alphabet's online advertising service, Google Chrome), Amazon.com Inc. (Marketplace, Amazon Advertising), Apple Inc. (App Store, iOS, Safari), Booking.com, ByteDance Ltd. (Tik Tok), Meta Platforms Inc. (Facebook Marketplace, Facebook, Instagram, WhatsApp, Messenger, Meta Ads), und Microsoft Corporation (LinkedIn, Windows PC OS).

Diese "DMA-Gatekeeper" unterliegen einer Reihe von Regulierungen (Art. 5-7 DMA), welche sich – dem Ziel des DMA entsprechend – vor allem auf wettbewerbswidriges und unfares Verhalten gegenüber gewerblichen

te, f) Betriebssysteme, g) Webbrowser, h) virtuelle Assistenten, i) Cloud-Computing-Dienste, und j) Online-Werbedienste, einschließlich Werbenetzwerken, Werbebörsen und sonstiger Werbevermittlungsdienste, die von einem Unternehmen, das einen der unter den Buchstaben a bis i genannten zentralen Plattformdienste bereitstellt, bereitgestellt werden.

35 Die Benennung als Gatekeeper ist auch unterhalb der im Folgenden dargestellten Schwellen der – widerlegbaren – Gatekeeper-Vermutung des Art. 3 Abs. 2 DMA möglich, sofern die Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 1, Abs. 8 DMA erfüllt sind.

Nutzern beziehen.³⁶ Für algorithmische Empfehlungssysteme ist vor allem eine Vorschrift interessant: das Verbot der Selbstbevorzugung (Art. 6 (5) DMA): „Der Torwächter darf von ihm selbst angebotene Dienstleistungen und Produkte beim Ranking sowie bei der damit verbundenen Indexierung und dem damit verbundenen Auffinden gegenüber ähnlichen Dienstleistungen oder Produkten eines Dritten nicht bevorzugen. Der Torwächter muss das Ranking anhand transparenter, fairer und diskriminierungsfreier Bedingungen vornehmen.“ Damit wird den o.g. DMA-Gatekeepern in ihren algorithmischen Empfehlungssystemen die datenbasierte Individualisierung sinnvollerweise weiter ermöglicht, aber die Verzerrung präferenzorientierter Empfehlungsrankings zugunsten eigener Güter/Inhalte ist untersagt. Dies betrifft somit alle genannten DMA-Gatekeeper insoweit sie vertikal integriert sind: Google Search darf bspw. Google Maps oder Shopping Inhalte nicht begünstigen, Amazon Marketplace keine Güter aus dem Amazon Retail Shop, der Apple App Store keine eigenen Apps gegenüber jenen von Drittanbietern bevorzugen, etc. Dies ist aus ökonomischer Sicht zu begrüßen und steht im Einklang mit einer ganzen Reihe an wettbewerbsrechtlichen Entscheidungen und Eingriffen der letzten Jahre.

Interessanterweise werden die der Selbstbevorzugung verwandten Verhaltensweisen der Partnerbevorzugung sowie der Bevorzugung von Gütern mit höherer Gewinnspanne (siehe Abschnitt II.2.c) nicht direkt erwähnt. Ob diese Verhaltensweisen mit der allgemeinen Vorgabe von transparenten, fairen und diskriminierungsfreien Bedingungen vereinbar sind, wäre wohl erst noch juristisch zu klären. Ökonomisch ist mindestens die Partnerbevorzugung der Selbstbevorzugung im Effekt gleichzusetzen. Noch schwieriger abzuschätzen ist derzeit, ob ein interpretationsbedürftiges Kriterium wie „Fairness“ in den Konflikt mit möglichst (Endnutzer-) präferenzgerechten Rankings geraten kann oder ob es zu Inkongruenzen zwischen nutzerpräferenzorientierten Rankings und Diskriminierungsfreiheit kommen könnte, wenn bestimmte Nutzerpräferenzen bewusst oder unbewusst diskriminierend sein sollten. Eine jeweils wettbewerbs- und marktorientierte Interpretation sollte problematische Auslegungen verhindern, allerdings stellt sich die Frage, inwieweit letztere durch den DMA zuverlässig ausgeschlossen werden. Grundsätzlich sind die (wohlverstandenen) Kriterien

36 Für eine ökonomische Analyse der (meisten der) Vorschriften vgl. zum ersten Vorschlag des DMA *Cabral et al., The Digital Markets Act: A Report from a Panel of Economic Experts*, 2021, sowie zur Endfassung des DMA *Budzinski/Mendelsohn*, in: *ORDO*, 2023, 72-73:3, S. 217, 217-255.

der Fairness, Diskriminierungsfreiheit und Transparenz (zu welcher wir uns in Abschnitt III.2 ausführlicher äußern) aus ökonomischer Sicht zu begrüßen.

Die eigenwillige Definition von Gatekeepern im Rahmen des DMA führt zu einem interessanten Phänomen: in einigen Märkten konkurrieren zukünftig Anbieter regulierter Empfehlungssysteme mit solchen, die nicht der DMA-Regulierung unterliegen – obwohl die regulierten Unternehmen in diesen Märkten nicht zwangsläufig über Marktmacht verfügen. Ein Beispiel hierfür stellen die Streaming-Märkte für audiovisuelle Inhalte dar. Hier konkurrieren Dienste mit verschiedenen Geschäftsmodellen um die Aufmerksamkeit der Zuschauer. Die Anbieter mit den größten Marktanteilen in Deutschland sind derzeit Netflix, YouTube, Amazon Prime und Disney+. Während YouTube auf ein Plattformgeschäftsmodell setzt, konzentrieren sich die anderen drei derzeit auf Abonnementmodelle (was sich aber jederzeit durch die Einführung einer werbefinanzierten Version (Plattformmodell) ändern kann). Dennoch stehen sie empirisch in relevantem Umfang im Wettbewerb zueinander.³⁷ Da der DMA aber nur „Video-Sharing-Plattform-Dienste“ als mögliche Gatekeeper listet und Streaming-Dienste ausschließt, kommt es nun zu der Situation, dass ein Wettbewerber dem Selbstbevorzugungsverbot unterliegt, die anderen aber nicht – ohne wesentlich „kleiner“ im relevanten Markt zu sein (sodass das klassische Argument von der speziellen Verantwortung marktdominanter Unternehmen hier nicht greift). Mehr noch, ein Wechsel des Geschäftsmodells kann nun darüber entscheiden, ob ein Wettbewerber der DMA-Regulierung unterliegt: wird ein Plattformmodell gewählt, ist (bei entsprechender Größe) eine Anwendung des DMA prinzipiell möglich, wird ein reines Abonnementmodell gewählt hingegen nach derzeitigem Stand nicht. Dies erscheint aus ökonomischer Sicht wenig sinnvoll zu sein.

37 Budzinski/Gaenssle/Lindstädt, in: Springer Nature - Business & Economics, 2021, 9:116, S. 1, 1-26.

2. Transparenzregulierung und Nutzerautonomie (DSA)

Der Digital Services Act (DSA), wie der DMA-Teil des Digital Services Pakets der Europäischen Union,³⁸ hat das Ziel der Schaffung eines unionsweit einheitlichen Rechtsrahmens für Onlinedienste. Unter anderem ist er damit die erste supranationale Verordnung, die sich spezifisch mit algorithmischen Empfehlungssystemen befasst. Er definiert diese konkret als "ein vollständig oder teilweise automatisiertes System, das von einer Online-Plattform verwendet wird, um auf ihrer Online-Schnittstelle den Nutzern bestimmte Informationen vorzuschlagen oder diese Informationen zu priorisieren, auch infolge einer vom Nutzer veranlassten Suche, oder das auf andere Weise die relative Reihenfolge oder Hervorhebung der angezeigten Informationen bestimmt"³⁹. Begründet wird diese spezifische Berücksichtigung von algorithmischen Empfehlungssystemen mit der maßgeblichen Beeinflussung des Zugangs und der Interaktion von Nutzerinnen und Nutzern mit und auf Online-Plattformen durch die Priorisierung und Darstellung von Inhalten und Informationen auf diesen Plattformen. Diese geschehe hauptsächlich durch algorithmische Empfehlungen und andere Formen der Kuratation. Die Schaffung von Transparenz über die Wirkungsweise dieser Systeme sei daher von erheblicher Relevanz.⁴⁰

Mit dem Ziel, die Selbstbestimmung der Nutzer zu stärken, gelten nach Art. 27 DSA zunächst für alle Online-Plattformen⁴¹, die Empfehlungssysteme verwenden, bestimmte Transparenzpflichten hinsichtlich ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Dort müssen die Anbieter „in klarer und verständlicher Sprache die wichtigsten Parameter, die in ihren Empfehlungssystemen verwendet werden, sowie alle Möglichkeiten für die Nut-

38 Siehe allgemein, für ein frühe Einschätzungen des Paketes, etwa *Cappello* (Hrsg.), *Unravelling the Digital Services Act Package*, European Audiovisual Observatory, 2021.

39 Art. 3 lit s DSA.

40 Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste), Rn. 70.

41 In Art. 3 lit i DSA definiert als „Hostingdienst, der im Auftrag eines Nutzers Informationen speichert und öffentlich verbreitet, sofern es sich bei dieser Tätigkeit nicht nur um eine unbedeutende und reine Nebenfunktion eines anderen Dienstes oder um eine unbedeutende Funktion des Hauptdienstes handelt, die aus objektiven und technischen Gründen nicht ohne diesen anderen Dienst genutzt werden kann, und sofern die Integration der Funktion der Nebenfunktion oder der unbedeutenden Funktion in den anderen Dienst nicht dazu dient, die Anwendbarkeit dieser Verordnung zu umgehen“.

zer, diese wichtigen Parameter zu ändern oder zu beeinflussen, darlegen“ (Art. 27 Abs. 1 DSA). Dazu müssen mindestens die Auswahlkriterien, die für die Bestimmung der angezeigten Informationen am wichtigsten sind, sowie die Gründe für deren relative Gewichtung, erläutert werden (Art. 27 Abs. 2 DSA). Sofern die einzelnen Anbieter mehrere Optionen für Empfehlungssysteme, die zu unterschiedlichen (Such- und Sortierungs-)Ergebnissen führen, zur Verfügung stellen, müssen diese verschiedenen Funktionen leicht erreich- und änderbar sein (Art. 27 Abs. 3 DSA).

Sehr große Online-Plattformen und sehr große Online-Suchmaschinen⁴², also Anbieter mit durchschnittlich monatlich mindestens 45 Millionen aktiven Nutzerinnen und Nutzern in der Europäischen Union⁴³ (Art. 33 Abs. 1 DSA), müssen zusätzlich nach Art. 38 DSA mindestens eine Option für ihre Empfehlungssysteme zu Auswahl stellen, die nicht auf sog. „Profiling“ beruht. Die gesonderten Regeln für sehr große Anbieter werden damit begründet, dass die potenzielle Reichweite und damit der Einfluss dieser Anbieter auf öffentliche Kommunikationsprozesse im Vergleich zu kleinen Plattformen größer ist, was zu gesellschaftlichen Risiken führen könne.⁴⁴ Zum „Profiling“ wird auf Art. 4 Abs. 4 Verordnung (EU) 2016/679 verwiesen, wonach es sich hierbei um die automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten handelt, welche zum Ziel hat, „...bestimmte persönliche Aspekte, die sich auf eine natürliche Person beziehen, zu bewerten, insbesondere um Aspekte bezüglich Arbeitsleistung, wirtschaftliche Lage, Gesundheit, persönliche Vorlieben, Interessen, Zuverlässigkeit, Verhalten, Aufenthaltsort oder Ortswechsel dieser natürlichen Person zu

42 In Art. 3 lit. j DSA definiert als „Vermittlungsdienst, der es Nutzern ermöglicht, in Form eines Stichworts, einer Spracheingabe, einer Wortgruppe oder einer anderen Eingabe Anfragen einzugeben, um prinzipiell auf allen Websites oder auf allen Websites in einer bestimmten Sprache eine Suche zu einem beliebigen Thema vorzunehmen und Ergebnisse in einem beliebigen Format, in dem Informationen im Zusammenhang mit dem angeforderten Inhalt zu finden sind, angezeigt zu bekommen“.

43 Hier besteht eine große Schnittmenge mit dem Adressatenkreis des DMA, der für die Benennung von Gatekeepern u.a. ebenfalls auf eine unionsweite Nutzerzahl von 45 Millionen abstellt (Art. 3 Abs. 2 lit. b DMA), wobei auch hier für die Designation nicht auf medienwissenschaftliche oder -ökonomische Konzepte bezuggenommen wird (siehe *Budzinski/Karg*, in: Staatswissenschaftliches Forum (Hrsg.), *Die Rolle der Medien im Spannungsfeld von Meinungsmacht und gesellschaftlicher Polarisierung*, 2023, S. 144.).

44 *Steinrötter/Schauer*, in Steinrötter (Hrsg.), *Europäische Plattformregulierung*, 2023, S. 33; *Budzinski/Karg*, in: Staatswissenschaftliches Forum (Hrsg.), *Die Rolle der Medien im Spannungsfeld von Meinungsmacht und gesellschaftlicher Polarisierung*, 2023, S. 144.

analysieren oder vorherzusagen“. Insgesamt soll mit dieser Erweiterung der Transparenzpflichten für sehr große Online-Plattformen und sehr große Online-Suchmaschinen auch die Diskriminierung schutzbedürftiger Personen adressiert werden, indem entsprechende Maßnahmen zur Anpassung der Empfehlungssysteme ergriffen werden müssen.⁴⁵

Die Gestaltung der algorithmischen Empfehlungssysteme muss zudem explizit in die jährliche Bewertung systemischer Risiken, die von sehr großen Online-Plattformen und sehr großen Online-Suchmaschinen obligatorisch durchgeführt werden muss, einbezogen werden (Art. 34 Abs. 2 (a) DSA). Neben der Risikobewertung müssen Maßnahmen ergriffen werden, um etwaige systemische Risiken zu mindern – etwa auch durch Anpassung ihrer Empfehlungssysteme (Art. 35 (1) (d) DSA).⁴⁶

Mit den Transparenzregelungen im DSA soll die traditionell eher passive Rolle der Konsumenten umgekehrt und Gestaltungsmöglichkeiten geschaffen werden.⁴⁷ Durch die Möglichkeiten zur Einflussnahme auf die im Rahmen der algorithmischen Empfehlungssysteme genutzten Parameter sowie Daten könnten, zumindest für sehr große Online-Plattformen und sehr große Online-Suchmaschinen, stärkere Gestaltungsspielräume für Konsumentinnen und Konsumenten geschaffen werden. Fraglich ist jedoch, inwiefern sowohl die höhere Transparenz sowie, in einem weiteren Schritt, die Möglichkeiten zur Einflussnahme von den Plattformen ausgestaltet und von den Nutzerinnen und Nutzern angewendet werden (können). Konkrete Ausführungen zur jeweiligen Ausgestaltung machen weder Art. 27 noch Art. 38 DSA. Bereits der Begriff der „wichtigsten Parameter“, über die laut Art. 27 Abs. 1 DSA Transparenz geschaffen werden soll, ist unbestimmt und potenziell offen von den Unternehmen auszulegen. Grundsätzlich wäre jedoch eine Offenlegung aller die Empfehlungssysteme beeinflussenden Parameter auch nicht nötig, um Verbraucher über die grundlegenden Funktionsweisen des vorgenommenen Rankings zu informieren.⁴⁸ Auch würden solche (noch) umfassenderen Transparenzvorgaben und die Offenlegungs-

45 Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste), Rn. 94.

46 *Budzinski/Karg*, TechREG CPI CHRONICLE DECEMBER 2022, S. 1-9.

47 *Fabrizi*, Proceedings of the 2023 AAAI/ACM Conference on AI, Ethics, and Society, 2023, 653.

48 *Kühling*, Die Verantwortung der Medienintermediäre für den Schutz öffentlicher Kommunikationsräume, in: Zimmer (Hrsg.), Regulierung für Algorithmen und Künstliche Intelligenz, 2021, S. 89-148, 137.

pflicht etwaiger Geschäftsgeheimnisse einen Eingriff in die unternehmerische Freiheit⁴⁹ der Plattformen darstellen und den Wettbewerb auf Ebene dieser Systeme erheblich beschränken.⁵⁰

Dennoch bieten die Möglichkeiten, Parameter selbst zu justieren, interessierten Nutzern zusätzliche Möglichkeiten und damit diesen auch einen erhöhten Nutzen, was aus Wohlfahrtsperspektive positiv zu bewerten ist. Freilich kann man fragen, warum diese Möglichkeiten nicht längst bestehen, wenn sie von den Konsumentinnen gewünscht werden und damit einen Wettbewerbsvorteil bieten. Eine denkbare Antwort besteht darin, dass die Gatekeeper-Macht der Anbieter von Empfehlungssystemen bereits so groß ist, dass sie auf die Wünsche ihrer Nachfrager kaum mehr Rücksicht nehmen müssen. Eine alternative Antwort könnte allerdings auch darin bestehen, dass die Anzahl derer, die solche Gestaltungsmöglichkeiten gerne nutzen möchte, sehr gering ist (jedenfalls außerhalb einer datenökonomisch und datenschutzrechtlich orientierten „Blase“). Je nach Ausgestaltung wäre eine Selbstgestaltungsoption für diese Nutzer entweder überflüssig und uninteressant oder sogar transaktionskostensteigernd, wenn die Art der Ausgestaltung sie zwingt, sich damit zu beschäftigen.

Die neu geschaffene Transparenz und die Gestaltungsoptionen für algorithmische Empfehlungssysteme könnten bei Konsumenten wiederum zu einem eigenen *information overload* und Mehraufwand bei der Nutzung führen, der das „klicking-without-reading“-Phänomen⁵¹ bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen noch verstärken, und damit bestehende Informationsasymmetrien potenziell noch steigern könnte. Zumal für die Wirksamkeit der Transparenzvorgaben neben dem tatsächlichen Lesen auch das Verständnis dieser durch die Konsumenten notwendig ist, von welchem auf Grundlage empirischer Untersuchungen nicht immer ausgegangen werden kann.⁵² Durch längere und kompliziertere Geschäftsbedingungen und das damit einhergehende geringere Verständnis der Konsumenten könnte auch die Regelsetzungs- und Rechtsgestaltungsmacht⁵³ insbesondere sehr großer

49 Paal, MMR (2018), Vol. 21, Nr. 9, 567-572, 571.

50 Budzinski/Karg, in: Staatswissenschaftliches Forum (Hrsg.), Die Rolle der Medien im Spannungsfeld von Meinungsmacht und gesellschaftlicher Polarisierung, 2023, S. 144.

51 Siehe etwa Bakos/Marotta-Wurgler/Trossen, Journal of Legal Studies, 2014, 43:1, S. 1; Steinfeld, Computers in Human Behavior, 2016, 55:B, S. 992.

52 Reidenberg et al., Berkeley Tech. L. J., 2015, 30, S. 39.

53 Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen: Gutachten für das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, 2018.

Plattformen weiter verstärkt werden, wodurch die Tipping-Tendenz dieser Märkte hin zu marktbeherrschenden Positionen einzelner Unternehmen potenziell noch verstärkt wird. Es ist davon auszugehen, dass solche Transparenzregelungen mit zunehmender Plattformgröße – und damit Stärke der Marktposition des betreffenden Unternehmens – an Effizienz verlieren. Die Tipping-Problematik dieser Märkte kann allein mit Transparenzregelungen wohl nicht adressiert bzw. gelöst werden. Freilich können zum Abbau von Informationsasymmetrien und zur Schaffung von Kontrollmöglichkeiten grundsätzlich jedoch auch „professional readers“, wie etwa Wettbewerber oder Verbraucherschutzverbände, beitragen, sodass ein vollständiges Verständnis der Geschäftsbedingungen durch jeden einzelnen Konsumenten wohl nicht zwingend nötig ist.⁵⁴ Andererseits reicht das bloße Wissen der Konsumenten um eine potenziell nachteilige Ausgestaltung algorithmischer Such- und Empfehlungssysteme unter Umständen nicht aus, um Wirksamkeit hinsichtlich von Verhaltensänderungen zu entfalten, sofern keine entsprechenden Handlungsmöglichkeiten bestehen. Bei der Beurteilung der Effizienz der Transparenzvorgaben ist also insbesondere auch die Wirksamkeit der zugehörigen Sanktionsmöglichkeiten relevant.⁵⁵

Ähnliches gilt auch für die Schaffung von Algorithmen-Gestaltungsmöglichkeiten bei sehr großen Online-Plattformen und Suchmaschinen. Wie genau die Option ohne „Profiling“ ausgestaltet sein muss, ist dem DSA nicht zu entnehmen - welches sind die „wichtigsten Parameter“ und durch wen werden sie festgelegt? Auch hier kann potenziell die Regelsetzungsmacht der sehr großen Plattformen ausgenutzt werden⁵⁶, etwa in Form von besonders geringen Anpassungsmöglichkeiten durch die Nutzer oder, wie bereits bei Instagram geschehen, durch die simple Einführung eines Bezahl-Systems.

Die Qualität dieser Optionen ohne „Profiling“ ist zudem abhängig von der genauen Ausgestaltung.⁵⁷ Eine vollständige Randomisierung der angezeigten Beiträge erscheint durch den damit einhergehenden Qualitätsverlust der Empfehlungssysteme wenig nutzerfreundlich (*information overload*) und kaum präferenzgerecht (siehe Abschnitt 1 dieses Beitrags).⁵⁸

54 Hoch-Loy, in: Steinrötter (Hrsg.), Europäische Plattformregulierung, 2023, S. 101.

55 Ibid.

56 Denga, in: Steinrötter, Europäische Plattformregulierung, S. 175.

57 Helberger et al., Internet Policy Review, 2021, URL: <https://policyreview.info/articles/news/regulation-news-recommenders-digital-services-act-empowering-david-against-very-large>, zuletzt abgerufen am 16.02.2024.

58 Budzinski, Medienwirtschaft, 2021, 18:4, S. 48-55, 54.

Denkbar wäre ein Ranking der Beiträge anhand deren allgemeiner Beliebtheit und Klickzahlen ohne die Verwendung personalisierter Daten. Bei dieser Option kommt es jedoch potenziell zu einer Homogenisierung der gezeigten Inhalte und einer Verringerung der Angebotsvielfalt, was wiederum für den einzelnen Konsumenten wenig präferenzgerecht sein dürfte und zudem den Wettbewerb auf der jeweiligen Plattform verzerrt (siehe Abschnitt II.2.d). Auch ist es fraglich, inwieweit dadurch die angestrebte Konsumentenauswahlfreiheit⁵⁹ tatsächlich gestärkt wird. Eine weitere, wenngleich wenig wahrscheinliche und auch grundsätzlich wohl nicht vom DSA bezweckte Option wäre der Aufbau von Online-Redaktionen bei den jeweils betreffenden Plattformen, welche die Algorithmus-Optionen ohne „Profiling“ kuratieren. Diese Möglichkeit ist jedoch mit erheblichen Kosten für die Unternehmen verbunden und schafft letztendlich neue Gatekeeper in Form der Kuratoren.

Alle diese Optionen ohne „Profiling“ erhöhen die Informations- und Transaktionskosten für Konsumenten. Der durch den *information overload* erzeugte begrenzte Überblick der Konsumenten über den gesamten Angebotsraum macht es den Nutzern zudem schwer, kleinere Qualitätsverschlechterungen der Empfehlungssysteme zu bemerken und zu beurteilen. Ein Vergleich mit konkurrierenden Plattformen ist durch deren relative Angebotsheterogenität sowie die dadurch wiederum erhöhten Transaktionskosten im routinemäßigen Gebrauch nur teilweise denkbar. Die mit dem DSA verfolgte Transparenzpolitik könnte durch die Voraussetzung kognitiven und zeitlichen Aufwands bei den Nutzern also weitgehend ineffektiv sein. Zudem könnten sog. Verärgerungskosten (*annoyance costs*) entstehen, wenn die Konsumenten bei jeder Nutzung eines Dienstes eine zwingende Auswahlentscheidung zur personalisierten bzw. nicht-personalisierten Ausgestaltung der Empfehlungssysteme gezwungen sind.⁶⁰

Insgesamt ist es daher fraglich, inwieweit die Transparenzregeln und Gestaltungsmöglichkeiten für algorithmische Empfehlungssysteme des DSA durch die damit einhergehenden erhöhten Informations- und Transaktionskosten eine tatsächliche Erweiterung der Wahlmöglichkeiten für Konsumenten erwirken. Das mit dem DSA verfolgte Ziel des User Empowerments wird zumindest insoweit erreicht, dass Informationsasymmetrien

59 Kühling, in: Zimmer (Hrsg.), *Regulierung für Algorithmen und Künstliche Intelligenz*, 2021, S. 89-148, 140.

60 Budzinski/Karg, in: *Staatswissenschaftliches Forum* (Hrsg.), *Die Rolle der Medien im Spannungsfeld von Meinungsmacht und gesellschaftlicher Polarisierung*, 2023, S. 144.

hinsichtlich der Nutzung und Wirkungsweise von Algorithmen (teilweise) abgebaut werden, wenngleich einhergehend mit erhöhten Kosten für die Nutzer. Gleichzeitig könnte es zu einer Qualitätsverschlechterung der Empfehlungssysteme und zum Aufbau von Filterblasen und Echokammer-Effekten kommen, abhängig davon, wie genau die Optionen ohne „Profiling“ ausgestaltet werden. Die ökonomischen Probleme der Regelsetzungsmacht sehr großer Plattformen können mit den vorgestellten Regelungen wohl nicht erreicht werden – mit einem Wegfall der Individualisierungsmöglichkeiten werden Marktmacht und Gatekeeping-Power eher noch gestärkt.

IV. Wirtschaftspolitische Empfehlungen und Ausblick

Grundsätzlich ist es begrüßenswert, dass die vorliegenden Regulierungen von algorithmischen Such- und Empfehlungssystemen vorsichtig und zurückhaltend vorgehen. Sowohl die Notwendigkeit (information overload) als auch die Nützlichkeit (Präferenzgerechtigkeit, breiteres und vielfältigeres Angebot im Wahrnehmungsraum der Konsumentinnen) individualisierter, datenbasierter Empfehlungssysteme sollte nicht unterschätzt werden. Insbesondere eine rein auf den Schutz personalisierter Daten ausgerichtete Sichtweise kann dazu neigen, wichtige ökonomische Implikationen der Individualisierung bzw. ihrer Einschränkung zu übersehen. Zudem müssen Alternativen und ihre Vor- und Nachteile mitgedacht werden: Ist es wünschenswert, wenn allen Nutzern nur die allgemein populärsten Inhalte angezeigt werden, die durch Superstareffekte ohnehin schon erhebliche Teile des Konsums dominieren? Ist es wünschenswert, die Gatekeeping-Macht der Empfehlungssystembetreiber zu steigern, in dem sie selbst („redaktionell“) selektieren, was die Nutzer angeboten bekommen? Ist es wünschenswert, wenn Nutzerdaten so geschützt werden, dass pro Güter-/Inhalte-Kategorie alle Konsumierenden das Gleiche angeboten bekommen, einhergehend mit einer signifikanten Verringerung der Wettbewerbsintensität? Darüber hinaus ist auch die Frage zu stellen, ob der durchschnittliche Nutzer hier nicht gegen seinen Willen „geschützt“ wird, wenn ihm dadurch zusätzliche Transaktionskosten durch aufgezwungene Informationen und Entscheidungen entstehen, welche ihm netto einen negativen Nutzen stiften („Verärgerungskosten“ durch ständiges Wegklicken von Transparenz- oder Entscheidungsfeldern).

Insofern wäre es sinnvoll, sich die ökonomischen Bedingungen anzusehen, unter denen verstärkte Anreize zu verzerrten, nicht-präferenzgerechten Rankings entstehen. Hier ist festzustellen, dass dies unter den vorliegenden Regulierungen nicht geschieht. Strategische Verzerrungen in Empfehlungssystemen treten dabei ökonomisch insbesondere als sogenannte nicht-horizontale Effekte auf, beispielsweise als Selbstbevorzugung bei vertikaler Integration oder Partnerbevorzugung bei vertikalen oder konglomeraten Kooperationen (siehe Abschnitt II.2). Hier zeigt sich, dass auch mit dem Übergang von der Anwendung des Wettbewerbsrechts auf die Regulierung digitaler Märkte die notorische Vernachlässigung nicht-horizontaler Effekte nicht wirklich überwunden wird: Letztendlich bestimmen sowohl im DMA als auch im DSA Merkmale der („horizontalen“) Größe über die Anwendung der jeweiligen Regulierung und nicht etwa Kriterien der vertikalen Integration oder der nicht-horizontalen Kollusion. Wenn aber die Anreize zu einer strategischen Verzerrung algorithmischer Such- und Empfehlungssysteme nicht systematisch in das Zentrum der Regulierung gestellt werden, wird diese letztendlich nicht die Balance zwischen der Bewahrung der erheblichen Vorteile solcher Systeme in der digitalen Welt und der Gefahren schaffen können. Im Gegenteil können unter Umständen von den Regelungen des DMA sogar eigene horizontale Wettbewerbsverzerrungen ausgehen (siehe Abschnitt III.1).⁶¹

Strategische Verzerrungen von (ansonsten) datenbasierten Such- und Empfehlungssystemen eignen sich grundsätzlich für ein wettbewerbsrechtliches oder regulatives Per se-Verbot, da stets manipulativ in das datenbasierte Ranking eingegriffen wird. Da Marktmacht die negativen Wirkungen verstärkt, stellt eine erweiterte Missbrauchsaufsicht, welche systemische oder marktübergreifende Marktmacht berücksichtigt und nicht-horizontale Effekte nicht vernachlässigt, ein geeignetes Instrument dar. Zu flankieren wäre diese dadurch, dass problematische Strukturen – sehr einflussreiche Empfehlungssysteme gekoppelt mit vertikaler Integration oder nicht-horizontaler Kollusion – marktstrukturell verhindert werden, zum einen durch eine Zusammenschlusskontrolle, welche nicht-horizontale Effekte in digitalen Märkten sowie erweiterte Marktmachtbegriffe einbezieht, und zum anderen durch eine Sicherstellung, dass vertikale kollusive Vereinbarungen, welche Partnerbevorzugung anreizen, nicht unter eventuelle Freistellungsverordnungen fallen.

61 Vgl. Budzinski/Mendelsohn, in: ORDO, 2023, 72-73:3, S. 217, 217-255.

Auf der Ebene des Verbraucherschutzes ist eine bessere digitale Bildung der Nutzer zweifellos wünschenswert. Regulativer Schutzbedarf besteht darüber hinaus eigentlich nur dort, wo der Vertrauensgutcharakter von algorithmischen Such- und Empfehlungssystemen ausgeprägt ist (siehe Abschnitt II.1.b). Transaktionskostenarme Transparenzvorgaben sind dabei begrüßenswert, während transaktionskostenintensive Vorgaben den Schutzzweck nicht besser erreichen dürften, aber zu erheblichen, wohlfahrtssenkenden Zusatzkosten führen. Ähnliches gilt für Verpflichtungen, nichtdatenbasierte Alternativen zu erzwingen, wobei dabei noch nicht-intendierte negative Wettbewerbswirkungen aufgrund der Einschränkung der Individualisierung zu beachten sind (siehe Abschnitt II.2.d). Ein effektiver Zuschnitt auf die Bereiche, in denen Vertrauensgutcharakter vorliegt, wäre empfehlenswert. Auch diese ökonomische Differenzierung spielt in den vorliegenden Regulierungen leider keine Rolle.

Ein Bereich, in welchem der Vertrauensgutcharakter erstens besonders bedeutsam ist und zweitens die gesellschaftlichen Schäden besonders hoch sein können, sind Nachrichtenmärkte. Diese stellen zwar nur einen kleinen Teil der digitalen Märkte dar, in denen algorithmische Such- und Empfehlungssysteme eingesetzt werden, aber aufgrund ihrer Auswirkungen auf die öffentliche Meinung, den gesellschaftlichen Grundkonsens und den Ausgang demokratischer Wahlen kommt Nachrichtenmärkten hier eine hervorgehobene Bedeutung zu. Ob einer Segmentierung der Gesellschaft oder der Persistenz von Meinungsblasen jedoch dadurch effektiv entgegen gewirkt werden kann, dass Transparenz über die Rankingfaktoren erzwungen oder eine nicht-datenbasierte Alternative angeboten werden muss, darf bezweifelt werden. Weder ein Ranking nach allgemeiner Popularität noch eine Zufallsreihung stellen offensichtlich überzeugende Alternativen dar. Und auch bei dem Angebot einer Bezahlalternative stellt sich die Frage, nach welchen Kriterien nun gerankt und empfohlen wird – denn ganz ohne geht es nicht. Eine Lösung könnte hier vielmehr wiederum darin liegen, die nicht-horizontale Perspektive in den Blick zu nehmen: Stammt eine Nachricht aus einer journalistisch seriösen Quelle (bspw. einer zertifizierten Nachrichtenagentur), so könnte dies algorithmisch höher gewichtet werden als „sonstige“ Quellen.⁶² Es steht dabei außer Frage, dass eine solche Medienregulierung im Detail auch nicht einfach zu gestalten wäre

62 Dies gilt insbesondere, wenn die ungefilterte Weitergabe von lobbyistisch/ideologisch gekaperten – oder gleich lobbyistisch/ideologisch gegründeten – „Nachrichtenmedien“ ohne Unterschied zu solchen Medien erfolgt, welche nachweislich nach journalis-

und naturgemäß Missbrauchsgefahren mit sich brächte – aber wohl eher weniger als alternative Lösungen. Eine Fokussierung auf die Bereiche bzw. Märkte, in denen wirkliche Probleme entstehen, wäre dabei jedenfalls einer umfassenden, marktunabhängigen Regulierung von algorithmischen Such- und Empfehlungssystemen vorzuziehen.

tischen Standards arbeiten. Vgl. bspw. *Choi/Yang*, *Information Economics and Policy*, 2021, 57:C, S. 1.

Aspekte der behördlichen Durchsetzung des Digital Markets Act. Benennungsentscheidungen – Konkretisierungsentscheidungen – unternehmensinterne Umsetzung

Jan-Frederick Göhsl*

Abstract: Die behördliche Durchsetzung des Digital Markets Act (DMA) ist ein zentrales Element der Verordnung. Die ersten Benennungsentscheidungen schärfen das Verständnis für einige Begrifflichkeiten. Das gilt für den Torwächterbegriff und die Widerlegung der damit verbundenen Vermutungsregeln. Es bestehen jedoch vor allem hinsichtlich der anstehenden Konkretisierungsentscheidungen und in Bezug auf die unternehmensinterne Umsetzung einige auslegungstechnische Unklarheiten, die die Wirksamkeit des DMA einschränken könnten.

I.	Einleitung	328
II.	Verfahrensgrundsätze	329
III.	Benennungsentscheidung (Art. 3 DMA)	331
	1. Grundsätze und erste Benennungsentscheidungen	331
	2. Dienstabgrenzung als wesentliche Vorfrage	335
	3. Praktische Schwierigkeiten bei der Berechnung der „aktiven“ Nutzer	340
	4. Widerlegung der Vermutungsregelungen (Art. 3 Abs. 5 DMA)	341
IV.	Weiteres Verfahren: Insbesondere Konkretisierungsentscheidung	343
	1. Konkretisierung als Vorschaltverfahren bei unklarer Rechtslage	346
	2. Anreizwirkungen auf einen Torwächter	347
	3. Wortlaut und Systematik sprechen nicht zwingend für Konkretisierung von Amts wegen	349
V.	Unternehmensinterne Umsetzung	351
	1. Keine Beweislastumkehr in Art. 8 Abs. 1 S. 1 DMA	351
	2. Einrichtung einer Compliance-Funktion (Art. 28 DMA)	353
VI.	Fazit	355

* Prof. Dr. Jan-Frederick Göhsl, LL.M. (University College London), LL.B. in Law and Economics (Bonn) ist Inhaber einer Juniorprofessur für Bürgerliches Recht, Rechtsfragen der Digitalisierung und Künstlicher Intelligenz. Der Autor dankt Herrn Prof. Dr. Daniel Zimmer, LL.M. (UCLA) und Dr. Björn Christian Becker für die wertvollen Hinweise und Anmerkungen.

I. Einleitung

Die Durchsetzung des Digital Markets Act¹ (DMA) nimmt langsam an Fahrt auf, nachdem die Verordnung am 01. November 2022 in Kraft getreten ist. Im September 2023 benannte die Kommission die ersten sechs Unternehmen als Torwächter. Die Benennungsentscheidungen stellen den ersten wesentlichen Verfahrensabschnitt bei der Umsetzung der Vorschriften des DMA dar. Der nunmehr geltende Torwächterstatus verpflichtet die benannten Unternehmen, die Verhaltensvorschriften aus den Art. 5 bis 7 DMA innerhalb von sechs Monaten ab der Benennung umzusetzen (Art. 3 Abs. 10 DMA). Ab diesem Zeitpunkt greift dann auch das Regime zur Durchsetzung der Verhaltensvorschriften des DMA endgültig ein.

Die Durchsetzung der Verhaltensvorschriften des DMA fußt dabei auf drei nebeneinanderstehenden Säulen: Der behördlichen Durchsetzung der Vorschriften durch die Kommission (*Public Enforcement*), der privatrechtlichen Anspruchsverfolgung (*Private Enforcement*) sowie der unternehmensinternen Umsetzung (*Compliance*). Dabei fungiert die Kommission übergreifend als Herrin des Verfahrens, da nur sie für einige wesentliche Verfahrensschritte, wie etwa die erwähnten Benennungsentscheidungen aus Art. 3 DMA und die Konkretisierung der Verhaltensvorschriften aus Art. 6 und 7 DMA zuständig ist. Die behördliche Durchsetzung der Vorschriften des DMA stellt deshalb wohl die – zumindest in der Anfangszeit – wichtigste Säule der Durchsetzung dar.

Die behördliche Durchsetzung soll im Vordergrund der nachfolgenden Analyse stehen. Ebenfalls berücksichtigt wird die damit eng verbundene unternehmensinterne Umsetzung des DMA. Dabei werden in Abschnitt II. zuerst die dem DMA innewohnenden Verfahrensgrundsätze kurz beschrieben. Abschnitt III. behandelt das Verfahren der Torwächterbenennung aus Art. 3 DMA vertieft und beleuchtet insbesondere die ersten Benennungsentscheidungen der Kommission. Die voraussichtlich nächsten Verfahrensschritte werden in Abschnitt IV. dargestellt. Ein Schwerpunkt der Analyse liegt dort auf dem Konkretisierungsverfahren aus Art. 8 Abs. 2 und 3 DMA. Abschnitt V. greift die Thematik der unternehmensinternen Umsetzung auf. Es wird herausgearbeitet, dass Art. 8 Abs. 1 S. 1 DMA keine Beweislastumkehr begründet. Zudem wird die Verpflichtung zur Einführung einer Com-

1 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).

pliance-Funktion aus Art. 28 DMA einer kritischen (rechtsökonomischen) Würdigung unterzogen. Der Beitrag schließt mit einem kurzen Fazit.

II. Verfahrensgrundsätze

Ein Beweggrund, den DMA einzuführen, lag darin, ein Instrument zu schaffen, das zu einer schnelleren Umsetzung von Verhaltenspflichten führt als die kartellrechtliche Rechtsdurchsetzung.² Dies schlägt auch auf die verfahrensrechtliche Ausgestaltung des DMA durch. Im DMA wird das Bemühen des europäischen Gesetzgebers deutlich, die Verfahrensabläufe im Vergleich zum Kartellrecht zu straffen. Dies soll unter anderem über kurze Verfahrensfristen, eine Seitenzahlenbegrenzung³ für Schriftsätze der Torwächter und eine strikte Formalisierung der Abläufe erreicht werden. Im Regelfall sind zur Durchsetzung des DMA keine vertieften qualitativen Analysen und nur eingeschränkte quantitative Untersuchungen nötig: Das Verfahren um die Benennung von Torwächtern nach Art. 3 DMA wird durch die weitreichenden Vermutungsregelungen in Art. 3 Abs. 2 DMA erleichtert. Ferner soll die Umsetzung der Verhaltensvorschriften aus Art. 5 bis 7 DMA soll grundsätzlich ohne eine weitere Prüfung im Einzelfall erfolgen.

Der DMA könnte deshalb aufgrund des gewählten formalisierten Ansatzes als Antithese zum vielfach als problembehaftet bezeichneten „more economic approach“ der Kommission gesehen werden.⁴ Zumindest auf der Ebene der Benennung der Torwächter spielt ökonomische Evidenz tatsächlich eine weniger starke Rolle als im Kartellrecht. Es bleibt allerdings im Hinblick auf die konkrete Durchsetzung der Verhaltensvorschriften abzuwarten, wie stark die ökonomische Durchdringungstiefe in den Ermittlungen der Kommission sein wird. Hier dürfte der Kommission entgegenkommen, dass die Verhaltensvorschriften grundsätzlich als *Per se*-Regeln

2 Angelegt etwa bei Podszun, in: Podszun (Hrsg.), Handkommentar Digital Markets Act, 2023, Einleitung, Rn. 10.

3 Vgl. dazu Art. 4 der Durchführungsverordnung (EU) 2023/814 der Kommission vom 14.04.2023 zur Festlegung detaillierter Vorschriften für die Durchführung bestimmter Verfahren durch die Kommission nach der Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates (DMA-Durchführungs-VO).

4 König, in: Steinrötter (Hrsg.), Europäische Plattformregulierung, 2023, § 11, Rn. 15; Podszun, *Economics* 2023, 1, 10 (abrufbar unter <https://doi.org/10.1515/econ-2022-0037>). Angelegt auch bei *Petit*, *JECLAP* 2021, 529, 530.

ausgestaltet sind und keine Rechtfertigungsmöglichkeit für die Torwächter besteht.

Die Ermittlungs- und Sanktionsbefugnisse sind insgesamt stark an die der Kartellverfahrensverordnung (VO 1/2003) angelehnt.⁵ Insbesondere die Ermittlungsverfahren wegen der Nichteinhaltung einzelner Verhaltensvorschriften werden wohl eine kartellrechtliche Prägung haben, wenngleich die Fristen knapper bemessen sind. So soll ein Verfahren wegen der Nichteinhaltung einer Verhaltensvorschrift aus Art. 5 bis 7 DMA nach Art. 29 Abs. 2 DMA grundsätzlich innerhalb eines Jahres abgeschlossen werden. Dies hat den Vorteil, dass die Kommission auf bewährte Ermittlungsabläufe zurückgreifen kann. Hinsichtlich der Sanktionsbefugnisse stellt der DMA allerdings in Art. 18 DMA bei systematischer Nichteinhaltung der Verhaltensvorschriften einen noch weitreichenderen Instrumentenkasten zur Sanktion bereit. Über diese Vorschrift können auch weitreichende strukturelle Maßnahmen und sogar ein Zusammenschlussverbot für den betreffenden Torwächter erlassen werden. Bis allerdings die konkrete Umsetzung dieses Instrumentenkastens in der Praxis relevant wird, dürfte noch geraume Zeit vergehen. Angesichts der von den Sanktionsbefugnissen des Art. 18 DMA ausgehenden erheblichen abschreckenden Wirkung ist auch denkbar, dass die Vorschrift praktisch kaum oder gar nie zur Anwendung kommen wird.

Die Mitgliedstaaten nehmen im Rahmen der Ermittlungen – regelmäßig durch die nationalen Wettbewerbsbehörden – eine Hilfsfunktion ein. Sie können die Kommission etwa bei Befragungen nach Art. 22 Abs. 2 DMA unterstützen oder bei Nachprüfungen Amtshilfe gemäß Art. 24 Abs. 8 DMA leisten. Die nationalen Wettbewerbsbehörden dienen zudem gemäß Art. 27 Abs. 1 DMA als Anlaufstelle für mögliche Dritte als Beschwerdeführer.⁶ Eine besonders hervorgehobene Bedeutung hat dabei auch der in Art. 37 und 38 DMA enthaltene Koordinierungsmechanismus zwischen der Kommission und nationalen Behörden. Dieser Mechanismus wird insbesondere auch dann relevant, wenn nationale Wettbewerbsbehörden mit Hilfe des

5 König (Fn. 4), § 11, Rn. 48. Vgl. bzgl. der Unterschiede zwischen dem Verfahrensregime der VO 1/2003 einerseits und dem DMA andererseits siehe etwa Becker, ZEuP 2023, 403, 411 m. w. N.

6 So bereits angelegt bei Zimmer/Göhsl, ZWeR 2021, 29, 52.

nationalen Wettbewerbsrechts gegen Unternehmen mit Torwächterstatus vorgehen möchten.⁷

Zur Verfahrensbeschleunigung soll weiterhin beitragen, dass die Torwächter auf nahezu jeder Verfahrensebene verpflichtet sind, eine Selbsteinschätzung vorzunehmen und an dem Verfahren effektiv mitzuwirken. Die einzelnen Ausprägungen der Mitwirkungspflichten werden in den nachfolgenden Abschnitten jeweils näher dargestellt.

III. Benennungsentscheidung (Art. 3 DMA)

Die Benennung eines Unternehmens als Torwächter gemäß Art. 3 DMA ist die Grundvoraussetzung, um die Normadressatenstellung des DMA zu begründen – insbesondere im Hinblick auf die Verhaltensvorschriften in Art. 5 bis 7 DMA als Kernstück der Verordnung. Nachfolgend werden die Grundsätze des Benennungsverfahrens zunächst kurz skizziert und anschließend die ersten Erkenntnisse aus den bereits im September 2023 abgeschlossenen Benennungsverfahren dargestellt.

1. Grundsätze und erste Benennungsentscheidungen

Die Voraussetzungen für die Benennung eines Unternehmens als Torwächter sind in Art. 3 Abs. 1 DMA geregelt. Danach wird ein Unternehmen als Torwächter benannt, wenn es „a) einen erheblichen Einfluss auf den Binnenmarkt hat, b) einen zentralen Plattformdienst im Sinne des Art. 2 Nr. 2 DMA bereitstellt, der gewerblichen Nutzern als wichtiges Zugangstor zu Endnutzern dient, und c) hinsichtlich seiner Tätigkeiten eine gefestigte und dauerhafte Position innehat oder absehbar ist, dass es eine solche Position in naher Zukunft erlangen wird.“ Für diese drei Voraussetzungen in Art. 3 Abs. 1 DMA finden sich in Art. 3 Abs. 2 DMA jeweils Vermutungsregelungen, die an quantitative Schwellenwerte anknüpfen. Alle Unternehmen, die einen zentralen Plattformdienst im Sinne des Art. 2 Nr. 2 DMA bereitstellen, müssen im Wege der Selbsteinschätzung gemäß Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 DMA prüfen, ob sie die in Art. 3 Abs. 2 DMA genannten Schwellenwerte erfüllen und die Kommission innerhalb von zwei Monaten nach Erreichen

⁷ Vgl. dazu exemplarisch das Google-Datenverfahren des BKartA, welches durch Verpflichtungszusagen beendet wurde. Vgl. *Bauermeister*, WuW 2023, 670 sowie *Göhl*, WuW 2023, 659-663.

der Schwellenwerte informieren (sog. Notifizierung). Gleichzeitig können die potentiellen Torwächter im Rahmen der Notifizierung Argumente für eine Widerlegung der Vermutungsregeln aus Art. 3 Abs. 2 i.V.m. Abs. 5 DMA vorbringen (sog. „rebuttal“).

Die Kommission trägt gemäß Art. 3 Abs. 4 und 8 DMA die alleinige Verantwortung für die Benennung einzelner Unternehmen als Torwächter. Sie muss nach einer Notifizierung innerhalb von 45 Arbeitstagen entscheiden, ob sie das Unternehmen aufgrund der erfüllten Vermutungsregeln aus Art. 3 Abs. 2 DMA als Torwächter benennt. Alternativ kann die Kommission auch feststellen, dass die Unternehmen die Vermutungsregelungen aus Art. 3 Abs. 2 DMA erfolgreich gemäß Art. 3 Abs. 5 DMA widerlegt haben. Im Falle der erfolgreichen Widerlegung kann die Kommission dann entweder eine Marktuntersuchung gemäß Art. 3 Abs. 8 DMA einleiten⁸ und das Unternehmen anhand qualitativer Merkmale trotzdem als Torwächter benennen bzw. einen bestimmten zentralen Plattformdienst des Unternehmens mit in die Liste aus Art. 3 Abs. 9 DMA aufnehmen oder aber auf eine vertiefte Prüfung und eine entsprechende Benennung komplett verzichten.

Im September 2023 standen im Zuge des schrittweisen Inkrafttretens des DMA die ersten Benennungsentscheidungen an, nachdem im Sommer insgesamt sieben Unternehmen eine Notifizierung nach Art. 3 Abs. 3 DMA vorgenommen hatten. Die Kommission hat in einem ersten Schritt insgesamt sechs Unternehmen als Torwächter benannt (Alphabet⁹, Amazon¹⁰, Apple¹¹, ByteDance¹², Meta¹³ und Microsoft¹⁴). Ein weiteres Unternehmen, Samsung, erfüllte zwar mit dem bereitgestellten Webbrowser als zentralem

8 Vgl. für eine kurze Beschreibung des Verfahrens *Käseberg/Gappa*, in: Podszun (Hrsg.), Handkommentar Digital Markets Act, 2023, Art. 3, Rn. 24-27.

9 Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100011 – Alphabet – OIS Verticals, DMA.100002 – Alphabet – OIS App Stores, DMA.100004 – Alphabet – Online search engines, DMA.100005 – Alphabet – Video sharing, DMA.100006 – Alphabet – Number-independent interpersonal communications services, – DMA.100009 – Alphabet – Operating systems, DMA.100008 – Alphabet – Web browsers, DMA.100010 – Alphabet – Online advertising services.

10 Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100018 – Amazon – Online Intermediation Services – Marketplaces; DMA.100016 – Amazon – Online advertising services.

11 Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100013 Apple – online intermediation services – app stores, DMA.100025 Apple – operating systems and DMA.100027 Apple – web browsers.

12 Kommission v. 05.09.2023, Case DMA.100040 ByteDance – Online social networking services.

13 Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100020 – Meta – Online Social Networking Services; DMA.100024 – Meta – Number-Independent Interpersonal Communica-

Plattformdienst die Vermutungsregelungen des Art. 3 Abs. 2 DMA, konnte die Vermutungen aber erfolgreich im Sinne des Art. 3 Abs. 5 DMA widerlegen. Die Kommission verzichtete deshalb darauf, das Unternehmen überhaupt als Torwächter zu benennen.¹⁵

Daneben sah die Kommission bei den Diensten Gmail von Alphabet und Outlook.com von Microsoft die Vermutungen aus Art. 3 Abs. 2 DMA als widerlegt an. Die Kommission war durch den Vortrag der Unternehmen davon überzeugt, dass es sich bei den genannten Diensten nicht um ein wichtiges Zugangstor im Sinne des Art. 3 Abs. 1 lit. b) DMA handelt, sodass die Kommission darauf verzichtete, eine Marktuntersuchung einzuleiten. Die Kommission nahm die zentralen Plattformdienste nicht in die jeweilige Benennungsentscheidung auf.¹⁶ In den Fällen der zentralen Plattformdienste Apple iMessage, Microsoft Bing, Microsoft Edge und Microsoft Advertising konnten die Unternehmen zwar ebenfalls die Vermutungen aus Art. 3 Abs. 2 DMA widerlegen, jedoch leitete die Kommission für diese Dienste eine Marktuntersuchung gemäß Art. 3 Abs. 8 DMA ein.¹⁷ Die eingeleitete Marktuntersuchung soll gemäß Art. 17 Abs. 3 UAbs. 1 DMA möglichst innerhalb von fünf Monaten abgeschlossen werden, sodass mit

tions Services; DMA.100035 – Meta – Online Advertising Services; DMA.100044 – Meta – Online Intermediation Services – Marketplace.

- 14 Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100017 Microsoft – Online social networking services, DMA.100023 Microsoft – Number-independent interpersonal communications services, DMA.100026 Microsoft – Operating systems.
- 15 Kommission v. 05.09.2023, Summary of Commission Decision of 5 September 2023 relating to a decision pursuant to Article 3 of Regulation (EU) No 2022/1925 (Case DMA.100038 – Samsung – Web Browser), Rn. 7.
- 16 Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100011 – Alphabet – OIS Verticals, DMA.100002 – Alphabet – OIS App Stores, DMA.100004 – Alphabet – Online search engines, DMA.100005 – Alphabet – Video sharing, DMA.100006 – Alphabet – Number-independent interpersonal communications services, – DMA.100009 – Alphabet – Operating systems, DMA.100008 – Alphabet – Web browsers, DMA.100010 – Alphabet – Online advertising services, Rn. 144-145, 147, 150-151; Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100017 Microsoft – Online social networking services, DMA.100023 Microsoft – Number-independent interpersonal communications services, DMA.100026 Microsoft – Operating systems, Rn. 134-135.
- 17 Kommission v. 05.09.2023, Case DMA.100022 – Apple – Number-Independent Interpersonal Communication Services, Rn. 11; Kommission v. 05.09.2023, decision opening a market investigation pursuant to Articles 16(1) and 17(3) of Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector, Cases DMA.100015 – Microsoft – Online Search Engines; DMA.100028 – Microsoft – Web Browsers; DMA.100034 – Microsoft – Online Advertising Services.

den Benennungsentscheidungen nach Art. 3 Abs. 8 DMA im Hinblick auf die genannten Dienste voraussichtlich im Februar 2024 zu rechnen ist.

In Bezug auf den zentralen Plattformdienst iPad iOS von Apple entschied sich die Kommission, ein Verfahren zur Benennung nach Art. 3 Abs. 8 DMA einzuleiten, obwohl der Dienst die Schwellenwerte aus Art. 3 Abs. 2 DMA nicht erfüllte.¹⁸ Die Kommission erkannte bei dem Betriebssystem iPad iOS deutliche Anhaltspunkte dafür, dass der zentrale Plattformdienst trotz der geringeren Nutzerzahl als wichtiges Zugangstor im Sinne des Art. 3 Abs. 1 lit. b) DMA fungiert. Dieser Frage wird die Kommission nun in dem Prüfverfahren nach Art. 3 Abs. 8 DMA anhand qualitativer Bewertungsmerkmale nachgehen.¹⁹

Die Unternehmen Apple²⁰, ByteDance²¹ und Meta²² haben gegen die Benennungsentscheidung Nichtigkeitsklage gemäß Art. 263 AEUV vor dem Europäischen Gericht (EuG) erhoben. Apple wendet sich dabei gegen die Einbeziehung des App Stores in die Liste der zentralen Plattformdienste nach Art. 3 Abs. 9 DMA. Die Klage von ByteDance richtet sich gegen die Benennung als Torwächter in Gänze. Meta beschränkte die Klage auf die Einbeziehung der Dienste Facebook Messenger und Facebook Marketplace.²³ Es wird jedoch voraussichtlich einige Zeit dauern, bis das EuG über diese Klagen entscheiden wird.²⁴ Bis dahin werden die jeweiligen Unternehmen die Verhaltensvorschriften im DMA vollständig auch für die

18 Kommission v. 05.09.2023, Case DMA.100047 – Apple – iPadOS.

19 Vgl. zum Prüfprogramm *Bueren/Weck*, in: Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht, Band 1, 4. Aufl., 2023, Art. 3 DMA, Rn. 88-101; *Heinze/Kettler*, in: Steinrötter (Hrsg.), Europäische Plattformregulierung, 2023, § 12, Rn. 55-57.

20 EuG, T-1079/23 sowie T-1080/23 – Apple/Kommission. Vgl. dazu auch bereits eine erste Einordnung von Martinez, *Apple seeks to challenge its designation under the DMA*, abrufbar unter <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2023/11/14/apple-seeks-to-challenge-its-designation-under-the-dma-part-and-parcel-of-its-closed-ecosystem/> (zuletzt abgerufen am 07.12.2023).

21 EuG, T-1077/23 – ByteDance/Kommission.

22 EuG, T-1078/23 – Meta/Kommission.

23 Vgl. Reuters, Pressemitteilung v. 16.11.2023, *TikTok joins Meta in appealing against EU gatekeeper status*, abrufbar unter <https://www.reuters.com/technology/tiktok-joins-meta-appealing-against-eu-gatekeeper-status-2023-11-16/> (zuletzt abgerufen am 27.11.2023).

24 Die durchschnittliche Dauer einer Klage vor dem EuG in Wettbewerbssachen betrug im Jahr 2022 38,8 Monate. Siehe dazu den Jahresbericht 2022: Rechtsprechungsstatistiken des Gerichts, dort unter „IX. Erledigte Rechtssachen - Verfahrensdauer in Monaten (2018-2022)“, abrufbar unter https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2023-03/stats_tribunal_2022_de.pdf (zuletzt abgerufen am 14.12.2023).

angegriffenen Teile der Benennung befolgen müssen, da die Klagen gemäß Art. 278 S.1 AEUV keine aufschiebende Wirkung entfalten. Aus diesem Grund hat ByteDance den Erlass einstweiliger Maßnahmen nach Art. 278 S. 2 AEUV beantragt.²⁵

2. Dienstabgrenzung als wesentliche Vorfrage

Die ersten Benennungsentscheidungen der Kommission machen deutlich, dass es für eine Benennung als Torwächter erforderlich ist, die jeweiligen zentralen Plattformdienste des Unternehmens voneinander sowie von anderen Diensten des Unternehmens, die kein zentraler Plattformdienst sind, abzugrenzen. Die Kommission nimmt daher in jeder Entscheidung eine sog. Dienstabgrenzung vor. Sie stellt dabei explizit heraus, dass die Abgrenzung der Dienste eine wesentliche und zwingend zu beantwortende Vorfrage bei jeder Benennungsentscheidung sei.²⁶ Es geht bei der Dienstabgrenzung darum, den konkreten Zuschnitt eines einzelnen zentralen

25 Vgl. Reuters v. 01.12.2023, TikTok asks EU court to suspend EU gatekeeper label until its ruling, <https://www.reuters.com/technology/tiktok-asks-eu-court-suspend-eu-gatekeeper-label-until-its-ruling-2023-12-01/> (zuletzt abgerufen am 07.12.2023). Zum Zeitpunkt der Bearbeitung hat das EuG noch nicht über den Erlass solcher Maßnahmen entschieden. Vgl. dazu auch *Martinez*, TikTok raises the Ante before the General Court: Interim Measures filed against its Gatekeeper Designation under the DMA, Blog-Post, 2023, abrufbar unter <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2023/12/06/tiktok-raises-the-ante-before-the-general-court-interim-measures-filed-against-its-gatekeeper-designation-under-the-dma/> (zuletzt abgerufen am 14.12.2023).

26 Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100011 – Alphabet – OIS Verticals, DMA.100002 – Alphabet – OIS App Stores, DMA. 100004 – Alphabet – Online search engines, DMA.100005 – Alphabet – Video sharing, DMA.100006 – Alphabet – Number-independent interpersonal communications services, – DMA.100009 – Alphabet – Operating systems, DMA.100008 – Alphabet – Web browsers, DMA.100010 – Alphabet – Online advertising services, Rn.15; Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100018 – Amazon – Online Intermediation Services – Marketplaces; DMA.100016 – Amazon – Online advertising services, Rn. 10; Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100013 Apple – online intermediation services – app stores, DMA.100025 Apple – operating systems and DMA.100027 Apple – web browsers, Rn. 13; Kommission v. 05.09.2023, Case DMA.100040 ByteDance – Online social networking services, Rn. 10; Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100017 Microsoft – Online social networking services, DMA.100023 Microsoft – Number-independent interpersonal communications services, DMA.100026 Microsoft – Operating systems, Rn. 10.

Plattformdienstes zu bestimmen. Die Frage des konkreten Zuschnitts der zentralen Plattformdienste stand im Vorfeld der Benennungen häufig im Streit. Für die Unternehmen spielt die Abgrenzung der zentralen Plattformdienste eine besonders wichtige Rolle bei der Umsetzung der Verhaltensvorschriften aus Art. 5 bis 7 DMA. So ist eine möglichst weite Dienstebegrenzung beispielsweise für Unternehmen mit einem werbefinanzierten Geschäftsmodell vorteilhaft: Die Verbote gemäß Art. 5 Abs. 2 lit. b) - d) DMA sind einschlägig, soweit personenbezogene Daten aus einem zentralen Plattformdienst mit entsprechenden Daten aus *anderen* Diensten zusammgeführt oder weiterverwendet werden. Werden Daten stattdessen *demselben* Plattformdienst zugeordnet, greifen die genannten Verbote nicht. Entsprechend haben potentielle Torwächter einen großen Anreiz, im Rahmen der Notifizierung für eine für sie möglichst günstige Abgrenzung der zentralen Plattformdienste zu plädieren. Es überrascht daher nicht, dass sich etwa Meta in den Benennungsentscheidungen dafür aussprach, die Dienste Facebook und Instagram als ein gemeinsames soziales Netzwerk abzugrenzen.²⁷ Meta ging in diesem Zuge sogar noch weiter und führte aus, dass diesem sozialen Netzwerk weitere Dienste, wie beispielsweise Facebook Marketplace, zuzurechnen seien, da diese Dienste nach Auffassung von Meta lediglich unterstützende Funktionen in Bezug auf das soziale Netzwerk erfüllen würden.²⁸ Die von Meta vorgeschlagene Dienstebegrenzung hätte es ermöglicht, das werbefinanzierte und auf einer Kombination verschiedener Nutzerdaten basierende Geschäftsmodell weitestgehend von Art. 5 Abs. 2 DMA unangetastet fortzuführen. Die Kommission trat dieser Auffassung entschieden entgegen und grenzte die Dienste von Meta als jeweils eigenständig ab.²⁹

Die Kommission setzt für die Dienstebegrenzung auf rein qualitative Bewertungsmaßstäbe, die in der Regel von ihr technologie- bzw. hardware-

27 Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100020 – Meta – Online Social Networking Services; DMA.100024 – Meta – Number-Independent Interpersonal Communications Services; DMA.100035 – Meta – Online Advertising Services; DMA.100044 – Meta – Online Intermediation Services – Marketplace, Rn. 12.

28 Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100020 – Meta – Online Social Networking Services; DMA.100024 – Meta – Number-Independent Interpersonal Communications Services; DMA.100035 – Meta – Online Advertising Services; DMA.100044 – Meta – Online Intermediation Services – Marketplace, Rn. 14, 17, 21.

29 KOM. v. 05.09.2023, Cases DMA.100020 – Meta – Online Social Networking Services; DMA.100024 – Meta – Number-Independent Interpersonal Communications Services; DMA.100035 – Meta – Online Advertising Services; DMA.100044 – Meta – Online Intermediation Services – Marketplace, Rn. 15.

neutral angewendet werden.³⁰ Das heißt, dass nicht für jede unterschiedliche Hardware oder für jedes Betriebssystem, das als Zugriffspunkt der Nutzer dienen kann, zwingend von einem eigenen zentralen Plattformdienst auszugehen ist. Wesentliches Entscheidungsmerkmal ist dabei der Zweck, für den ein Dienst von den Nutzern in Anspruch genommen wird.³¹ So ging die Kommission etwa davon aus, dass es sich bei dem App Store von Apple um einen einheitlichen Online-Vermittlungsdienst gemäß Art. 2 Nr. 2 lit. a) DMA handelt, unabhängig davon, von welchem Endgerät oder Betriebssystem Nutzer auf den App Store zugreifen, da der jeweilige Nutzerzweck der Vermittlungsleistung identisch sei.³²

Eine Ausnahme von dem Grundsatz der Technologieneutralität macht die Kommission jedoch bei der Dienstabgrenzung von Betriebssystemen. Bei Betriebssystemen geht die Kommission in der Regel davon aus, dass für jede Hardware ein eigenes Betriebssystem als zentraler Plattformdienst besteht. Das liegt im Wesentlichen daran, dass gewerbliche Nutzer unterschiedliche Entwicklungsprozesse für verschiedene Hardwarekomponenten bzw. Endgeräte vornehmen müssen. Somit unterscheidet sich der Nutzungszweck zumindest für die gewerblichen Nutzer von Hardware zu Hardware. Nur ausnahmsweise nimmt die Kommission technologieübergreifend ein einheitliches Betriebssystem an, wenn der Programmieraufwand für die gewerblichen Nutzer nahezu identisch ist, sodass sie z.B. eine Applikation innerhalb eines Entwicklungsprozesses für verschiedene Hardwaretypen konzipieren können. Diesen Ausnahmefall nahm die Kom-

30 Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100011 – Alphabet – OIS Verticals, DMA.100002 – Alphabet – OIS App Stores, DMA.100004 – Alphabet – Online search engines, DMA.100005 – Alphabet – Video sharing, DMA.100006 – Alphabet – Number-independent interpersonal communications services, – DMA.100009 – Alphabet – Operating systems, DMA.100008 – Alphabet – Web browsers, DMA.100010 – Alphabet – Online advertising services, Rn. 36, 56, 76; Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100013 Apple – online intermediation services – app stores, DMA.100025 Apple – operating systems and DMA.100027 Apple – web browsers, Rn. 39.

31 Kommission v. 05.09.2023, Case DMA.100040 ByteDance – Online social networking services, Rn. 12; Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100017 Microsoft – Online social networking services, DMA.100023 Microsoft – Number-independent interpersonal communications services, DMA.100026 Microsoft – Operating systems, Rn. 12. Für die Zweckbestimmung verweist die Kommission auch immer wieder auf den Anhang D. zum DMA.

32 Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100013 Apple – online intermediation services – app stores, DMA.100025 Apple – operating systems and DMA.100027 Apple – web browsers, Rn. 40-42.

mission bei Alphabet bezüglich Google Android an.³³ Softwareentwickler können für Google Android auf verschiedenen Endgeräten nahezu auf denselben App-Entwicklungsprozess zurückgreifen. Anders lagen die Dinge hingegen im Fall des Dienstes iPad iOS von Apple. Hier ging die Kommission davon aus, dass es sich um ein von dem Smartphone-Betriebssystem iOS getrennt zu behandelndes eigenes Betriebssystem handele, da sich das Nutzungsverhalten stärker unterscheide und die gewerblichen Nutzer keinen einheitlichen Entwicklungsprozess bei Applikationen verfolgen können.³⁴

Die erforderliche Dienstabgrenzung ist dabei nicht mit der im Kartellrecht etablierten Marktabgrenzung zu verwechseln. Es handelt sich um zwei verschiedene Konzepte, die zwar teilweise zu denselben Ergebnissen führen können, dies aber nicht zwingend müssen. Es leuchtet daher ein, dass keine Märkte für die Bestimmung des Zuschnitts der einzelnen zentralen Plattformdienste abgegrenzt werden müssen.³⁵ Allerdings weist die Dienstabgrenzung durchaus spürbare Ähnlichkeiten zur kartellrechtlichen Marktabgrenzung nach dem Bedarfsmarktkonzept auf.³⁶ Die Besonderheit der Dienstabgrenzung gegenüber der kartellrechtlichen Marktabgrenzung liegt jedoch darin, dass es die Dienstabgrenzung bei einer Zweckbetrachtung belässt, während die Bedarfsmarktbetrachtung im Rahmen der Marktabgrenzung nur eine Teileinheit bildet. Die Dienstabgrenzung verzichtet im Gegensatz zur Marktabgrenzung auf weiterführende ökonomisch-methodologisch fundierte Testkriterien. Der im DMA enthaltene Ansatz zur Dienstabgrenzung dient im Wesentlichen der Verfahrensbeschleunigung.

Darüber hinaus geht es bei der Dienstabgrenzung auch darum, die Dienste im Einzelfall einer konkreten Kategorie der zentralen Plattform-

33 Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100011 – Alphabet – OIS Verticals, DMA.100002 – Alphabet – OIS App Stores, DMA.100004 – Alphabet – Online search engines, DMA.100005 – Alphabet – Video sharing, DMA.100006 – Alphabet – Number-independent interpersonal communications services, – DMA.100009 – Alphabet – Operating systems, DMA.100008 – Alphabet – Web browsers, DMA.100010 – Alphabet – Online advertising services, Rn. 164.

34 Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100013 Apple – online intermediation services – app stores, DMA.100025 Apple – operating systems and DMA.100027 Apple – web browsers, Rn. 89-90.

35 Kommission v. 05.09.2023, Case DMA.100040 ByteDance – Online social networking services, Rn. 14. Vgl. *Krämer*, in: Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht, Band 1, 4. Aufl., 2023, Grundlagen DMA, Rn. 71.

36 So auch *Bueren/Weck* (Fn. 19), Art. 3 DMA, Rn. 49.

dienste nach Art. 2 Nr. 2 DMA zuzuordnen.³⁷ Es ist durchaus möglich, dass ein Dienst die Definition mehrerer zentraler Plattformdienste erfüllt. Dies war beispielsweise bei dem Dienst TikTok der Unternehmensmutter ByteDance der Fall. TikTok erfüllte sowohl die Voraussetzungen für eine Klassifizierung als Video-Sharing-Plattform-Dienst im Sinne des Art. 2 Nr. 2 lit. d) DMA als auch die eines sozialen Netzwerkes gemäß Art. 2 Nr. 2 lit. c) DMA. Die Kommission ordnete TikTok als soziales Netzwerk ein. Dahinter stand der Gedanke, dass ein soziales Netzwerk durchaus (alle) Merkmale eines Video-Sharing-Dienstes aufweisen kann, aber im Endeffekt in der Funktionalität und im Hinblick auf die befriedigten Nutzerzwecke weit über das Teilen von Videos hinausgeht.³⁸ In Zweifelsfällen ist ein solcher Dienst daher als soziales Netzwerk einzuordnen, da die Definition eines sozialen Netzwerkes einen zentralen Plattformdienst, der beide Definitionen erfüllt, besser abschließend beschreibt. Gleichzeitig liegt darin allerdings auch ein wertendes Element, das die Kommission in die Benennungsentscheidung einbringt.

Eine weitere Besonderheit ergibt sich bei der Abgrenzung von Online-Werbediensten im Sinne des Art. 2 Nr. 2 lit. j) DMA. Die Kommission geht diesbezüglich davon aus, dass diese Dienste regelmäßig eine gewisse Doppelnatur aufweisen. Online-Werbedienste sind häufig in einen anderen zentralen Plattformdienst integriert.³⁹ So werden beispielsweise neben der organischen Suchergebnisliste auf dem zentralen Plattformdienst der Online-Suchmaschine Google Search auch bezahlte Anzeigen, d.h. Werbeanzeigen, im Rahmen derselben Ergebnisliste eingespielt. In diesen Fällen geht die Kommission davon aus, dass die Werbeanzeigen beiden zentralen Plattformdiensten zuzuordnen sind.⁴⁰ Die Werbeanzeigen sind demnach sowohl ein Teil des funktionellen zentralen Plattformdienstes, also im

37 Näher dazu auch schon *König*, in: Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht, Band 1, 4. Aufl., 2023, Art. 2 DMA, Rn. 20-21.

38 Kommission v. 05.09.2023, Case DMA.100040 ByteDance – Online social networking services, Rn. 43.

39 Das ergibt sich auch bereits aus der Definition eines Online-Werbedienstes in Art. 2 Nr. 2 lit. j) DMA, da ein Online-Werbedienst nur angenommen werden kann, wenn ein weiterer zentraler Plattformdienst von den Unternehmen bereitgestellt wird. Insofern ist die Verknüpfung der Online-Werbedienste mit anderen zentralen Plattformdiensten diesen immanent.

40 Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100011 – Alphabet – OIS Verticals, DMA.100002 – Alphabet – OIS App Stores, DMA. 100004 – Alphabet – Online search engines, DMA.100005 – Alphabet – Video sharing, DMA.100006 – Alphabet – Number-independent interpersonal communications services, – DMA.100009 – Alphabet

oben beschriebenen Beispiel der Online-Suchmaschine, als auch ein Teil des Online-Werbendienstes. Letzteres wird dabei trotz einer vollständigen Integration in einen anderen zentralen Plattformdienst daraus hergeleitet, dass die Werbeanzeigen den zentralen Bestandteil der werbefinanzierten Wertschöpfung eines Online-Werbendienstes bilden.⁴¹

3. Praktische Schwierigkeiten bei der Berechnung der „aktiven“ Nutzer

Ein praktisches Hindernis im Rahmen der Benennungsentscheidungen stellte sich bei der Berechnung der relevanten Nutzerzahlen. Die Methode zur Berechnung der „aktiven“ Endnutzer und der „aktiven“ gewerblichen Nutzer wird im Anhang zum DMA (A. bis D.) näher für jeden einzelnen zentralen Plattformdienst bestimmt. Teilweise verfügten die notifizierungspflichtigen Unternehmen jedoch nicht über alle relevanten Informationen zur Berechnung der Nutzerzahlen oder sie konnten einzelne aktive Nutzer nicht mit Sicherheit aus den ihnen zur Verfügung stehenden Datensätzen herausfiltern.⁴² Die Kommission zeigte sich in den Benennungsentscheidungen im Umgang mit den Angaben der Unternehmen allerdings flexibel und ließ die Frage regelmäßig offen, ob der Berechnungsansatz zutreffend gewählt wurde, da dies häufig nicht entscheidungserheblich war.⁴³

– Operating systems, DMA.100008 -- Alphabet – Web browsers, DMA.100010 – Alphabet – Online advertising services, Rn. 220.

41 Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100011 – Alphabet – OIS Verticals, DMA.100002 – Alphabet – OIS App Stores, DMA.100004 – Alphabet – Online search engines, DMA.100005 – Alphabet – Video sharing, DMA.100006 – Alphabet – Number-independent interpersonal communications services, – DMA.100009 – Alphabet – Operating systems, DMA.100008 -- Alphabet – Web browsers, DMA.100010 – Alphabet – Online advertising services, Rn. 218.

42 Vgl. Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100020 – Meta – Online Social Networking Services; DMA.100024 – Meta – Number-Independent Interpersonal Communications Services; DMA.100035 – Meta – Online Advertising Services; DMA.100044 – Meta – Online Intermediation Services – Marketplace, Rn. 196.

43 Vgl. beispielsweise Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100020 – Meta – Online Social Networking Services; DMA.100024 – Meta – Number-Independent Interpersonal Communications Services; DMA.100035 – Meta – Online Advertising Services; DMA.100044 – Meta – Online Intermediation Services – Marketplace, Rn. 87, 102, 125, 154. Allerdings wird die Kommission in Bezug auf den Dienst WhatsApp etwas detaillierter in Rn. 146-148.

4. Widerlegung der Vermutungsregelungen (Art. 3 Abs. 5 DMA)

Die ersten Benennungsentscheidungen liefern außerdem deutliche Hinweise dafür, auf welche Argumente eine Widerlegung der Vermutungsregelungen aus Art. 3 Abs. 2 DMA gemäß Art. 3 Abs. 5 DMA gestützt werden kann und welche Argumente für eine Widerlegung nicht verfangen. Die Widerlegungsversuche der Unternehmen beschränkten sich in der Regel darauf darzulegen, dass der zentrale Plattformdienst kein wichtiges Zugangstor im Sinne des Art. 3 Abs. 1 lit. b) DMA darstelle. Dieses Kriterium erweist sich als die Schlüsselvoraussetzung bei der Bestimmung einer Torwächtereigenschaft.⁴⁴ Insofern wirft die Entscheidungspraxis der Kommission zur Widerlegung der Vermutungsregelungen aus Art. 3 Abs. 2 DMA ebenfalls ein helles Licht auf das grundlegende Verständnis des Konzepts des Torwächters aus Art. 3 Abs. 1 DMA, insbesondere auf das Kriterium des wichtigen Zugangstores nach Art. 3 Abs. 1 lit. b) DMA.

Den Benennungsentscheidungen der Kommission kann dabei die Kernaussage entnommen werden, dass die absoluten und die relativen Nutzerzahlen eines zentralen Plattformdienstes die entscheidenden Kriterien bei der Bewertung der Eigenschaft als wichtiges Zugangstor nach Art. 3 Abs. 1 lit. b) DMA sind. Dabei bezieht sich der Begriff der relativen Nutzerzahlen auf das Verhältnis der Nutzerzahl eines zentralen Plattformdienstes zu anderen zentralen Plattformdiensten derselben Dienstekategorie. Insbesondere niedrige relative Nutzerzahlen sprechen gegen die Eigenschaft als wichtiges Zugangstor. Hohe absolute Nutzerzahlen deuten stattdessen darauf hin, dass der Dienst ein wichtiges Zugangstor darstellt, auch wenn die Nutzerzahl relativ gesehen zum Marktführer der Dienstekategorie geringer ist.⁴⁵ Es wird insofern deutlich, dass es ohne Weiteres mehrere zentrale Plattformdienste in einer Kategorie, wie beispielsweise mehrere soziale Netzwerke, geben kann.⁴⁶ Allerdings liegt es nach Ansicht der Kommission eher fern, von der Eigenschaft als wichtiges Zugangstor

44 Vgl. dazu bereits ausführlich *Göhsel*, Marktübergreifendes Wachstum in der Digitalwirtschaft, 2023, S. 320-322.

45 Kommission v. 05.09.2023, Case DMA.100040 ByteDance – Online social networking services, Rn. 127-128, 130-131, 133, 143, 146. Vgl. zu hohen absoluten Nutzerzahlen auch Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100020 – Meta – Online Social Networking Services; DMA.100024 – Meta – Number-Independent Interpersonal Communications Services; DMA.100035 – Meta – Online Advertising Services; DMA.100044 – Meta – Online Intermediation Services – Marketplace, Rn. 20, 24.

46 So auch Erwägungsgrund (32).

auszugehen, wenn die allermeisten Nutzer auf andere Dienste innerhalb derselben Kategorie zurückgreifen. Dies führte bei den E-Mail-Diensten Gmail von Alphabet und Outlook.com von Microsoft dazu, dass die Kommission von einer Benennung absah, da jeweils über 90 % der Nutzer, die mit den E-Mail-Diensten kommunizierten, auf andere Dienste derselben Kategorie zurückgriffen.⁴⁷ Es lässt sich also festhalten, dass hinter dem Begriff des wesentlichen Zugangstores aus Art. 3 Abs. 1 lit. a) DMA der Gedanke steht, dass der zentrale Plattformdienst die absoluten Nutzerströme in Bezug auf die einschlägige Dienstekategorie in einem nicht völlig unwesentlichen Ausmaß steuern können muss. Es schadet dabei nicht, dass der Dienst relativ gesehen zu anderen eine deutlich geringere Nutzerzahl hat, solange zumindest ein nicht unerheblicher Teil der Nutzer auf den in Rede stehenden zentralen Plattformdienst zurückgreift. Denn nur in diesen Konstellationen stehen die Abhängigkeitsverhältnisse, die der DMA im Wesentlichen zu adressieren sucht, weiterhin im Vordergrund.⁴⁸

Im Gegensatz dazu ging die Kommission in den Benennungsentscheidungen davon aus, dass es für die Funktion als wichtiges Zugangstor im Sinne des Art. 3 Abs. 1 lit. b) DMA nicht erforderlich sei, dass ein Ökosystem betrieben werde.⁴⁹ Auch ohne Produktökosystem könne ein hinreichend großer Einfluss auf die Nutzergruppen ausgeübt werden. Zudem ging die Kommission im Einklang mit Erwägungsgrund (13) der Verordnung davon aus, dass ein gewisser Grad an Multi-Homing nicht gegen die Eigenschaft als wichtiges Zugangstor spreche.⁵⁰ Dahinter steht die Überlegung, dass einzelne Dienste selbst bei Multi-Homing nicht zwingend für dieselben Zwecke genutzt werden müssen. Bei einem gewissen Grad der Produktdifferenzierung zwischen den einzelnen zentralen Plattformdiensten kann es sein, dass Endnutzer oder gewerbliche Nutzer verschiedene zentrale Plattformdienste in komplementärer Weise nutzen statt sie gegeneinander auszutauschen. Insbesondere für gewerbliche Nutzer kann es von Vorteil sein, wenn sie beispielsweise sowohl auf Facebook und Instagram als auch auf TikTok aktiv sind, da sie so möglicherweise verschiedene

47 Kommission v. 05.09.2023, Cases DMA.100017 Microsoft – Online social networking services, DMA.100023 Microsoft – Number-independent interpersonal communications services, DMA.100026 Microsoft – Operating systems, Rn. 128.

48 Göhsl (Fn. 44), S. 249-250, 320-321.

49 Kommission v. 05.09.2023, Case DMA.100040 ByteDance – Online social networking services, Rn. 127-128, 130.

50 Kommission v. 05.09.2023, Case DMA.100040 ByteDance – Online social networking services, Rn. 134, 136-138.

Endnutzergruppen – ältere Nutzergruppen auf Facebook und jüngere Generationen auf TikTok – erreichen können. Es überzeugt daher, dass die Kommission bei der Bewertung, ob ein zentraler Plattformdienst als wesentliches Zugangstor dient, im Wesentlichen darauf abstellt, ob der Dienst eine hinreichende Nutzerabdeckung in absoluten Zahlen erreicht und ob er relativ gesehen zu anderen zentralen Plattformdiensten derselben Kategorie eine bedeutende Stellung einnimmt.

IV. Weiteres Verfahren: Insbesondere Konkretisierungsentscheidung

Die Kommission hat mit den im September 2023 vorgenommenen Benennungsentscheidungen eine wesentliche Stufe zur tatsächlichen Anwendung der Verhaltensvorschriften im DMA genommen. Die designierten Torwächter müssen gemäß Art. 3 Abs. 10 DMA die Verhaltensvorschriften in Art. 5 bis 7 DMA innerhalb von sechs Monaten nach der Benennung einhalten. Das heißt, dass die im September 2023 benannten Torwächter die Verhaltensvorschriften bis März 2024 umsetzen müssen. Für alle weiteren Verhaltensvorschriften – insbesondere für die Verpflichtung zur Unterrichtung über Zusammenschlüsse nach Art. 14 DMA – gibt es keine Übergangsphase, sodass diese bereits ab dem Zeitpunkt des Zugangs der Benennungsentscheidung einzuhalten sind. Relevant ist hier vor allem, dass die Torwächter über die konkrete Umsetzung der Vorschriften mit Hilfe von sog. Compliance-Reports im Sinne des Art. 11 Abs. 1 DMA innerhalb von sechs Monaten Bericht erstatten müssen.⁵¹ Dabei handelt es sich um standardisierte und formularartige Berichte, die von den Torwächtern ausgefüllt werden müssen (vgl. dazu noch Abschnitt V).⁵² Ein Compliance-Report enthält dabei das Mindestmaß an Informationen, die für eine wirksame Umsetzung der Verhaltensverpflichtungen gemäß Art. 8 Abs. 1 S. 1 DMA bereitgestellt werden müssen.⁵³ In technischer Hinsicht sind die Torwächter bei der konkreten Umsetzung der Verhaltensvorschriften frei, solange sie sich im Rahmen der Grenzen der einzelnen Vorschriften in Art. 5 bis 7 DMA bewegen. Sie können grundsätzlich eigenverantwortlich

51 Vgl. König (Fn. 4), § 13, Rn. 8.

52 Vgl. dazu Template Form for Reporting Pursuant to Article 11 of Regulation (EU) 2022/1925 (Digital Markets Act) (Compliance Report), abrufbar unter <https://t1p.de/elxvz> (zuletzt abgerufen am 27.11.2023).

53 Vgl. dazu explizit Compliance-Report (Fn. 44), S. 1.

über das „wie“ der Umsetzung bestimmen. Der Torwächter kann demnach bei verschiedenen denkbaren Umsetzungsvarianten die Variante wählen, die am ehesten mit seinem spezifischen Geschäftsmodell kompatibel ist. Der DMA enthält diesbezüglich in den Erwägungsgründen lediglich eine Soll-Vorschrift: Wenn möglich sollen die Torwächter bei der Umsetzung auf Lösungen setzen, die in der Technik integriert sind (sog. „compliance by design“).⁵⁴

Aus verfahrensrechtlicher Sicht spalten sich nach der erfolgten Benennung eines Torwächters die Handlungsoptionen der Kommission auf. Die Kommission kann zur Durchsetzung der Verhaltensvorschriften die Nichteinhaltung der Verhaltensvorschriften durch den Erlass eines Nichteinhaltungsbeschlusses gemäß Art. 29 DMA feststellen und einen Torwächter im Rahmen des Art. 30 DMA sanktionieren. Daneben besteht für die Kommission aber auch die Möglichkeit, die Verhaltensvorschriften aus Art. 6 und 7 DMA in einem vorgelagerten Verfahrensschritt für einzelne Torwächter mittels eines Durchführungsrechtsaktes gemäß Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 DMA zu konkretisieren, ohne dabei bereits festzustellen, dass einzelne Verhaltensvorschriften nicht eingehalten werden.⁵⁵ Nach Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 DMA kann die Kommission dazu Durchführungsrechtsakte erlassen, in denen Maßnahmen festgelegt werden, die der betreffende Torwächter zu ergreifen hat, um den Verpflichtungen aus Art. 6 und 7 wirksam nachzukommen. Mit Hilfe eines solchen konkretisierenden Durchsetzungsrechtsaktes kann die Kommission also einem designierten Torwächter konkret aufgeben, wie einzelne Verhaltensvorschriften aus Art. 6 und 7 umgesetzt sind, ohne dass im Vorfeld ein Verstoß gegen eine Verhaltensvorschrift festgestellt werden müsste.

Die Konkretisierung durch einen Durchführungsrechtsakt regelt insofern das „wie“ der Umsetzung. Über den Konkretisierungsmechanismus aus Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 DMA kann die Kommission unmittelbar in das Geschäftsmodell eines Torwächters eingreifen und ihm konkrete Vorgaben zur technischen Umsetzung machen. Dabei durchbricht die Konkretisierungsmöglichkeit aus Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 DMA den oben dargestellten Grundsatz, dass der Torwächter frei darin ist, wie er die Verhaltensvorschriften technisch umsetzt.

54 Vgl. Erwägungsgrund (65) UAbs. 1 letzter Satz.

55 König (Fn. 4), § 13, Rn. 11.

Die Konkretisierung durch die Kommission soll insbesondere in Fällen eingesetzt werden, in denen bislang unklar ist, wie eine einzelne Verhaltensvorschrift konkret in Bezug einen zentralen Plattformdienst umsetzen ist.⁵⁶ Dahinter steht unter anderem der Gedanke, dass die in Art. 6 und 7 DMA enthaltenen Verhaltensvorschriften noch nicht in demselben Ausmaß für die einzelnen zentralen Plattformdienste erprobt sind, wie die in Art. 5 DMA geregelten Verpflichtungen, welche auf – in der Regel kartellrechtlichen – Präzedenzfällen basieren.⁵⁷ Eine solche Konkretisierungsentscheidung bindet sodann über den Verweis aus Art. 39 Abs. 5 DMA sogar die nationalen Gerichte bei der Anwendung der jeweiligen Verhaltensvorschrift.

Die Kommission hat nach bisher einhelliger Auffassung im Schrifttum gemäß Art. 8 Abs. 2 UAbs. 1 DMA das Recht, von Amts wegen ein Verfahren zum Erlass eines konkretisierenden delegierten Rechtsaktes einzuleiten und nachfolgend eine Konkretisierung der Verhaltensvorschriften aus Art. 6 und 7 DMA vorzunehmen.⁵⁸ Diese Auffassung erscheint bei näherer Betrachtung jedoch hinderlich für die effektive Durchsetzung des DMA. Eine Konkretisierung von Amts wegen würde ein systematisches Durchsetzungsdefizit begründen, indem sie zu zwei miteinander verbundenen Problemstellungen führt, welche die Wirksamkeit der Durchsetzung des DMA zukünftig beeinträchtigen könnten: Das Konkretisierungsverfahren könnte zumindest bei unklarer Rechtslage aus Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten als ein zwingend vor dem Erlass eines Nichteinhaltungsbeschlusses durchzuführendes Vorschaltverfahren gelten (dazu im Folgenden a.).⁵⁹ Dies hätte dann zur Folge, dass Torwächter kaum mehr selbst den Anreiz hätten, die Durchführung eines Konkretisierungsverfahrens bei unklarer Rechtslage nach Art. 8 Abs. 3 DMA zu beantragen (dazu im Folgenden b.). Sie könnten sich stattdessen weniger kooperativ zeigen und eine Konkretisierung durch die Kommission abwarten. Unter diesem Eindruck wird deshalb anschließend unter c. eine andere Interpretation von Art. 8 Abs. 2 UAbs. 1 DMA vorgestellt.

56 Vgl. dazu auch Erwägungsgrund (65) Abs. 2.

57 *Bueren/Weck* (Fn. 19), Art. 6 DMA, Rn. 23.

58 Vgl. *Bueren/Weck* (Fn. 19), Art. 6 DMA, Rn. 1; Art. 8, Rn. 36; *König*, (Fn. 4), Rn. 10; *Podszun/Schwab*, in: Podszun (Hrsg.), Handkommentar Digital Markets Act, 2023, Art. 5 Abs. 1, Rn. 4 sowie *Schubert*, in: Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht, Band 1, 4. Aufl., 2023, Art. 29 DMA, Rn. 6.

59 A.A. *Bueren/Weck* (Fn. 19), Art. 8 DMA, Rn. 34.

1. Konkretisierung als Vorschaltverfahren bei unklarer Rechtslage

In der Praxis ist es bislang im Hinblick auf einzelne Verhaltensvorschriften in Art. 6 und 7 DMA noch nicht klar, wie diese von einzelnen zentralen Plattformdiensten konkret umzusetzen sind. Die unvermeidliche Folge dürfte daher sein, dass es zu einem gewissen Grad unsicher sein wird, ob die von den Torwächtern im Einzelfall getroffenen Umsetzungsmaßnahmen wirklich wirksam bzw. effektiv sind. Bei Art. 6 und 7 DMA fehlen schließlich weitgehend verhaltenslenkende Präzedenzfälle oder Leitlinien, an denen sich die Torwächter orientieren könnten. Abseits von offensichtlichen Verstößen (sog. Hardcore-Verstößen) kann sich so die Situation einstellen, dass auch die Kommission nicht per se auf einen Verstoß gegen die Verhaltensvorschriften schließen kann. Sie müsste in einem solchen Szenario in aufwendige – und ungewisse – Ermittlungen einsteigen.

Die Kommission dürfte dann in diesen Fällen durch den im Europäischen Primärrecht allgemein verankerten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit⁶⁰ bzw. aus Art. 52 Abs. 1 S. 2 GrCh dazu angehalten sein, eine Konkretisierung von Amts wegen vorzunehmen statt unmittelbar einen Nichteinhaltungsbeschluss nach Art. 29 Abs. 1 DMA zu erlassen.⁶¹ Daran ändert auch der klarstellende Art. 8 Abs. 4 DMA nichts, der herausstellt, dass das Konkretisierungsverfahren nach Art. 8 Abs. 2 und 3 DMA die Befugnisse der Kommission nach den Art. 29 bis 31 DMA unberührt lässt. Denn trotz dieser Klarstellung fordert der allgemeingültige primärrechtlich verankerte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz von den Unionsorganen, dass sie keine Maßnahmen treffen, die über das zur Erreichung des verfolgten Ziels erforderliche Maß hinausgehen.⁶² Die Konkretisierung von Amts wegen nach Art. 8 Abs. 2 UAbs. 1 und 2 DMA könnte in der beschriebenen Situation als milderer, weniger eingriffsintensives, aber gleich effektives Mittel dienen, denn auch mit der Konkretisierung könnte ein potentieller Verstoß abgestellt werden.

Überdies könnte im Wege der Konkretisierung ein potentieller Verstoß sogar schneller als bei einem Nichteinhaltungsverfahren abgestellt werden,

60 Vgl. dazu EuGH, Urt. v. 02.06.2016, C-355/14 – Polihim, ECLI:EU:C:2016:403, Rn. 59; EuGH, Urt. v. 09.10.2014, C-355/14 – Traum, EU:C:2014:2267 Rn. 27 m.w.N.

61 Im Ergebnis auch so *Schubert* (Fn. 58), Art. 29 DMA, Rn. 8.

62 EuGH, Urt. v. 07.02.2018, C-304/16 – American Express, EU:C:2018:66, Rn. 85; EuGH, Urt. 22.11.2018, C-151/17 – Swedish Match, ECLI:EU:C:2018:938, Rn. 35. Vgl. auch *Jarass*, in: Jarass (Hrsg.), Charta der Grundrechte der EU, 4. Aufl., 2021, Einleitung, Rn. 40 sowie Art. 52 GrCh, Rn. 34, 36.

sodass die Konkretisierung sogar als effektiveres Mittel eingestuft werden könnte. Die Kommission muss die Konkretisierungsentscheidung gemäß Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 DMA bereits nach sechs Monaten treffen. Das aufwendigere und eingriffsintensivere Nichteinhaltungsverfahren gemäß Art. 29 Abs. 2 DMA soll hingegen möglichst innerhalb von einem Jahr abgeschlossen werden soll („bemühen“). Die Zeitverzögerung aufgrund des vertieften Prüfungsmaßstabes ergibt sich daraus, dass sich aus einem Nichteinhaltungsbeschluss weitere schwerwiegende Rechtsfolgen, wie eine Sanktion nach Art. 30 DMA oder weitere Verhaltensverpflichten bei systematischer Nichteinhaltung nach Art. 18 DMA ergeben könnten.

Insbesondere das Bedürfnis nach einer unmittelbar erfolgenden Sanktion in Form einer Geldbuße gemäß Art. 30 DMA dürfte jedoch bei einer noch unklaren Rechtslage, wie sie bei Art. 6 und 7 DMA aufgrund der bereits beschriebenen fehlenden Ausformung durch gerichtliche Entscheidungen sowie der in der Normstruktur bereits angelegten Möglichkeit zur Konkretisierung regelmäßig gering sein. Da der DMA auf eine umfassende Verfahrensbeschleunigung abzielt,⁶³ dürfte in den Fällen der unklaren Rechtslage das bereits aus den vorgenannten Gründen abgeschwächte Sanktionsinteresse zumindest hinter das Ziel einer möglichst schnellen Abstellung eines Verstoßes zurücktreten, welches über eine Konkretisierung einfacher und schneller erreicht werden kann als durch einen Nichteinhaltungsbeschluss.

Folgt man diesen Erwägungen, müsste das Konkretisierungsverfahren bei potentiellen Verstößen gegen Art. 6 und 7 DMA wohl regelmäßig vor dem Erlass eines Nichteinhaltungsbeschlusses nach Art. 29 DMA vorzuschalten sein.⁶⁴ Lediglich bei offensichtlichen Hardcore-Verstößen dürfte eine vorherige Konkretisierung nicht erforderlich sein, da in diesen Fällen das Bedürfnis nach einer unmittelbaren Sanktion des Verhaltens im Sinne des Art. 30 DMA stärker akzentuiert neben das Ziel tritt, den Verstoß rasch abzustellen. Die Konkretisierung wäre hier nicht mehr als gleich effektives Mittel anzusehen.

2. Anreizwirkungen auf einen Torwächter

Aus Gründen der Verfahrensbeschleunigung könnte eine regelmäßig vorgeschaltete Konkretisierung sogar überzeugen, da sie – wie im vorherigen

63 König (Fn. 4), Rn. 48.

64 Nicht ganz so weitreichend Schubert (Fn. 56), Art. 29 DMA, Rn. 8.

Abschnitt dargestellt – im Gegensatz zum Nichteinhaltungsbeschluss innerhalb von sechs Monaten erfolgen muss. Jedoch könnte sich ein regelmäßig durchzuführendes Konkretisierungsverfahren nachteilig auf die Kooperationsbereitschaft eines Torwächters auswirken.⁶⁵ Für diesen könnte es aus einer Ex-ante-Perspektive lohnend sein, aus freien Stücken nur möglichst wenig am Geschäftsmodell zu verändern – gerade so viel, dass die Annahme eines Hardcore-Verstoßes nicht nahe liegt – und erst einmal abzuwarten, ob und in welchem Umfang die Kommission eine Konkretisierung vornehmen möchte. Die Abschreckungswirkung einer unmittelbar erfolgenden Sanktion dürfte aus den im vorherigen Abschnitt genannten Gründen fehlen.

Der Torwächter könnte geneigt sein, das Risiko einer Konkretisierungsentscheidung durch die Kommission einzugehen, da er so in dem für ihn günstigsten Fall sein Geschäftsmodell möglichst wenig verändern muss, wenn die Kommission nämlich zu dem Schluss kommt, dass das bisherige Umsetzungsverhalten schon ausreichend ist und deshalb von weiteren behördlichen Maßnahmen absieht. Der Torwächter kann so vermeiden, dass es zu einer überschießenden Umsetzung kommt. Aus diesem Grund dürften einzelne Torwächter erwägen, das Konkretisierungsverfahren nicht selbst durch einen eigenen Antrag nach Art. 8 Abs. 3 UAbs. 1 DMA auszulösen, sondern stattdessen auf eine erste Einschätzung der Kommission zu warten.⁶⁶ Mit anderen Worten dürfte bei einem regelmäßig von Amts wegen durchzuführenden Konkretisierungsverfahren die Kooperationsbereitschaft des Torwächters sinken.⁶⁷

Das Anreizkalkül des Torwächters dürfte hingegen anders liegen, wenn nur er das Recht hätte, einen Antrag auf Konkretisierung der Verhaltensvorschriften zu stellen und die Kommission nicht befugt wäre, von Amts wegen zu konkretisieren. Denklogisch wäre hier das Konkretisierungsverfahren nicht von der Kommission bei einem vermeintlichen Verstoß bei unklarer Rechtslage vorzuschalten. In diesem Falle könnte die Kommission, wenn der Torwächter keine Konkretisierung beantragt hat, sofort ein Verfahren wegen der Nichteinhaltung der Verhaltensvorschriften einleiten,

65 Vgl. zur Kooperationsbereitschaft eines Torwächters auch grundlegend *Cabral u.a.*, The EU Digital Markets Act, A Report from a Panel of Economic Experts, 2021, S. 28.

66 Konträr dazu *Bueren/Weck* (Fn. 19) Art. 8 DMA, Rn. 39 sowie *Schubert* (Fn. 58), Art. 29 DMA, Rn. 6. Offen gelassen bei *König* (Fn. 4), Rn. 11.

67 Vgl. zu den zugrundeliegenden spieltheoretischen Überlegungen in Bezug auf das vergleichbare Szenario einer Informationspreisgabe durch Torwächter im Zuge einer Rechtfertigung *Göhsl* (Fn. 44), S. 376-377.

infolgedessen der Torwächter auch nach Art. 30 DMA sanktioniert werden könnte. Die Kommission dürfte – wenn dem Torwächter lediglich ein einseitiges Recht auf Konkretisierung zustünde – wohl qua Normsystematik davon ausgehen, dass die Verhaltensvorschriften in Art. 6 und 7 DMA für den Torwächter im Einzelfall hinreichend eindeutig sind, um sie ohne Weiteres umzusetzen, wenn er es unterlässt, einen Konkretisierungsantrag zu stellen.

Dieser Schluss dürfte hingegen in der Situation, in der die Kommission von Amts wegen konkretisieren kann, nicht zulässig sein, da in der Befugnis zur Konkretisierung von Amts wegen auch die immanente gesetzgeberische Wertung steckt, dass die Unsicherheit bei der Umsetzung der Verhaltensvorschriften aus Art. 6 und 7 DMA nicht zu Lasten des Torwächters wirken soll. Dem Torwächter könnte es bei einer gleichberechtigten Zuständigkeit der Kommission zur Konkretisierung nicht angelastet werden, dass er keinen entsprechenden Antrag gestellt hat. Die Kommission wäre trotzdem aus Gründen der Verhältnismäßigkeit dazu angehalten, zuerst eine Konkretisierung vorzunehmen (vgl. dazu erneut Abschnitt IV.1.a.), wodurch die Anreize des Torwächters, im Vorfeld an der Konkretisierung mitzuwirken, aus den oben dargestellten Gründen gering sein dürften.

3. Wortlaut und Systematik sprechen nicht zwingend für Konkretisierung von Amts wegen

Die im vorherigen Abschnitt beschriebene Anreizsystematik der Torwächter deutet darauf hin, dass die Befugnis der Kommission zur Konkretisierung von Amts wegen infolge einer möglicherweise abgesenkten Kooperationsbereitschaft der Torwächter nachteilige Wirkungen auf die Durchsetzung der Verhaltensvorschriften des DMA haben könnte.

Aus diesem Grund sollte bei der Auslegung von Art. 8 Abs. 2 UAbs. 1 DMA berücksichtigt werden, dass es – entgegen der bisher einhelligen Auffassung – nicht absolut zwingend erscheinen dürfte, in den Wortlaut der Vorschrift eine Konkretisierungsbefugnis der Kommission von Amts wegen hineinzulesen. Zumindest sprechen einige Gründe dafür, dass es sich hierbei lediglich um eine missglückte Formulierung handeln könnte. Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH sind bei der Auslegung europäischer Rechtsvorschriften neben dem Wortlaut auch der Zusammenhang, in dem

die Vorschrift steht, sowie die Zwecke und Ziele, die mit dem Rechtsakt, zu dem sie gehört, verfolgt werden, zu berücksichtigen.⁶⁸

Aus der sonstigen Normsystematik und dem Willen des europäischen Normgebers ergeben sich Anhaltspunkte, dass die Kommission überhaupt nicht befugt sein könnte, die Verhaltensvorschriften aus Art. 6 und 7 DMA von Amts wegen zu konkretisieren. Das in den beiden vorherigen Abschnitten beschriebene Durchsetzungsdefizit, das bei einer Konkretisierung von Amts wegen droht, könnte durch eine abweichende Auslegung des Art. 8 Abs. 2 UAbs. 1 DMA vermieden und so den Zwecken der Verordnung – insbesondere dem Interesse an einer effektiven Durchsetzung – stärker entsprochen werden.

Ein erster Anhaltspunkt gegen eine Konkretisierungsmöglichkeit von Amts wegen ergibt sich aus dem Wortlaut des Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 DMA. Der Wortlaut des Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 DMA bezieht sich darauf, dass die Kommission von Amts wegen oder auf Antrag des Torwächters gemäß Abs. 3 des vorliegenden Artikels ein Verfahren nach Art. 20 DMA einleiten kann. In Art. 20 DMA ist jedoch nicht nur die Einleitung des Konkretisierungsverfahrens nach Art. 8 DMA geregelt, sondern auch die Einleitung des Verfahrens über die Nichteinhaltung von Verhaltensvorschriften nach Art. 29 DMA und die Sanktion von entsprechenden Verstößen nach Art. 30 DMA. Die Möglichkeit ein Verfahren von Amts wegen einzuleiten könnte sich insofern lediglich auf die Verfahren in Art. 29 und 30 DMA beziehen.⁶⁹ Dass Art. 20 DMA auch das Verfahren nach Art. 8 DMA aufnimmt, steht dieser Interpretation nicht entgegen, da hiermit auch lediglich die Einleitung des Konkretisierungsverfahrens auf Antrag des Torwächters nach Art. 8 Abs. 3 UAbs. 1 DMA gemeint sein könnte.

In diese Richtung geht auch Erwägungsgrund (65), in dem ausgeführt wird, dass es in bestimmten Fällen angezeigt sein könne, dass die Kommission, im Anschluss an einen Dialog mit dem betreffenden Torwächter, einige der Maßnahmen, die der Torwächter ergreifen sollte, präzisiert.⁷⁰ Weiter heißt es in Erwägungsgrund (65) dazu, dass zu diesem Zweck der Torwächter die Kommission um die Aufnahme eines solchen Verfahrens ersuchen können solle. Das in Erwägungsgrund (65) angesprochene Dialogerfordernis könnte ebenso gegen eine Konkretisierungsmöglichkeit von Amts wegen sprechen, wie der Aspekt, dass lediglich auf die Antragsmög-

68 EuGH, Urt. 07.12.2023, ECLI:EU:C:2023:957 – Schufa Scoring, Rn. 41 m.w.N.

69 A.A. Bueren/Weck (Fn. 19), Art. 6 DMA, Rn. 1.

70 Anders wohl Bueren/Weck (Fn. 19), Art. 8 DMA, Rn. 43.

lichkeit des Torwächters verwiesen und die Konkretisierungsmöglichkeit von Amts wegen gar nicht erwähnt wird.

Allerdings dürfte es in der praktischen Umsetzung des DMA unwahrscheinlich sein, dass sich die hier angedeutete vorzugswürdige Auffassung durchsetzen wird. Es deutet sich an, dass die Kommission der vorgestellten herrschenden Auffassung voraussichtlich folgen und nicht auf eine Konkretisierung von Amts wegen verzichten wird. Für die Torwächter besteht aufgrund der in Abschnitt b. geschilderten Anreizproblematik jedoch überhaupt kein Anreiz, die Konkretisierungspraxis der Kommission mit Rechtsmitteln anzugreifen. Den Torwächtern kommt es schlechthin gelegen, wenn die Kommission von Amts wegen in ein Konkretisierungsverfahren einsteigt. Daher wird die Frage, ob eine Konkretisierung von Amts wegen überhaupt erfolgen darf oder stattdessen aufgrund fehlender Kompetenz der Kommission rechtswidrig wäre, wohl erst einmal theoretischer Natur bleiben.⁷¹ Das bedeutet jedoch, dass sich der festgestellte Befund, dass durch die Konkretisierung von Amts wegen ein systematisches Durchsetzungsdefizit im DMA angelegt ist, ebenfalls realisieren wird.

V. Unternehmensinterne Umsetzung

Der DMA setzt neben der behördlichen und der privaten Rechtsdurchsetzung auch in einem wesentlichen Ausmaß auf die unternehmensinterne Umsetzung der Vorschriften. Nachfolgend werden zunächst die Nachweisverpflichtungen gemäß Art. 8 Abs. 1 S. 1 DMA (siehe 1.) sowie die Verpflichtung zur Einrichtung einer Compliance-Funktion gemäß Art. 28 DMA (siehe 2.) näher erläutert. Diese Aspekte stellen die zwei zentralen Bausteine bei der unternehmensinternen Umsetzung der Verhaltensvorschriften dar.

1. Keine Beweislastumkehr in Art. 8 Abs. 1 S. 1 DMA

Den Torwächter trifft neben der bereits in Abschnitt III.1. erwähnten Notifizierungspflicht aus Art. 3 Abs. 3 DMA im Vorfeld einer Benennungsentscheidung nach Art. 8 Abs. 1 S. 1 DMA die Pflicht, die Einhaltung der Verpflichtungen aus Art. 5 bis 7 DMA sicherzustellen und diese nachzu-

⁷¹ Womöglich könnte sich im Rahmen der privatrechtlichen Durchsetzung die Frage der Bindungswirkung einer solchen Konkretisierungsentscheidung stellen.

weisen. Für den Nachweis muss der Torwächter die ebenfalls bereits in Abschnitt IV. erwähnten Compliance-Reports anfertigen. In diesen Compliance-Reports muss der Torwächter detailliert für jede einzelne Vorschrift darlegen, wie er diese umsetzt bzw. umzusetzen plant. Die Verpflichtung in Art. 8 Abs. 1 S. 1 DMA ist mit der aus dem deutschen Zivilprozessrecht bekannten substantiierten (sekundären) Darlegungslast vergleichbar.⁷² Eine Beweislastumkehr begründet Art. 8 Abs. 1 S. 1 DMA weder im behördlichen Verfahren noch hinsichtlich der zivilrechtlichen Geltendmachung der möglichen Ansprüche aus Art. 5 bis 7 DMA.⁷³ Dies ergibt sich nicht zuletzt aus der Systematik des DMA, denn die Verordnung geht an anderer Stelle – im Hinblick auf die Vermutungsregelungen des Art. 3 Abs. 2 DMA – durchaus explizit auf eine Beweislastumkehr ein.⁷⁴ Dass ein solcher Verweis bei Art. 8 Abs. 1 S. 1 DMA fehlt, spricht zumindest indiziell dafür, dass dort keine Beweislastumkehr geregelt werden sollte.⁷⁵ Die Vorschrift bezieht sich stattdessen im Wesentlichen darauf, dass über die Compliance-Reports verständlich dargelegt werden soll, wie eine Umsetzung erfolgt. Diese Compliance-Reports können für die Kommission und Private als Grundlage dienen, um das Verhalten der Torwächter auf mögliche Verstöße gegen die Vorschriften in Art. 5 bis 7 DMA zu überprüfen. Ohne solche Compliance-Reports wären entsprechende Nachforschungstätigkeiten erheblich aufwendiger, da ein entsprechender Untersuchungsansatz fehlen würde. Die Verpflichtung in Art. 8 Abs. 1 S. 1 DMA ist als Spiegelbild zur grundsätzlich bestehenden und bereits in Abschnitt IV. näher erläuterten Freiheit der Torwächter bei der technischen Umsetzung der Verhaltensvorschriften zu verstehen. Wenn diese schon frei in der technischen Gestaltung der Umsetzung sind, sollen sie gemäß Art. 8 Abs. 1 S. 1 DMA zumindest in verständlicher Sprache erläutern müssen, für welche Umsetzungsmaßnahmen sie sich entschieden haben. Anhaltspunkte, dass über die Formulierung in Art. 8 Abs. 1 S. 1 DMA jedoch der behördliche Amtsermittlungsgrundsatz

72 *Lahme/Ruster*, in: Podszun (Hrsg.), Handkommentar Digital Markets Act, 2023, Art. 39, Rn. 31; *Bueren/Zober*, NZKart 2023, 642, 646 sprechen stattdessen von einer Umkehr der Darlegungslast.

73 *Becker*, ZEuP 2023, 403, 426-427; A.A. *Körber*, NZKart 2021, 436, 438-439; *Seeliger*, in: Podszun (Hrsg.), Handkommentar Digital Markets Act, 2023, Art. 8, Rn. 18; *Zober*, NZKart 2021, 611, 615. Unentschieden hingegen *Bueren/Weck* (Fn. 19), Art. 8 DMA, Rn. 30-32.

74 Vgl. Erwägungsgrund (23).

75 *Bueren/Weck* (Fn. 19), Art. 8 DMA, Rn. 30 sowie *Bueren/Zober*, NZKart 2023, 642, 646.

oder im Zivilverfahrensrecht der Beibringungsgrundsatz ausgehebelt werden sollte, sind nicht ersichtlich.⁷⁶ Die Vorschrift ist dementsprechend eher eng auszulegen.

2. Einrichtung einer Compliance-Funktion (Art. 28 DMA)

Eine hervorgehobene Rolle bei der unternehmensinternen Umsetzung des DMA spielt die sog. Compliance-Funktion, die gemäß Art. 28 Abs. 1 DMA einzurichten ist. Danach muss der Torwächter eine Compliance-Funktion im Unternehmen einrichten, die unabhängig von den operativen Funktionen des Torwächters ist und aus einem oder mehreren Compliance-Beauftragten besteht, einschließlich des Leiters der Compliance-Funktion. Nach Art. 28 Abs. 3 UAbs. 2 DMA muss es sich bei der Leitungsperson um eine unabhängige Führungskraft handeln. Auch macht Art. 28 DMA konkrete Vorgaben zur Ausstattung, der strukturellen Anbindung der Compliance-Funktion im Unternehmen und zu den Befugnissen, die sich im Wesentlichen auf Überwachungs- und Berichtspflichten erstreckt (Art. 28 Abs. 5 DMA). Die Norm ist in ihrer Funktion und Reichweite eng mit Art. 41 des Digital Services Act (DSA⁷⁷) verwandt, die die Einrichtung einer Compliance-Abteilung mit vergleichbaren Befugnissen vorsieht.⁷⁸

Hervorzuheben ist, dass die Leitung der Compliance-Funktion gemäß Art. 28 Abs. 4 DMA dem Leitungsorgan des Torwächters untersteht. Die Leitung der Compliance-Funktion berichtet daher unmittelbar an die Leitungspersonen des Torwächters. Allerdings trägt das Leitungsorgan des Torwächters weiterhin die Letztverantwortung für das Unternehmenshandeln.⁷⁹ Die Compliance-Funktion hat deshalb keine Möglichkeit, die Leitung des Torwächters zu bestimmten Umsetzungsmaßnahmen zu zwingen. Auch begründet Art. 28 DMA keine Haftung oder anderweitige Sanktionsmöglichkeiten für die Mitglieder der Compliance-Funktion.

76 Vgl. *Becker*, ZEuP 2023, 403, 426-427. Im Zivilprozess könnte aus der Verpflichtung jedoch eine sekundäre Darlegungslast erwachsen. Vgl. dazu auch *Bueren/Weck* (Fn. 19), Art. 8 DMA, Rn. 31.

77 Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste).

78 Die hier getroffenen Erwägungen gelten für Art. 41 DSA daher gleichermaßen.

79 *Schubert*, in: Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht, Band 1, 4. Aufl., 2023, Art. 28 DMA, Rn. 12.

Aus rechtsökonomischer Sicht ist es daher zweifelhaft, ob die Einrichtung einer solchen Compliance-Funktion tatsächlich zur effektiven Umsetzung der Verhaltensvorschriften beitragen kann. Zwar soll die Compliance-Funktion grundsätzlich unabhängig fungieren, aber ihr fehlen aufgrund ihrer Anbindung an die Leitungsorgane des Torwächters die tatsächlichen Befugnisse, um Veränderungen im Unternehmen anzustoßen. Es könnte ein Szenario drohen, das bis zur Entscheidung des BGH in der Rechtssache *ARAG Garmenbeck* auch bei Aufsichtsräten einer deutschen Aktiengesellschaft zu beobachten war: Die weitgehende Passivität der Aufsichts- und Überwachungsorgane.⁸⁰ Für die Compliance-Funktion fehlen letztlich aufgrund einer fehlenden persönlichen Haftung und der Anbindung an die Leitungsorgane die effektiven Anreize, gegen die Entscheidungen der Leitung zu opponieren. Es könnte sich in dieser Hinsicht die aus der rechtsökonomischen Forschung bekannte Bee-Watcher-Watcher-Problematik einstellen. Das heißt, dass die Einrichtung einer weiteren Überwachungsstelle im Unternehmen nicht lohnend erscheint, solange für diese einerseits keine effektiven Handlungsbefugnisse etabliert werden und andererseits keine persönliche Haftung eingerichtet wird.⁸¹

Im Ergebnis wird es deshalb in Bezug auf die Umsetzung der Verhaltenspflichten im DMA allein auf die Tätigkeit und die zugrundeliegende Anreizstruktur der Unternehmensleitung ankommen. Die Leitungsorgane können etwa über das Instrument der Organhaftung konditioniert werden. Hier können dann wiederum bei der Begründung einer Haftung die Berichte und Warnungen der Compliance-Funktion eine Rolle spielen, da die potentiellen Verstöße insofern offensichtlich werden dürften. Allerdings dürfte sich bei den Torwächtern, deren Leitungsorgane regelmäßig nicht im Territorium eines Mitgliedstaats der Europäischen Union sitzen, das Problem der effektiven Durchsetzung möglicher Organhaftungsansprüche stellen.

Aus diesem Grund könnte es sich zukünftig anbieten, die interne Umsetzung der Verhaltensvorschriften durch eine externe Kontrolle abzusichern. Bereits gegenwärtig ist dem DMA eine solche Prüfung nicht völlig fremd. Nach Art. 15 DMA muss der Torwächter der Kommission eine von unab-

80 BGH, Urt. 21.04.1997 – Az. II ZR 175/95, NJW 1997, 1226. Einordnend *Koch*, Aktiengesetz, 17. Aufl., 2023, § 93, Rn. 2. Vgl. zur Problematik auch *Wagner*, ZHR 2014, 227, 236, 239-240.

81 Vgl. *Kraakman u.a.*, *The Anatomy of Corporate Law*, 3. Aufl., 2017, S. 42 sowie grundlegend *Solomon*, *Corporate Governance and Accountability*, 5. Aufl., 2020.

hängiger Stelle geprüfte Beschreibung aller Techniken zum Verbraucher-Profilung vorlegen. Es wäre in entsprechender Anwendung denkbar, dass jährlich ein genereller „DMA-Audit“ von einer externen unabhängigen Stelle durchzuführen wäre.⁸² Alternativ könnte die Einführung von (zusätzlichen) persönlichen Sanktionen für die Leitungsorgane die Umsetzungsbereitschaft erhöhen. Die Schlagkraft der Compliance-Funktion könnte erhöht werden, wenn diese mit Befugnissen ausgestattet werden würde, die Unternehmensleitung unmittelbar dazu zu zwingen, einzelne Handlungen vorzunehmen, um die Verhaltensvorschriften im DMA umzusetzen. Dies dürfte sich allerdings im Hinblick auf die Führungsverantwortlichkeit der Leitungsorgane als schwierig gestalten.

VI. Fazit

Die ersten Torwächterbenennungen stellen einen großen Schritt bei der Umsetzung der Verhaltensvorschriften im DMA dar. Die Analyse der Benennungsentscheidungen offenbart dabei einige Besonderheiten. So wird deutlich, dass es für eine Benennung zwingend erforderlich ist, eine Dienstabgrenzung vorzunehmen. Diese erfolgt dabei allein anhand qualitativer Abgrenzungsmerkmale, die am jeweiligen Nutzungszweck des Dienstes orientiert sind. Auch trägt die Entscheidungspraxis der Kommission zum weiteren Verständnis des Torwächterbegriffs bei. Das gilt insbesondere für die Entscheidung über die Widerlegung der Vermutungsregelungen aus Art. 3 Abs. 2 und 5 DMA. Hier zeichnet sich ab, dass der Hautpansatzpunkt für eine Widerlegung an das Kriterium der Funktion als wichtiges Zugangstor nach Art. 3 Abs. 1 lit. b) DMA anknüpft. Es wird insofern deutlich, dass vor allem absolute Nutzerzahlen und das relative Verhältnis der Nutzerzahlen zu anderen zentralen Plattformdiensten derselben Dienstekategorie entscheidend für die Einordnung als wichtiges Zugangstor sind. Es bleibt jedoch abzuwarten, wie das EuG mit den Klagen von Apple, ByteDance und Meta verfahren wird. Spätestens mit den entsprechenden Entscheidungen des EuG wird etwas mehr Klarheit im Hinblick auf die Anforderungen an eine Benennungsentscheidung herrschen. Es ist zu erwarten, dass das EuG sich mit den Fragen auseinandersetzen wird, nach welchen Prinzipien die zentralen Plattformdienste abzugrenzen und welche Anforderungen an eine Widerlegung der Vermutungsregelungen zu stellen sind.

82 Vgl. zum Grundkonzept *Kraakman u.a.* (Fn. 81), S. 42-43.

Die nächsten Verfahrensschritte in der behördlichen Durchsetzung des DMA sind entweder die Konkretisierung einzelner Verhaltensvorschriften aus Art. 6 und 7 DMA oder die Einleitung eines Verfahrens nach Art. 20 DMA, um einen Nichteinhaltungsbeschluss gemäß Art. 29 DMA zu erlassen. Insbesondere hinsichtlich des Konkretisierungsverfahrens und in Bezug auf dessen Verhältnis zum Nichteinhaltungsverfahren ergeben sich bei genauerer Betrachtung Schwierigkeiten. Nach hier vertretender Auffassung könnte das Konkretisierungsverfahren zumindest bei unklarer Rechtslage aus Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten ein zwingend durchzuführendes Vorschaltverfahren werden.

Hinsichtlich der unternehmensinternen Umsetzung der Verhaltensvorschriften des DMA ist festzuhalten, dass Art. 8 Abs. 1 S. 1 DMA zwar umfassende Berichts- und Darlegungspflichten enthält, aber keine Beweislastumkehr. Dies gilt sowohl für das behördliche Ermittlungsverfahren als auch für drohende Zivilprozesse. Es wurde außerdem deutlich, dass die Compliance-Funktion aus Art. 28 DMA in ihrer jetzigen Form wohl nur einen geringen effektiven Nutzen haben wird. An dieser Stelle besteht weiterer Forschungsbedarf, um effektivere interne Mechanismen zur Umsetzung der Verhaltensvorschriften zu entwickeln. Alternativ könnte es sich in Zukunft anbieten, die Umsetzung der Vorschriften durch eine externe Stelle im Sinne eines „DMA-Audits“ überprüfen zu lassen.

Die private Rechtsdurchsetzung des DMA – Vorgaben und Forderungen des Unionsrechts

*Tabea Bauermeister**

Abstract:

Obwohl der DMA noch ein sehr junger Rechtsakt ist, wurde sein private enforcement bereits mannigfaltig thematisiert. Zu kurz kam dabei jedoch zumeist die Frage, ob das Unionsrecht seiner privaten Rechtsdurchsetzung gegenüber nicht nur offen ist, sondern sie darüber hinaus auch einfordert. Dieser Lücke nimmt sich der Beitrag an, indem er einerseits überprüft, ob zivilrechtliche Ansprüche – obwohl der DMA insofern keine expliziten Regelungen trifft – implizit vorausgesetzt werden, und andererseits untersucht, ob sich eine solche Vorgabe des private enforcement aus den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts ableiten lässt.

I.	Einleitung	358
II.	Begriffsverständnis und Untersuchungsgegenstand	360
III.	Hinweise innerhalb des DMA	361
IV.	Private Rechtsdurchsetzung nach den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts	364
	1. Die Anfänge: Von Van Gend en Loos bis Guérin automobiles	364
	2. Die zentralen Säulen: Courage und Muñoz	365
	3. Zurückhaltung: Von Faccini Dori bis TÜV Rheinland	368
	4. Zwischenbetrachtung	370
	5. Neue Impulse: Mercedes Benz?	372
	6. Zur Anspruchsbefugnis: Kone und Mercedes Benz	374
V.	Der DMA und seine Verpflichtungen	375
	1. Der DMA als Verordnung	375
	2. Handlungsspielräume der Kommission	376
	3. Keine kompensatorische Wirkung des DMA?	378
	4. Anspruchsbefugnis	379
VI.	Zusammenfassende Thesen	379

* Prof. Dr. Tabea Bauermeister ist Inhaberin einer Juniorprofessur für Bürgerliches Recht und Recht der algorithmenbasierten Wirtschaft an der Universität Regensburg.

I. Einleitung

Als die Kommission ihren Vorschlag für einen Digital Markets Act (im Folgenden: DMA) veröffentlichte, fand sich in diesem keinerlei Hinweis auf eine private Rechtsdurchsetzung. Nachdem der DMA seine Wurzeln im Wettbewerbsrecht hat,¹ das nicht nur *das* Rechtsgebiet schlechthin des private enforcement darstellt,² sondern insbesondere auch mit der Schadensersatzrichtlinie³ stark von unionsrechtlichen Vorgaben geprägt ist, schlossen einige aus dem Fehlen von entsprechenden Vorgaben, dass der DMA keine privatrechtlichen Ansprüche begründe.⁴ Weil private Rechtsdurchsetzung zu einer uneinheitlichen Rechtsanwendung führe, wurde als zusätzliches Argument gegen die Zulässigkeit der privaten Rechtsdurchsetzung herangezogen, dass in behördlicher Hinsicht nur die Kommission, nicht aber die mitgliedstaatlichen Behörden eine entscheidende Rolle einnehmen.⁵

- 1 Zwar ist die Kommission von ihrem ursprünglich angekündigten „New Competition Tool“ abgewichen (vgl. https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-Single-Market-new-complementary-tool-to-strengthen-competition-enforcement_en, abgerufen am 2.11.2023), nichtsdestoweniger stellt es nach wie vor den Ausgangspunkt des DMA dar. So u.a. auch *Komminos*, in: Charbit/Gachot (Hrsg.), Eleanor M. Fox Liber Amicorum, 2021, S. 425, 426.
- 2 Ausführlich zur privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht bzw. dem Kartelldeliktsrecht: *Ebers*, Rechte, 2016, S. 525 ff.; *Heinze*, Schadensersatz im Unionsprivatrecht, 2017, S. 149 ff.; *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, S. 130 ff.; *Wilman*, Private enforcement of EU law before national courts, 2015, S. 193 ff.
- 3 Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. L 349 v. 5.12.2014, S. 1
- 4 In diese Richtung etwa *Basedow*, ZEuP 2021, 217, 224; *Haus/Weusthof*, WuW 2021, 318, 319 f.; *Podszun*, Beitrag auf verfassungsblog.de v. 1.9.2021, Private enforcement and the Digital Markets Act: The Commission will not be able to do this alone, <https://verfassungsblog.de/power-dsa-dma-05/> (abgerufen am 2.11.2023). Zweifelnd: *Podszun*, EuCML 2022, 1, 5
- 5 *Körper*, NZKart 2021, 436, 442; *Zimmer/Göhsl*, ZWeR 2021, 29, 51 f. Deshalb private enforcement für den DMA de lege ferenda ablehnend: *Klumpe*, in: Kirk/Offergeld/Rohner (Hrsg.), Kartellrecht in der Zeitenwende, 2023, S. 131, 137 f.; *Komminos* (Fn. 1), S. 435 ff. Demgegenüber mit Recht darauf verweisend, dass etwaige Risiken in anderen Rechtsgebieten, insb. im Kartellrecht, aufgrund der Vorzüge in Kauf genommen werden: *Karbaum/Schulz*, NZKart 2023, 107, 111. Siehe ferner *Achleitner*, ZÖR 78 (2023), 287, 295, die nahelegt, dass sich genau aus diesem Grund auch in der finalen Version keine expliziten Vorgaben finden.

Zumindest letzteres konnte schon damals mit Blick auf die von Art. 267 Abs. 3 AEUV vorgesehene Vorlagepflicht letztinstanzlich zuständiger, nationaler Gerichte nicht überzeugen.⁶ Mittlerweile sind aber auch darüberhin-
ausgehende Zweifel beseitigt: Zwar finden sich in der finalen Version eben-
falls keine expliziten Vorgaben zum private enforcement. Mit den Art. 39,
42 und 51 sieht der DMA nun allerdings Normen vor, die nur dann Sinn er-
geben, wenn dem DMA zumindest das Potenzial innewohnt, zivilrechtliche
Ansprüche zu begründen.

Neben Übersichtsaufsätzen zum gesamten Rechtsakt, die freilich zumeist
auch das Thema private enforcement streifen,⁷ wurde bisher vor allem
zum Potenzial der privaten Rechtsdurchsetzung,⁸ zur grundlegenden Frage,
ob die Verpflichtungen des DMA hinreichend bestimmt für die private
Rechtsdurchsetzung sind,⁹ zu seiner Umsetzung in deutsches Recht¹⁰ und
zu prozessualen Fragen¹¹ publiziert. Wenig thematisiert wurde hingegen, ob
das Unionsrecht gegenüber der privaten Rechtsdurchsetzung nur offen ist
oder ob es sie darüber hinaus auch einfordert.¹² Die Klärung dieser Frage
ist Gegenstand dieses Beitrags.

6 Karbaum/Schulz (Fn. 5), III. Vgl. ferner: *Petit*, JEurCompetLaw 2021, 529, 539.

7 Siehe etwa *Achleitner*, NZKart 2022, 359, 366; *Brauneck*, EuZW 2023, 541, 548; *Haus/Weusthof* (Fn. 4), 324; *Herbers/Savary/Gröf*, GRURPrax 2023, 185, 187 f.; *Horn*, K&R 2022, 465, 472; *Kapusta*, GRP 2023, 83, 89 f.; *Körper* (Fn. 5), 442; *Kraul/Schmidt*, CCZ 2023, 177, 189; *Kühling/Weck*, ZWeR 2021, 487, 515; *Kumkar*, RD 2022, 347, Rn. 20 ff.; *Podszun/Bongartz/Kirk*, NJW 2022, 3249, Rn. 47 ff.; *Schweitzer*, ZEuP 2021, 503, 541 f.; *Seeliger/Rump*, RIW 2023, 321, 327; *Zimmer/Göhl* (Fn. 5), 51 f.; *Zober*, NZKart 2021, 611, 614.

8 Siehe u.a. *Podszun*, JECLAP 13 (2022), 254, 263; *Weigl*, Margrethe, the 80, and Who? – Private Durchsetzung des Digital Markets Act (DMA), in: GJZ, Nachhaltigkeit im Privatrecht, im Erscheinen. Daher für eine stärkere Private Enforcement-Regelung: *Picht*, Beitrag auf verfassungsblog.de v. 3.9.2021, Private Enforcement for the DSA/DGA/DMA Package: Competition Law Lessons and Beyond, <https://verfassungsblog.de/power-dsa-dma-09/> (abgerufen am 2.II.2023); *Podszun* (Fn. 4); *Podszun/Bongartz/Langenstein*, EuCML 2021, 60, 66.

9 Siehe u.a. *Becker*, ZEuP 2023, 403, 419 ff.; *Galle/Dressler*, EuZW 2024, 107, 109 ff.; *Karbaum/Schulz* (Fn. 5), III; *Komminos* (Fn. 1), 429 ff.; *Monti*, CoRe 2021, 90, 97.

10 Siehe u.a. *Becker* (Fn. 9), 409 ff.; *Bueren/Zober*, NZKart 2023, 642 ff.; *Galle/Dressler* (Fn. 9), 108 f.; *Karbaum/Schulz* (Fn. 5), 110; *Klumpe* (Fn. 5), 138 ff.; *Richter/Gömann*, NZKart 2023, 208, 21 ff.; *Schläfke/Schuler*, in: Schmidt/Hübener/Brösamle (Hrsg.), Das neue Recht der digitalen Märkte, 2023, S. 164, Rn. 52 ff.; *Weigl* (Fn. 8).

11 Siehe u.a. *Becker* (Fn. 9), 411 ff., 425 ff.; *Bueren/Zober* (Fn. 10), insb. 646 ff.; *Galle/Dressler* (Fn. 9), 112 ff.; *Schläfke/Schuler* (Fn. 10), Rn. 79.

12 Siehe nun aber: *Achleitner* (Fn. 5) 289 ff. Ferner (zumindest knapp): *Komminos* (Fn. 1), 428. Mit Fokus auf Leistungsansprüchen: *Podszun* (Fn. 8), 264. Siehe allerdings *Amarao*, der unter Zugrundelegung des case-law-Gedankens darauf hinweist,

Nach einer Eingrenzung von Begriffsverständnis und Untersuchungsgegenstand (B.) wird im Folgenden daher zunächst überprüft, ob zivilrechtliche Ansprüche trotz des Fehlens expliziter Regelungen „zwischen den Zeilen“ mitschwingen (C.). Nach den impliziten Forderungen innerhalb des DMA wird sodann untersucht, ob sich die Vorgabe eines private enforcement aus den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts ableiten lässt (D.). Dabei ist dieser zweite Punkt nicht nur für den DMA, sondern darüber hinaus von Interesse, denn die Regelungen zu zivilrechtlichen Ansprüchen sind in den durchaus zahlreichen jüngeren Unionsrechtsakten von sehr unterschiedlicher Intensität. So weist etwa der Data Act – wie auch der DMA – keine expliziten Regelungen auf.¹³ Im Anschluss werden die gefundenen Ergebnisse auf die Bestimmungen des DMA übertragen und etwaige Hindernisse diskutiert (E.). Der Beitrag schließt mit zusammenfassenden Thesen (F.).

II. Begriffsverständnis und Untersuchungsgegenstand

Private enforcement und private Rechtsdurchsetzung werden in diesem Beitrag synonym verwendet. Unter den Begriffen werden aus einem Unionsrechtsakt resultierende zivilrechtliche Ansprüche verstanden, die Betroffenen gegen (potenzielle) Rechtsverletzer zustehen. Neben den oft im Zentrum stehenden Schadensersatzansprüchen werden dazu auch Leistungs-, Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche gezählt.¹⁴ Dass solche Ansprüche i.S.v. *Courage* und *Muñoz* (siehe noch D.II.) durch den von ihnen ausgehenden verhaltenssteuernden Impuls dazu beitragen, dem (Unions-)Recht zu seiner vollen Wirksamkeit zu verhelfen,¹⁵ wird als Teil des Phänomens verstanden, nicht aber als eingrenzende Voraussetzung ver-

dass der EuGH eine entsprechende Verpflichtung *für die Zukunft* begründen könnte (Amaro, Beitrag auf Competition Forum (n° 0042) v. 5.12.2022, Weaving Penelope's Shroud..., <https://competition-forum.com/weaving-penelopes-shroud-some-comments-on-the-private-enforcement-of-the-dma/> (abgerufen am 2.II.2023)).

13 Ausführlich zu DSGVO, DSA, DA-E und MICAR: *Schwamberger*, in: Bernzen/Fritzsche/Heinze/Thomsen (Hrsg.), *Das IT-Recht vor der (europäischen) Zeitenwende?*, 2023, S. 543.

14 Vgl. *Podszun* (Fn. 8), 254.

15 Grundlegend zum Regulierungspotenzial von Privatrecht: *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016.

wendet.¹⁶ Obgleich auch die prozessuale Dimension¹⁷ und hier vor allem die Frage nach einstweiligem Rechtsschutz¹⁸ und kollektiver Rechtsdurchsetzung¹⁹ zur privaten Rechtsdurchsetzung im weiteren Sinn²⁰ gehören, werden sie in diesem Beitrag nicht thematisiert, sondern der Fokus ausschließlich auf die materiellrechtlichen Ansprüche gelegt.

III. Hinweise innerhalb des DMA

Obwohl der DMA keine expliziten Bestimmungen zu zivilrechtlichen Ansprüchen enthält, haben doch mehrere Normen in die finale Version Einzug gefunden, die zumindest darauf hindeuten, dass sich der DMA einer privaten Rechtsdurchsetzung gegenüber nicht versperrt.

Art. 39 DMA regelt, dass und wie die nationalen Gerichte bei „Verfahren zur Anwendung dieser Verordnung“ mit der Kommission zusammenarbeiten. Kern der Norm ist die Vorgabe, dass nationale Gerichte keine einem Kommissionsbeschluss zuwiderlaufenden Entscheidungen erlassen dürfen (Abs. 5 S. 1). Geht man allerdings auf die Suche nach DMA-Verfahren, mit denen sich die nationalen Gerichte potenziell befassen müssen, wird man zunächst nicht fündig: Für Beschlüsse der Kommission sind die Unionsgerichte nach den Art. 263, 256 AEUV zuständig. Nationale Behörden dürfen nicht zur Durchsetzung des DMA im eigentlichen Sinn tätig werden, denn in ErwGr. 91 S. 1 heißt es, dass die Kommission „die einzige Behörde“ ist, die die Befugnis zur Durchsetzung des DMA hat. Die in S. 2 angesprochenen mitgliedstaatlichen „Untersuchungen zur möglichen Nichteinhaltung“ dürften hingegen zu keinem formalen Beschluss führen, gegen den Klage erhoben werden könnte.²¹ Was bleibt also? Würde sich

16 Im Hinblick auf die Frage, welche Regelungen des private enforcement bedürfen, wird dieses Kriterium hingegen vielfach angeführt (siehe etwa *Heinze* (Fn. 2), S. 521 ff.; *Poelzig* (Fn. 2), S. 433 ff.).

17 Siehe etwa *Weigl* (Fn. 8).

18 Siehe hierzu etwa *Podszun* (Fn. 4); *Richter*, WuW 2024, 27.

19 Siehe hierzu etwa *Schläfke/Schuler* (Fn. 10), Rn. 84 ff.

20 Vgl. *Bauermeister*, in: Croon-Gestefeld/Korch/Kuschel/Sarel/Scholz (Hrsg.), *Das Private im Privatrecht*, 2022, S. 29: „Private Rechtsdurchsetzung 2.0“.

21 Die deutsche Umsetzungsnorm des § 33g Abs. 3 S. 1 GWB sieht vor, dass ein Bericht erstattet und an die Kommission weitergeleitet wird. Darüber hinaus steht es nach Abs. 2 im Ermessen des BKartA, diesen auch zu veröffentlichen. *Bueren/Zober*, GmbH 2023, R324-R326, R326 weisen darauf hin, dass gegen diese Veröffentlichung Klage erhoben werden könnte. Nachdem jedoch die mitgliedstaatlichen Behörden

der DMA der privaten Rechtsdurchsetzung versperren, müsste die Antwort lauten: „nichts“. Damit ein Anwendungsbereich für Art. 39 verbleibt, bedarf es folglich zumindest der Möglichkeit von Rechtsverfahren zwischen Privaten. Die Existenz der Norm zeigt daher, dass der DMA der privaten Rechtsdurchsetzung jedenfalls nicht entgegensteht.²²

Weitere Hinweise auf die private Rechtsdurchsetzung finden sich in den Art. 42 und 51. Beide Normen beziehen sich auf die Verbandsklagenrichtlinie.²³ Allgemein stellt die Verbandsklagenrichtlinie einen Mechanismus bereit, um die Interessen von Verbrauchern gebündelt durchzusetzen.²⁴ Dafür benennt sie in ihrem Anhang I verschiedene Unionsrechtsakte. Bei Verstößen gegen die dort genannten Rechtsakte ist nach Art. 2 Abs. 1 Verbandsklagenrichtlinie nicht nur die individuelle Klage, sondern auch die durch einen Verband initiierte Kollektivklage möglich. Die Verbandsklagenrichtlinie knüpft also an bestehende materiellrechtliche Ansprüche an und gibt eine Bündelungsoption, begründet solche Ansprüche jedoch nicht.²⁵

Nach Art. 42 findet die Verbandsklagenrichtlinie Anwendung, wenn ein Torwächter gegen den DMA verstößt und damit „die Kollektivinteressen der Verbraucher beeinträchtigt“. Daran anschließend ergänzt Art. 51 den Annex der Verbandsklagenrichtlinie um die Normen des DMA. Nachdem die Richtlinie selbst keine Ansprüche begründet, setzt diese Regelungskonstruktion voraus, dass solche Ansprüche anderweitig zur Entstehung kommen. Insofern besteht zum einen die Option der freiwillig vorgesehenen Ansprüche durch die Mitgliedstaaten. In diesem Fall ergäbe sich auch aus

keine der Kommission widersprechende Entscheidung veröffentlichen dürfen, kann sich m.E. aus diesem Bericht keine zusätzliche belastende Wirkung ergeben.

22 So im Ergebnis auch *Achleitner* (Fn. 7), Fn. 50; *dies.* (Fn. 5), 288; *Amaro* (Fn. 12); *Becker* (Fn. 9), 406; *Herbers/Savary/Gröf* (Fn. 7), 187; *Horn* (Fn. 7), 473; *Klumpe* (Fn. 5), 134; *Kraul/Schmidt* (Fn. 7), 189; *Kumkar* (Fn. 7), Rn. 20 f.; *Richter/Gömann* (Fn. 10), 209 f.; *Rurali/Seegers*, Beitrag auf *Kluwer Competition Law Blog* v. 20.6.2023, Private Enforcement of the EU Digital Markets Act, <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2023/06/20/private-enforcement-of-the-eu-digital-markets-act-the-way-ahead-after-going-live/> (abgerufen am 6.11.2023); *Schläfke/Schuler* (Fn. 10), Rn. 37; *Weigl* (Fn. 8). Noch zum Parlamentsentwurf: *Karbaum/Schulz* (Fn. 5), 109. Ferner: RefE II. GWB-Novelle, S. 17; RegE II. GWB-Novelle, BT-Drs. 20/6824, S. 19 f.

23 Richtlinie (EU) 2020/1828 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.11.2020 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG, ABl. L 409 v. 4.12.2020, S. 1.

24 Siehe insb. ErwGr. 7 Verbandsklagenrichtlinie.

25 *Hakenberg*, NJOZ 2021, 673, 675.

den Art. 42, 51 nur die Conclusio, dass der DMA der optional von den Mitgliedstaaten vorgesehenen privaten Rechtsdurchsetzung nicht im Wege steht.²⁶ Auf der anderen Seite könnte die Verbindung mit der Verbandsklagenrichtlinie auch darauf hindeuten, dass der DMA ihn flankierende, mitgliedstaatliche zivilrechtliche Ansprüche zwingend fordert. Andernfalls nämlich würde das Unionsrecht zwar die Etablierung von u.a. Schadensersatzansprüchen freigeben, für den Fall ihrer Normierung aber direkt Forderungen in Form einer prozessualen Bündelung stellen.

Obwohl diese Stufung seltsam anmutet, spricht ein erneuter Blick auf die ansonsten im Anhang aufgezählten Rechtsakte dafür, dass genau das der Ansatz der Verbandsklagenrichtlinie ist. Darunter findet sich nämlich u.a. auch die Preisangaben-Richtlinie.²⁷ Selbst in der durch die Omnibus-RL geänderten Fassung sieht ihr Art. 8 nur Sanktionen vor, die „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein“ müssen, fordert aber gerade keine zivilrechtlichen Ansprüche. Sein Zusammenspiel mit der Verbandsklagenrichtlinie kann daher nur so verstanden werden, dass die Mitgliedstaaten zwar grundsätzlich die Wahl haben, ob sie zivilrechtliche Sanktionsmechanismen einführen, sobald dies aber der Fall ist, sie zur Verbindung mit Verbandsklagen verpflichtet sind. Auch ErwGr. 42 S. 2 der Verbandsklagenrichtlinie stützt dieses Ergebnis: Dort heißt es nämlich, dass „[e]ine Verbandsklage auf Abhilfe [...] nur erhoben werden können [sollte], wenn das Unionsrecht oder das nationale Recht diese materiellen Rechte vorsieht.“ Die Formulierung bringt klar zum Ausdruck, dass es auch Rechtsakte gibt, bei denen weder das Unionsrecht noch das nationale Recht solche Ansprüche vorsieht.

Bezieht man dieses zum Anhang der Verbandsklagenrichtlinie gefundene Ergebnis zurück auf das private enforcement des DMA, heißt das, dass auch die Art. 42, 51 für sich genommen nur die Schlussfolgerung einer optionalen privaten Rechtsdurchsetzung zulassen. Insgesamt kann dem DMA selbst folglich nur entnommen werden, dass sich der Rechtsakt einer

26 In diese Richtung auch *Achleitner* (Fn. 5), 288; *Horn* (Fn. 7), 472; *Kapusta* (Fn. 7), 89; *Kraul/Schmidt* (Fn. 7), 189; *Richter/Gömann* (Fn. 10), Fn. 25; *Weigl* (Fn. 8). Ferner: RefE II. GWB-Novelle, S. 17. Auf die Bedeutung der Norm hinweisend: *Rurali/Seegers* (Fn. 22).

27 Richtlinie 98/6/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 16.2.1998 über den Schutz der Verbraucher bei der Angabe der Preise der ihnen angebotenen Erzeugnisse, ABl. L 80 v. 18.3.98, S. 27, zuletzt geändert durch Art. 2 RL (EU) 2019/2161 v. 27.11.2019, ABl. L 328 v. 18.12.2019, S. 7.

privaten Rechtsdurchsetzung gegenüber nicht versperrt, nicht aber, dass er sie auch fordert.

IV. Private Rechtsdurchsetzung nach den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts

Die Kommission setzt im Rahmen ihrer Q&A zum DMA demgegenüber voraus, dass die durch eine Verletzung des DMA Geschädigten den Ersatz ihres Schadens erlangen können.²⁸ Nachdem der DMA nicht ausdrücklich Schadensersatzansprüche oder anderweitige Abhilfensprüche regelt,²⁹ kann sich ihre Existenz bzw. das entsprechende Normierungsgebot nur aus den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts ergeben. Und obwohl sich in bestimmte Normen Leistungsansprüche hineinlesen lassen,³⁰ fehlt es auch hierzu an direkten Aussagen.

1. Die Anfänge: Von *Van Gend en Loos* bis *Guérin automobiles*

Der EuGH hat das Unionsrecht stets auch als Recht der Unionsbürger verstanden. Dies beginnt bereits bei *Van Gend en Loos*, in dessen Rahmen er explizit feststellt, dass das Unionsrecht nicht nur den Mitgliedstaaten, sondern auch den einzelnen Menschen Rechte und Pflichten verleiht.³¹ Dies gelte nicht nur dann, wenn „der Vertrag dies ausdrücklich bestimm[e], sondern auch auf Grund von eindeutigen Verpflichtungen“.³²

Neben ihrer Eindeutigkeit ist – wie in *Lütticke* festgestellt – außerdem Voraussetzung, dass die Verpflichtung „an keine Bedingung geknüpft“ ist und es zur „Durchführung oder Wirksamkeit auch keiner weiteren Maßnahmen der [Unions]organe oder der Mitgliedstaaten“ bedarf.³³ Die Rege-

28 Vgl. Europäische Kommission, Fragen und Antworten: Gesetz über digitale Märkte, Frage „Werden Personen, die durch das Verhalten der Torwächter geschädigt wurden, Anspruch auf Schadensersatz haben?“, 6.9.2023, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/QANDA_20_2349.

29 Siehe C.

30 Vgl. bspws. zu Art. 7 *Bauermeister*; in FK, 107 EL, Art. 7 DMA, Rn. 40 ff.

31 EuGH, Urt. v. 5.2.1963, 26/62 – *van Gend en Loos*, ECLI:EU:C:1963:1, S. 25.

32 EuGH, Urt. v. 5.2.1963, 26/62 – *van Gend en Loos*, ECLI:EU:C:1963:1, S. 25.

33 EuGH, Urt. v. 16.6.1966, 57/65 – *Lütticke*, ECLI:EU:C:1966:34, S. 266.

lungen müssen also – in der bzgl. des DMA häufig verwandten Terminologie – self-executing sein.³⁴

Die Rechtsprechung setzt sich fort mit *Variola*, in dessen Rahmen der EuGH – soweit ersichtlich – erstmals Rechte des Einzelnen aus einer europäischen Verordnung ableitet.³⁵ Ebenso wie in *Costa/E.N.E.L.*³⁶ als einem weiteren Meilenstein zur Stellung des Unionsbürgers ging es in diesen Urteilen jedoch nicht um Verpflichtungen der Bürger untereinander, sondern nur um Rechte gegen staatliche Stellen.

Dieser Blickwinkel beginnt sich in der Folge nur langsam zu wandeln. So führt der EuGH in *BRT I* zwar en passant zum Pendant des heutigen Art. 102 AEUV aus, dass die Normen des Primärrechts nicht nur faktische Wirkung zwischen Privaten haben, sondern zu Ansprüchen gegeneinander führen.³⁷ Für die Ausdehnung dieser Rechtsprechung in *Guérin automobiles* auf den heutigen Art. 101 AEUV bedurfte es dann noch gut weiterer 20 Jahre.³⁸

2. Die zentralen Säulen: Courage und Muñoz

Nach den anfänglichen Urteilen zur Stellung des Bürgers im Rahmen der Unionsrechtsordnung wird das heutige Verständnis von private enforcement maßgeblich durch *Muñoz*³⁹ und *Courage*⁴⁰ geprägt. Die Urteile sind daher für die Frage, inwiefern das Unionsrecht die private Rechtsdurchsetzung des DMA fordert, von zentraler Bedeutung.⁴¹

Gegenstand des Verfahrens *Muñoz* war eine Konkurrentenklage wegen eines Verstoßes gegen die Kennzeichnungspflicht für Obst. Dem EuGH stellte sich die Frage, ob die einschlägigen europäischen Verordnungen⁴²

34 Direkt zum private enforcement des DMA: *Achleitner* (Fn. 5), 290; *Richter/Gömann* (Fn. 10), 210; *Schläfke/Schuler* (Fn. 10), Rn. 5.

35 EuGH, Urt. v. 10.10.1973, 34/73 – *Variola*, ECLI:EU:C:1973:101.

36 EuGH, Urt. v. 15.7.1964, 6/64 – *Costa/E.N.E.L.*, ECLI:EU:C:1964:66.

37 EuGH, Urt. v. 30.1.1974, 127/3 – *BRT/SABAM*, ECLI:EU:C:1974:6, insb. Rn. 15/17

38 EuGH, Urt. v. 18.3.1997, C-282/95 P – *Guérin automobiles*, ECLI:EU:C:1997:159, insb. Rn. 39.

39 EuGH, Urt. v. 17.9.2002, C-253/00 – *Muñoz*, ECLI:EU:C:2002:497.

40 EuGH, Urt. v. 20.9.2001, C-453/99 – *Courage*, ECLI:EU:C:2001:465.

41 Direkt mit Blick auf den DMA: *Komninos* (Fn. 1), 428.

42 Verordnungen (EWG) Nr. 1035/72 des Rates vom 18. Mai 1972 und (EG) Nr. 2200/96 des Rates vom 28. Oktober 1996 über eine/die gemeinsame Marktorganisation für Obst und Gemüse, ABl. L 118 v. 20.5.1972, S. 1, und ABl. L 297 v. 21.11.1996, S. 1.

dem Wettbewerber eines gegen die Kennzeichnungspflicht verstoßenden Unternehmens in einem Gerichtsverfahren durchsetzbare Rechte verliehen.⁴³ Der EuGH hob für seine Antwort zentral auf das damalige Pendant zu Art. 288 Abs. 2 AEUV ab, der bestimmt, dass eine Verordnung allgemeine Geltung hat, in allen ihren Teilen verbindlich ist, und unmittelbar in den Mitgliedstaaten gilt. Daher könne sie „[s]chon nach ihrer Rechtsnatur und ihrer Funktion im Rechtsquellensystem des [Unions]rechts [...] Rechte des Einzelnen begründen“.⁴⁴ Unter zusätzlichem Rekurs auf das Gebot der vollen Wirksamkeit schloss der EuGH darauf, dass nicht nur aus dem Primärrecht, sondern auch aus einer Verordnung Leistungs- bzw. Unterlassungsansprüche der Unionsbürger untereinander folgen könnten.⁴⁵

Den zweiten wichtigen Baustein für die private Rechtsdurchsetzung bringt *Courage*: Das Urteil bezog sich auf das damalige Pendant zu Art. 101 AEUV, mithin eine Norm des Primärrechts. Dem Verfahren lag ein Pachtvertrag verbunden mit einer Alleinbezugsverpflichtung von *Courage*-Bier zugrunde, der zwischen einer Tochtergesellschaft *Courages* und Herrn *Crehan* geschlossen worden war.⁴⁶ Den Rechtsverstoß und damit die Nichtigkeit des Vertrags unterstellend war fraglich, ob sich aus dem Unionsrecht ergibt, dass eine am Vertrag beteiligte Partei Schadensersatz aufgrund eines Verstoßes gegen Art. 101 AEUV verlangen kann.⁴⁷ Der EuGH nutzte die Gelegenheit und führte grundsätzlich aus: Wenn aus dem Unionsrecht Rechte zwischen den Einzelnen resultierten, dann dürfe sich dieser Einzelne auch auf ihren Verstoß berufen und einen sich daraus ergebenden Schaden geltend machen.⁴⁸ Dabei stützte sich der EuGH in seiner Argumentation einerseits auf die Rechte des Einzelnen und andererseits auf „die volle Wirkung“ und die „praktische Wirksamkeit“ des Unionsrechts.⁴⁹ Ein Schadensersatzanspruch war nach Ansicht des EuGH also sowohl im

43 Zum Tatbestand: EuGH, Urt. v. 17.9.2002, C-253/00 – Muñoz, ECLI:EU:C:2002:497, Rn. 17 ff.

44 EuGH, Urt. v. 17.9.2002, C-253/00 – Muñoz, ECLI:EU:C:2002:497, Rn. 27.

45 EuGH, Urt. v. 17.9.2002, C-253/00 – Muñoz, ECLI:EU:C:2002:497, Rn. 28 ff.

46 Zum Tatbestand: EuGH, Urt. v. 20.9.2001, C-453/99 – *Courage*, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 11 ff.

47 EuGH, Urt. v. 20.9.2001, C-453/99 – *Courage*, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 3 ff.

48 EuGH, Urt. v. 20.9.2001, C-453/99 – *Courage*, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 23 ff.

49 EuGH, Urt. v. 20.9.2001, C-453/99 – *Courage*, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 25 f.

Interesse der Privaten geboten, denen er Rechte verlieh, als auch um der Durchsetzung des Unionsrechts willen.⁵⁰

Im Schrifttum wird teilweise darauf hingewiesen, dass die private Rechtsdurchsetzung durch *Otis*⁵¹ und *Skanska*⁵² eine neue Qualität erlangt hätte, weil den primärrechtlichen Normen ab dort ein „unmittelbar anspruchsbegründende[r] Kern“ zugewiesen würde und die „materiellen Voraussetzungen nicht lediglich mittelbar aus dem Effektivitäts- bzw. Äquivalenzprinzip mit Blick auf die Ausgestaltung des nationalen Rechts“ abgeleitet würden.⁵³ Zwar trifft es zu, dass der EuGH in diesen Urteilen für die Bestimmung des Anspruchsgegners explizit auf das Primärrecht rekurriert. Die Begründung, warum Art. 101 AEUV einen Schadensersatzanspruch gebietet, ist jedoch gleich geblieben: Der EuGH hebt nach wie vor auf das Gebot der vollen Wirksamkeit und die Interessen der Geschädigten ab und stellt sich damit in die Tradition der Entscheidung *Courage*.⁵⁴

Unabhängig davon, ob auf *Courage* oder *Skanska* gestützt: Die bestehende Rechtsprechung zum EU-Wettbewerbsrecht gibt ein starkes Indiz, dass das Primärrecht zu seiner Durchsetzung nicht nur Leistungs- und Unterlassungs-, sondern auch Schadensersatzansprüche fordert.⁵⁵ In Ermangelung einer Spezialregelung wie der wettbewerbsrechtlichen Schadensersatzrichtlinie resultieren aus dem Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz zwar bestimmte Vorgaben und Eingrenzungen hinsichtlich der Modalitäten, im Wesentlichen obliegt die Ausgestaltung des Schadensersatzanspruchs aber den Mitgliedstaaten.⁵⁶ Aus *Muñoz* folgt schließlich, dass sich aus unmittelbar geltenden Verordnungen – auch ohne explizite Anordnung – Rechte des Einzelnen ergeben. Nimmt man beide Rechtsprechungslinien zusammen, spricht dies dafür, dass diese sich aus Verordnungen ergebenden Rechte des Einzelnen ebenso Schadensersatzansprüche begründen.

50 Vgl. *Wilman* (Fn. 2), Rn. 11.01 ff, der einprägsam von der subjektiven und objektiven Seite des Effektivitätsgrundsatzes spricht.

51 EuGH, Urt. v. 6.11.2012, C-199/11 – *Otis*, ECLI:EU:C:2012:684.

52 EuGH, Urt. v. 14.3.2019, C-724/17 – *Skanska*, ECLI:EU:C:2019:204.

53 *Karbaum/Schulz* (Fn. 5), 110.

54 Vgl. EuGH, Urt. v. 14.3.2019, C-724/17 – *Skanska*, ECLI:EU:C:2019:204, Rn. 24 f.

55 In diese Richtung auch *Karbaum/Schulz* (Fn. 5), 112; *Schweitzer* (Fn. 7), 541 f. Zweifelnd bzgl. Schadensersatzansprüchen: *Schläpke/Schuler* (Fn. 10), Rn. 51.

56 Grundlegend: EuGH, Urt. v. 13.7.2006, Rs. C-295/04 bis C-298/04 – *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, Rn. 64. Direkt mit Blick auf den DMA: *Rurali/Seegers* (Fn. 22).

3. Zurückhaltung: Von Faccini Dori bis TÜV Rheinland

Neben den bisher dargestellten, die umfassende Vorgabe einer privaten Rechtsdurchsetzung stützenden Verfahren dürfen allerdings auch jene Urteile nicht verschwiegen werden, die sich zurückhaltend zeigen. Sie verbieten aus dem Unionsrecht resultierende zivilrechtliche Ansprüche zwar nicht, fordern sie aber ebenso wenig ein. Besonders hervorzuheben sind *Faccini Dori*,⁵⁷ *von Colson und Kamann*,⁵⁸ *Genil 48*⁵⁹ sowie *TÜV Rheinland*.⁶⁰

Nach dem heutigen Art. 28 Abs. 3 AEUV richten sich Richtlinien nur an Mitgliedstaaten und bedürfen eines Umsetzungsrechtsaktes. An diese grundlegenden Eigenschaften anknüpfend führte der EuGH in *Faccini Dori* aus, dass Richtlinien keine unmittelbare Wirkung zwischen Privaten entfalten. Selbst dann, wenn ein Mitgliedstaat die relevante Richtlinie nicht rechtzeitig umgesetzt hat, kann ein Bürger die sich aus ihr ergebenden Verpflichtungen daher nicht gegenüber einem anderen Bürger geltend machen.⁶¹ Dem Betroffenen bleibt nur die Möglichkeit, Schadensersatz vom säumigen Mitgliedstaat zu verlangen.⁶² Die Richtlinie als solche begründet nach *Faccini Dori* also keine zivilrechtlichen Ansprüche der Bürger untereinander.

Setzt ein Mitgliedstaat eine Richtlinie hingegen pflichtgemäß um, führt dies zu der umgekehrt gelagerten Frage, ob die daraus resultierenden nationalen Normen der privaten Rechtsdurchsetzung zugänglich sein müssen. In *von Colson und Kamann*, d.h. im Kontext des Antidiskriminierungsrechts, kam der EuGH zwar zu dem Schluss, dass die deutsche Umsetzung, die lediglich den Ersatz eines etwaigen Vertrauensschadens vorsah, ungenügend sei.⁶³ Das heißt aber nicht, dass per se ein Schadensersatzanspruch erforderlich gewesen wäre. Vielmehr führte der EuGH aus, dass die Rechtsfolgen – unabhängig vom gewählten Sanktionsregime – so ausgestaltet sein

57 EuGH, Urt. v. 14.7.1994, C-91/92 – Faccini Dori, ECLI:EU:C:1994:292.

58 EuGH, Urt. v. 10.4.1984, C-14/83 – Colson und Kamann, ECLI:EU:C:1984:153.

59 EuGH, Urt. v. 20.5.2013, C-604/11 – Genil 48, ECLI:EU:C:2013:344.

60 EuGH, Urt. v. 16.2.2017, C-219/15 – Schmitt/TÜV Rheinland, ECLI:EU:C:2017:128.

61 EuGH, Urt. v. 14.7.1994, C-91/92 – Faccini Dori, ECLI:EU:C:1994:292, Rn. 20, 25.

62 Grundlegend: EuGH, Urt. v. 19.11.1991, C-6/90 P – Francovich, ECLI:EU:C:1991:428.

63 EuGH, Urt. v. 10.4.1984, C-14/83 – Colson und Kamann, ECLI:EU:C:1984:153, Rn. 24.

müssen, dass „ihre Wirksamkeit und ihre abschreckende Wirkung gewährleistet sind“.⁶⁴

Noch deutlicher wurde das Erfordernis von zivilrechtlichen Ansprüchen in *Genil 48* verneint. Im Rahmen dieses Verfahrens ging es um die Frage, ob bei einem Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4, 5 MIFID I⁶⁵ bestimmte vertragsrechtliche Folgen vorgegeben seien. Der EuGH negierte dies unter Rekurs auf Art. 51 MIFID I, der zur Durchsetzung der Richtlinie Verwaltungssanktionen vorsah. Weil die Richtlinie nur ein verwaltungsrechtliches Sanktionsregime fordere, stehe es den Mitgliedstaaten frei, ob sie auch vertragliche Rechtsbehelfe einführten.⁶⁶ Auf die Position der negativ betroffenen Unionsbürger ging er dabei überhaupt nicht ein.

Dies gestaltete sich anders im Verfahren *TÜV Rheinland*. Ihm lag die Klage einer Frau zugrunde, der minderwertiges Industriesilikon als Brustimplantat eingesetzt worden war. Nachdem die Herstellerin zwischenzeitlich insolvent geworden war, verlangte die Betroffene Schmerzensgeld vom *TÜV Rheinland*, der die nach dem damaligen § 6 MPG erforderliche Zertifizierung vorgenommen und bei der Prüfung das Industriesilikon nicht entdeckt hatte.⁶⁷ Der letztinstanzlich mit der Klage befasste BGH legte u.a. die Frage vor, ob sich aus dem Unionsrecht eine zwingend notwendige Haftung ergebe.⁶⁸ In seiner Antwort führt der EuGH zwar zunächst aus, dass auch die Überwachungsvorgaben der dem Verfahren zugrundeliegenden, damaligen Medizinprodukterichtlinie⁶⁹ auf die Sicherheit der betroffenen Personen gerichtet sei, ergänzte dann aber, dass sich daraus nicht „zwingend [ergebe], dass sie Rechte zugunsten der Geschädigten für den Fall schaffen soll, dass die betreffenden Stellen ihren Verpflichtungen nicht

64 EuGH, Urt. v. 10.4.1984, C-14/83 – Colson und Kamann, ECLI:EU:C:1984:153, Rn. 19, 28.

65 Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates, ABl. L 145 v. 28.4.2004, S. 1.

66 EuGH, Urt. v. 20.5.2013, C-604/11 – Genil 48, ECLI:EU:C:2013:344, Rn. 57.

67 Zum Tatbestand: EuGH, Urt. v. 16.2.2017, C-219/15 – Schmitt/TÜV Rheinland, ECLI:EU:C:2017:128, Rn. 25 ff.

68 Vgl. BGH, Beschl. v. 9.4.2015, II ZR 36/14 – Silikonbrustimplantate, NJW 2015, 2737, Vorlagefrage Nr. 1.

69 Richtlinie 93/42/EWG des Rates vom 14.6.1993 über Medizinprodukte, ABl. L 169 v. 12.7.1993, S. 1.

nachkommen“⁷⁰ Dabei argumentiert der EuGH vor allem mit der Rechtsnatur einer Richtlinie: Weil sie keine Modalitäten zur Begründung einer zivilrechtlichen Haftung vorsehe, sei dies den Mitgliedstaaten nicht zwingend vorgeschrieben.⁷¹ Dass sie – nach seinen eigenen Ausführungen – auch der Sicherheit Betroffener diene, begründete für den EuGH demgegenüber für sich genommen keinen hinreichenden Grund, die Mitgliedstaaten zu Schadensersatzansprüchen zu verpflichten.

4. Zwischenbetrachtung

Auf Basis der bisher betrachteten Urteile lassen sich verschiedene Schlussfolgerungen zur Notwendigkeit eines private enforcement ziehen: Zunächst fällt auf, dass die Urteile, die ohne entsprechende, explizite Vorgabe des Unionsrechts einen Schadensersatzanspruch fordern, solche des EU-Wettbewerbsrechts sind. Denn auch wenn sich der EuGH im Verfahren *Muñoz* einer ähnlichen Argumentationslinie bedient, geht er in dieser Entscheidung gerade nicht von einem unionsrechtlich begründeten Schadensersatzanspruch aus. Die Forderung nach einem umfassenden private enforcement könnte also dem Wettbewerbsrecht vorbehalten sein.

Hebt man hingegen auf die ähnliche Argumentationslinie in *Muñoz* ab und stellt *Courage* und *Muñoz* den Verfahren *Faccini Dori*, *von Colson und Kamann*, *Genil 48* und *TÜV Rheinland* gegenüber, sticht die Rechtsnatur der ihnen zugrundeliegenden, zentralen Normen ins Auge: Primärrecht bzw. Verordnungen auf der einen und Richtlinien auf der anderen Seite. Daraus könnte folgen, dass Richtlinien – sofern ihre jeweiligen Normen dies nicht explizit oder zumindest implizit vorgeben⁷² – keine konkrete Form der Rechtsdurchsetzung verlangen, während das Primärrecht und Verordnungen bei drittschützenden Normen entsprechende Anspruchsbefugnisse einfordern.

Gegen diese These lässt sich jedoch – jedenfalls prima vista – das Urteil in *Azienda Agricola Monte Arcosu* anführen. In diesem Verfahren lehnte der

70 EuGH, Urt. v. 16.2.2017, C-219/15 – Schmitt/TÜV Rheinland, ECLI:EU:C:2017:128, Rn. 50 ff., 55.

71 EuGH, Urt. v. 16.2.2017, C-219/15 – Schmitt/TÜV Rheinland, ECLI:EU:C:2017:128, Rn. 56.

72 Implizit kann dies etwa in den Verbraucherrechterichtlinien der Fall sein (ausführlich zur Durchsetzung von Richtlinienrecht *Franck*, Marktordnung durch Haftung, 2016, 264 ff. bzw. Verbraucherrecht: *Ebers* (Fn. 2), 735 ff.).

EuGH vor den nationalen Gerichten geltendmachbare Rechtspositionen ab, obwohl ihm eine Verordnung zugrundelag.⁷³ Auf den zweiten Blick fällt indes auf, dass der relevanten Verordnung zur Verbesserung der Effizienz der Agrarstruktur⁷⁴ die Besonderheit zukam, dass sie den Mitgliedstaaten in einigen Bereichen Umsetzungsspielraum gab. Im Hinblick auf die relevante Bestimmung wies sie damit vielmehr Nähe zu Richtlinien auf.

Mit *Azienda Agricola Monte Arcosu* liegt es daher vielmehr nahe, nicht ausschließlich auf die formale Rechtsnatur des infragestehenden Unionsrechtsaktes abzustellen, sondern zu fragen, ob er bereits für sich genommen eine unmittelbar geltende Regelung darstellt oder ob es weitere Zwischenschritte benötigt. Letztlich entspricht dies der bereits in *Lütticke* im Hinblick auf Ansprüche gegen staatliche Stellen ausgemachten Voraussetzung, dass die Verpflichtung „an keine Bedingung geknüpft“ und zur „Durchführung oder Wirksamkeit auch keiner weiteren Maßnahmen der [Unions]organe oder der Mitgliedstaaten“ bedarf.⁷⁵

Aber auch die darüberhinausgehende Eingrenzung, dass selbst die mitgliedstaatlichen Umsetzungsgesetze nicht zwingend der privaten Rechtsdurchsetzung gegenüber zugänglich sein müssen, ergibt Sinn. Aufgrund ihres Umsetzungserfordernisses oktroyiert die Richtlinie den Mitgliedstaaten zwar bestimmte Aspekte – andere im Umkehrschluss aber gerade nicht. Insofern sollen die Mitgliedstaaten die zu ihrem Rechtssystem am besten passende Lösung wählen dürfen.⁷⁶ Sofern die Richtlinie keine oder nur eingeschränkte Vorgaben zum Sanktionssystem macht, ist es der Idee der Richtlinie inhärent, dass jeder einzelne Mitgliedstaat ein für sein Rechtssystem geeignetes Sanktionsregime einführen darf.

Dem stehen die Normen des Primärrechts und Verordnungen gegenüber. Sie stellen unmittelbar in jedem Mitgliedstaat geltendes Recht dar. Dass die Mitgliedstaaten hinsichtlich ihrer Durchsetzung – auch ohne entsprechende Normierung – nicht völlig frei sind, sondern aus ihnen auch diesbezüglich (implizite) Vorgaben resultieren, erscheint als logische Konsequenz ihrer Rechtsnatur.⁷⁷

73 EuGH, Urt. v. 11.1.2001, C-403/98 – *Azienda Agricola Monte Arcosu Srl*, ECLI:EU:C:2001:6, Rn. 29.

74 Verordnung (EWG) Nr. 797/85 des Rates vom 12.3.1985 zur Verbesserung der Effizienz der Agrarstruktur, Abl. L 93 v. 20.2.1985, S. 1.

75 EuGH, Urt. v. 16.6.1966, 57/65 – *Lütticke*, ECLI:EU:C:1966:34, S. 266.

76 Ausführlich zur Rechtsnatur von Richtlinien: *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 79. EL Mai 2023, Art. 288 AEUV, Rn. 104 ff.

77 So im Ergebnis auch *Scholz*, ZBB 2022, 200, 204.

Zumeist führen die impliziten Vorgaben zu einer privaten Rechtsdurchsetzung. Klarstellend sei aber darauf hingewiesen, dass die Bestimmungsgewalt des Unionsgesetzgebers auch in die andere Richtung gehen kann: Es steht ihm frei, das private enforcement explizit auszuschließen.⁷⁸

5. Neue Impulse: Mercedes Benz?

Diesem Zwischenergebnis der anhand der grundsätzlich unterschiedlichen Rechtsnatur vorgenommenen Differenzierung scheint jedoch das erst kürzlich entschiedene Verfahren *Mercedes Benz*⁷⁹ zu widersprechen.⁸⁰ Es ist im Kontext der Dieselpolitik angesiedelt und betrifft den Einsatz von Thermofenstern. Teilweise wurde es deshalb im Schrifttum als auf eine Phase des „Rollback“ folgendes „Comeback des Private Enforcement“ gedeutet.⁸¹ Und wirft man einen Blick in das sich daran anschließende BGH-Urteil,⁸² das zentral auf § 6 Abs. 1 und § 27 Abs. 1 EG-FGV abstellt, die ihrerseits Art. 18 Abs. 1 und Art. 26 Abs. 1 Rahmenrichtlinie⁸³ umsetzen, und deren Art. 46 in richtlinientypischer Manier lediglich „wirksam[e], verhältnismäßig[e] und abschreckend[e]“ Sanktionen einfordert, könnte es in der Tat dazu geeignet sein, die bisher geäußerte These einer Unterscheidung in Richtlinien und unmittelbar geltendes Unionsrecht – jedenfalls für die Zukunft – aufzuheben.

Genau genommen führt der EuGH jedoch aus, „dass sich aus Art. 18 Abs. 1, Art. 26 Abs. 1 und Art. 46 der Rahmenrichtlinie in Verbindung mit Art. 5 Abs. 2 der Verordnung Nr. 715/2007 ergibt, dass die Mitgliedstaaten vorsehen müssen, dass der Käufer eines mit einer unzulässigen Abschalt-einrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 dieser Verordnung ausgestatteten

78 *Heinze* (Fn. 2), S. 538 f.

79 EuGH, Urt. v. 21.3.2023, C-100/21 – Mercedes-Benz Group, ECLI:EU:C:2023:229.

80 Vgl. *Heinze*, Beitrag auf Verfassungsblog v. 3.4.2023, Die private Rechtsdurchsetzung des Unionsrechts, <https://verfassungsblog.de/die-private-durchsetzung-des-unionsrechts/> (abgerufen am 2.11.2023).

81 *Wagner*, NJW 2023, 1761, 1762 f.

82 BGH, Urt. v. 26.6.2023, VIa ZR 335&21, juris.

83 Richtlinie 2007/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 5.9.2007 zur Schaffung eines Rahmens für die Genehmigung von Kraftfahrzeugen und Kraftfahrzeuganhängern sowie von Systemen, Bauteilen und selbstständigen technischen Einheiten für diese Fahrzeuge (Rahmenrichtlinie), ABl. L 263 v. 9.10.2007, S. 1.

Fahrzeugs einen Anspruch auf Schadensersatz“ hat.⁸⁴ In seiner zentralen Conclusio hebt der EuGH also nicht ausschließlich auf die Rahmenrichtlinie, sondern auch auf die VO 715/2007 ab. Und mehr noch: Die zu dieser Schlussfolgerung führende Argumentation legt den Fokus im ersten Schritt auf Art. 5 Abs. 2 VO 715/2007, denn zunächst arbeitet der EuGH heraus, dass das mit dieser Verordnung verfolgte Ziel eines hohen Umweltschutzniveaus sowie der Verbesserung der Luftqualität effektiver Sanktionen bedarf.⁸⁵ Sodann führt er aus, dass diese sich aus Art. 4 Abs. 3 ergebende Pflicht dazu diene, „dass die Verbraucher und Anwender zu dem Zeitpunkt, zu dem sie ihre Kaufentscheidung treffen, objektive und genaue Informationen zur mehr oder weniger starken Umweltbelastung der Fahrzeuge erhalten.“⁸⁶ Die Rahmenrichtlinie benötigt der EuGH erst im letzten Schritt, um die „unmittelbare Verbindung zwischen dem Automobilhersteller und dem individuellen Käufer eines Kraftfahrzeugs“ zu begründen.⁸⁷ Sie stellt daher einen wichtigen Bestandteil in der Argumentation dar; dominierend ist allerdings die volle Wirksamkeit der VO 715/2007.

Ogleich sich das Urteil *prima vista* als neuer Impuls darstellen mag, untermauert es mithin vielmehr das bisher gefundene Ergebnis der Orientierung an der Rechtsnatur der für die Entscheidung primär maßgeblichen Norm. Und darüber hinaus begründet es ein weiteres Gegenargument gegen die zunächst geäußerte These, dass es sich bei unionsrechtlich eingeforderten Schadensersatzansprüchen um eine Besonderheit des EU-Wettbewerbsrechts handeln könnte. Vielmehr zeigt *Mercedes Benz* eindrücklich, dass das Unionsrecht rechtsgebietsübergreifend Schadensersatzansprüche zur Durchsetzung seiner unmittelbar geltenden Rechtsakte fordert. Leistungs- und Unterlassungsansprüche gehen als Vorstufe damit einher.

84 EuGH, Urt. v. 21.3.2023, C-100/21 – Mercedes-Benz Group, ECLI:EU:C:2023:229, Rn. 91.

85 EuGH, Urt. v. 21.3.2023, C-100/21 – Mercedes-Benz Group, ECLI:EU:C:2023:229, Rn. 70 iVm. Rn. 90 f.

86 EuGH, Urt. v. 21.3.2023, C-100/21 – Mercedes-Benz Group, ECLI:EU:C:2023:229, Rn. 72.

87 EuGH, Urt. v. 21.3.2023, C-100/21 – Mercedes-Benz Group, ECLI:EU:C:2023:229, Rn. 82.

6. Zur Anspruchsbefugnis: Kone und Mercedes Benz

Anschließend an die Vorgabe von privaten Leistungs-, Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen stellt sich die Folgefrage nach der Anspruchsbefugnis. Wie ausgeführt ergibt sich bereits aus *Van Gend en Loos*, dass Ansprüche nicht nur bei der expliziten Benennung von Rechten, sondern auch bei eindeutigen Verpflichtungen bestehen können.⁸⁸ Allerdings nehmen Verpflichtungen eine andere Perspektive als Ansprüche ein: Mit einer Verpflichtung steht zwar fest, dass jemand etwas tun muss, nicht aber, *wer* dies verlangen kann.

Obgleich die genaue Anspruchsausgestaltung grundsätzlich den Mitgliedstaaten überlassen bleibt, handelt es sich bei der Anspruchsbefugnis um einen so eng mit dem Anspruch als solchem verbundenen Aspekt, dass das Unionsrecht hier ebenfalls Vorgaben macht. Durch die gesamte Rechtsprechung zum wettbewerbsrechtlichen Schadensersatzanspruch zieht sich etwa die sog. Jedermanns-Formulierung: „Die volle Wirksamkeit [...] wäre[...] beeinträchtigt, wenn nicht jedermann Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, oder durch ein entsprechendes Verhalten entstanden ist.“⁸⁹

Nach *Kone* gehören dazu selbst die Betroffenen eines Preisschirmeffekts, deren Schäden nur indirekt über den Markt und durch das Dazwischentreten Dritter vermittelt wurden.⁹⁰ Indes könnte diese besonders weite Rechtsprechung und anschließende Kodifizierung auch dem wettbewerbs-schützenden Sinn und Zweck der Art. 101, 102 AEUV geschuldet sein, der möglicherweise gerade deshalb alle über den Markt vermittelten Schäden erfasst. Wirft man deshalb einen Blick in das Urteil im Verfahren *Mercedes Benz*, fällt auf, dass der EuGH hervorhebt, dass die in Frage stehende verletzte Pflicht auch zur Information der infragekommenden Geschädig-

88 Vgl. EuGH, Urt. v. 5.2.1963, 26/62 – van Gend en Loos, ECLI:EU:C:1963:1, S. 25.

89 EuGH, Urt. v. 20.9.2001, C-453/99 – Courage, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 26. Seit dem st. Rspr., siehe nur: EuGH, Urt. v. 13.7.2006, Rs. C-295/04 bis C-298/04 – Manfredi, ECLI:EU:C:2006:461, Rn. 90; Urt. v. 14.6.2011, C-360/09 – Pfeiderer, ECLI:EU:C:2011:389, Rn. 29; Urt. v. 6.11.2012, C-199/11 – Otis, ECLI:EU:C:2012:684, Rn. 22 f.; Urt. v. 6.6.2013, C-536/11 – Donau Chemie, ECLI:EU:C:2013:366, Rn. 21; Urt. v. 14.3.2019, C-724/17 – Skanska, ECLI:EU:C:2019:204, Rn. 25 f.; Urt. v. 6.10.2021, C-882/19 – Sumal, ECLI:EU:C:2021:800, Rn. 33 ff.

90 EuGH, Urt. v. 5.6.2014, C-557/12 – Kone, ECLI:EU:C:2014:1317.

ten dient.⁹¹ Er betont, dass die Bestimmungen der Rahmenrichtlinie „eine unmittelbare Verbindung zwischen dem Automobilhersteller und dem individuellen Käufer“ herstellen⁹² und schlussfolgert daraus, dass sie „neben allgemeinen Rechtsgütern die Einzelinteressen des individuellen Käufers eines Kraftfahrzeugs gegenüber dessen Hersteller schützen“.⁹³

Mit *Mercedes Benz* zeigt der EuGH mithin einerseits, dass er nur solche Geschädigte als anspruchsberechtigt ansieht, deren Schutz die Norm dienen will. Dies kann man – sofern das Unionsrecht selbst keine konkreten Vorgaben macht⁹⁴ – dahingehend verallgemeinern, dass eine Person dann anspruchsberechtigt ist, wenn sie von einem potenziellen Rechtsverstoß negativ betroffen wäre, und dem Schutzbereich der konkreten Norm angehört. Andererseits wird deutlich, dass der EuGH den geschützten Personenkreis weit zieht und auch das als erfasst ansieht, was in deutschen Kategorien wohl als bloße Reflexwirkung einzuordnen wäre.⁹⁵

V. Der DMA und seine Verpflichtungen

1. Der DMA als Verordnung

Beim DMA handelt es sich seiner Rechtsnatur nach um eine Verordnung. Weil der Unionsgesetzgeber das private enforcement nicht explizit ausschließt, folgt aus *Courage*, *Muñoz* und *Mercedes Benz*, dass seine Normen der privaten Rechtsdurchsetzung gegenüber nicht nur zugänglich sind, sondern dass das Unionsrecht diese grundsätzlich auch einfordert. Dieses Gebot gilt mit *Azienda Agricola Monte Arcosu* und *Lütticke* einschränkend jedoch nur dann, wenn seine Normen hinreichend konkret sind und außerdem „an keine Bedingung geknüpft“ sind, es insbesondere zur „Durchfüh-

91 Vgl. EuGH, Urt. v. 21.3.2023, C-100/21 – Mercedes-Benz Group, ECLI:EU:C:2023:229, insb. Rn. 72, 80.

92 EuGH, Urt. v. 21.3.2023, C-100/21 – Mercedes-Benz Group, ECLI:EU:C:2023:229, Rn. 82.

93 EuGH, Urt. v. 21.3.2023, C-100/21 – Mercedes-Benz Group, ECLI:EU:C:2023:229, Rn. 85.

94 *Heinze* (Fn. 2), S. 572 f.

95 Vgl. *Heinze* (Fn. 80), der – wohl ob dieser weiten Betrachtung – von individualschützenden wie „kollektiv- oder wettbewerbsschützenden Vorschriften“ spricht. Grundlegend: *Heinze* (Fn. 2), S. 562 ff.

rung oder Wirksamkeit auch keiner weiteren Maßnahmen der [Unions]organe oder der Mitgliedstaaten“ bedarf.⁹⁶

Der DMA sieht verschiedene Verpflichtungen für nach Art. 3 benannte Torwächter vor. Sie finden sich primär in den Art. 5 bis 7.⁹⁷ Anders als beispielsweise § 19a GWB bedarf keine der Normen einer Anwendungsentcheidung der Kommission. An sich sind sie daher „self-executing“.⁹⁸ Die Mitgliedstaaten sind daher grundsätzlich dazu verpflichtet, flankierende Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche vorzusehen und Leistungsklagen zuzulassen. Hinsichtlich der Modalitäten müssen sie dem Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz Rechnung tragen, sind aber darüber hinaus frei in der Ausgestaltung.

2. Handlungsspielräume der Kommission

Allerdings gibt der DMA der Kommission gewisse Handlungsspielräume in Form von Einzelfallanordnungen, Durchführungsvorschriften, Aussetzungen, Befreiungen und Aktualisierungen. Nachdem die konkret durchzusetzende Norm mit *Lütticke* an keine Bedingungen geknüpft sein darf, sind die Wirkungen von Art. 8 Abs. 2 Uabs. 2, Art. 46 Abs. 1 lit. b und c sowie Art. 9, 10 und 12 – in der gebotenen Kürze – zu untersuchen.

Art. 8 Abs. 2 Uabs. 2 ermöglicht es der Kommission, Einzelfallanordnungen gegenüber einem bestimmten Torwächter im Hinblick auf seine Verpflichtungen aus Art. 6 oder 7 vorzunehmen. Zwingend erforderlich für die Wirksamkeit der Art. 6 oder 7 ist dies allerdings nicht. Die Kommission muss nicht, sondern sie „kann“ nach Art. 8 Abs. 2 Uabs. 2 Durchführungsrechtsakte erlassen – ihr kommt insofern ein Ermessen zu.⁹⁹ Vor allem aber beziehen sich die Einzelfallanordnungen auf die Maßnahmen, die ein Torwächter zu ergreifen hat, um seinen Verpflichtungen nachzukommen. Art. 8 Abs. 2 Uabs. 2 wandelt die sich aus Art. 6 oder 7 ergebenden Pflichten also nicht ab, sondern gibt der Kommission lediglich die Möglichkeit, die

96 EuGH, Urt. v. 16.6.1966, 57/65 – *Lütticke*, ECLI:EU:C:1966:34, S. 266.

97 Darüber hinaus wird im Schrifttum teilweise das Umgehungsverbot des Art. 13 Abs. 4 bis 6 genannt (*Becker* (Fn. 9), 407, 410). Weil es sich um eine an die Art. 5 bis 7 andockende Verpflichtung handelt, soll das Umgehungsverbot an dieser Stelle jedoch nicht separat betrachtet werden

98 Direkt zum private enforcement des DMA: *Achleitner* (Fn. 5), 290; *Richter/Gömann* (Fn. 10), 210; *Schläpke/Schuler* (Fn. 10), Rn. 5.

99 Vgl. *Herbers*, RD 2022, 252, 258; *Richter/Gömann* (Fn. 10), 210 f.

vom Torwächter geforderten Handlungen zu präzisieren.¹⁰⁰ Die Möglichkeit von Einzelfallanordnungen nach Art. 8 Abs. 2 Uabs. 2 steht der privaten Rechtsdurchsetzung daher nicht entgegen.

Im Unterschied zu Art. 8 Abs. 2 ermöglicht es Art. 46 Abs. 1 lit. b der Kommission allgemeine, d.h. alle Torwächter adressierenden Vorgaben zu machen und betrifft auch nicht nur Art. 6 und 7, sondern ebenso Art. 5. Die Kommission kann „Form, Inhalt und sonstige[...] Einzelheiten der technischen Maßnahmen“ vorgeben, die von den Torwächtern zur Einhaltung ihrer Verpflichtungen vorzunehmen sind. Art. 46 Abs. 1 lit. c hebt sodann noch einmal speziell die operativen und technischen Vorkehrungen bei Art. 7 hervor, der sicherlich in seiner Umsetzung, insbesondere im Hinblick auf die einzelnen Verfahrensschritte, etwas komplizierter ist. An den grundlegenden, sich aus den Art. 5 bis 7 ergebenden Verpflichtungen ändert Art. 46 aber ebenso wenig etwas wie Art. 8. Auch er steht der privaten Rechtsdurchsetzung der Art. 5 bis 7 daher nicht im Weg.

Während Art. 8 und 46 nur zu Konkretisierungen führen, hat die Kommission nach Art. 9 und 10 die Möglichkeit, einzelne der sich aus Art. 5 bis 7 ergebenden Verpflichtungen entweder temporär oder gänzlich nicht anzuwenden. Obgleich es sich dabei um ein durchaus gewichtiges Instrument handelt, dass auch zu Friktionen führen kann,¹⁰¹ bewirkt es nicht, dass der DMA weiterer Umsetzungsakte der Kommission bedarf. Vielmehr ist genau das Gegenteil der Fall und ihre bloße Existenz der privaten Rechtsdurchsetzung gegenüber nicht schädlich. Beschließt die Kommission hingegen die Aussetzung oder Befreiung, entfällt die Verpflichtung des Torwächters, denn etwas nicht Existentes kann auch nicht im Wege der privaten Rechtsdurchsetzung durchgesetzt werden.

Genau umgekehrt verhält es sich schließlich mit der Aktualisierung nach Art. 12 DMA: Hier kommt der Kommission die Befugnis zu, neue Verpflichtungen einzuführen. Nachdem diese Vorgaben vor einer Kommissionsentscheidung gerade noch nicht existieren, kommt ihre private Rechtsdurchsetzung erst im Anschluss in Betracht.¹⁰²

Obwohl also die Kommission Handlungsoptionen hinsichtlich der verschiedenen Verpflichtungen hat, stehen diese dem Gebot nach einer privaten Rechtsdurchsetzung grundsätzlich nicht entgegen.

100 So auch *Achleitner* (Fn. 5), 288; *Becker* (Fn. 9), 420; *Herbers* (Fn. 99), 258 f.; *Richter/Gömann* (Fn. 10), 211; *Weigl* (Fn. 8). Noch zum Entwurf: *Komminos* (Fn. 1), 430 f.

101 Ausführlich: *Becker* (Fn. 9), 425.

102 Vgl. zu den prozessualen Möglichkeiten: *Becker* (Fn. 9), 425.

3. Keine kompensatorische Wirkung des DMA?

Schließlich hat *Andriychuk* mit guten Argumenten vorgetragen, dass der DMA lediglich der Verfahrenserleichterung der Kommission diene, aber seiner Natur nach keine kompensatorische Wirkung habe.¹⁰³ Wäre das tatsächlich der Fall, wären jedenfalls Schadensersatzansprüche nicht vom Schutzzweck des DMA erfasst. Dem kann indes mindestens Zweierlei entgegengehalten werden:

Erstens basiert ein Teil seiner Argumentation auf der Annahme, dass der DMA lediglich besonders problematische Fälle des Art. 102 AEUV ausformuliere und in Gesetzesform gegossen habe.¹⁰⁴ Wenn aber Art. 102 AEUV eine Kompensationsfunktion zukommt, ist nicht ersichtlich, warum dies der DMA nicht ebenso tun sollte. Zwar mag man einwenden, der DMA gehe von der generellen Wettbewerbsschädlichkeit der Verhaltensweisen aus und sehe anders als das Wettbewerbsrecht keinen Spielraum für eine Einzelfallentscheidung.¹⁰⁵ Ferner mag man das Fehlen einer Effizienzeinrede bedauern.¹⁰⁶ Nachdem der DMA jedoch in seiner jetzigen Form Gesetz geworden ist, ist er Ausdruck einer legislativen Entscheidung, die bewusst von der Einzelfallabwägung wegführen soll, und daher zu respektieren ist. Vor allem aber greift dieses weg vom Einzelfall nicht im Hinblick auf den Schadensersatz. Der Schadensersatz setzt neben der Rechtsverletzung – auch im Unionsrecht – stets die Entstehung eines kausalen Schadens voraus.¹⁰⁷ Und anders als die wettbewerbsrechtliche Schadensersatzrichtlinie sieht der DMA insofern gerade keine Vermutungen oder Beweislasteilderung vor.¹⁰⁸

Zweitens bliebe mit der *Courage*-Rechtsprechung, selbst wenn man unterstellte, dem DMA käme eine primär verhaltenssteuernde Funktion zu,¹⁰⁹ immer noch der Gedanke der abschreckenden Wirkung, der auch als Prin-

103 Eingänglich: *Andriychuk*, J. Antitrust Enforc. 2022, 123 ff.

104 Vgl. *Andriychuk* (Fn. 103), insb. 126 ff.

105 Ausführlich zur „Ausgestaltung als konkrete Per-se-Regeln“: Monopolkommission, Sondergutachten 82: Empfehlungen für einen effektiven und effizienten Digital Markets Act, 2021, Rn. 43 ff.

106 Siehe etwa Monopolkommission, Sondergutachten 82: Empfehlungen für einen effektiven und effizienten Digital Markets Act, 2021, Rn. 130 ff.

107 *Heinze* (Fn. 2), S. 229.

108 Vgl. Art. 17 RL 2014/104/EU.

109 Vgl. *Andriychuk* (Fn. 103), 126.

zip der funktionalen Subjektivierung bezeichnet wird.¹¹⁰ Und diese ist dem DMA inhärent: Ginge es lediglich um erleichterte Abstellungsverfügungen, ergäben die neben Zwangsgeldern (Art. 31) zusätzlich vorgesehenen Bußgeldvorschriften (Art. 30) wenig Sinn. Selbst wenn man eine rein verhaltenssteuernde Rechtsnatur des DMA unterstellte, stünde diese Schadenersatzansprüchen nach der *Courage*-Rechtsprechung folglich nicht entgegen.

4. Anspruchsbefugnis

Schon aus dem Langtitel des DMA als Verordnung „über bestreitbare und faire Märkte“ ergibt sich ihr Ziel. Sodann wird es prominent durch Art. 1 Abs. 1 (wie auch ErwGr. 7 S. 1) expliziert: „Zweck dieser Verordnung ist es, zum reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts beizutragen, indem harmonisierte Vorschriften festgelegt werden, die [...] bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor [...] gewährleisten.“

Ähnlich wie die Art. 101, 102 AEUV verfolgt der DMA damit einen sehr weiten Schutzzweck. Weil nach der bisherigen EuGH-Rechtsprechung jede Person anspruchsbefugt ist, die von einem (etwaigen) Rechtsverstoß negativ betroffen ist, solange sie nur in den Schutzbereich der relevanten Norm fällt, ergeben sich für den DMA keine nennenswerten Einschränkungen.¹¹¹ Ebenso wie im Wettbewerbsrecht sollte ein Anspruch jeder Person zukommen, deren Betroffenheit sich aus den Wirkweisen des Wettbewerbs ergibt.

VI. Zusammenfassende Thesen

1. Obleich sich keine expliziten Vorgaben zur privaten Rechtsdurchsetzung finden, zeigen seine Art. 39, 42 und 51, dass sich der DMA einer privaten Rechtsdurchsetzung gegenüber nicht versperrt.
2. Aus *van Gend en Loos* und *Lütticke* folgt, dass das Unionsrecht dem Einzelnen Rechte verleiht. Solange sie nur hinreichend bestimmt und an keine weiteren Maßnahmen der Unionsorgane oder der Mitglied-

110 Siehe etwa *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, 6. Aufl. 2022, Art. 1 AEUV, Rn. 29.

111 Siehe ferner *Achleitner* (Fn. 5), 288, 291, die darauf abhebt, dass „ein individual-schützender Charakter aus dem Wortlaut der Bestimmungen klar hervorgeht.“ Demgegenüber *Weigl* (Fn. 8), der stärker zwischen den einzelnen Anspruchsarten differenziert – auch dies lässt sich jedoch durch das Kriterium der negativen Betroffenheit abdecken.

staaten geknüpft sind, gilt dies selbst dann, wenn die jeweilige Norm nur eine Verpflichtung regelt.

3. *Courage* und *Muñoz* zeigen, dass solche Verpflichtungen auch Ansprüche zwischen Bürgern begründen und sowohl zu Leistungs- und Unterlassungs- als auch zu Schadensersatzklagen führen können, ohne dass diese explizit normiert sein müssen.
4. Die Gegenüberstellung zu *Faccini Dori*, *von Colson und Kaman*, *Genil 48* sowie *TÜV Rheinland* offenbart, dass das Unionsrecht dann die private Rechtsdurchsetzung einfordert, wenn bereits seine Norm self-executing ist. Das gilt typischerweise für das Primärrecht und für Verordnungen. Bei Richtlinien bezieht sich der Umsetzungsspielraum hingegen grundsätzlich auch auf die Durchsetzung.
5. Weil das Erfordernis des Schadensersatzes aus der vollen Wirksamkeit der VO Nr. 715/2007 und nicht der Rahmenrichtlinie hergeleitet wird, stützt auch *Mercedes Benz* dieses Ergebnis.
6. Das Unionsrecht gibt nicht bloß das Ob eines zivilrechtlichen Anspruchs vor, sondern auch, wer anspruchsberechtigt ist: Erstens muss die Person negativ von einem (potenziellen) Rechtsverstoß betroffen sein, und zweitens in ihrer konkreten Position in den Schutzbereich der verletzten Norm fallen. Dabei ist der Schutzbereich – auch im Lichte des Gebots der vollen Wirksamkeit – weit zu verstehen.
7. Nachdem der DMA eine Verordnung darstellt und seine sich aus den Art. 5 bis 7 ergebenden Verpflichtungen self-executing sind, ist er einer privaten Rechtsdurchsetzung gegenüber nicht nur offen; die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts fordern sie auch ein.
8. Weil die Einzelfallanordnungen nach Art. 8 Abs. 2 Uabs. 2 und etwaige Leitlinien nach Art. 46 im Ermessen der Kommission stehen und ohnehin nur die Art und Weise präzisieren würden, wie ein Torwächter seinen Verpflichtungen nachkommen muss, stehen sie einer privaten Rechtsdurchsetzung nicht entgegen.
9. Sowohl die Aussetzung nach Art. 9 als auch die Befreiung nach Art. 10 stellen keine Anwendungsvoraussetzung dar, sondern verhindern diese. Erst in dem Moment, in dem die Kommission einen entsprechenden Beschluss fasst, entfällt die Möglichkeit einer diese Entscheidung konterkarierenden privaten Rechtsdurchsetzung.
10. Der Sinn und Zweck des DMA liegt in der Gewährleistung bestreitbarer Märkte. Daraus folgt eine ähnlich weite Anspruchsbefugnis negativ

Betroffener wie im EU-Wettbewerbsrecht, sodass der Schutzbereich zu keinen (nennenswerten) Eingrenzungen der Anspruchsbefugnis führt.

Verzeichnis der Autorinnen und Autoren

Jun.-Prof. Dr. Tabea Bauermeister

Universität Regensburg, Juniorprofessur für Bürgerliches Recht und Recht der algorithmenbasierten Wirtschaft

Dr. Björn Christian Becker

Julius-Maximilians-Universität Würzburg, Lehrstuhl für Globales Wirtschaftsrecht, internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Bürgerliches Recht (Prof. Dr. Florian Bien) /

Humboldt-Universität zu Berlin, Gastprofessur zur Vertretung des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht und Ökonomik (ehem. Prof. Dr. Heike Schweitzer) seit 1.10.2024

Prof. Dr. Oliver Budzinski

Technische Universität Ilmenau, Leiter des Fachgebiets Wirtschaftstheorie und Direktor des Instituts für Volkswirtschaftslehre

Ass.-Prof. Dr. Sophia Gaenssle

Erasmus-Universität Rotterdam, Assistenzprofessur für Digitalisierung und Kreativindustrien

Jun.-Prof. Dr. Jan-Frederick Göhsl

Universität Münster, Juniorprofessur für Bürgerliches Recht, Rechtsfragen der Digitalisierung und Künstlicher Intelligenz

Ass.-Prof. Dr. Lena Hornkohl

Universität Wien, Tenure Track Professur am Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung

Prof. Dr. h.c. mult. Juliane Kokott

GAin am Gerichtshof der Europäischen Union

PD Dr. Daniel Könen

Universität zu Köln, Institut für Europäisches Wirtschaftsrecht (Prof. Ehricke)

PD Dr. Carsten König

Universität zu Köln, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Kartell- und Regulierungsrecht, Recht der digitalen Wirtschaft (Prof. Körber)

Prof. Dr. Sarah Legner

EBS Universität Wiesbaden, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht, Europäisches Privatrecht

Jun.-Prof. Dr. Juliane Mendelsohn

Technische Universität Ilmenau, Fachgebiet Law and Economics of Digitalization

Prof. Dr. Tristan Rohner

Bucerius Law School, Juniorprofessur für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht in der digitalen Gesellschaft

Ass.-Prof. Maria José Schmidt-Kessen

Central European University, Legal Studies Department

Ass. iur. Mariya Serafimova

z. Z. der Erstellung des Manuskripts Mitarbeiterin im Kabinett Prof. Dr. Dres. h.c. Juliane Kokott

Dr. Annika Stöhr

Technische Universität Ilmenau, Fachgebiet Wirtschaftstheorie