

I. Einleitung

A. Problemaufriss

Die Digitalisierung von Informations- und Kommunikationsprozessen hat grundlegende wirtschaftliche und gesellschaftliche Veränderungen in Gang gesetzt. Eine wesentliche Rolle spielte dabei die Einführung des Internets für kommerzielle Zwecke Anfang der 1990er Jahre, wodurch sich die Möglichkeiten des Wirtschaftens um ein Vielfaches verbreitert haben. Kernelement der heutigen Internetwirtschaft ist die Entfaltung einer neuen Datenökonomie: Die zunehmende Mobilität und Allgegenwärtigkeit des Internets, die Verbreitung plattformbasierter Geschäftsmodelle sowie die fortschreitende Automatisierung und Vernetzung ermöglichen die Erhebung, Speicherung und Analyse von Daten in einem bisher unerreichten Ausmaß.¹ Die Analyse dieser Rohdaten kann dazu beitragen, neue Produkte zu entwickeln, Geschäftsabläufe zu optimieren und künftige Entwicklungen schneller vorherzusehen.² Zugleich profitieren die Nutzer von der vermehrten Datenerhebung in Form von zum Teil „kostenlosen“ Angeboten und einem dynamischen Markt- und Wettbewerbsumfeld mit laufender Innovation. Im Ergebnis wird damit grds sowohl für die Unternehmen als auch für die Nutzer ein Mehrwert iS eines effizienten Marktergebnisses geschaffen.³

Große Datenbestände entstehen in der Digitalökonomie insb im Rahmen plattformbasierter Geschäftsmodelle,⁴ die immer öfter in den Vertrieb von Dienstleistungen und Produkten zwischengeschaltet sind. Letztere zählen zu den wichtigsten Akteuren der Digitalökonomie und fungieren als sog Informationsintermediäre, indem sie verschiedene Marktteilnehmer zusammenführen. Zu diesen Informationsintermediären gehören ua Suchmaschinen, soziale Netzwerke, Online-Versandhäuser, Kommunikationsdienste, Zahlungssysteme, Vergleichsportale, Partnervermittlungen und Plattformen für die partizipative Wirtschaft (sog Sharing Economy⁵). Digitale Plattformen sind mittlerweile in nahezu sämtliche Lebensbereiche und Branchen vorgedrungen. Dabei werden einerseits gänzlich neue Märkte erschlossen und andererseits etablierte Unternehmen auf herkömmlichen Märkten herausgefordert.

¹ Schweitzer, Neue Machtlagen in der digitalen Welt? Das Beispiel unentgeltlicher Leistungen in *Körber/Kühling* (Hrsg), *Regulierung – Wettbewerb – Innovation* (2017) 269 (269).

² Monopolkommission, Sondergutachten 68 – Herausforderung digitale Märkte, Rz 69, http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/SG68/S68_volltext.pdf (abgefragt am 12.12.2021).

³ Ausf hierzu *Engert*, *Digitale Plattformen*, AcP 2018, 304.

⁴ Die Erhebung, Speicherung und Analyse großer Datenmengen ist allerdings nicht auf Online-Dienste beschränkt: So werden bspw auch Supermärkte oder Fachgeschäfte durch die Ausgabe von Kundenkarten laufend über das Einkaufsverhalten ihrer Kunden informiert.

⁵ Zu diesem Begriff s *Schwalbe/Peitz*, *Kollaboratives Wirtschaften oder Turbokapitalismus – Zur Ökonomie der Sharing economy*, *Perspektiven der Wirtschaftspolitik* 2016, 232.

In der Vergangenheit sind digitale Plattformen bereits vermehrt in den Fokus rechtspolitischer Diskussion und Initiativen geraten; dies auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.⁶ Besorgnis wird insb hinsichtlich der Verhaltensweisen einzelner Unternehmen mit starker Marktstellung wie Google, Apple, Facebook & Co geäußert.⁷ Im Vordergrund des Diskurses steht va die Frage, ob die im Wettbewerb eingesetzten

⁶ EK, VO (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), ABl L 2022/265, 1 (im Folgenden: „DMA“); EK, VO (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), ABl L 2022/277, 1 (im Folgenden: „DSA“); *Crémer/Montjoye/Schweitzer*, Competition Policy for the Digital Era (2019), <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf> (abgefragt am 12.12.2021); EK, Mitteilung der Kommission zu Online Plattformen im digitalen Binnenmarkt. Chancen und Herausforderungen für Europa, 25.5.2016, COM(2016) 288 final; BWB, Thesenpapier Digitalisierung und Wettbewerbsrecht (2020), 8, https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user_upload/PDFs/Thesenpapier_Digitalisierung_und_Wettbewerbsrecht_v3.pdf, (abgefragt am 12.12.2021); Brics Competition Law and Policy Center, Digital Era Competition: a Brics View (2019), <http://bricscompetition.org/upload/iblock/6a1/brics%20book%20full.pdf> (abgefragt am 12.12.2021); Monopolkommission, Sondergutachten 68 – Herausforderung digitale Märkte, 2015; BKartA/Autorité de la concurrence, Gemeinsames Papier zu Daten und Auswirkungen auf das Wettbewerbsrecht: Competition Law and Data (2016) http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (abgefragt am 12.12.2021); BKartA, Big Data und Wettbewerb (2017), https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Schriftenreihe_Digitales/Schriftenreihe_Digitales_1.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (abgefragt am 12.12.2021); BKartA, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken (2016) https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Think-Tank-Bericht.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (abgefragt am 12.12.2021); BMWi, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft (2019) https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/bericht-der-kommission-wettbewerbsrecht-4-0.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (abgefragt am 12.12.2021); *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen.pdf?__blob=publicationFile&v=12; *Furman/Coyle/Fletcher/McAuley/Marsden*, Unlocking Competition – Report of the Digital Competition Expert Panel (2019), https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf (abgefragt am 12.12.2021); ACCC, Digital Platforms Inquiry, Final Report (2019), <https://www.accc.gov.au/system/files/Digital%20platforms%20inquiry%20-%20final%20report.pdf> (abgefragt am 12.12.2021); Stigler Committee on Digital Platforms, Final Report (2019), <https://research.chicagobooth.edu/stigler/media/news/committee-on-digitalplatforms-final-report> (abgefragt am 12.12.2021); CMA, Online platforms and digital advertising – Market study final report (2020), https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fa557668fa8f5788db46efc/Final_report_Digital_ALT_TEXT.pdf (abgefragt am 12.12.2021); Competition Bureau Canada, Big data and innovation: key themes for competition policy in Canada (2018), [https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/CB-Report-BigData-Eng.pdf/\\$file/CB-Report-BigData-Eng.pdf](https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/CB-Report-BigData-Eng.pdf/$file/CB-Report-BigData-Eng.pdf) (abgefragt am 12.12.2021); Belgian Competition Authority/Authority for Consumer and Markets/Conseil de la Concurrence, Joint memorandum on challenges faced by competition authorities in a digital world, <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2019-10/benelux-memorandum-over-toezicht-mededinging-in-digitale-economie.pdf> (abgefragt am 12.12.2021).

⁷ *Paal*, Internet-Suchmaschinen im Kartellrecht, GRUR Int 2015, 997 (1001); *Weidt*, Suchkriterienauswahl durch den Benutzer – ein Vorschlag zur Begrenzung von Missbrauchspotenzial der Suchmaschine Google, WuW 2016, 164 (165).

Verhaltensweisen und Strategien der Plattformbetreiber zulässig, regulierungsbedürftig oder gar dem Wettbewerb abträglich sind.⁸ Öffentliche Kritik wird dabei insb in Bezug auf den Umgang mit (personenbezogenen) Daten sowie die mit deren Erhebung, Speicherung und Auswertung einhergehende Intransparenz für den Nutzer geäußert.⁹ Vor dem Hintergrund der herausragenden ökonomischen Bedeutung von Daten für Geschäftsmodelle der digitalen Wirtschaft¹⁰ und die Stellung von Unternehmen im Wettbewerb¹¹, werden hierbei nicht nur Themen des Verbraucher- oder Datenschutzrechts angesprochen. Vielmehr geraten Verhaltensweisen von Unternehmen, die den Umgang mit Daten betreffen, vermehrt auch in das Visier der Wettbewerbsbehörden. Dabei werden das Wettbewerbsrecht sowie die Wettbewerbspolitik aufgrund der besonderen (ökonomischen) Eigenschaften plattformbasierter Geschäftsmodelle vor neue Herausforderungen gestellt.¹² Kartellrechtlicher Handlungsbedarf kann sich dabei nicht nur im Bereich der Verhaltens-¹³ oder Fusionskontrolle¹⁴ ergeben, sondern auch im Bereich der Missbrauchsaufsicht, die es marktbeherrschenden Unternehmen verbietet, ihre Stellung im Wettbewerb missbräuchlich auszunutzen (auf hierzu s Kapitel V). Im Rahmen der vorliegenden Arbeit gilt es zu klären, inwiefern Wettbewerbsgefährdungen, die von neuartigen (datenbezogenen) Strategien marktbeherrschender

⁸ *Jaeger*, Brauchen wir das Kartellrecht noch? WuW 2015, 702.

⁹ Prominentes Beispiel hierfür ist etwa der Datenkandal rund um Cambridge Analytica aus dem Frühjahr 2018, bei dem das gleichnamige Marketingunternehmen Daten von rund 87 Millionen Facebook-Nutzern „abgegriffen“ und für psychologisches Profiling im Zuge der US-amerikanischen Präsidentschaftswahl zugunsten von Donald Trump eingesetzt hat, s hierzu <https://www.nytimes.com/2018/04/04/us/politics/cambridge-analytica-scandal-fallout.html> (abgefragt am 12.12.2021).

¹⁰ *Körber*, „Ist Wissen Marktmacht?“ Überlegungen zum Verhältnis Datenschutz, „Datenmacht“ und Kartellrecht – Teil 1, NZKart 2016, 303 (304f).

¹¹ *Kaben*, Die Bedeutung von Daten für den Wettbewerb zwischen Suchmaschinen in *Körper/Immenga* (Hrsg), Daten und Wettbewerb in der digitalen Ökonomie (2017) 124.

¹² *Zimmer*, The digital economy: a challenge for competition policy? in *Nihoul/Van Cleynenbreugel* (Hrsg), The role of innovation in competition law analysis (2018) 299.

¹³ Das Kartellverbot stand bisher zwar nicht im Zentrum der Diskussion; zur Angleichung von Datenschutzstandards als potentiellen Verstoß gegen die Verhaltenskontrolle s allerdings *Scharf*, Daten(schutz) als nicht preisbezogener Wettbewerbsfaktor in *Schweighofer/Kummer/Saarenpää/Schafer* (Hrsg), Datenschutz/LegalTech (2018) 59; *Dryden/Iyer*, Privacy Fixing and Predatory Privacy: The Intersection of Big Data, Privacy Policies and Antitrust, in CPI Antitrust Chronicle 2017, The Digital Economy (Part 1) – Antitrust Risks, 53.

¹⁴ Besonderes Augenmerk wird in der Fusionskontrolle auf den vergrößerten Datenvorrat (sowie damit verbundener wettbewerblcher Vorteile) des neuen Unternehmens gelegt, vgl hierzu *Holzweber*, Daten als Machtfaktor in der Fusionskontrolle, NZKart 2016, 104; *De Peyer*, EU Merger Control and Big Data, JCLE 2018, 767; *Kadar/Bogdan*, ‘Big Data’ and EU Merger Control – A Case Review, JECLAP 2017, 479; *Modrall*, Big Data and Merger Control in the EU, JECLAP 2018, 1; *Cole*, Data in EU Merger Control, CPI Antitrust Chronicle, The Digital Economy – 2018 Highlights, 43 ff.

Unternehmen in der Digitalökonomie ausgehen, vom geltenden Missbrauchsregimes nach Art 102 AEUV¹⁵ effektiv erfasst werden können.

B. Forschungsfragen

Vor diesem Hintergrund lautet die Kernfrage der vorliegenden Arbeit:

Inwiefern fallen Geschäftspraktiken marktbeherrschender Unternehmen, die den Umgang mit Daten betreffen, in den Anwendungsbereich der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle nach Art 102 AEUV?

- Inwiefern stellen Geschäftspraktiken iZm Daten, bei denen ein Verstoß gegen das Datenschutzrecht vorliegt, ipso iure einen Marktmissbrauch dar (kartellrechtlicher Rechtsbruchtatbestand)?
- Inwiefern können Geschäftspraktiken iZm Daten, bei denen kein Verstoß gegen das Datenschutzrecht vorliegt, einen Marktmissbrauch begründen?

C. Gang der Untersuchung

Den ersten Schritt der vorliegenden Analyse bildet die rechtliche Verankerung des Wettbewerbsschutzes auf europäischer Ebene; in diesem Zusammenhang wird auf die Rechtsquellen sowie die maßgeblichen Bestimmungen des europäischen Kartellrechts verwiesen (s Kapitel II). Eine juristisch fundierte Auseinandersetzung mit Geschäftspraktiken marktbeherrschender Unternehmen, die den Umgang mit Daten betreffen, macht es zunächst notwendig, die (wirtschaftlichen) Besonderheiten sowie die Funktionsweise der Internetökonomie bzw. mehrseitiger Märkte herauszuarbeiten (s Kapitel III). Herausragende Bedeutung für das in der digitalen Wirtschaft weit verbreitete Geschäftsmodell „Dienste gegen Daten“ kommt dabei dem Datenbegriff sowie dem Phänomen Big Data zu. Dies macht es auch erforderlich, jene Besonderheiten herauszufiltern, die Daten ökonomisch kennzeichnen und ggf. von traditionellen Wirtschaftsgütern unterscheiden (s Kapitel IV).

Die Kapitel I-IV dienen als Grundlage für die weitere Abhandlung, die dem Leser zunächst einen Überblick über den Regelungsgehalt und die Anwendungsvoraussetzungen der Missbrauchskontrolle nach Art 102 AEUV verschafft. Der Struktur des Tatbestands folgend werden dabei zunächst die Herausforderungen, die sich bei der Marktabgrenzung sowie der Marktmissbrauchbestimmung im Bereich der Digitalökonomie ergeben, aufgezeigt (s Kapitel V). Auf dieser Basis wird untersucht, ob das Fordern von Vertragsbestandteilen, die den Nutzern unangemessen viele Daten(rechte) abverlangen, einen kartellrechtlich zu verfolgenden Marktmissbrauch zulasten der Marktgegenseite bzw. der Wettbewerber des Marktbeherrschers darstellt. In diesem Zusammenhang wird auch erörtert, inwiefern der Verstoß eines marktbeherrschenden

¹⁵ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (konsolidierte Fassung) („AEUV“), ABI C 2012/326, 47.

Unternehmens gegen Bestimmungen außerhalb des Kartellrechts (wie etwa gegen geltendes Datenschutzrecht) zugleich eine missbräuchliche Ausnutzung iSv Art 102 AEUV begründet. Unabhängig von einem Rechtsbruch wird untersucht, ob und inwiefern datenschutzrechtliche Wertungen in die kartellrechtliche (Missbrauchs)Analyse miteinfließen können bzw müssen. Eine Schnittmenge zwischen Vertrags- bzw Datenschutzrecht auf der einen Seite und Wettbewerbsrecht auf der anderen Seite besteht gerade im Bereich des Preishöhen- bzw Konditionenmissbrauchs nach Art 102 lit a AEUV, wo kartellrechtliche Bestimmungen den Verbraucher vor überhöhten Preisen und unbilligen Konditionen marktbeherrschender Unternehmen schützen (s Kapitel VI).

Ein Überblick über rezente gesetzgeberische Entwicklungen auf österreichischer (KaWeRÄG 2021), deutscher (10. GWB-Novelle) und europäischer Ebene (DMA), die datenbezogene missbräuchliche Verhaltensweisen auf mehrseitigen Online-Plattformmärkten betreffen, rundet die Arbeit ab (s Kapitel VII). Die Untersuchung schließt mit zusammenfassenden Thesen, die die aufgeworfenen Forschungsfragen beantworten sollen (s Kapitel VIII).

II. Grundlagenteil

A. Schutz des Wettbewerbs im europäischen Recht

1. Verhältnis zu den Vertragszielen

Den Wettbewerbsregeln der Europäischen Union kommt grundlegende Bedeutung für das Funktionieren des Binnenmarkts und das Erreichen der Ziele des EUV und des AEUV zu.¹⁶ Dies hat der EuGH mehrfach bekräftigt und festgestellt, dass das europäische Wettbewerbsrecht „*unerlässlich*“¹⁷ für die Erfüllung der Aufgaben der Union ist. Daran hat auch die Neufassung des damaligen Art 3 Abs 1 lit g EGV durch den AEUV nichts geändert.¹⁸ Art 3 Abs 1 lit g EGV sah als Tätigkeitsbereich der Gemeinschaft die Schaffung eines Systems vor, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt. Im Rahmen des Vertrags von Lissabon¹⁹ wurde dieser Artikel gestrichen. Im Gegensatz zum EGV sieht der AEUV in Art 3 Abs 1 lit b nunmehr den Schutz des unverfälschten Wettbewerbs nicht mehr als Politikziel, sondern „nur mehr“ als Mittel zu einem anderen Zweck, nämlich dem Binnenmarkt²⁰, an.²¹ Der EuGH scheint dieser Neuverortung jedoch zutreffend keine Bedeutung zuzumessen.²² Für eine diesbezügliche Kontinuität spricht auch der Umstand, dass gleichzeitig mit der Streichung des Art 3 Abs 1 lit g EG der Schutz des unverfälschten Wettbewerbs in ein dieser Norm nahezu wortgleiches Protokoll (über den Binnenmarkt und den Wettbewerb)²³ aufgenommen wurde. Ebengenanntes Protokoll ist nach Art 51 EUV integraler Bestandteil der Verträge und legt fest, dass der Binnenmarkt ein System umfasst, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt. An der engen und direkten Verbindung zwischen wirksamem und freiem Wettbewerb einerseits und funktionierendem Binnenmarkt andererseits ist jedenfalls festzuhalten.²⁴

¹⁶ *Schuhmacher*, Wettbewerb und Effizienz (2010) 190.

¹⁷ EuGH 20.9.2001, C-453/99, *Courage und Crehan*, Rz 20; EuGH 1.6.1999, C-126/97, *Eco Swiss/Benetton*, Rz 36.

¹⁸ *Schuhmacher*, Wettbewerb und Effizienz 188.

¹⁹ Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, ABl C 2007/306, 1.

²⁰ Art 26 AEUV ABl C 2012/326, 47 erklärt die Schaffung eines Binnenmarkts, verstanden als Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist, ausdrücklich zum Ziel der Union.

²¹ *Gravel/Nyberg in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann*, Kartellrecht⁴ (2020) Art 101 Abs 1 AEUV Rz 53.

²² EuGH 17.11.2011, C-496/09, *EK/Italien*, Rz 60.

²³ Protokoll Nr 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb, ABl C 2012/326, 309.

²⁴ *Schuhmacher*, Wettbewerb und Effizienz 188 ff.

2. Abgrenzung des Kartellrechts

Im Unionsrecht befindet sich das Kartellrecht systematisch im siebten Titel des AEUV, der unter der Überschrift „Wettbewerbsregeln“ auch das Beihilfenrecht umfasst. Gemeinsames Ziel dieser Bestimmungen ist der Schutz des unverfälschten Wettbewerbs im Binnenmarkt. Der Wortwahl des europäischen Normsetzers folgend sowie auf den Schutzzweck abstellend, wird das Kartellrecht häufig auch als Wettbewerbsrecht (engl *competition law*; franz *droit de la concurrence*) bezeichnet. Vor diesem Hintergrund werden die beiden Begriffe für die Zwecke der vorliegenden Arbeit synonym verwendet. Sollte Bezug auf andere Teilgebiete des – insofern umfassenderen Begriffs des – Wettbewerbsrechts Bezug genommen werden (etwa auf das Beihilfen- oder Lauterkeitsrecht) wird dies entsprechend ausgewiesen.

3. Rechtsquellen und Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts

Der Union kommt die ausschließliche Zuständigkeit zu, die für das Funktionieren des Binnenmarkts erforderlichen Wettbewerbsregeln zu erlassen.²⁵ Von dieser ausschließlichen Unionskompetenz ist damit auch die Erlassung der kartellrechtlichen Bestimmungen erfasst. Die Vorschriften über das europäische Kartellrecht stammen aus verschiedenen Quellen, deren rechtlicher Gehalt sich voneinander unterscheidet.

a) Primärrecht

Die unmittelbarste Quelle des europäischen Kartellrechts bildet das Primärrecht. Den Kern der primärrechtlichen Wettbewerbsbestimmungen bildet das Verbot wettbewerbsbeschränkender Absprachen (Art 101 AEUV), das Verbot des Marktmachtmissbrauchs (Art 102 AEUV) sowie die Vorschriften betreffend öffentliche Unternehmen (Art 106 AEUV). Art 101 bis Art 106 AEUV dienen vorrangig dem Schutz der Unternehmen, selbstständig und autonom am Markt zu agieren. Unternehmerische Entscheidungen sollen demnach alleine dem herrschaftsfreien Koordinationsprozess des Wettbewerbs unterliegen.²⁶ Eine Koordination soll weder durch den jeweiligen Mitgliedsstaat noch durch die Unternehmen gemeinsam erfolgen. Dieses Prinzip – das Voraussetzung für ein System des unverfälschten Wettbewerbs ist²⁷ – findet sich in der Rsp des EuGH als sog Selbstständigkeitspostulat wieder.²⁸

²⁵ Art 3 Abs 1 lit b AEUV ABI C 2012/326, 47.

²⁶ *Emmerich*, Kartellrecht¹² (2012) Einführung Rz 3.

²⁷ *Schubmacher* in *Grabitz/Hilff/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union^{63.EL} (2017) Rz 9.

²⁸ Vgl EuGH 16.12.1975, C-40–48, 50, 54–56, 111, 113 und 114/73, *Suiker Unie u. a./EK*, Rz 173/174; EuGH 14.7.1981, C-172/80, *Züchner/Bayerische Vereinsbank*, Rz 13; EuGH 27.9.1988, C-89, 104, 114, 116, 117 und 125–129/85, *Zellstoff*; Rz 63; EuGH 28.5.1988, C-7/95 P, *Deere/EK*, Rz 86.

Die primärrechtlichen Bestimmungen des europäischen Kartellrechts entfalten unmittelbare rechtliche Wirkungen für und gegen jedes Unternehmen²⁹ in allen MS (*self-executing*).³⁰ Erfasst sind nach Art 52 AEUV einerseits alle Unternehmen mit Sitz innerhalb der europäischen Union. Verhaltensweisen von Unternehmen außerhalb der EU, die sich auf den Wettbewerb im Binnenmarkt auswirken, werden – je nach Ansicht – entweder durch das Auswirkungs³¹ oder Territorialitätsprinzip³² ebenfalls vom europäischen Kartellrecht erfasst. Der EuGH hat mittlerweile klargestellt, dass für die Anwendung des europäischen Kartellrechts alternativ am Auswirkungs- oder Territorialitätsprinzip angeknüpft werden kann³³ (zur Zwischenstaatlichkeitsklausel als Anwendungsvoraussetzung des Art 102 AEUV s Kapitel V.D.4).

b) Sekundärrecht

Zentral für die Durchsetzung und Konkretisierung des auslegungsbedürftigen Primärrechts ist das von den Unionsorganen zu erlassende Sekundärrecht. Art 103 AEUV ermächtigt den Rat VO und RL zur Verwirklichung der in den Art 101 und 102 AEUV niedergelegten Grundsätze zu erlassen. VO genießen allgemeine Geltung; sie sind vollumfänglich verbindlich und begründen in sämtlichen MS unmittelbar Rechte und Pflichten.³⁴ Von besonderer Bedeutung für das europäische Kartellrecht ist die VO 1/2003³⁵, die das Verfahren zur Durchsetzung der Art 101 und 102 AEUV regelt. Wesentliche materiellrechtliche Ergänzungen enthält die europäische Fusionskontrollverordnung, die eine „dauerhafte Schädigung des Wettbewerbs“³⁶ durch Unternehmenszusammenschlüsse verhindern möchte und damit letztlich ebenfalls dem Schutz des

²⁹ Ausf zum funktionalen Unternehmensbegriff im Europäischen Kartellrecht s *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht³ (2014) § 9 Rz 1 ff; vgl EuGH 11.12.1997, C-55/96, *Job Centre*, Rz 21, wonach unter den kartellrechtlichen Unternehmensbegriff „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform oder Finanzierung“ fällt.

³⁰ *Gravel/Nyberg in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann*, Kartellrecht⁴ Art 101 Abs 1 AEUV Rz 28 ff; *Bulst in Langen/Bunte*, Kartellrecht II¹³ (2018) Art 102 AEUV Rz 2; vgl auch EuGH 28.2.1991, C-234/89, *Delimitis*, Rz 45.

³¹ Das Auswirkungsprinzip stellt unabhängig vom Sitz des Unternehmens darauf ab, ob sich die gerügte Verhaltensweise auf den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts auswirkt (*effects-doctrine*).

³² Das Territorialitätsprinzip stellt unabhängig vom Sitz des Unternehmens darauf ab, ob die gegen das EU-Wettbewerbsrecht verstoßende Verhaltensweise innerhalb der Union begangen wurde (maßgeblich ist daher der Ort der Ausführung, *implementation-doctrine*), vgl EuGH 27.9.1988, C-89, 104, 114, 116, 117, 125–129/85, *Zellstoff*, Rz 16, der formal noch am Territorialitätsprinzip festgehalten hat.

³³ EuGH 6.9.2017, C-413/14 P, *IntellEK*, Rz 40 ff.

³⁴ Art 288 Abs 2 AEUV ABI C 2012/326, 47.

³⁵ VO (EG) 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Art 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABI L 2003/1, 1.

³⁶ ErwG 5 EG-Fusionskontrollverordnung 139/2004 ABI L 2004/24,1.

Systems unverfälschten Wettbewerbs dient.³⁷ Im Gegensatz zu VO³⁸ begründen RL erst nach deren innerstaatlicher Umsetzung Rechte und Pflichten für Dritte.³⁹ Im Hinblick auf die Umsetzung von RL durch die MS kann einerseits vorgesehen werden, dass jede Abweichung von der RL untersagt ist (Vollharmonisierung). Andererseits ist es möglich, dass die RL den MS gewisse Spielräume bei der Umsetzung zugesteht (Teilharmonisierung). So kann ein MS insb auch höhere Schutzstandards beibehalten. Neben VO und RL umfasst das Sekundärrecht auch Empfehlungen und Stellungnahmen. Obwohl letztgenannte Rechtsakte grds nicht verbindlich sind,⁴⁰ sind die MS im Rahmen des Grundsatzes der Unionstreue verpflichtet, ebendiese zu berücksichtigen.⁴¹

c) Weitere Rechtsquellen

Neben primär- und sekundärrechtlichen Vorschriften gibt es noch weitere Rechtsakte, die für das europäische Kartellrecht von Bedeutung sind. Dazu gehören Leitlinien, Bekanntmachungen und Mitteilungen. Zweck der Veröffentlichung dieser auch als „soft law“ bezeichneten Rechtsakte ist es, die gegenwärtige Rechtslage transparenter zu gestalten. Dies geschieht häufig durch die EK, indem sie die gegenwärtige Wettbewerbspolitik, Verwaltungspraxis und Rsp in den entsprechenden Rechtsakten wiedergibt. Leitlinien, Bekanntmachungen und Mitteilungen begründen keine unmittelbaren Verpflichtungen. Auch der EuGH ist nicht an sie gebunden, wenngleich sie einen „nützlichen“⁴² Anhaltspunkt im Rahmen der Auslegung bilden.

Schließlich kommen der Rsp der europäischen Gerichte sowie der Entscheidungspraxis der EK grundlegende Bedeutung für die Auslegung des europäischen Kartellrechts zu.

B. Maßgebliche Bestimmungen des europäischen Kartellrechts

Das europäische Kartellrecht begegnet Wettbewerbsbeschränkungen innerhalb des Binnenmarkts auf drei Ebenen. Zu diesen sog drei Säulen des Kartellrechts⁴³ gehört das Kartellverbot (Art 101 AEUV), das Missbrauchsverbot (Art 102 AEUV) und die Zusammenschlusskontrolle (FKVO⁴⁴). Das folgende Kapitel verschafft dem Leser

³⁷ *Emmerich*, Kartellrecht¹² § 14 Rz 1.

³⁸ Art 288 Abs 2 AEUV ABl C 2012/326, 47; zur unmittelbaren Wirksamkeit einer VO allgemein s *Vclouch in Jaeger/Stöger*, EUV/AEUV Art 288 AEUV (Stand 1.11.2017, rdb.at), Rz 17 ff.

³⁹ Art 288 Abs 3 AEUV ABl C 2012/326, 47; eine RL ist allerdings dann unmittelbar anwendbar, wenn der MS säumig bei der Umsetzung ist, die RL inhaltlich unbeding und hinreichend genau ist, und den Einzelnen begünstigt, s hierzu *Vclouch in Jaeger/Stöger*, EUV/AEUV Art 288 AEUV (Stand 1.11.2017, rdb.at), Rz 68 ff.

⁴⁰ Art 288 Abs 5 AEUV ABl C 2012/326, 47.

⁴¹ *Gravel/Nyberg in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann*, Kartellrecht⁴ Art 101 Abs 1 AEUV Rz 17.

⁴² EuGH 7.3.2002, C-310/99, *Italien/EK*, Rz 52 mwN.

⁴³ *Schulte/Just*, Kartellrecht² (2016) Einführung Rz 6.

⁴⁴ VO (EG) 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („FKVO“), ABl L 2004/24, 1.

einen ersten Überblick über die drei Säulen des Kartellrechts und insb deren Verhältnis zueinander; eine detaillierte Auseinandersetzung mit dem hier interessierenden Missbrauchsverbot – das den Kern der vorliegenden Arbeit bildet – erfolgt in Kapitel V.

1. Kartellverbot

Die erste Säule des europäischen Kartellrechts bildet die Verhaltenskontrolle nach Art 101 AEUV. Das klassische Kartellverbot iSd Art 101 Abs 1 AEUV verbietet Vereinbarungen⁴⁵ und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen⁴⁶ zwischen Unternehmen, die geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen und eine Beschränkung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken. Die Vorschrift baut damit wie Art 102 AEUV auf dem sog Verbotsprinzip auf. Unabhängig von einer davor ergangenen gerichtlichen oder behördlichen Entscheidung⁴⁷ wird ein Verhalten für verboten erklärt, sobald die jeweiligen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind. Zur Konkretisierung wird die Bestimmung um eine Liste von Beispieltatbeständen (Art 101 Abs 1 lit a-e AEUV) ergänzt, die nicht abschließend ist.⁴⁸ Das Kartellverbot gilt sowohl für wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen zwischen Unternehmen auf derselben Wirtschaftsstufe (horizontale Absprachen) als auch für solche zwischen Unternehmen, die auf unterschiedlichen Ebenen der Produktions- oder Vertriebskette tätig sind (vertikale Absprachen).

Art 101 AEUV gliedert sich in drei Absätze. Der erste Absatz normiert ein umfassendes Verbot wettbewerbsbeschränkender Maßnahmen zwischen Unternehmen, das sowohl bezweckte als auch bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen umfasst.⁴⁹ Der zweite Absatz ordnet rechtsfolgende Nichtigkeit für alle gegen das Kartellverbot verstoßenden Absprachen an. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen oder Beschlüsse können demnach nicht durchgesetzt werden.⁵⁰ Der dritte Absatz enthält eine Legalausnahme vom Kartellverbot. Wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen, bei denen die positiven Auswirkungen die wettbewerbswidrigen überwiegen, können von Art 101 AEUV freigestellt werden. Im Einzelnen ist eine Freistellung nach Art 101 Abs 3 AEUV dann möglich, wenn die wettbewerbsbeschränkende Maßnahme effizienzsteigernd wirkt, zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des tech-

⁴⁵ Ausf zum Vereinbarungsbegriff s *Zimmer* in *Immengal/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht I⁶ (2019) Art 101 Abs 1 AEUV Rz 68 ff.

⁴⁶ Ausf zum Begriff der abgestimmten Verhaltensweise s *Zimmer* in *Immengal/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht I⁶ Art 101 Abs 1 AEUV Rz 86 ff.

⁴⁷ Vgl Art 1 Abs 1 und Abs 2 VO 1/2003, ABl L 2003/1, 1.

⁴⁸ *Jung* in *Grabitz/Hilff/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union^{72.EL} (2021) Art 102 AEUV Rz 2.

⁴⁹ Zur grundlegenden Unterscheidung zwischen einer bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkung s *Stockenhuber* in *Grabitz/Hilff/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union^{72.EL} Art 101 AEUV Rz 141 ff.

⁵⁰ Ausf hierz *Stockenhuber* in *Grabitz/Hilff/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union^{72.EL} Art 101 AEUV 230 ff.

nischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beiträgt und die Verbraucher angemessen am entstehenden Gewinn beteiligt werden. Zusätzlich muss die wettbewerbsbeschränkende Maßnahme zur Erreichung der effizienzsteigernden Ziele unerlässlich sein; ferner darf den beteiligten Unternehmen durch die wettbewerbsbeschränkende Maßnahme nicht die Möglichkeit eröffnet werden, den Wettbewerb für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren auszuschalten.⁵¹ Diese in Art 101 Abs 3 AEUV normierte Option der Einzelfreistellung wird um eine Reihe von Gruppenfreistellungsverordnungen ergänzt.⁵²

2. Missbrauchsverbot⁵³

Neben Art 101 AEUV stellt die Missbrauchskontrolle nach Art 102 AEUV die zweite tragende Säule des europäischen Kartellrechts dar. Nach Art 102 AEUV verboten ist das missbräuchliche Ausnutzen einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit die Verhaltensweise geeignet ist, den mitgliedstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Dabei lässt sich der Tatbestand des Art 102 AEUV grob in zwei Kategorien unterteilen: Ein marktbeherrschendes Unternehmen kann durch sein Verhalten einerseits Konkurrenten behindern, etwa durch Verdrängung eines Mitbewerbers oder Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen (sog Behinderungsmissbrauch). Andererseits kann ein Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung dazu missbrauchen, seine Abnehmer oder Zulieferer auszubeuten (sog Ausbeutungsmissbrauch).

Die Existenz von Art 102 AEUV liegt in der Erkenntnis begründet, dass der Wettbewerb nicht nur im Einvernehmen zweier oder mehrerer Unternehmen gefährdet werden kann (wie im Falle der Kartellaufsicht nach Art 101 AEUV oder im Anwendungsbereich der FKVO), sondern auch durch einseitige Verhaltensweisen einzelner marktstarker Unternehmen.⁵⁴ Bei Art 102 und 101 AEUV handelt es sich um zwei einander ergänzende Tatbestände, soweit sie dasselbe Ziel – Binnenmarkt mit unverfälschtem Wett-

⁵¹ Ausf zu den Freistellungsvoraussetzungen nach Art 101 Abs 1 AEUV s *Schuhmacher* in *Grabitzz/Hilff/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union⁷².EL Art 101 AEUV Rz 281 ff.

⁵² Derzeit sind folgende Gruppenfreistellungsverordnungen in Kraft: VO 330/2010 der EK vom 20.4.2010 über die Anwendung von Art 101 Abs 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl L 2010/102, 1; VO 461/2010 der EK vom 27.5.2010 über die Anwendung von Art 101 Abs 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor, ABl L 2010/129, 52; VO 316/2014 der EK vom 21.3.2014 über die Anwendung von Art 101 Abs 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl L 2014/93, 17; VO 1218/2010 der EK vom 14.12.2010 über die Anwendung von Art 101 Abs 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen, ABl L 2010/335, 43; VO 1217/2010 der EK vom 14.12.2010 über die Anwendung von Art 101 Abs 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung, ABl L 2010/335, 36.

⁵³ Ausf zu den Anwendungsvoraussetzungen von Art 102 AEUV s Kapitel V.

⁵⁴ *Fuchs* in *Immengal/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht I⁶ Art 102 AEUV Rz 2.

bewerb – verfolgen. Gleichzeitig stellen die beiden Verbotstatbestände zwei rechtlich selbstständige Normen dar, die grds unterschiedliche Sachverhalte erfassen.⁵⁵ Dies schließt allerdings nicht aus, dass Art 101 und Art 102 AEUV in Idealkonkurrenz gleichzeitig auf ein und denselben Sachverhalt Anwendung finden können.⁵⁶ Erfüllt ein Sachverhalt sämtliche Tatbestandsmerkmale beider Normen, steht es der EK – unter Berücksichtigung der Grundsätze der Zweckmäßigkeit und der Verfahrensökonomie – frei, auf welche der beiden Bestimmungen sie ihre Entscheidung stützt.⁵⁷

Im Gegensatz zum Kartellverbot ist das Missbrauchsverbot keiner Relativierung durch Einschränkungen zugänglich. Dementsprechend befinden sich in Art 102 AEUV weder Legalausnahmen noch eine Ermächtigung zur Freistellung. Das Vorliegen einer Legalausnahme nach Art 101 Abs 3 AEUV führt nicht automatisch zur Vereinbarkeit der Maßnahme mit Art 102 AEUV. Die Freistellung einer Wettbewerbsbeschränkung nach Art 101 Abs 3 AEUV hindert demnach die Anwendbarkeit von Art 102 AEUV nicht. Selbiges gilt auch im Verhältnis zu etwaigen Gruppenfreistellungsverordnungen.⁵⁸

3. Zusammenschlusskontrolle

Die Zusammenschlusskontrolle bildet die dritte Säule des europäischen Kartellrechts, die Wettbewerbsverfälschungen durch Unternehmenszusammenschlüsse und Veränderungen der Marktstruktur verhindern möchte. Eine präventive Fusionskontrolle wurde erstmals 1989 eingeführt,⁵⁹ die 2004 neu gefasst wurde. Rechtsgrundlage für die seit 1.5.2004 in Kraft stehende neue FKVO bildet die Ermächtigungsnorm des Art 103 AEUV, nach der der Europäische Rat zweckdienliche VO oder RL zur Verwirklichung der in den Art 101 und 102 AEUV niedergelegten Grundsätze beschließen kann. Der Anwendungsbereich der europäischen Fusionskontrolle umfasst Zusammenschlüsse von unionsweiter Bedeutung,⁶⁰ dh solche, die den Zusammenschlussbestand des Art 3 FKVO erfüllen und die in Art 1 Abs 2 bzw Abs 3 FKVO festgelegten Umsatzschwellenwerte⁶¹ überschreiten. Der Untersagungstatbestand nach Art 2 Abs 3

⁵⁵ EuGH 21.2.1973, C-6/72, *Continental Can/EK*, Rz 25; EuG 10.7.1990, T-51/89, *Tetra Pak I*, Rz 22.

⁵⁶ EuGH 13.2.1979, C-85/76, *Hoffmann-La Roche*, Rz 116; EuG 10.7.1990, *Tetra Pak I*, Rz 21; *Bulst in Langen/Bunte*, Kartellrecht II¹³ Art 102 Rz 4.

⁵⁷ EuGH 13.2.1979, C-85/76, *Hoffmann-La Roche*, Rz 116; in einem solchen Fall verhängt die EK traditionell nur eine einheitliche Geldbuße gegen das Unternehmen (EK 26.2.1992, IV/33.544, *British Midland/Aer Lingus*, Rz 42).

⁵⁸ *Jung in Grabitz/Hilff/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union^{72.EL} Art 102 AEUV Rz 26.

⁵⁹ VO (EWG) 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl L 1989/395, 1.

⁶⁰ Art 1 Abs 1 FKVO ABl L 2004/24, 1; die FKVO spricht noch von gemeinschaftsweiter Bedeutung.

⁶¹ Für Einzelheiten zur Umsatzberechnung s Art 5 FKVO sowie die Konsolidierte Mitteilung der EK zu Zuständigkeitsfragen gemäß der VO (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl C 2009/43, 10 („Zuständigkeitsmitteilung“) Rz 124–128. Insb sind die mit den beteiligten Unternehmen verbundenen Unternehmen iSd Art 5 Abs 4 FKVO bei der Berechnung des Umsatzes mit einzubeziehen.