

Franck, Jens-Uwe; Linardatos, Dimitrios

Working Paper

Schutz der Robo Advisor vor Marktbarrieren: Zugriffsrechte auf Banken-Schnittstellen?

ZEW Discussion Papers, No. 19-045

Provided in Cooperation with:

ZEW - Leibniz Centre for European Economic Research

Suggested Citation: Franck, Jens-Uwe; Linardatos, Dimitrios (2019) : Schutz der Robo Advisor vor Marktbarrieren: Zugriffsrechte auf Banken-Schnittstellen?, ZEW Discussion Papers, No. 19-045, ZEW - Leibniz-Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung, Mannheim

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/206416>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

DISCUSSION

// NO.19-045 | 10/2019

DISCUSSION PAPER

// JENS-UWE FRANCK UND DIMITRIOS LINARDATOS

Schutz der Robo Advisor vor Marktbarrieren: Zugriffsrechte auf Banken-Schnittstellen?

Schutz der Robo Advisor vor Marktbarrieren: Zugriffsrechte auf Banken-Schnittstellen?*

*Jens-Uwe Franck und Dimitrios Linardatos***

Stand: August 2019

Zusammenfassung

Die Entwicklung des Robo Advice bietet bankenunabhängigen FinTechs die Chance, sich Anteile am Markt für Anlageberatung, Vermittlung und Verwaltung von Finanzinstrumenten zu erobern. Dauerhaft werden sie sich allerdings nur dann als unabhängige Anbieter behaupten können, wenn ihnen alle technischen Möglichkeiten offenstehen, um ihr Angebot weiter zu verbessern und vor allem zu individualisieren. Dies wäre der Fall, wenn sie ihren Kunden anbieten könnten, Vermögenswerte und Liquiditätsentwicklungen über alle Depots und Konten hinweg zu analysieren um auf dieser Grundlage festgelegte Portfoliostrategien umzusetzen und Liquiditätsanforderungen zu erfüllen. Hierfür wären sie allerdings darauf angewiesen, Zugriff auf bestehenden Bankenschnittstellen zu erlangen.

Vor diesem Hintergrund analysieren wir, inwieweit die Instrumente des Kartellrechts Robo Advisor vor Behinderungen durch die Banken schützen oder diese sogar zwingen, den Marktzutritt von unabhängigen Robo Advisor zu erleichtern. Zudem erörtern wir, ob es wünschenswert wäre, externen Dienstleistern über die Finanzmarktregulierung einen Zugriff auf Bankenschnittstellen zu ermöglichen. Wir ziehen hierfür Parallelen zum Marktzutritt von Zahlungsauslösediensten, deren Etablierung die Banken durch koordinierte Maßnahmen verhindern wollten, die aber sowohl über die Durchsetzung des Kartellrechts durch das Bundeskartellamt als auch durch die Reform der Zahlungsdienste-Richtlinie geschützt wurden. Wir zeigen auf, dass sich Robo Advisor der neuen Regeln des Zahlungsdiensterechts und der existierenden Technik für Kontoinformationsdienste bedienen könnten, um ihre eigenen Funktionalitäten zu erweitern.

Schlagnworte: Robo Advisor, Zugriff auf Banken-Schnittstellen, Kartellrecht, Finanzmarktrecht, Zahlungsauslösedienste, Kontoinformationsdienste, Zahlungsdiensterichtlinie

JEL-Klassifikation: K21, K22

* Die Endfassung des Beitrages erscheint 2020 in Linardatos (Hrsg.), *Rechtshandbuch Robo Advice – Automatisierte Finanz- und Versicherungsdienste*.

** Prof. Dr. *Jens-Uwe Franck* ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Kartellrecht an der Universität Mannheim und Senior Member am Mannheim Center for Competition and Innovation (MaCCI). E-Mail: jfranck@mail.uni-mannheim.de. Dr. *Dimitrios Linardatos* ist Akademischer Rat am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht von Prof. Dr. *Georg Bitter* an der Universität Mannheim und Habilitand ebenda. E-Mail: linardatos@uni-mannheim.de.

Abstract

The development of Robo Advice offers bank-independent FinTechs the opportunity to capture shares of the market for investment advice, brokerage and the management of financial instruments. In the long run, however, they will only be able to assert themselves as independent providers if they have all the technical options at their disposal to further improve and, above all, to individualise their offering. This would be the case if they could offer their clients the opportunity to analyse assets and liquidity developments across all custody and banking accounts to implement, on this basis, defined portfolio strategies and to meet liquidity requirements. To do this, however, they would need access to existing bank interfaces.

Against this background, we analyse the extent to which instruments of competition law protect Robo Advisors from impediments by banks or even force banks to facilitate market entry by independent Robo Advisors. We also discuss whether it would be desirable to provide external service providers with access to bank interfaces via financial market regulation. To this end, we draw parallels with market access of providers of payment initiation services, the establishment of which the banks sought to prevent through coordinated measures, but which was ultimately protected both by cartel enforcement by the Bundeskartellamt and by the reform of the Payment Services Directive. We show that Robo Advisors could use the new rules of payment services law and the existing technology for account information services to extend their own functionalities.

Keywords: Robo Advisor, access rights to bank interfaces, competition law, financial market law, payment initiation services, account information service, Payment Services Directive

JEL-Classifikation: K21, K22

Inhalt

I. Einleitung.....	5
II. Ausgangspunkt: Verhältnis der Robo Advisor zu den Banken	6
1. Praktischer und regulatorisch veranlasster Bedarf nach Kooperation.....	6
2. Alternative zur Kooperation: Zugriff auf Schnittstellen.....	6
3. Wettbewerbliche Vorteile durch Zugriffsrechte und praktischer Bedarf	9
a) Bedeutung der Zugriffsrechte für den Wettbewerb zwischen bankenunabhängigen und bankeigenen Robo Advisor.....	9
b) Praktischer Bedarf nach einem durchlässigeren Markt	10
4. Denkbare Ausgestaltung von Zugriffsrechten.....	11
5. Aktuelle Hindernisse beim Informationszugang durch Banken-AGB	12
III. Fallstudie: Schutz von Zahlungsauslösediensten als Muster für die Förderung innovativer Geschäftsmodelle durch Kartell- und Finanzmarktrecht	13
1. Kartellrechtlicher Schutz vor Behinderung von Zahlungsauslösediensten	15
a) Verstoß gegen das Koordinierungsverbot nach Art. 101 AEUV und § 1 GWB	15
b) Verstoß gegen §§ 19 Abs. 3 S. 1 i. V. m. Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB.....	18
2. Finanzmarktregulatorischer Schutz der Zahlungsauslösedienste und Zusammenspiel mit dem Kartellrecht	20
a) Überholende Regulierung durch die Reform der Zahlungsdiensterichtlinie.....	20
b) Zum Zusammenspiel von Kartellrechtsdurchsetzung und Finanzmarktrecht	21
IV. Überblick und Illustration: Kartellrechtliches Instrumentarium zur Verhinderung von Marktbarrieren und zur Förderung innovativer Produkte	26
1. Schutz offener Märkte mittels Kartellverbots	27
a) Verbot koordinierter Errichtung von Marktzutrittschürden	27
b) Zuweisung von Zugangsrechten, um Marktzutritte zu ermöglichen.....	30
2. Schutz offener Märkte mittels Verbots des Missbrauchs von Marktmacht	32
a) Verbot aktiver Marktverdrängung und Errichtung von Marktzutrittschürden	33
b) Zuweisung von Zugangsrechten, um Marktzutritte zu ermöglichen.....	35
V. Synthese: Schutz des Robo Advice gegen Marktbarrieren durch Banken.....	38
1. Kartellrechtliches Instrumentarium	38

a) Wettbewerbswidrige Koordinierungen.....	38
b) Missbrauch von Marktmacht	40
2. Zugriffsrechte als Desiderat der Finanzmarktregulierung?	43
VI. Erweiterung der Funktionalität der Robo Advisor durch Vorschalten eines Kontoinformationsdienstes.....	44

I. Einleitung

Auf Robo Advisor gestützte Finanzdienstleistungen eröffnen neue Geschäftsfelder. Das bietet Newcomern die Chance, sich Marktanteile bei der Anlageberatung und der Vermittlung und Verwaltung von Finanzinstrumenten zu sichern. Dies verspricht innovative Produkte und intensiveren Wettbewerb. Demgegenüber ist es das gleichsam „natürliche“ Interesse etablierter Anbieter, potentielle Mitbewerber zu behindern oder jedenfalls deren Wettbewerb nicht zu fördern und Konkurrenz durch innovative Produkte zu vermeiden.

Dieser Beitrag soll einen Einblick in die rechtlichen Instrumente gewähren, die der Offenhaltung der Märkte verpflichtet sind. Eine Auffangordnung für alle Branchen bietet das Kartellrecht, indem es Koordinierungen zwischen Unternehmen beschränkt, die den Zugang zu Märkten erschweren, und indem es marktmächtigen Unternehmen verbietet, aktuelle und potentielle Wettbewerber zu behindern. Letzteres kann sogar Verpflichtungen begründen, Wettbewerbern Zugriffsrechte zu Informationen und Zugang zu eigenen Einrichtungen zu gewähren. Daneben tritt die Finanzmarktregulierung, die sektorspezifisch das Funktionieren von Markt und Wettbewerb gewährleisten soll und in diesem Sinne auch darauf ausgerichtet werden kann, Marktzutrittsbarrieren zu verhindern. Idealerweise wirken Kartellrecht und Finanzmarktregulierung komplementär: Wenn das kartellrechtliche Instrumentarium nicht passt oder lückenhaft erscheint, um den Marktzugang freizuhalten, dann kann ein sektorspezifisches regulierendes Eingreifen erwogen werden.

Welche Relevanz dies für Robo Advisor haben kann, soll in vier Schritten abgemessen werden. Der folgende Abschnitt (II.) widmet sich dem Verhältnis der Robo Advisor zu den etablierten Intermediären und insbesondere den Banken. Damit soll erkennbar werden, inwieweit Robo Advisor für ihr Geschäftsmodell auf etablierte Finanzmarktakteure angewiesen sind. Deutlich wird, weshalb ein Zugriff auf Schnittstellen der etablierten Verwalter von Finanzinstrumenten dazu beitragen könnte, die Robo Advice-Dienste zu verbessern, und dass Zugriffsverweigerungen die Entwicklung innovativer Produkte hemmen können. Der anschließend unter (III.) geschilderte Versuch der Deutschen Kreditwirtschaft und der Spitzenverbände der Branche, die Etablierung von Zahlungsauslösediensten zu verhindern, illustriert, wie etablierte Anbieter gezielt Marktschranken zulasten neuer Mitbewerber errichten können und wie Kartellrecht und Regulierung im Zusammenspiel bankenunabhängige Wettbewerber und deren innovative Geschäftsmodelle im Allgemeininteresse dagegen schützen können. Der nachfolgende Abschnitt (IV.) zeigt, welche Instrumente das Kartellrecht bereithält, um Marktbarrieren der etablierten Mitbewerber abzubauen und um innovative Produkte zu fördern. Vor dem so gezeichneten Hintergrund soll schließlich diskutiert werden, welche Relevanz diesen Instrumenten für den Schutz der Robo Advisor gegen Marktbarrieren durch Banken zukommen kann und welche Erwägungen dafür sprechen, den Marktzutritt bankenunabhängiger Robo Advisor ähnlich wie im Falle der Zahlungsauslösedienste gezielt durch Regulierung zu fördern (V.). Abschließend zeigen wir, dass

Robo Advisor durch das Vorschalten eines Kontoinformationsdienstes die mit Blick auf die Zahlungsauslösedienste reformierte Finanzmarktregulierung für sich nutzen können, um ihre Funktionalität zu erweitern (VI.).

II. Ausgangspunkt: Verhältnis der Robo Advisor zu den Banken

1. Praktischer und regulatorisch veranlasster Bedarf nach Kooperation

Für Robo Advisor kann es sich aus verschiedenen Gründen als notwendig erweisen oder doch jedenfalls vorteilhaft sein, mit etablierten Finanzinstituten zusammenzuarbeiten. So vermeiden etwa Startups, die sich unter das „Haftungsdach“ bereits beaufsichtigter CRR-Kreditinstitute oder Wertpapierhandelsunternehmen begeben, kostenträchtige Verfahren für eine BaFin-Erlaubnis für Finanzdienstleistungen.¹ Doch sind es nicht nur die aufsichtsrechtlichen Vorgaben, die eine Zusammenarbeit mit Finanzinstituten nahelegen. Robo Advisor können die Erwerbs- und Verkaufsgeschäfte, die letztlich aus ihrer Dienstleistung resultieren, nicht ohne Zusammenarbeit mit etablierten Depotbanken und Zahlungsdienstleistern abwickeln. Sie kooperieren hierfür in der Regel mit einer Bank, bei der sie im Namen des Kunden die für ihre Dienste notwendigen Depot- und Verrechnungskonten eröffnen. Während der Robo Advisor in diesen Fällen die Erwerbs- oder Verkauforder übermittelt, wickelt die jeweilige depot- und kontoführende Stelle die Geschäfte ab. In der Praxis wird dies jedoch als unbefriedigend empfunden, weil dadurch für die Kunden „zusätzliche Komplexität im Sinne eines zweiten Ansprechpartners und Medienbrüchen“ entstünde.²

2. Alternative zur Kooperation: Zugriff auf Schnittstellen

Möglich erscheint es allerdings auch, dass Robo Advisor ihre Beratungs-, Verwaltungs- oder Vermittlungsleistungen unabhängig von einer solchen Kooperation mit einer Bank erbringen. Dies würde voraussetzen, dass sie mit Zustimmung ihrer Kunden *jede* konto- und depotführende Stelle zur Ausführung von Transaktionen veranlassen könnten. Möglich wäre dies, wenn sie über sog. dedizierte Schnittstellen (dedicated interface³) auf die Depot- und Verrechnungskonten ihrer Kunden zugreifen könnten.

¹ Im Einzelnen Linardatos/*ders.*, Rechtshandbuch Robo Advice, 2020, § 4 Rn. 5 (im Erscheinen).

² *BearingPoint*, Robo-Advisory, 2018, S. 13.

³ „Dedizierte Schnittstelle“ bezeichnet die Datenschnittstelle, über welche sich Zahlungsauslösedienste gegenüber kontoführenden Banken als berechtigte Zahlungsdienstleister identifizieren können und über welche die Kommunikation zwischen den Zahlungsdienstleistern – auch zur Erteilung von Zahlungsaufträgen – stattfindet; vgl. Art. 30 ff. Commission Delegated Regulation (EU) 2018/389 of 27 November 2017 supplementing Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and of the Council with regard to regulatory technical standards for strong customer authentication and common and secure open standards of communication.

Es drängt sich hier ein Vergleich mit Zahlungsauslösediensten⁴ auf. Das sind Drittdienstleister, die es einem Zahler ermöglichen, zugunsten eines Zahlungsempfängers – in der Regel einem Online-Händler – eine unwiderrufliche Zahlung über den Zahlungsauslösedienst zu veranlassen. Der Händler kann damit unkompliziert und schnell die Gewissheit erlangen, dass seine Forderung aus dem Valutaverhältnis beglichen wird. Technisch läuft eine solche Zahlung wie folgt ab: Der Käufer (Zahler) kann auf der Internetseite des Händlers einen Zahlungsauslösedienst als Bezahlmethode auswählen. Daraufhin schlägt der Zahlungsauslösedienst online eine Kommunikationsbrücke zwischen der Internetseite des Händlers und dem Webportal der kontoführenden Stelle. Sodann bedient sich der Zahlungsauslösedienst einer Konto-Schnittstelle (Application Programming Interface [API], früher FinTS-Schnittstelle⁵ oder Screen Scraping⁶),⁷ um die Überweisung zugunsten des Empfängers auszulösen und zu autorisieren. Die Transaktion wird damit letztlich weder vom Zahler noch von der kontoführenden Stelle, sondern vom Drittdienstleister angestoßen.

Auf ähnliche Weise könnten Robo Advisor den Verkauf von Finanzinstrumenten aus bestehenden Depots ihrer Kunden bei einer beliebigen Bank veranlassen oder Überweisungen für den Erwerb von Finanzinstrumenten anstoßen und die erworbenen Vermögenswerte in das Kunden depot einbuchen. Der Robo Advisor könnte dann ohne eine vertragliche Kooperation mit einer Depotbank operieren und im Namen und auf Rechnung seiner Kunden Finanzinstrumente erwerben und veräußern. Ein solcher „Stand-alone-Dienst“ würde die Kosten von Robo Advisor senken; insbesondere aber würde es für Kunden, die bereits Depots bei einem oder mehreren Finanzinstituten haben, unkomplizierter und damit attraktiver werden, Angebote bankenunabhängiger Robo Advisor zu nutzen.

Um dies umzusetzen, müssten Robo Advisor von den kontoführenden Stellen über die bestehenden dedizierten Schnittstellen⁸ Leserechte eingeräumt bekommen, damit sie etwa feststellen können, ob ausreichende Zahlungsmittel verfügbar sind. Darüber hinaus benötigten sie auch Schreibrechte, etwa um auf dem Depot die Ein- oder Ausbuchung eines Finanzinstruments anzuweisen, aber auch um Abrechnungen und Mitteilungen entgegennehmen und anerkennen zu können sowie Mitteilungen für den Kunden abgeben zu dürfen. Auch für solche Schreibrechte im Namen des Kunden wäre – wie bei den Zahlungsauslösediensten gemäß § 48 Abs. 2 ZAG

⁴ Ausführlich dazu MüKoHGB/*Linar datos*, K. Online-Banking, 4. Aufl. 2019, Rn. 262–275; siehe auch *Spindler/Zahrte* BKR 2014, 265 (267 f.); *Omlor* ZIP 2016, 558 (561).

⁵ Bezeichnet den technischen Standard für Kunden-Bank-Schnittstellen und für elektronische Vertriebswege. FinTS ist die Weiterentwicklung des Home Banking Computer Interface (HBCI)-Standards und gewährleistet multibankfähige Online Banking-Dienste.

⁶ Zum Begriff BGH NJW 2014, 3307 (Leitsatz): frei zugängliche Daten werden im Wege einer automatisierten Abfrage von der Internetseite ermittelt.

⁷ Allgemein zu den Schnittstellen *Spindler/Zahrte* BKR 2014, 265 (267); *MAH/Zahrte*, 2. Auflage 2018, § 5 Rn. 578; siehe auch BKartA, Beschl. v. 29.6.2016, B 4 – 71/10 Rn. 133 – Zahlungsauslösedienste.

⁸ Siehe etwa die Dienste *Outbank* (<https://help.outbank.de/de/kb/articles/welche-banken-liefern-depotkonten-berdie-hbci-schnittstelle>) und *BANKSapi* (<https://banksapi.de/produkte-sicherheit/>) als Beispiel dafür, dass die bestehenden Bankenschnittstellen auch für den Austausch von Depotdaten geeignet sind.

(Art. 66 Abs. 5 ZDRL II)⁹ – ein Vertragsverhältnis zwischen Robo Advisor und depot- bzw. kontoführender Stelle nicht erforderlich.¹⁰

Doch selbst wenn Robo Advisor nur Leserechte zustünden, könnte hierin ein entscheidender Schritt liegen, der es ihnen erlaubte, Dienstleistungen neuer Qualität anzubieten und damit Marktanteile hinzuzugewinnen oder Zugang zum Markt zu finden. Echtzeitinformationen über alle Zahlungsströme der Kunden würden es nämlich den Anbietern erlauben, das Kundenvermögen genauer und umfassender zu analysieren. Die *Commerzbank* bietet etwa unter der Marke CashRadar¹¹ einen umfassenden Liquiditätsmanager für Unternehmer an. Ein Algorithmus schätzt anhand der historischen Zahlungsströme eines Geschäftskontos zukünftige Liquiditätsentwicklungen ab und erstellt Prognosen, die es CashRadar erlauben, dem Unternehmer zukünftige Liquiditätsengpässe und vor allem absehbar freiwerdende Mittel frühzeitig für Neuinvestitionen aufzuzeigen. Während CashRadar indes an das Geschäftskonto der kontoführenden Bank gebunden ist, könnten Robo Advisor die Vermögenswerte ihrer Kunden über alle Depots und Konten hinweg analysieren, Aktiva und Passiva auswerten und Zahlungsströme überwachen, um eine festgelegte Portfoliostrategie umzusetzen und Liquiditätsanforderungen zu erfüllen.

Umfassend und präzise über das *gesamte* Portfolio des Kunden informiert zu sein, ist vor allem für die Vermögensverwaltung und für die Anlageberatung auch aus Rechtsgründen geboten – schließlich müssen Anlageberater und Vermögensverwalter gemäß § 64 Abs. 3 WpHG, Art. 54 DelVO 2017/565 eine umfassende Kundenexploration durchführen, bevor sie eine Handlungsempfehlung aussprechen.¹² Je mehr Informationen der Robo Advisor über den Kunden einholen und auswerten kann, desto treffender und zuverlässiger können Exploration und Handlungsempfehlung ausgestaltet werden. Die Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA) sieht in ihren Leitlinien zur MiFID II einen solchen Zugriff auf Konten ausdrücklich als alternative Informationsquelle vor:

„In order to address potential gaps in clients’ understanding of the services provided through robo-advice, firms should inform clients, in addition to other required information, on the following: [...] a description of the sources of information used to generate an investment advice or to provide the portfolio management service (e.g., if an online questionnaire is used, firms should explain that the responses to the questionnaire may be the sole basis for the robo-advice or whether the firm has access to other client information or accounts).“¹³

⁹ Dazu MüKoHGB/*Linardatos*, K. Online-Banking, 4. Aufl. 2019, Rn. 288.

¹⁰ Bisher existieren solche Schreibrechte nur im Rahmen von Kooperationsvereinbarungen; siehe Ziff. 1 der Sonderbedingungen der *ING*, die mit dem Robo Advisor *Scalable* kooperiert (ING Sonderbedingungen für Scalable-Depot und Scalable-Konto [Stand 6.4.2019]).

¹¹ Abrufbar über www.commerzbank.de/portal.

¹² Zur Kundenexploration allgemein *Linardatos/ders.*, Rechtshandbuch Robo Advice, 2020, § 1 Rn. 23 f. (im Erscheinen).

¹³ *ESMA*, Guidelines on certain aspects on the MiFID II suitability requirements, ESMA35-43-869, 29. Mai 2018, Rn. 20 (https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma35-43-1163_guidelines_on_certain_aspects_of_mifid_ii_suitability_requirements_0.pdf).

3. Wettbewerbliche Vorteile durch Zugriffsrechte und praktischer Bedarf

a) Bedeutung der Zugriffsrechte für den Wettbewerb zwischen bankenunabhängigen und bankeigenen Robo Advisor

Robo Advisor könnten durch einen Zugriff auf unterschiedliche Informationsquellen die Kundenportfolien verstärkt verlinken und die Qualität ihrer Dienstleistung der persönlichen Anlageberatung und Vermögensverwaltung im Präsenzbusiness weiter annähern.¹⁴ Der persönliche Berater in einer Bankfiliale kennt die Vermögensverhältnisse seiner Kunden oft nicht nur aufgrund der Kundenangaben, sondern *vor allem* auch aufgrund des eigenen Einblicks in die Konten, Depots oder sonstigen Vertragsbeziehungen (z.B. laufende Darlehensverträge). Ein Berater oder Vermögensverwalter in einer Bank hat die Möglichkeit, auch sonstige Kunden-Assets (Immobilien, geschlossene Fonds, Versicherungen etc.) in einer Vermögensaufstellung, die er gemeinsam mit dem Kunden bespricht, zu erfassen und in seinen Empfehlungen abzubilden. Der *externe*, also bankenunabhängige Robo Advisor kann sich hingegen ohne besondere Zugriffsrechte allein auf die kundenseitigen Angaben stützen,¹⁵ die über den Online-Fragebogen eingeholt werden. Solche Informationen werden nicht selten unvollständig, unpräzise oder gar unzutreffend und jedenfalls von den persönlichen Wahrnehmungen des Kunden verzerrt sein. Der *externe* Robo Advisor agiert deshalb nicht nur im Verhältnis zur persönlichen Anlageberatung auf einer deutlich schwächeren Informationsbasis, sondern ist auch im Verhältnis zu *internen* Robo Advisor im Nachteil. Denn die Robo Advisor, die gesellschaftsrechtlich oder vertraglich in eine bestehende Bank inkorporiert sind,¹⁶ können umfassend auf In-House-Informationen zugreifen.¹⁷ Das zeigen etwa die Sonderbedingungen der *ING*, die mit dem Robo Advisor *Scalable* kooperiert (Ziff. 1):¹⁸

„(2) Informationsaustausch / Entbindung von Bankgeheimnis

Vor dem Hintergrund der unter Absatz (1) genannten Grundsätze und mit der dort festgelegten Zweckbindung (Erstellung und Führung des Scalable-Depots und Scalable-Kontos für den Bestand und die Erfüllung des Vermögensverwaltungsvertrages¹⁹) und um dem Kunden die damit verbundene, von ihm zu veranlassende Durchleitung von Daten der nachfolgend aufgeführten Kategorien zu ersparen, beauftragt der Kunde hiermit die ING, Informationen zu Scalable-Konto und Scalable-Depot und den Konto- und Depotständen zugrunde liegenden Vermögensdispositionen, im Rahmen des Vermögensverwaltungsvertrages ausgeführten Wertpapiergeschäften und daraus erzielten

¹⁴ Die Marktstudie *TME*, Robo Advice, Oktober 2018, S. 2 sieht dahingehende Entwicklungen als geboten an, um langfristig den Bedürfnissen der Kunden gerecht werden zu können.

¹⁵ Das gilt in vielen Fällen auch für einen Honoraranlageberater. Dieser hat allerdings den Vorteil des persönlichen Gesprächs.

¹⁶ Vgl. den Robo Advisor *Robin*, der von der Deutschen Bank AG über die Tochter *maxblue* betrieben wird (www.maxblue.de/robin).

¹⁷ Dabei wird bisweilen auf die Unterstützung von externen Dienstleistern zurückgegriffen; siehe etwa das Angebot von *BANKSapi* (<https://banksapi.de/>), das sich nicht an die Nutzer, sondern an die Anbieter richtet.

¹⁸ *ING* Sonderbedingungen für Scalable-Depot und Scalable-Konto (Stand 6.4.2019).

¹⁹ Erläuterung zur Zweckbindung des Depots und des Kontos für den Vermögensverwaltungsvertrag im Original.

Erlösen sowie Daten über den Kunden (z.B. Name und Adresse) und zu seiner Identifikation an den Vermögensverwalter zu übermitteln und solche Daten zu diesen Zwecken zu verarbeiten sowie zu nutzen. [...] Der Kunde entbindet die ING dazu insoweit von den Pflichten des Bankgeheimnisses.“

Bankeninterne Robo Advisor und solche, die mit einer Bank kooperieren, überblicken daher vergleichbar dem Berater in der Bankfiliale den Kunden und seine Vermögensverhältnisse umfassend(er) und können deshalb ihre Anlageberatung und Vermögensverwaltung besser auf den einzelnen Kunden ausrichten. Ermöglicht wird beispielsweise ein individualisiertes *rebalancing*²⁰ unter Berücksichtigung von Vorgaben für die Liquidierbarkeit einzelner Anlagen oder sogar eine automatische Justierung der Portfoliostruktur, wenn erkennbar wird, dass sich monatliche Zu- oder Abflüsse ändern.²¹ Die Möglichkeit, eigenständig kundenbezogene Daten einzusammeln, auszuwerten und in die Vermögensverwaltung einfließen zu lassen, kann einen entscheidenden Wettbewerbsvorteil bilden, weil dem Kunden so ein lästiges, sich wiederholendes Abfragen von Informationen erspart bleibt.

Zugriffsrechte zugunsten von bankenunabhängigen Robo Advisor, sei es in Form von reinen Leserechten oder sogar verbunden mit Schreibrechten, könnten die Wettbewerbssituation unabhängiger Dienstleister im Verhältnis zum bankinternen Robo Advisor erheblich verbessern. Die Möglichkeit, Kooperationsvereinbarungen mit einzelnen Banken einzugehen, kann demgegenüber nicht in gleicher Weise ein *level playing field* gewährleisten. Die etablierten Marktteilnehmer haben schließlich kein Interesse daran, den Wettbewerb durch unabhängige Robo Advisor zu fördern. Es ist deswegen nicht zu erwarten, dass Robo Advisor gegenüber etablierten Banken solche Vereinbarungen durchsetzen könnten, die ihnen im gleichen Umfang erlauben würden, auf Kundendaten zuzugreifen, wie dies bei bankinternen Anbietern der Fall ist.

b) Praktischer Bedarf nach einem durchlässigeren Markt

Jüngere Marktstudien zeigen, dass es sich bei den aufgezeigten Unterschieden zwischen internen und externen Robo Advisor hinsichtlich der verfügbaren Informationsgrundlage und hieraus resultierenden Möglichkeiten für die Anlageberatung und Vermögensverwaltung nicht um ein rein akademisches Gedankenspiel handelt.²² So wurden schon erste Konsolidierungsbewegungen im Markt beobachtet, die insbesondere unabhängige Robo Advisor negativ trafen, u.a. weil die neuen Anbieter keine holistische oder integrative Beratung oder Vermögensverwaltung anbieten können. In den Marktstudien heißt es, die Kunden würden vermehrt die Vernetzung mit anderen Ökosystemen oder Plattformen – gemeint sein dürfte: mit anderen Dienstleistungen und Branchen – erwarten²³, so dass ein Robo Advisor, der isoliert am Markt agiert und sich nur auf Kun-

²⁰ Dazu Linardatos/*ders.*, Rechtshandbuch Robo Advice, 2020, § 1 Rn. 31 (im Erscheinen).

²¹ Solche Angebote bilden sich vereinzelt im Unternehmenssektor aus; vgl. das Angebot von *contovista* (www.contovista.com).

²² *TME*, Robo Advice, Oktober 2018, S. 1 (re. Sp.) (<https://tme-ag.de/whitepaper/robo-advice-viel-laerm-um-nichts/>).

²³ *TME*, Robo Advice, Oktober 2018, S. 3 (<https://tme-ag.de/whitepaper/robo-advice-viel-laerm-um-nichts/>).

denangaben stützen kann, keine starke Attraktivität ausübe; die Gewinnung neuer Kunden gestalte sich in der Folge schwierig – nicht zuletzt, weil etablierte Banken mit eigenen Robo Advisor nachgezogen haben.

Integrative Robo Advisor sind nicht nur für individualisierte Beratungsleistungen interessant. Wie bereits im Einführungskapitel angedeutet²⁴, steigt infolge verbesserter Algorithmen das Interesse an *Direct Indexing*: Ein Referenzindex wird in dem Fall nicht über synthetische ETF und ETC repliziert, sondern durch Direkterwerb abgebildet. Ziel eines solchen Investments ist es, eine steueroptimierte Kapitalallokation zu ermöglichen (*Tax-Loss-Harvesting*). Robo Advisor eignen sich hierfür im besonderen Maße, da sie automatisierte und kostengünstige Transaktionen anhand von mathematischen Parametern ermöglichen. Steueroptimierende Transaktionen setzen indes voraus, dass der Robo Advisor umfassende Einblicke in die Vermögensdepots des Kunden hat. Schließlich nutzt es den Kunden wenig, ihre Transaktionen steuerlich nur im Hinblick auf das Depot, auf das der Robo Advisor selbst direkten Zugriff hat, zu optimieren. Sinnvoll erscheint es vielmehr, insoweit alle Depots und sonstigen Vermögensanlagen zu berücksichtigen.

4. Denkbare Ausgestaltung von Zugriffsrechten

Prinzipiell erscheinen zwei Wege denkbar, Zugriffsrechte für Robo Advisor zu etablieren: Entweder müssten die Banken – ähnlich wie mit Blick auf Zahlungsauslösedienste²⁵ – dem Kunden zugestehen, dass dieser die Zugangs- und Authentifizierungsdaten zu seinen Konten und Depots dem Robo Advisor zur freien Verfügung weitergeben darf. Oder die Banken müssten freie Informationszugriffsmöglichkeiten zugunsten der Robo Advisor einrichten, die von diesen ohne Mitwirkung des Kunden automatisiert angesteuert werden könnten.

Die letzte Option wäre bequem für die Kunden. Allerdings wäre sie nicht nur technisch unsicher und schwierig umzusetzen. Sie wäre vor allem mit dem Desiderat technischer Integrität von Banknetzwerken, mit dem datenschutzrechtlichen Einwilligungsvorbehalt der DSGVO und dem Gebot des Bankgeheimnisses unvereinbar. Banken können und dürfen daher den bankenunabhängigen Robo Advisor keine Kanäle einrichten, die freien und unbegrenzten Informationszugriff ermöglichen. Letztlich besteht auf Anbieterseite auch kein vom Kundeninteresse her getriebener Bedarf, nach Belieben jede Bankschnittstelle ohne Mitwirkung des Kunden „anzapfen“ zu können. Erforderlich und praktikabel erscheint deshalb nur ein – dem Vorbild der Zahlungsauslösedienste folgendes – Zugriffsrecht der Robo Advisor über Bankschnittstellen nach Hingabe der Zugangsdaten durch den Kunden und also mit seiner Zustimmung.

²⁴ Vgl. Linardatos/*ders.*, Rechtshandbuch Robo Advice, 2020, § 1 Rn. 27 (im Erscheinen).

²⁵ Siehe etwa § 675f Abs. 3 BGB, wonach von Gesetzes wegen dem Zahlungsdienstnutzer das Recht eingeräumt wird, Zahlungsauslösedienste nutzen zu dürfen, so dass die Zahlungsdienstleister die Weitergabe von Kontozugsdaten und Zahlungsinstrumenten (nicht mehr) unterbinden dürfen; siehe auch BKartA, Beschl. v. 29.6.2016 B 4 – 71/10, dazu sogleich im Einzelnen sub III.

5. Aktuelle Hindernisse beim Informationszugang durch Banken-AGB

Der Informationszugang für Robo Advisor wird nicht selten durch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) des Geschäftsbesorgungsvertrages zwischen der kontoführenden Stelle und dem Kunden behindert. Ein Beispiel aus der Praxis sind die Sonderbedingungen zu elektronischen Depotdiensten der *DB Privat- und Firmenkundenbank AG*²⁶:

„8. Geheimhaltung der Berechtigungsmerkmale

EBS Online-Anwendungen stehen als persönliche Instrumente ausschließlich dem Depotinhaber zur Verfügung. Sieht die jeweilige EBS Online-Anwendung ein persönliches Kennwort des Kunden vor, gelten für dieses die Regelungen über die Geheimhaltung der PIN und der TAN in Ziff. 7 der „Bedingungen für den Zugang zur Bank über elektronische Medien“ entsprechend.“

In der durch die zitierte Ziffer 8 der AGB einbezogene Ziffer 7 der „Bedingungen für den Zugang über elektronische Medien“ heißt es:

„7.1 Technische Verbindung zum Online- und Telefon-Banking

Der Teilnehmer ist verpflichtet, die technische Verbindung zum Online- und Telefon-Banking nur über die von der Bank gesondert mitgeteilten Online-Banking-Zugangskanäle (z. B. Internetadresse) und Telefon-Banking-Zugangskanäle (Telefonnummern) herzustellen.

7.2 Geheimhaltung der personalisierten Sicherheitsmerkmale und sichere Aufbewahrung der Authentifizierungsinstrumente

(1) Der Teilnehmer hat seine Personalisierten Sicherheitsmerkmale (siehe Nummer 2.1) geheim zu halten sowie sein Authentifizierungsinstrument (siehe Nummer 2.2)²⁷ vor dem Zugriff anderer Personen sicher zu verwahren, denn jede andere Person, die im Besitz des Authentifizierungsinstruments ist, kann in Verbindung mit dem dazugehörigen Personalisierten Sicherheitsmerkmal das Online- und Telefon-Banking-Verfahren missbräuchlich nutzen.“

Eine Ausnahme gemäß Satz 2 gilt für die Nutzung von Zahlungsauslöse- und Kontoinformationsdiensten:

„Im Rahmen des Online-Bankings wird die Geheimhaltungspflicht bezüglich der Personalisierten Sicherheitsmerkmale nach Satz 1 nicht verletzt, wenn der Teilnehmer diese zur Erteilung eines Zahlungsauftrags oder zum Abruf von Informationen über ein Zahlungskonto an den von ihm ausgewählten Zahlungsauslösedienst beziehungsweise Kontoinformationsdienst übermittelt (siehe Nummer 1 Absatz 1 Satz 3).“

Eine Ausnahme vom *pauschalen* Geheimhaltungsgebot der Berechtigungsmerkmale für das Online-Brokage gilt somit allein für Zahlungsauslöse- und Kontoinformationsdienste. Da Robo Advisor nicht unter diese Ausnahme fallen, darf ihnen ein Kunde nicht seine Zugangsdaten preisgeben. Dieses Weitergabeverbot in den AGB des Depotvertrages entspricht der Ausgestaltung der Sonderbedingungen zum Online-Banking in alten Zahlungsdiensterahmenverträgen, die das

²⁶ Bedingungen für den Electronic Broking Service (EBS); Abruf von April 2019 über www.deutsche-bank.de.

²⁷ Gemäß Ziff. 2.1 sind personalisierte Sicherheitsmerkmale „personalisierte Merkmale [sic!], die die Bank dem Teilnehmer zum Zwecke der Authentifizierung bereitstellt“ und gemäß Ziff. 2.2 sind Authentifizierungsinstrumente „personalisierte Instrumente oder Verfahren, deren Verwendung zwischen der Bank und dem Kontoinhaber vereinbart wurde und die vom Teilnehmer zur Erteilung eines Auftrags verwendet werden.“

Bundeskartellamt und den Unionsgesetzgeber (über die Zahlungsdiensterichtlinie II) veranlassen,²⁸ zum Schutz vor Marktbarrieren aktiv zu werden und die Weitergabe von Zugangsdaten an neue Drittdienste zu erlauben. Ähnlich deutlich ergeben sich Zugangshemmnisse für Robo Advisor etwa auch aus den AGB der *onvista bank*:²⁹

„4.2 Der Kunde verpflichtet sich, den Benutzernamen sowie das Passwort für den Zugang zu den kostenpflichtigen Services, d.h. den Benutzernamen sowie das Passwort für den Zugang zu „my onvista“, geheim zu halten, insbesondere nicht an Dritte weiterzugeben oder Dritten den Zugang hierzu zu ermöglichen“

III. Fallstudie: Schutz von Zahlungsauslösediensten als Muster für die Förderung innovativer Geschäftsmodelle durch Kartell- und Finanzmarktrecht

Der Marktzutritt bankenunabhängiger Zahlungsauslösedienste,³⁰ der Versuch der etablierten Banken, diese innovativen Bezahlformen vom Markt zu verdrängen und das hierdurch ausgelöste Einschreiten des Bundeskartellamts und des Unionsgesetzgebers bieten uns eine anschauliche Fallstudie dafür, wie Kartell- und Finanzmarktrecht eingesetzt werden können, um Märkte für neue Anbieter und innovative Produkte offenzuhalten.

Die umkämpften bankenunabhängigen Bezahlverfahren wurden etwa von der Sofort GmbH seit 2005 in Deutschland und anderen europäischen Ländern betrieben. Für die Internethändler hat die Zahlung über einen Zahlungsauslösedienst verschiedene Vorteile. Das Händlerentgelt (Disagio) ist deutlich geringer als etwa bei einer Zahlung mit Kreditkarte oder auch mit PayPal. Zugleich können die Händler schnell Gewissheit darüber erlangen, dass die Kunden ihren Zahlungsverpflichtungen nachkommen.³¹

Ab 2009 führten die Banken in Deutschland flächendeckend Klauseln in Online Banking-Bedingungen (OBB) ein, die sich gegen dieses Geschäftsmodell richteten. Diese Bedingungen waren seit 2006 – also kurz nach dem Markteintritt der ersten Zahlungsauslösedienste – von der Deutschen Kreditwirtschaft erarbeitet worden. Die Deutsche Kreditwirtschaft bildet die nichtrechtsfähige Interessenvertretung der Spitzenverbände der deutschen Kreditinstitute, nämlich insbesondere des Bundesverbands der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken e.V., des Deutschen Sparkassen- und Giroverbands e.V. und des Bundesverbands deutscher Banken e.V. (Spitzenverband der privaten Banken). Im August 2009 wurde auf Ebene der Deutschen Kreditwirtschaft beschlossen, die neu erarbeiteten OBB zu übernehmen und den Mitgliedern zur Nutzung zu *empfehlen*.³² Die maßgeblichen Bestimmungen lauteten:³³

²⁸ Siehe wiederum BKartA, Beschl. v. 29.6.2016 B 4 – 71/10 sowie BT-Drs. 18/11495, S. 79 ff., 107, 133 ff., 148, 154.

²⁹ Abrufbar über www.onvista.de/agb.html.

³⁰ Hierzu bereits oben bei Fn. 4.

³¹ BKartA, Beschl. v. 29.6.2016, B 4 – 71/10 Rn. 20 – Zahlungsauslösedienste.

³² OLG Düsseldorf 30.1.2019, VI-Kart 7/16 (V), sub I., Umdruck S. 3.

³³ OLG Düsseldorf 30.1.2019, VI-Kart 7/16 (V), sub I., Umdruck S. 3 f.

„7.2. Geheimhaltung der personalisierten Sicherheitsmerkmale und sichere Aufbewahrung der Authentifizierungsinstrumente

(1) Der Teilnehmer hat

- seine Personalisierten Sicherheitsmerkmale [...] geheim zu halten und nur im Rahmen seiner Auftragserteilung über die von der Bank gesondert mitgeteilten Online-Banking-Zugangskanäle an diese zu übermitteln sowie
- sein Authentifizierungsinstrument [...] vor dem Zugriff anderer Personen sicher zu verwahren. [...]

(2) Insbesondere ist Folgendes zum Schutz des Personalisierten Sicherheitsmerkmals sowie des Authentifizierungsinstrumentes zu beachten:

[...]

- **Das Personalisierte Sicherheitsmerkmal darf nicht außerhalb der gesondert vereinbarten Internetseiten eingegeben werden (z. B. nicht auf Online-Händlerseiten).**

[...]

10.2.1 Haftung des Kontoinhabers für nicht autorisierte Zahlungsvorgänge vor der Sperranzeige

[...]

(5) Kommt es vor der Sperranzeige zu nicht autorisierten Zahlungsvorgängen und hat der Teilnehmer seine Sorgfaltspflichten nach diesen Bedingungen vorsätzlich oder grob fahrlässig verletzt oder in betrügerischer Absicht behandelt, trägt der Kontoinhaber den hierdurch entstandenen Schaden in vollem Umfang. **Grobe Fahrlässigkeit des Teilnehmers kann insbesondere dann vorliegen, wenn er**

[...]

- **Das Personalisierte Sicherheitsmerkmal erkennbar außerhalb der gesondert vereinbarten Internetseiten eingegeben hat** (vgl. Nummer 7.2 Absatz 2, 3. Spiegelstrich) [...]"

Auf Beschwerde des Anbieters *Sofort* eröffnete das Bundeskartellamt am 15.7.2010 ein Kartellverfahren gegen die Deutsche Kreditwirtschaft und die dort zusammengeschlossenen Spitzenverbände. Dieses Verfahren mündete am 29.6.2016 in einen Beschluss des Bundeskartellamts. Die Behörde stellte fest, dass die Beschlüsse der Deutschen Kreditwirtschaft und der drei genannten Spitzenverbände den Wettbewerb durch bankenunabhängige Bezahldienste behinderten und insoweit rechtswidrig seien, soweit sie die Annahme, Bekanntmachung und Empfehlungen der zitierten OBB zum Gegenstand hatten.³⁴ Das Bundeskartellamt stützte den Beschluss auf eine Verletzung von Art. 101 AEUV und § 1 GWB sowie von §§ 19 Abs. 3 S. 1 iVm Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB. Die hiergegen gerichtete Beschwerde wies das OLG Düsseldorf zurück. Das Gericht begründete die Rechtmäßigkeit des Beschlusses allein mit einem Verstoß gegen das Koordinierungsverbot nach Art. 101 AEUV und § 1 GWB und konnte offenlassen, ob zugleich ein Verstoß gegen § 19 GWB vorlag.³⁵ Im Folgenden sollen zunächst unter (1.) die für diesen Beitrag interessierenden wesentlichen kartellrechtlichen Wertungen hinter den Entscheidungen des Bundeskartellamts und des OLG Düsseldorf vorgestellt werden, bevor sodann unter (2.) auf die überholende Finanzmarktregulierung zum Schutze der Zahlungsauslösedienste eingegangen wird.

³⁴ BKartA, Beschl. v. 29.6.2016, B 4 – 71/10 Tenor (1.)–(4.) – Zahlungsauslösedienste.

³⁵ OLG Düsseldorf 30.1.2019, VI-Kart 7/16 (V), sub II. B. 2. d) aa), Umdruck S. 32 f.

1. Kartellrechtlicher Schutz vor Behinderung von Zahlungsauslösediensten

a) Verstoß gegen das Koordinierungsverbot nach Art. 101 AEUV und § 1 GWB

Das Bundeskartellamt und nachfolgend das OLG Düsseldorf stellten fest, dass die Deutsche Kreditwirtschaft und die drei beteiligten Spitzenverbände die Einführung von Sorgfaltspflichten koordiniert haben, die es ausschlossen, personalisierte Sicherheitsmerkmale an Zahlungsauslösedienste weiterzugeben. Damit sei ein „wirtschaftlicher Gesamtplan“ umgesetzt worden, um rechtliche Marktzutrittsschranken zu errichten und die Tätigkeit von Zahlungsauslösediensten zu behindern.³⁶

aa) Deutsche Kreditwirtschaft und Spitzenverbände der Banken als taugliche Adressaten des Kartellverbots

Die Banken sind aufgrund ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als Anbieter von Zahlungsdienstleistungen Unternehmen und damit Adressaten des Kartellverbots nach Art. 101 AEUV und § 1 GWB. Nach den Feststellungen des Bundeskartellamts hätte es nahegelegen, (auch) eine abgestimmte Verhaltensweise und damit eine Kartellrechtsverletzung aller in den genannten Spitzenverbänden organisierten Banken anzunehmen, die die maßgeblichen Regelungen zur Abdrängung von Zahlungsauslösediensten umgesetzt hatten. Das Bundeskartellamt beließ es indes dabei, kartellrechtswidrige Beschlüsse durch die Spitzenverbände und die Deutsche Kreditwirtschaft in ihrer Eigenschaft als Unternehmensvereinigungen im Sinne von Art. 101 AEUV und § 1 GWB festzustellen.³⁷

Die Kartellbehörde und nachfolgend das OLG Düsseldorf konnten sich hierfür auf die etablierte weite Auslegung dieses Begriffs stützen. Danach liegt eine Unternehmensvereinigung vor, wenn die fragliche Entität geschaffen wurde, um die Interessen einer Mehrheit von Unternehmen zu vertreten und wenn sie dabei eine Organisationsstruktur aufweist, die es erlaubt, ihr ein Handeln einzelner Personen zuzurechnen und ihr ermöglicht, die Geschäftspolitik der angeschlossenen Unternehmen zu beeinflussen. Hierunter sind auch Vereinigungen von Unternehmensvereinigungen zu fassen. Anderenfalls könnte das Koordinierungsverbot schlicht durch mehrstufige Koordinierungen umgangen werden.³⁸ Deshalb unterlag es letztlich auch keinem Zweifel, dass die Deutsche Kreditwirtschaft in ihrer Rolle als Dachverband, der „das Ziel einer gemeinsamen Meinungs- und Willensbildung der kreditwirtschaftlichen Verbände in Deutschland in bankrechtlichen, bankpolitischen und bankpraktischen Fragen“ verfolgt,³⁹ tauglicher Adressat von Art. 101 AEUV und § 1 GWB sein konnte.

³⁶ BKartA, Beschl. v. 29.6.2016, B 4 – 71/10 Rn. 269 – Zahlungsauslösedienste.

³⁷ Die Einbeziehung der einzelnen Banken hätte vor allem dann einen Unterschied ergeben, wenn das Bundeskartellamt gegen die Beteiligten ein Bußgeldverfahren betrieben hätte. Für die praktische Wirksamkeit des Verwaltungsverfahrens genügte es letztlich tatsächlich, dass sich dieses (nur) gegen die Deutsche Kreditwirtschaft und die beteiligten Spitzenverbände der Banken richtete.

³⁸ OLG Düsseldorf 30.1.2019, VI-Kart 7/16 (V), sub II. B. 2. c) aa) (2), Umdruck S. 30 m. weit. Nachw.; BKartA, Beschl. v. 29.6.2016, B 4 – 71/10 Rn. 276–280 – Zahlungsauslösedienste.

³⁹ BKartA, Beschl. v. 29.6.2016, B 4 – 71/10 Rn. 278 – Zahlungsauslösedienste.

bb) Beschluss im Sinne von Art. 101 AEUV und § 1 GWB trotz (bloßer) „Empfehlung“ der erarbeiteten Online Banking-Bedingungen (OBB)

Die Deutsche Kreditwirtschaft und die Spitzenverbände verteidigten sich gegen den Vorwurf kartellrechtswidriger Koordinierung mit dem Argument, keineswegs mit dem Ziel agiert zu haben, das Marktverhalten der Banken in einem bestimmten Sinne zu koordinieren; die OBB seien den Banken schließlich nur empfohlen worden.⁴⁰

Welche Anforderungen an einen *Beschluss* einer Unternehmensvereinigung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB zu stellen sind, muss sich an den Voraussetzungen einer *Vereinbarung* zwischen Unternehmen orientieren. Denn mit der Erfassung von Beschlüssen im Gesetz soll verhindert werden, dass sich Unternehmen einer verbandsmäßigen Organisation bedienen, um das Kartellierungsverbot zu umgehen. Entscheidend ist deshalb, dass der Wille der Unternehmensvereinigung erkennbar wird, das Marktverhalten ihrer Mitglieder zu koordinieren. In Parallele zum Merkmal der Vereinbarung ist es deshalb gleichgültig, ob sich die Willensbildung gemäß der anwendbaren Regeln vollzogen hat oder ob ein Beschluss sich für die einzelnen Unternehmen als zumindest faktisch verbindlich darstellt – etwa angesichts anderenfalls erwartbarer disziplinierender Reaktionen der anderen Mitglieder.⁴¹

Grundsätzlich erfordert ein Beschluss somit nicht, dass sich ein Koordinierungserfolg im Sinne einer tatsächlichen Anwendung empfohlener Konditionen zeigen lässt. Eine hinreichende Gefährdung des Wettbewerbs folgt aus der Möglichkeit und dem Willen, das Marktverhalten der adressierten Unternehmen zu koordinieren. Die Rechtsprechung geht indes davon aus, dass die *tatsächliche* Umsetzung dann Bedeutung erlangt, wenn die Unternehmensvereinigung lediglich eine Empfehlung beschließt. Denn in diesem Fall – so die Überlegung – lasse sich allein aus der Beschlussfassung durch die Unternehmensvereinigung nicht zweifelsfrei der Wille zur Koordinierung entnehmen. Von einem Koordinierungswillen und damit von einem Beschluss im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB müsse allerdings *jedenfalls* dann ausgegangen werden, wenn die Mitglieder der Unternehmensvereinigung eine (beschlossene) Empfehlung übernommen und umgesetzt haben.⁴² Vor diesem Hintergrund lief die Verteidigung mit dem (vorgeblich) bloß empfehlenden Charakter ins Leere, weil das OLG Düsseldorf eine „flächendeckende“ Verwendung der OBB durch alle Kreditinstitute feststellte, die einem der drei vorgenannten Spitzenverbände angehörten.⁴³

Das Bundeskartellamt hatte darüber hinaus betont, dass der Koordinierungswille ohnehin, d. h. auch unabhängig von der tatsächlichen Umsetzung durch die Banken, mit Blick auf die geübte Praxis nicht infrage stehen könne. Denn die Bedingungen für das Online Banking seien über mehrere Jahre unter wiederholter Rückkopplung der Zwischenstände mit den angeschlossenen Kreditinstituten erarbeitet worden. Der Deutschen Kreditwirtschaft und den Spitzenverbänden sei es nicht etwa nur darum gegangen, den Banken ein Muster zur Hilfestellung und allfälligen Verwendung zu überlassen. Vielmehr zielten die Aktivitäten von Anfang an darauf ab, einen Branchenstandard

⁴⁰ BKartA, Beschl. v. 29.6.2016, B 4 – 71/10 Rn. 282 – Zahlungsauslösedienste.

⁴¹ OLG Düsseldorf 30.1.2019, VI-Kart 7/16 (V), sub II. B. 2. d) bb) (1.2), Umdruck S. 34 m. weit. Nachw.

⁴² OLG Düsseldorf 30.1.2019, VI-Kart 7/16 (V), sub II. B. 2. d) bb) (1.2), Umdruck S. 34 m. weit. Nachw.

⁴³ OLG Düsseldorf 30.1.2019, VI-Kart 7/16 (V), sub II. B. 2. d) bb) (1.2), Umdruck S. 35; siehe auch BKartA, Beschl. v. 29.6.2016, B 4 – 71/10 Rn. 292 – Zahlungsauslösedienste.

zu schaffen, der einheitlich von allen Kreditinstituten beachtet werden sollte. Dies verdeutliche insbesondere auch die Kommunikation der Deutschen Kreditwirtschaft mit dritter Seite, etwa mit einzelnen Online-Händlern.⁴⁴

cc) Wettbewerbsbeschränkung durch Behinderung bankenunabhängiger Zahlungsauslösedienste

Das Bundeskartellamt⁴⁵ sah – bestätigt durch das OLG Düsseldorf⁴⁶ – in den OBB, die es den Kunden aufgrund der eingeführten Sorgfaltspflichten und Haftungsrisiken faktisch verboten, Zahlungsauslösedienste zu nutzen, eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 101 AEUV und § 1 GWB. Denn diese Restriktionen seien

„objektiv geeignet und darauf angelegt, den Marktzutritt insbesondere von bankenfremden Zahlungsauslösediensten auf dem Markt für Bezahlfverfahren im Internet jedenfalls deutschlandweit zu erschweren und die aus diesem Geschäftsmodell erwachsende Konkurrenz von den an die in der [Deutschen Kreditwirtschaft] zusammengeschlossenen Spitzenverbände der deutschen Kreditwirtschaft angeschlossenen Kreditinstitute fernzuhalten.“⁴⁷

Neben der Tatsache, dass die OBB objektiv geeignet waren, die Tätigkeit von Zahlungsauslösediensten zu verhindern, stellten Wettbewerbsbehörde und Gericht auf eine Reihe von Faktoren ab, die es erlaubten, das einschlägige Verhalten als seiner „Natur nach [...] schädlich für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs anzusehen.“⁴⁸ Insbesondere wurde darauf hingewiesen, dass die Sorgfaltspflichten klar zu Lasten bankenunabhängiger Zahlungsauslösedienste und zum Vorteil bankeigener Kontoinformations- und Zahlungsauslösedienste (wie etwa des von der Sparkassengruppe entwickelten Produktes Starmoney) ausgestaltet worden seien. Das Bundeskartellamt wies auf interne Unterlagen hin, die belegten, dass die an die Kunden adressierten Sorgfaltspflichten in den OBB gezielt so konzipiert waren, dass sie die Angebote einzelner Bankengruppen nicht behinderten, wohl aber die bankenunabhängigen Zahlungsauslösedienste.⁴⁹ Schließlich untersagten die OBB die Nutzung der Zahlungsinstrumente (PIN/TAN) außerhalb der Internetseite der kundeneigenen Bank (sub. II. 5.).⁵⁰

Das Bundeskartellamt betonte, dass sich die Einschränkungen hinsichtlich der Verwendung von PIN und TAN auch nicht als „konsequentes und umfassendes Sicherheitskonzept zum Schutz vor Missbrauch“ legitimieren lassen.⁵¹ Bereits die mangelnde Konsistenz in der Anwendung, die teils eine Nutzung durch die Kunden mit mindestens vergleichbarem Risiko- und Missbrauchs-

⁴⁴ BKartA, Beschl. v. 29.6.2016, B 4 – 71/10 Rn. 283–291 – Zahlungsauslösedienste.

⁴⁵ BKartA, Beschl. v. 29.6.2016, B 4 – 71/10 Rn. 342–385 – Zahlungsauslösedienste.

⁴⁶ OLG Düsseldorf 30.1.2019, VI-Kart 7/16 (V), sub II. B. 2. d) bb) (2), Umdruck S. 35–52.

⁴⁷ OLG Düsseldorf 30.1.2019, VI-Kart 7/16 (V), sub II. B. 2. d) bb) (2.2), Umdruck S. 37.

⁴⁸ So OLG Düsseldorf 30.1.2019, VI-Kart 7/16 (V), sub II. B. 2. d) bb) (2.1), Umdruck S. 36 f., das insoweit und auch im Übrigen ausführlich die einschlägige Rechtsprechung vor allem des EuGH zur Kategorie der „bezweckten Wettbewerbsbeschränkung“ rezipiert.

⁴⁹ BKartA, Beschl. v. 29.6.2016, B 4 – 71/10 Rn. 355 – Zahlungsauslösedienste.

⁵⁰ Auch das OLG Düsseldorf 30.1.2019, VI-Kart 7/16 (V), sub II. B. 2. d) bb) (2.2.4), Umdruck S. 50, sah hierin ein Indiz dafür, dass die Deutsche Kreditwirtschaft und die Spitzenverbände mit der Absicht handelten, den Wettbewerb der bankenfremden Zahlungsauslösedienste zu verhindern.

⁵¹ BKartA, Beschl. v. 29.6.2016, B 4 – 71/10 Rn. 351 – Zahlungsauslösedienste.

potential erlaube, verhinderte damit, dass die einschlägigen Beschränkungen als legitime Maßnahmen zum Schutz vor Missbrauch von Zahlungsinstrumenten ins Gewicht fallen konnten.⁵² Diese Überlegungen spielten nicht nur mit Blick auf die Annahme einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung eine Rolle, sondern auch im Rahmen der Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV oder § 2 GWB.⁵³

Das OLG Düsseldorf schloss sich dem der Sache nach an und sah im Verweis auf die „Sicherheit des Online-Bankings“ einen bloßen „Vorwand“.⁵⁴ In seiner Begründung erörterte das Gericht eingehend denkbare Gefahren für die Sicherheit des Online Banking etwa durch ein erhöhtes Phishing-Risiko oder durch einen Missbrauch der Sicherheitsmerkmale seitens der Zahlungsauslösedienste. Es kam zu dem Schluss, dass der in den OBB vorgesehene ausschließliche Ausschluss der Eingabe von PIN und TAN außerhalb gesondert vereinbarter Internetseiten und die an die Zuwiderhandlung geknüpften Haftungsfolgen jedenfalls deutlich über das hinausgingen, was zum Schutz der Sicherheit im Online-Banking unerlässlich sei. Insbesondere wären mildere Maßnahmen in Betracht gekommen, die bankenfremde Zahlungsauslösedienste nicht behindert hätten (z. B. Verteilung der Schadensfälle wie auch sonst im Online Banking gestuft nach Sorgfaltspflichtverletzung des Kunden).⁵⁵ Die mangelnde Erforderlichkeit der einschlägigen Maßnahmen zum Schutz der Sicherheit des Zahlungsverkehrs schlossen es aus Sicht des OLG Düsseldorf auch aus, eine Tatbestandsausnahme als nicht vom Kartellverbot erfasste „Nebenabrede“⁵⁶ oder eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV und § 2 GWB⁵⁷ in Betracht zu ziehen.

b) Verstoß gegen §§ 19 Abs. 3 S. 1 i. V. m. Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB

Das Bundeskartellamt stellte neben der Verletzung des Koordinierungsverbots auch eine unbillige Behinderung gemäß § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB durch die Deutsche Kreditwirtschaft und die beteiligten Spitzenverbände fest. Das OLG Düsseldorf konnte diesen Aspekt nachfolgend offenlassen, weil die Rechtmäßigkeit des Beschlusses des Bundeskartellamts mit der Feststellung einer Verletzung des Art. 101 AEUV und § 1 GWB hinreichend belegt war.

Die Wettbewerbsbehörde stützte die Anwendung der Missbrauchsaufsicht und die Adressateneigenschaft der Beteiligten auf § 19 Abs. 3 S. 1 GWB. Die Regelung sei, so die Wettbewerbsbehörde, über ihren Wortlaut hinaus auch dann anwendbar, wenn eine Unternehmensvereinigung in grundsätzlich legaler Weise – ohne sich insoweit auf § 2 GWB berufen zu müssen – auf eine

⁵² Siehe auch OLG Düsseldorf 30.1.2019, VI-Kart 7/16 (V), sub II. B. 2. d) bb) (2.2.3.3), Umdruck S. 47: „Zutreffend weist das Bundeskartellamt [...] darauf hin, dass gerade auch [...] die Zulassung bankennaher Produkte, wie computerinstallierter oder webbasierter Online-Banking-Software oder bankennaher Zahlungsauslösedienste [...] für deren Nutzung im Grundsatz vergleichbare Sicherheitsrisiken bestanden, es ausschließt, dass die Nutzung bankenfremder Zahlungsauslösedienste [...] zur Vermeidung von solchen Sicherheitsrisiken ausnahmslos verboten werden musste.“

⁵³ BKartA, Beschl. v. 29.6.2016, B 4 – 71/10 Rn. 421 – Zahlungsauslösedienste.

⁵⁴ OLG Düsseldorf 30.1.2019, VI-Kart 7/16 (V), sub II. B. 2. d) bb) (2.2.3), Umdruck S. 41.

⁵⁵ Eingehend OLG Düsseldorf 30.1.2019, VI-Kart 7/16 (V), sub II. B. 2. d) bb) (2.2.3), Umdruck S. 41–50.

⁵⁶ OLG Düsseldorf 30.1.2019, VI-Kart 7/16 (V), sub II. B. 2. d) bb) (4), Umdruck S. 54 f.

⁵⁷ OLG Düsseldorf 30.1.2019, VI-Kart 7/16 (V), sub II. B. 2. d) bb) (5), Umdruck S. 55 f.

Beeinflussung des Marktverhaltens ihrer Mitglieder hinwirke. Denn hierdurch komme der Unternehmensvereinigung ein besonderes Maß an Marktmacht zu, das eine entsprechende Anwendung der Missbrauchskontrolle legitimiere. § 19 Abs. 3 S. 1 GWB gelte deshalb mit Blick auf die Deutsche Kreditwirtschaft und die beteiligten Spitzenverbände, weil die Aufstellung gemeinsamer OBB für sich genommen nicht als kartellrechtswidrig anzusehen sei.⁵⁸ Zudem bestehe eine Wechselbeziehung zwischen dem Markt für Privatgirokonten und dem Markt für Bezahlvorgänge im Internet, weil die Beteiligten die rechtliche Ausgestaltung ihres Angebots auf dem einen für eine Behinderung der Zahlungsauslösedienste auf dem letzteren einsetzen könnten.⁵⁹

Das Bundeskartellamt bemerkte, dass der gemäß § 19 Abs. 3 GWB für Unternehmensvereinigungen geltende Verhaltensmaßstab strenger ausfallen mag als das Kartellverbot und daher auch Verhaltensweisen verbieten könne, die nach Art. 101 AEUV und §§ 1 und 2 GWB noch als zulässig angesehen werden.⁶⁰ Da das Bundeskartellamt allerdings das Kartellverbot ohnehin für einschlägig hielt, spielte dies im Ergebnis für die kartellrechtliche Beurteilung der Zahlungsauslösedienste keine Rolle. Bemerkenswert sind allerdings zwei Elemente, mit denen die Behörde begründete, weshalb ein Eingreifen des Missbrauchsverbots „in besonderem Maße“ angezeigt gewesen sei, um die Märkte offen zu halten:

- Zum einen sei ein Missbrauchsverbot geboten, weil die OBB Marktzutrittsschranken errichteten, die „nicht nur einen Teilbereich der Geschäftstätigkeit der Anbieter von Zahlungsauslösediensten“ betreffen, „sondern *deren Geschäftsmodell an sich*.“⁶¹
- Zum anderen sei das Eingreifen der Missbrauchsaufsicht deshalb besonders erforderlich, weil die Zahlungsauslösedienste eine „neuartige und innovative Leistung“ angeboten hätten, „an der auf Seiten der Betreiber von Websites und deren Kunden“ ein Bedarf bestand, „der durch die Angebote der Mitgliedsunternehmen der Spitzenverbände nicht befriedigt wurde.“ Zahlungsauslösedienste wie *Sofort* seien deshalb besonders gegen das behindernde Verhalten der Banken schützenswert, weil deren Verdrängung von einem von ihnen „wesentlich mit geschaffenen Markt“ zu befürchten stehe.⁶²

Der Standpunkt des Bundeskartellamtes liest sich zunächst wie ein (statisches) Konsumentenwohlfahrtsargument. Ein Eingreifen ist erforderlich, weil den Konsumenten ansonsten der Verlust eines offensichtlich nachgefragten Produktes droht. Das wirft sofort die Frage auf: Sollte dann das konstatierte besondere Interesse am Offenhalten der Märkte für die bankenunabhängigen Zahlungsauslösedienste entfallen, wenn die etablierten Anbieter zwischenzeitlich ein im Wesentlichen qualitativ gleichwertiges Produkt anböten? Spätestens ein zweiter Blick auf die zitierten Aussagen lässt erkennen, dass das Bundeskartellamt dies wohl *nicht* im Sinn hatte, sondern den Wettbewerb durch bankenunabhängige Newcomer *per se* für besonders schutzwürdig

⁵⁸ BKartA, Beschl. v. 29.6.2016, B 4 – 71/10 Rn. 438–440 – Zahlungsauslösedienste.

⁵⁹ BKartA, Beschl. v. 29.6.2016, B 4 – 71/10 Rn. 441 – Zahlungsauslösedienste (wobei die Wettbewerbsbehörde offenließ, ob eine solche Wechselbeziehung rechtlich vorausgesetzt sei).

⁶⁰ BKartA, Beschl. v. 29.6.2016, B 4 – 71/10 Rn. 442 – Zahlungsauslösedienste.

⁶¹ BKartA, Beschl. v. 29.6.2016, B 4 – 71/10 Rn. 442 – Zahlungsauslösedienste (Hervorhebung hinzugefügt).

⁶² BKartA, Beschl. v. 29.6.2016, B 4 – 71/10 Rn. 443 – Zahlungsauslösedienste.

hielt. Dies lässt sich mit zwei Überlegungen rationalisieren. Erstens: Selbst wenn die Banken zwischenzeitlich ein gleichwertiges Produkt in ihr Sortiment aufgenommen haben sollten, kann ein dauerhafter Wettbewerbsdruck durch bankenunabhängige Zahlungsauslösedienste eine für die Kunden günstige disziplinierende Wirkung auf Qualität und Preis gegenüber den Banken entfalten; dies nicht nur hinsichtlich der bankeigenen Zahlungsauslösedienste, sondern auch der sonstigen Bezahlverfahren, die sich in deren Portfolio befinden. Zweitens geht es beim Schutz der innovativen Unternehmen um die Gewährleistung von Anreizen für zukünftige Marktzutritte, also um ein Signal: Wer dazu beiträgt, einen etablierten Markt „aufzumischen“ oder einen neuen Markt zu kreieren, der soll darauf vertrauen dürfen, dass das Kartellrecht ihn vor abschottenden Maßnahmen der etablierten Anbieter schützt, die ihn um die Früchte seines Unternehmertums bringen wollen.

Aus Sicht des Bundeskartellamts kann es deshalb im Sinne eines nachhaltigen Schutzes des Wettbewerbsprozesses erforderlich sein, gezielt Anbieter innovativer Produkte zu schützen und das verfügbare kartellrechtliche Instrumentarium zu nutzen, um Maßnahmen zu unterbinden, die drohen, ihnen den Marktzutritt zu verwehren oder sie vom Markt zu verdrängen.

2. Finanzmarktregulatorischer Schutz der Zahlungsauslösedienste und Zusammenspiel mit dem Kartellrecht

a) Überholende Regulierung durch die Reform der Zahlungsdiensterichtlinie

Zahlungsauslösedienste waren von der ersten Zahlungsdiensterichtlinie (PSD I)⁶³ nicht erfasst. Grund hierfür war, dass die Zahlungsauslösedienste – damals wie heute (§ 49 Abs. 1 S. 2 ZAG) – keinen Zugriff auf die Zahlungsmittel des Kunden haben. Aus Sicht des Unionsgesetzgebers fehlte es damit zunächst am Regulierungsanlass. Erst die Versuche der Banken in Deutschland und in anderen Ländern, den Wettbewerb durch Zahlungsauslösedienste auszuschalten, stießen einen regulierenden Eingriff des Unionsgesetzgebers an. Die novellierte, im Januar 2016 in Kraft getretene Fassung der Zahlungsdiensterichtlinie (PSD II)⁶⁴ enthält dementsprechend Vorgaben, die der Sache nach in gleicher Weise wie der Beschluss des Bundeskartellamts eine Marktöffnung zugunsten von Zahlungsauslösediensten fördern.⁶⁵ Hierzu heißt es in ErwGr 69:

„Die Geschäftsbedingungen oder andere dem Zahlungsdienstnutzer durch Zahlungsdienstleister auferlegte Pflichten zum Schutz personalisierter Sicherheitsmerkmale vor unbefugtem Zugriff sollten jedoch nicht so abgefasst sein, dass Zahlungsdienstnutzer davon abgehalten werden, die Vorteile der durch andere Zahlungsdienstleister angebotenen Dienste, einschließlich Zahlungsauslösedienste und Kontoinformationsdienste, zu nutzen. Ferner sollten solche Geschäftsbedingungen keine Bestimmungen enthalten, die die Nutzung von Zahlungsdiensten anderer gemäß dieser Richtlinie zugelassener oder registrierter Zahlungsdienstleister in irgendeiner Weise erschweren.“

⁶³ Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, ABl. Nr. L 319 v. 5.12.2007, S. 1 ff.

⁶⁴ Richtlinie (EU) 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, ABl. Nr. L 337 v. 23.12.2015, S. 35 ff.

⁶⁵ Siehe insbesondere Art. 64 Abs. 2 S. 2 und Art. 66 PSD II.

Der Unionsgesetzgeber verfolgte insoweit mit der Reform der Zahlungsdiensterichtlinie das gleiche Regelungsziel wie auch das Bundeskartellamt mit der Anwendung von Art. 101 AEUV, §§ 1 und 19 GWB: freien Wettbewerb sicherstellen und den Markt für innovative Zahlungsdienste offenhalten. Er erhoffte sich davon – auch insoweit gleichgerichtet mit den Zielen des Kartellrechts – geringere Preise und besser den Kundenbedürfnissen angepasste Produkte durch mehr Wettbewerb.⁶⁶ Durch die Regulierung und Legitimierung der Zahlungsauslösedienste soll verhindert werden, dass diese günstigen Wirkungen des Wettbewerbs durch Marktzugangsschranken vereitelt werden. Dabei hatte der Unionsgesetzgeber nicht nur – wie in dem soeben zitierten ErwGr 69 der PSD II – die Konditionen der etablierten Zahlungsdienstleister vor Augen, sondern auch mögliche innovationshemmende Zutrittsschranken durch unverhältnismäßig strenges Zahlungsverkehrsrecht.⁶⁷

b) Zum Zusammenspiel von Kartellrechtsdurchsetzung und Finanzmarktrecht

Mit der Umsetzung der PSD II zum 13. Januar 2018⁶⁸ verbietet (auch) das Finanzmarktrecht die gegen die Zahlungsauslösedienste gerichteten OBB der etablierten Banken. So ist die das Zahlungskonto führende Bank aufsichtsrechtlich verpflichtet, mit Kontoinformations- und Zahlungsauslösediensten zu kooperieren (§§ 48 bis 52 ZAG). Flankiert wird dieser Kooperationszwang vom zivilrechtlichen Nutzungsrecht des Kontoinhabers; § 675f Abs. 3 BGB regelt dementsprechend:

„Der Zahlungsdienstnutzer ist berechtigt, einen Zahlungsauslösedienst oder einen Kontoinformationsdienst zu nutzen, es sei denn, das Zahlungskonto des Zahlungsdienstnutzers ist für diesen nicht online zugänglich. Der kontoführende Zahlungsdienstleister darf die Nutzung dieser Dienste durch den Zahlungsdienstnutzer nicht davon abhängig machen, dass der Zahlungsauslösedienstleister oder der Kontoinformationsdienstleister zu diesem Zweck einen Vertrag mit dem kontoführenden Zahlungsdienstleister abschließt.“

Als das Bundeskartellamt am 29.6.2016 seine Entscheidung gegen die Deutsche Kreditwirtschaft und die beteiligten Spitzenverbände fällte, war die reformierte Zahlungsdiensterichtlinie bereits

⁶⁶ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 2002/65/EG, 2013/36/EU und 2009/110/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2007/64/EG, COM(2013) 547 final, S. 2: „Um die angestrebten Ziele zu erreichen und Wettbewerb, Effizienz und Innovation im elektronischen Zahlungsverkehr zu fördern, sollten Rechtsklarheit und gleiche Wettbewerbsbedingungen gegeben sein, was zu einer Abwärtskonvergenz der Kosten und Preise für Zahlungsdienstnutzer sowie zu einer größeren Auswahl und mehr Transparenz bei Zahlungsdiensten führen, die Erbringung innovativer Zahlungsdienste erleichtern und die Sicherheit von Zahlungsdiensten gewährleisten dürfte.“

⁶⁷ Siehe zuvor Fn. 66; siehe auch Entschließung des Europäischen Parlaments vom 20. November 2012 zum Thema „Ein integrierter europäischer Markt für Karten-, Internet- und mobile Zahlungen“ (2012/2040/INI) (2015/C 419/05), S. 419/22 Nr. 10: „[Das Europäische Parlament] bringt Bedenken über *unverhältnismäßig strenge Regulierungen* der Märkte für Internet- und mobile Zahlungen zum jetzigen Zeitpunkt zum Ausdruck, da sich derartige Zahlungsmethoden noch immer *in der Entwicklungsphase* befinden; vertritt die Auffassung, dass Regulierungsinitiativen in diesem Bereich Gefahr laufen, bereits existierende Zahlungsinstrumente unangemessen zu betonen, und damit die Innovation zurückhalten und den Markt, noch bevor er sich entwickelt hat, verzerren könnten“; Hervorhebungen hinzugefügt.

⁶⁸ Gesetz zur Umsetzung der zweiten Zahlungsdiensterichtlinie vom 17. Juli 2018 (BGBl. 2017 I S. 2446).

in Kraft getreten. In diesem Sinne hat die finanzmarktrechtliche Regulierung die Kartellrechtsdurchsetzung überholt: Ein finanzmarktrechtlicher Schutz der Zahlungsauslösedienste war damit bereits etabliert, wenn auch in Deutschland noch nicht umgesetzt. Die Reform des Zahlungsdiensterechts konnte freilich nichts daran ändern, dass die maßgeblichen Vorgaben der OBB (auch) als kartellrechtswidrig anzusehen waren. Ein finanzmarktrechtliches Verbot bestimmter Verhaltensweisen schließt es selbst dann, wenn es im Einzelfall vom gleichen Regelungsziel – nämlich der Offenhaltung der Märkte – getragen wird, nicht aus, dass dieses Verhalten zugleich auch als kartellrechtswidrig zu werten ist oder dass das Kartellrecht den Marktteilnehmern insoweit sogar strengere Verhaltensvorgaben auferlegt.

Eine Wettbewerbsbehörde muss sich grundsätzlich auch nicht dafür legitimieren, dass sie gegen ein kartellrechtswidriges Verhalten einschreitet, wenn dieses Verhalten zugleich auch gegen andere Marktregeln verstößt.⁶⁹ Dass das Bundeskartellamt dennoch seine Beweggründe insoweit darlegte, ist zum einen der Tatsache geschuldet, dass ein Einschreiten gegen Kartellrechtsverstöße – hier auf Grundlage von § 32 GWB – eine Ermessensentscheidung voraussetzt. Zum anderen wird man die einschlägigen Ausführungen als (politische) Rechenschaft dafür lesen müssen, nicht unerhebliche Ressourcen für die Durchsetzung einer Marktverhaltensvorgabe eingesetzt zu haben, die voraussehbar im Kern ohnehin durch finanzmarktrechtliche Regulierung etabliert sein würde.

aa) Kartellrechtsdurchsetzung als Initiator und Wegbereiter der Finanzmarktregulierung

In seiner Pressemitteilung zum Zahlungsauslösedienste-Beschluss bemerkte das Bundeskartellamt: „die Überlegungen zu einer gesetzlichen Neuregelung dieses Bereichs werden durch die ausführliche Begründung der Rechtsauffassung des Bundeskartellamtes auf der Grundlage eines im Wege der Amtsermittlung aufgeklärten Sachverhalts befördert.“⁷⁰

Das Bundeskartellamt weist hier daraufhin, dass die einzelfallbezogene behördliche Kartellrechtsdurchsetzung der expliziten Marktregelung in zweierlei Hinsicht den Boden bereiten kann. Erstens kann eine kartellbehördliche Entscheidung dem Regelsetzer eine breite und qualitativ hochwertige Tatsachengrundlage liefern. Denn die Kartellbehörde weist nicht nur die erforderliche Expertise zur Analyse von Marktbedingungen und Marktversagen auf, sondern verfügt im Rahmen eines Verfahrens gegen ein Unternehmen oder eine Unternehmensvereinigung auch über weitgehende Ermittlungsbefugnisse, um den Sachverhalt aufzuklären. Typischerweise le-

⁶⁹ Für die Beschwerde-Entscheidung des OLG Düsseldorf spielte die erfolgte Umsetzung der PSD II deshalb nur insoweit eine Rolle, als die erhobenen Anfechtungsbeschwerden wegen Wegfalls der Beschwer unzulässig wurden, weil die Deutsche Kreditwirtschaft und die beteiligten Banken mit dem Inkrafttreten dieser Umsetzungsgesetzgebung die Online-Banking-Bedingungen angepasst hatten. Der Anfechtungsstreit gegen die Verfügung des Bundeskartellamts hatte sich damit erledigt. Zulässig blieb freilich eine Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde, siehe OLG Düsseldorf 30.1.2019, VI-Kart 7/16 (V), sub II. A. 2, Umdruck S. 14–22, und sub II. B. 1, Umdruck S. 23–25.

⁷⁰ Pressemitteilung vom 5.7.2016, Beschränkung von Online-Bezahldiensten durch die deutsche Kreditwirtschaft verstößt gegen das Kartellrecht, verfügbar auf der Website des Bundeskartellamts (https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2016/05_07_2016_Sofortueberweisung.html).

sen sich die Sachverhalte kartellbehördlicher Entscheidungen – wie auch jener zu den Zahlungsauslösediensten⁷¹ – wie eine detaillierte Analyse der betroffenen Märkte einschließlich der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen.

Zweitens können auch die rechtlichen Analysen einer Wettbewerbsbehörde dem Regelsetzer wertvolle Hinweise geben: Zum einen kann der Befund, dass bestimmte Marktteilnehmer gezielt versuchen, in kartellrechtswidriger Weise Marktzutrittsschranken zu errichten, als Indiz dafür gesehen werden, dass ein regulierungswürdiges Verhalten vorliegt – wobei dann noch zu erklären bleibt, ob nicht die Kartellrechtsdurchsetzung bereits allein das Problem hinreichend adressieren kann. Zum anderen bietet der von der Kartellbehörde regelmäßig detailliert ermittelte und analysierte rechtliche Handlungsrahmen eine brauchbare Grundlage, um zu beurteilen, an welchem Punkt der Gesetzgeber ansetzen könnte, um ein identifiziertes Problem präzise regulatorisch zu adressieren.

Auch mit Blick auf die Marktzugangshindernisse zulasten von Zahlungsauslösediensten ist es dem Grunde nach plausibel, dass die kartellbehördliche Durchsetzung positive externe Effekte zugunsten des Regelsetzers kreieren konnte. Freilich bleibt zu konstatieren, dass das Gesetzgebungsverfahren auf Unionsebene zum Zeitpunkt der Entscheidung des Bundeskartellamts bereits abgeschlossen war, so dass die Entscheidung und die zu ihrer Begründung dargelegten tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen die Regelsetzung auf Unionsebene nicht (mehr) beeinflussen konnten. Die vom Bundeskartellamt skizzierte Unterstützungsleistung konnte damit allenfalls⁷² die Umsetzung der reformierten PSD II in Deutschland befördern. Dabei hatte das Bundeskartellamt ausweislich einer Presseveröffentlichung vom 4. April 2011 bereits zu diesem Zeitpunkt gegenüber dem (damaligen) Zentralen Kreditausschuss (ab 2011 sodann „Deutsche Kreditwirtschaft“) bekundet, dass die erarbeiteten OBB wegen ihrer behindernden Wirkung gegenüber Zahlungsauslösediensten gegen das Kartellrecht verstießen.⁷³

Das deutet daraufhin, dass das Bundeskartellamt bereits Anfang 2011 gegenüber den Beteiligten in seiner (vorläufigen) Einschätzung der Sach- und Rechtslage die Erwägungen vorgebracht hat, auf die es sich letztlich auch bei seiner Entscheidung gegen die Deutsche Kreditwirtschaft und die Spitzenverbände stützte. Vor diesem Hintergrund erscheint es bemerkenswert, dass hiernach bis zur Entscheidung des Bundeskartellamts noch mehr als fünf weitere Jahre vergingen und damit das Verfahren im Ganzen fast sechs Jahre dauerte. Dem Vernehmen nach hatte das Bundeskartellamt den Beteiligten signalisiert, eine Entscheidung erst nach Inkrafttreten der PSD II treffen zu wollen. Grund hierfür war offenbar, dass das Bundeskartellamt den Beteiligten keine

⁷¹ BKartA, Beschl. v. 29.6.2016, B 4 – 71/10 Rn. 11–242 – Zahlungsauslösedienste.

⁷² Gemäß Art. 107 PSD II ist die Richtlinie vollharmonisierend. In ihrem Anwendungsbereich ist es den Mitgliedstaaten verwehrt, einen strengeren oder milderer Regulierungsstandard vorzuhalten.

⁷³ Kay Weidner, Pressesprecher des Bundeskartellamts, ließ sich mit der Aussage zitieren: „Um die Sicherheit des Zahlungsverkehrs zu gewährleisten, könnten die Banken weniger wettbewerbsbeschränkende Methoden wählen“ (<https://www.welt.de/wirtschaft/webwelt/article13061344/Welche-Bezahlsysteme-im-Internet-sicher-sind.html>).

detaillierten positiven Vorgaben auferlegen wollte⁷⁴ und die Banken nicht gezwungen sein sollten, mit den Drittdiensten ohne gesetzlichen Rahmen zu kooperieren. Vor allem wegen der Unklarheiten und den Uneinigkeiten zwischen etablierten Banken und Dritten zu den technischen Anforderungen und Verfahren hinsichtlich der Kommunikation und Kundenauthentifizierung sollte auf eine klärende Entscheidung des Gesetzgebers gewartet werden.⁷⁵ Diese ist nun mit § 55 Abs. 5 ZAG und dem delegierten Rechtsakt zur starken Kundenauthentifizierung⁷⁶ gegeben.

Auf Unionsebene waren die laufenden Ermittlungen des Bundeskartellamts im Detail bekannt. So hatte die deutsche Wettbewerbsbehörde die Europäische Kommission am 25.3.2011 über die Verfahrenseinleitung unterrichtet. Der Fall wurde sodann offenbar mehrfach mit der Kommission und anderen nationalen Wettbewerbsbehörden im Rahmen des Europäischen Wettbewerbsnetzwerks erörtert.⁷⁷ Die gemäß Art. 87 PSD I (Überprüfungsklausel) im Vorfeld zur Reform der PSD I von der Kommission in Auftrag gegebene Impact-Analyse vom Februar 2013 wies ebenfalls auf das Kartellverfahren und die erwähnte Stellungnahme des Bundeskartellamts hin.⁷⁸ Man wird deshalb davon ausgehen dürfen, dass die offenbar bereits in einem frühen Stadium des Verfahrens seitens des Bundeskartellamtes getroffene und kommunizierte Bewertung der OBB als gezielt errichtete Marktzutrittsschranke tatsächlich Einfluss auf die europäische Gesetzgebung hatte. Es liegt nahe, dass sie der Europäischen Kommission einen Anstoß dafür gegeben hat, die Legitimierung von Zahlungsauslösediensten in ihre Reformüberlegungen zur PSD I einzubeziehen, zumal sie auch selbst unmittelbar mit der Thematik befasst war. Auf Beschwerde der Sofort AG hatte die Kommission nämlich im September 2011 eine kartellrechtliche Untersuchung zur Standardisierung der Internet-Zahlungsbedingungen durch den Europäischen Zahlungsausschuss (European Payments Council – EPC) eingeleitet. Die Kommission ging damit – parallel zum Verfahren des Bundeskartellamts – der Frage nach, ob die Selbstregulierung der Banken für den Einheitlichen Euro-Zahlungverkehrsraum (SEPA) den Wettbewerb übermäßig beschränkt und neue Marktteilnehmer und bankenunabhängige Zahlungsdienstleister vom Markt ausschließt.⁷⁹ Das EPC versicherte im Zuge dieses Verfahrens gegenüber der Kommission, von

⁷⁴ Auch die schließlich ergangene Entscheidung beschränkte sich darauf, die Rechtswidrigkeit des Verhaltens der Deutschen Kreditwirtschaft und der beteiligten Spitzenverbände festzustellen, siehe BKartA, Beschl. v. 29.6.2016, B 4 – 71/10 S. 3 f. und Rn. 451 – Zahlungsauslösedienste.

⁷⁵ Vgl. BKartA, Beschl. v. 29.6.2016, B 4 – 71/10 Rn. 451 – Zahlungsauslösedienste: „Allerdings ist es den vom Kartellrechtsverstoß betroffenen Unternehmen nicht zuzumuten, bis zum Ende der Umsetzungsfrist der PSD2 in nationales Recht die unbillige Behinderung sowie die derzeit rechtliche Unsicherheit, die sich auch auf die anhängigen Zivilverfahren auswirkt, noch länger hinzunehmen.“ Vor dem Inkrafttreten der PSD II und der damit einhergehenden finanzmarktrechtlichen Regelung hielt es das Bundeskartellamt indes offenbar eher für zumutbar, die behindernden OBB und die unklare Rechtslage hinzunehmen.

⁷⁶ Sog. RTS-Standards; vgl. Fn. 3.

⁷⁷ BKartA, Beschl. v. 29.6.2016, B 4 – 71/10 Rn. 256 – Zahlungsauslösedienste.

⁷⁸ Study on the impact of Directive 2007/64/EC on payment services in the internal market and on the application of Regulation (EC) No 924/2009 on cross-border payments in the Community, February 2013, S. 106 („[...] the German competition authority [...] took the position in 2011 that the terms and conditions from the banks Giropay is a subsidiary of, were invalid insofar as they prevent providers like Sofort AG from lawfully offering their services“).

⁷⁹ Europäische Kommission, Pressemitteilung IP/11/1076 v. 26.9.2011, Kartellrecht: Kommission untersucht Markt für elektronische Zahlungen.

jeder Art der Standardisierung im elektronischen Zahlungsverkehr Abstand zu nehmen, die eine Verdrängung solcher Anbieter bezwecken oder bewirken könnte. Daraufhin zog die Sofort AG ihre Beschwerde zurück und die Kommission gab im Juni 2013 bekannt, das Verfahren zu beenden, den Markt für elektronische Zahlungen aber weiter beobachten zu wollen.⁸⁰

bb) Kartellrechtsdurchsetzung und Vorwirkung der PSD II

Für die Erforderlichkeit eines kartellbehördlichen Eingreifens berief sich das Bundeskartellamt auch auf eine Vorwirkung der novellierten PSD II. Zwar verblieb den Mitgliedstaaten zum Zeitpunkt der kartellbehördlichen Entscheidung für die Umsetzung der Richtlinie noch Zeit bis zum 13.1.2018. Doch weist der Unionsgesetzgeber in ErwGr 33 PSD II ausdrücklich darauf hin, dass es in Abwesenheit unionsrechtlicher Vorgaben und damit vor Ablauf der Umsetzungspflicht den Mitgliedstaaten obliegt, den fairen Wettbewerb auf dem Zahlungsverkehrsmarkt zu gewährleisten und ungerechtfertigte Diskriminierungen zu vermeiden. Hieran schließt der Satz an, „[j]eder Zahlungsdienstleister [...] sollte Zahlungsauslösungsdienste anbieten können.“ Nach Art. 115 Abs. 6 PSD II müssen die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass die kontoführenden Zahlungsdienstleister die Möglichkeit der Nutzung von Zahlungsauslösediensten für die von ihnen geführten Konten nicht unter Hinweis auf nicht eingehaltene technische Regulierungsstandards blockieren oder behindern.

Zudem konnte sich das Bundeskartellamt für eine Vorwirkung der Richtlinie auf das vom EuGH aus dem Prinzip der Unionstreue gemäß Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 EUV abgeleitete sog. „Frustrationsverbot“ berufen. Danach ist der nationale Gesetzgeber zwar grundsätzlich frei darin, die Umsetzungsfrist auszuschöpfen und bis zu deren Ablauf richtlinienwidrige Vorschriften beizubehalten oder sogar neue richtlinienwidrige Vorschriften zu erlassen. Das entbindet ihn aber nicht von der Pflicht, bereits nach Inkrafttreten der Richtlinie alle Handlungen zu unterlassen, die eine Gefährdung des Richtlinienziels *nach Fristablauf* befürchten lassen.⁸¹ Entsprechendes hat der EuGH auch mit Blick auf die nationalen Gerichte formuliert: Diese müssten eine Auslegung und Anwendung des mitgliedstaatlichen Rechts unterlassen, falls dadurch ernsthaft zu befürchten wäre, dass die Regelungsziele der Richtlinie nach Ablauf der Umsetzungsfrist nicht erreicht werden könnten.⁸²

Das Bundeskartellamt hat diesen Frustrationsgedanken weitergeführt und argumentiert, ein kartellbehördliches Einschreiten kann vor Ablauf der Umsetzungsfrist aber nach Inkrafttreten der Richtlinie geboten sein, wenn ein Unterlassen die Erreichung der Richtlinienziele *nach Fristablauf* gefährden würde.⁸³ Dass ein Untätigbleiben des Bundeskartellamts mit einer solchen Gefahr behaftet sein würde, lag auf der Hand, weil nach den Feststellungen der Kartellbehörde die Deutsche Kreditwirtschaft und die beteiligten Spitzenverbände willens und in der Lage waren, Zahlungsauslösedienste vom Markt zu verdrängen.⁸⁴

⁸⁰ European Commission, Memo, 13.6.2013, Antitrust: Commission closes investigation of EPC but continues monitoring online payments market.

⁸¹ Grundlegend EuGH 18.12.1997, Rs. C-129/96 *Inter-Environnement Wallonie*, ECLI:EU:C:1997:628, Rn. 40, 44 f. Siehe hierzu etwa *Hofmann* in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 15 Rn. 8–16 mwN.

⁸² EuGH 4.7.2006, Rs. C-212/04 *Adeneler u.a.*, ECLI:EU:C:2006:443, Rn. 122 f.; hierzu etwa *Hofmann* in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, § 15 Rn. 30–35 mwN; in diesem Sinne etwa auch BGH NJW 2012, 2422, 2423.

⁸³ BKartA, Beschl. v. 29.6.2016, B 4 – 71/10 Rn. 371 – Zahlungsauslösedienste.

⁸⁴ Siehe hierzu insbesondere die (hilfsweisen) Ausführungen des Bundeskartellamts zur Bewirkung einer Wettbewerbsbeschränkung BKartA, Beschl. v. 29.6.2016, B 4 – 71/10 Rn. 386–395, insbes. Rn. 394 – Zahlungsauslösedienste: „Die Regelungen der [Deutschen Kreditwirtschaft] haben in der Vergangenheit Innovationen im Bereich der Bezahlverfahren im Internethandel unterbunden oder erschwert. Das strategische und koordinierte Vorgehen der [Deutschen Kreditwirtschaft] hat zudem bereits dazu geführt, dass Unternehmen aus dem Markt ausgeschieden sind und somit Innovation und Wettbewerb durch diese Dienstleister unterbunden wurden“.

Beachtenswert hieran ist aus unserer Sicht zunächst, dass sich im durch die Vorwirkung der PSD II gebotenen Eingreifen der Kartellbehörde⁸⁵ ein besonderer Fall des komplementären Zusammenspiels von Kartell- und Finanzmarktregulierung offenbart. Hinzu kommt, dass sich im entschiedenen Fall eine Anwendung des vom EuGH zur Vorwirkung von Richtlinien etablierten „Frustrationsgedankens“ zeigt, die in mehrfacher Hinsicht über die typischerweise erfassten Konstellationen hinausgeht: erstens steht hier das Verhalten einer *Verwaltungsbehörde*⁸⁶ und nicht Rechtsetzung durch die nationalen Gesetzgeber oder die Rechtsprechung der mitgliedstaatlichen Gerichte in Rede; zweitens schlägt hier der „Frustrationsgedanke“ in eine *Handlungspflicht* um und gebietet also nicht lediglich ein Unterlassen; und drittens geht es hier mit der Kartellrechtsanwendung um ein Regelungsregime, das zwar das gleiche Regelungsziel verfolgt wie die einschlägige Richtlinienregelung (nämlich Offenhaltung der Märkte für Zahlungsauslösedienste), das aber nach dem Regelungsplan des nationalen Gesetzgebers nicht eigentlich zur Umsetzung des einschlägigen unionsrechtlichen Regelungsregimes (hier des Zahlungsdiensterechts) bestimmt war.

IV. Überblick und Illustration: Kartellrechtliches Instrumentarium zur Verhinderung von Marktbarrieren und zur Förderung innovativer Produkte

Kartellrecht schützt den Wettbewerb auf Märkten gegen Beeinträchtigungen durch Unternehmen. Unternehmerisches Handeln, das Marktzutrittschürden generiert, gerät deshalb ins Visier des Kartellrechts. Die Frage, ob und wie innovativen Anbietern wie den Robo Advisor mit rechtlichen Mitteln der Marktzugang offengehalten oder gar gezielt erleichtert werden kann, richtet sich deshalb auch an das Kartellrecht. Allerdings hält das Kartellrecht kein Universalwerkzeug in diesem Sinne bereit. Es verfügt nur über die Instrumente der Fusionskontrolle (auf die hier nicht weiter einzugehen ist), des Kartellverbots und des Missbrauchs von Marktmacht. Das Arsenal ist nicht nur begrenzt, seine Anwendung ist zudem voraussetzungsreich: Das Kartellverbot gilt gemäß Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB nur, wenn Unternehmen ihr Marktverhalten im Sinne dieser Normen koordinieren. Die Missbrauchskontrolle nach Art. 102 AEUV und § 19 GWB greift nur bei marktbeherrschenden Unternehmen, teils gemäß § 20 GWB auch bei relativer Marktmacht. Hinzu kommt, dass die Kartellrechtsanwendung geprägt ist von einer fallgruppenbasierten Ausfüllung der generalklauselartigen Vorgaben, *wettbewerbsbeschränkendes* (Art. 101 AEUV und § 1 GWB) und *missbräuchliches* (Art. 102 AEUV und §§ 19 f. GWB) Verhalten zu unterlassen. Die Anwendung der hierzu entwickelten Fallgruppen erfordert oftmals, einzelfallbezogen wettbewerbsfördernde und wettbewerbsbehindernde Potentiale und Auswirkungen bestimmter Verhaltensweisen zu bewerten oder Interessen unterschiedlicher Gruppen

⁸⁵ Zu beachten bleibt, dass die Vorwirkung hier nicht die Auslegung des materiellen Kartellrechts betrifft, sondern die Ausübung der Ermessensentscheidung über ein Einschreiten nach § 32 Abs. 1 GWB.

⁸⁶ Zur Vorwirkung von Richtlinien beim Verwaltungsvollzug im Allgemeinen siehe *Hofmann* in: *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, § 15 Rn. 59–64 mwN.

von Marktbeteiligten zu gewichten und im Lichte des übergeordneten Gemeinziels, den Wettbewerbsprozess zu schützen, abzuwägen.

Im Folgenden soll anhand paradigmatischer Leitentscheidungen illustriert werden, wie weit der kartellrechtliche Regelungsanspruch reicht, wenn es darum geht, Wettbewerb zu fördern, indem Marktzutrittschürden aus dem Weg geräumt werden. Zweckdienlich erscheint hier eine Differenzierung nach der Qualität des Eingriffs in zwei Kategorien: Zum einen kann Kartellrecht die (aktive) Errichtung von Marktzutrittsschranken durch Unternehmen adressieren. Darüber hinaus kann Kartellrecht aber auch Zugangsrechte gegen Unternehmen gewähren, um Marktzutritte zu ermöglichen und innovative Produkte zu fördern. Sowohl für das Kartellverbot als auch für das Missbrauchsverbot lassen sich Ansätze zum Schutz vor Marktzutrittsbarrieren in beiderlei Qualität zeigen.

Die Grenzen des Kartellrechts – so viel sei bereits hier betont – markieren freilich nicht die Grenzen legitimer Marktintervention. Auch jenseits des kartellrechtlichen Regelungsanspruchs kann es wettbewerbspolitisch sinnvoll erscheinen, mittels sektorspezifischer Regulierung Märkte offen zu halten. Letzteres kann sich auch als praktisch wirkungsvoll erweisen, obgleich im Einzelfall Kartellrecht eingreift. Denn die Durchsetzungsmechanismen des Kartellrechts sind auf punktuelle Interventionen in das Marktgeschehen ausgerichtet. Zeigen sich auf einem Markt hingegen dauerhaft strukturelle Hindernisse für den Wettbewerb, dann mag es sein, dass dessen Schutz nachhaltig besser durch sektorspezifische Regulierung gewährleistet werden kann. Zudem kann sich eine explizite Marktregulierung als wirksamer erweisen, weil sie den Marktteilnehmern detaillierte positive Verhaltensvorgaben auferlegt und damit regelkonformes Marktverhalten erleichtert.

1. Schutz offener Märkte mittels Kartellverbots

a) Verbot koordinierter Errichtung von Marktzutrittschürden

Unternehmen dürfen nach Art. 101 AEUV und § 1 GWB ihr Marktverhalten nicht koordinieren, wenn sie hiermit eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken – also etwa, wenn aus einer Koordinierung Marktzutrittsschranken resultieren. Die im Vorabschnitt (sub. III.) skizzierte Fallstudie zum Schutz von Zahlungsauslösediensten liefert uns insoweit eine treffende Illustration: Die etablierten Banken koordinierten Nutzungsbedingungen für Onlinekonten in wettbewerbsfeindlicher Weise, nämlich mit dem Ziel, Zahlungsauslösedienste vom Markt für Bezahlverfahren im Internet auszuschließen. Anschaulich ist dieses Beispiel vor allem auch, weil es eine Konstellation mit Marktdivergenz betrifft. Deutlich wird, dass – im Sinne des Schutzzwecks des Kartellverbots – eine tatbestandsmäßige Wettbewerbsbeschränkung auch angenommen werden kann, wenn die Marktzutrittsschranken auf einem anderen Markt errichtet werden als dem, auf den sich die (Konditionen-)Koordinierung vollzieht. Das Bundeskartellamt nahm

nämlich an, eine Marktzutrittsschranke auf dem Markt der „Bezahlverfahren im Internethandel“ sei mit koordinierten Konditionen auf dem Markt für „Privatgirokonten“ errichtet worden.⁸⁷

Die Entscheidung(en) der Europäischen Kommission und der Unionsgerichte in „Groupement des Cartes Bancaires“⁸⁸ veranschaulichen, dass auch in der kartellrechtlichen Praxis der Unionsorgane bereits der Vorwurf erhoben wurde, Unternehmen hätten ihre Konditionen koordiniert, um Zutrittschürden für einen (Dritt-)Markt zu errichten. Das Zahlungskartensystem „Groupement des Cartes Bancaires“ (im Folgenden „CB“) wurde im Jahre 1984 von französischen Großbanken gegründet. CB-Karten können bei systemangeschlossenen Händlern und an Geldautomaten genutzt werden. Die zugrundeliegende Zusammenarbeit zwischen den Banken ist vom Kartellrecht hinzunehmen, insoweit sie für das Funktionieren des Kartensystems und insbesondere die Gewährleistung der Interoperabilität erforderlich ist.

Das CB bestimmte die Bedingungen, unter denen Banken oder sonstige Institutionen, die Karten ausgeben wollen, am System teilnehmen können. Es lag hierin eine koordinierte Festlegung der Konditionen, unter denen das CB auf dem Systemmarkt anbot, d. h. auf dem Markt, auf dem Bankkartensysteme Dienstleistungen gegenüber Finanzinstituten oder auch anderen Einrichtungen, die Karten ausgeben, erbringen.⁸⁹ Im Jahre 2002 führte CB ein Tarifsysteem ein, wonach die Mitglieder, die nur oder hauptsächlich Karten ausgeben (Issuing), höhere Beiträge zu leisten hatten als solche Mitglieder, die (auch) neue Händler für das System warben (Acquiring). Dies führte vor allem dazu, dass typische Neu-Mitglieder im System, weil sie vor allem auf dem nachgelagerten Markt für die Ausgabe von Karten (Issuing) aktiv waren – nämlich große Handelsketten wie etwa Carrefour, Direktbanken und ausländische Banken –, erheblich höhere Beiträge zu zahlen hatten als die federführenden Alt-Mitglieder.

Die Kommission gelangte vor diesem Hintergrund zu der Überzeugung, dass die Alt-Mitglieder des Zahlungssystems sich auf diese Konditionen geeinigt hatten, um für Neu-Mitglieder (die typischerweise andere – teils ganz auf Kartenausgabe fokussierte – Geschäftsmodelle als die federführenden Banken verfolgten) den Marktzutritt auf den Karten-Ausgabe-Markt zu verteuern. Sie nahm deshalb an, dass eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt war: Die Konditionen seien von dem Willen getragen, neue Marktteilnehmer auf dem Markt für die Ausgabe von CB-

⁸⁷ BKartA, Beschl. v. 29.6.2016, B 4 – 71/10 Rn. 293 – Zahlungsauslösedienste.

⁸⁸ Europäische Kommission 17.10.2007, COMP/D1/38606, Groupement des Cartes Bancaires; EuG 29.11.2012, T-491/07, Groupement des Cartes Bancaires, ECLI:EU:T:2012:633; EuGH 11.9.2014, Rs. C-67/13 P, Groupement des Cartes Bancaires, ECLI:EU:C:2014:2204.

⁸⁹ Die Kommission unterscheidet hinsichtlich der Aktivitäten von Vier-Parteien-Bankkartensystemen drei Produktmärkte: ein „vorgelagerter“ Markt, auf dem das Kartensystem Dienstleistungen gegenüber den Finanzinstituten erbringt, d. h. ein Markt, auf dem verschiedene Kartensysteme konkurrieren (Systemmarkt); ein erster „nachgelagerter“ Markt, auf dem die Banken, die Karten ausgeben (Issuing-Banken), um die Kundengruppe der Bankkarteninhaber konkurrieren (Issuing-Markt); schließlich ein zweiter „nachgelagerter“ Markt, auf dem die Acquiring-Banken um die Kundengruppe der Händler konkurrieren; siehe Europäische Kommission 24.7.2002, COMP/29.373, Visa International – Multilateral Interchange Fees, Rn. 43; Europäische Kommission 19.12.2007, COMP/34.579, MasterCard, COMP/36.518, EuroCommerce, COMP/38.580, Commercial Cards, Rn. 283–329.

Karten zu behindern, dadurch die Wettbewerbsintensität auf diesem Markt zu senken, ein Absenken der von den Karteninhabern zu zahlenden Gebühren zu vermeiden und die Einnahmen der federführenden Banken zu sichern.⁹⁰

CB verteidigte das Tarifsysteem mit dem Argument, das Zahlungskartensystem als Ganzes sei auf eine Balance zwischen Kartenausgabe an Kunden einerseits und andererseits Einwerben von Händlerakzeptanz und Installation von Geldautomaten angewiesen. Die differenzierte Preisgestaltung sei notwendig, weil ansonsten die neu beitretenden Institute, die sich auf die Kartenausgabe beschränkten, *free riding* zulasten jener Institute betrieben, die in Acquiring-Aktivitäten investieren oder in der Vergangenheit investiert hatten. Das EuG wies die gegen die Entscheidung der Kommission erhobene Klage zurück. Das Gericht argumentierte unter anderem, die vorgetragene Notwendigkeit, „Issuing“ und „Acquiring“ auszubalancieren, sei für die Bewertung unter Art. 101 AEUV unerheblich, weil hierbei jeweils Aktivitäten auf verschiedenen Märkten in Rede stünden.⁹¹ Als Rechtsmittelinstanz hiergegen angerufen, korrigierte der EuGH diese Aussage und wies darauf hin, dass das Gericht mit dieser Erwägung der Marktabgrenzung eine ihr nicht zukommende Aussagekraft zugewiesen habe⁹² und hob ob das EuG-Urteil auf.

Das Urteil des EuGH ist von allgemeiner kartellrechtlicher Prominenz, weil der Gerichtshof nach einigen Irritationen⁹³ infolge des Urteils „Allianz Hungária“⁹⁴ noch einmal grundsätzlich den Maßstab darlegte, nach dem zu beurteilen ist, ob Unternehmen eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckten.⁹⁵ Zudem ist die Entscheidung von allgemeiner Bedeutung für die Kartellrechtspraxis, weil sie klarstellt, dass im Falle einer zweiseitigen Plattform – wie vorliegend bei einem Zahlungskartensystem – indirekte Netzwerkeffekte bzw. externe Effekte zwischen den verschiedenen Nutzergruppen der Plattform zu berücksichtigen sind, um zu bestimmen, ob mit einer Koordinierung eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wurde. Das muss – gegen das vorinstanzliche Urteil des EuG – auch dann gelten, wenn die Aktivitäten auf den verschiedenen Seiten der Plattform getrennten Märkten zugeordnet werden.⁹⁶

Für den uns interessierenden Zusammenhang des kartellrechtlichen Schutzes vor Marktzutrittschranken ist das Urteil bedeutend, weil der EuGH zwar zu Recht darauf hinwies, dass das EuG vorschnell eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung unterstellt hatte, ohne positive Rückkopplungseffekte mit dem Acquiring-Markt in die Analyse einzubeziehen. Der Gerichtshof bejahte allerdings, dass die vereinbarten Konditionen für eine Mitgliedschaft bei CB (und damit die Koordinierung des Bankenverhaltens auf dem Markt für Zahlungssysteme) wegen hiervon ausgehender Marktzutrittschranken für den Markt für die Ausgabe von Zahlungskarten (Issuing-Market) als wettbewerbsbeschränkend bewertet werden könnten:

⁹⁰ Europäische Kommission 17.10.2007, COMP/D1/38606, *Groupement des Cartes Bancaires*, Rn. 236–250.

⁹¹ EuG 29.11.2012, T-491/07, *Groupement des Cartes Bancaires*, ECLI:EU:T:2012:633, Rn. 105.

⁹² EuGH 11.9.2014, Rs. C-67/13 P, *Groupement des Cartes Bancaires*, ECLI:EU:C:2014:2204, Rn. 77.

⁹³ Siehe hierzu etwa *Wolf NZKart* 2015 (78, 80 und 83).

⁹⁴ EuGH 14.3.2013, Rs. C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító u.a.*, ECLI:EU:C:2013:160, Rn. 48.

⁹⁵ EuGH 11.9.2014, Rs. C-67/13 P, *Groupement des Cartes Bancaires*, ECLI:EU:C:2014:2204, Rn. 48–54, insbes. Rn. 53.

⁹⁶ EuGH 11.9.2014, Rs. C-67/13 P, *Groupement des Cartes Bancaires*, ECLI:EU:C:2014:2204, Rn. 73 f. und 78 f.

„Gewiss kann nicht ausgeschlossen werden, dass die fraglichen Maßnahmen [...] den Wettbewerb, der von den neuen Marktteilnehmern ausgeht [...] behindern oder sogar [...] je nachdem, wie hoch die mit diesen Maßnahmen verlangten Beiträge sind, zu ihrem Ausschluss aus dem System führen.“⁹⁷

b) Zuweisung von Zugangsrechten, um Marktzutritte zu ermöglichen

Das Kartellverbot richtet sich (nur) gegen bestimmte – als wettbewerbsbeschränkend zu qualifizierende – *Koordinierungen* zwischen Unternehmen. Aufgrund dieser Regelungsmechanik kann das Kartellverbot *nicht unmittelbar* dafür eingesetzt werden, um im Sinne erleichterten Marktzutritts Unternehmen Zugang zu Infrastrukturen zuzuweisen: Den Adressaten von Art. 101 AEUV und § 1 GWB steht letztlich immer der Ausweg offen, die fragliche Koordinierung aufzugeben.

Allerdings eröffnet das Kartellverbot den Gerichten und Wettbewerbsbehörden Raum, Koordinierungen als nicht kartellrechtswidrig einzustufen, falls und soweit diese positive Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation auf einem Markt haben. Dabei können sie eine Qualifizierung als nicht wettbewerbswidrige Koordinierung auf Ebene von Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB oder auch die Anerkennung einer Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV und § 2 GWB davon abhängen lassen, dass allen aktuellen oder potentiellen Marktteilnehmern diskriminierungsfrei Zugang etwa zu einem koordiniert geschaffenen Informationssystem oder einer sonstigen koordiniert errichteten Einrichtung gewährt wird. Auf diese Weise können Gerichte und Wettbewerbsbehörden *mittelbar* Zugangsrechte kreieren und also Marktzutrittsbarrieren absenken.

Illustrativ hierfür ist das EuGH-Urteil in der Rechtssache „Asnef-Equifax“.⁹⁸ Der Gerichtshof hatte auf Vorlage eines spanischen Gerichts⁹⁹ darüber zu befinden, unter welchen Umständen ein Austausch von Kreditinformationen unter Banken gegen das Kartellverbot gemäß Art. 101 AEUV verstößt. Im zugrundeliegenden Sachverhalt hatten spanische Banken ein Kreditauskunftsregister errichtet, das verschiedene Angaben zu Kreditnehmern enthielt, etwa zu ihrer Identität, ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit, aber auch zu Zahlungsausfällen, Guthaben bei Gläubigern, Sicherheiten, Leasinggeschäften oder die zeitlich begrenzte Bereitstellung von Kapital.¹⁰⁰

Einem solchen mittelbaren Austausch von Informationen über (potentielle) Kreditnehmer – zwischen den Banken, die hinsichtlich der Konditionen der Kreditvergabe konkurrieren – kommt wettbewerbsbeschränkendes Potential zu. Hinter dem Kartellverbot steht der Grundsatz, dass jeder Marktteilnehmer selbständig seine Geschäftspolitik bestimmen und festlegen soll, zu welchen Konditionen er am Markt Leistungen anbietet oder nachfragt.¹⁰¹ Bündeln Banken ihre Informationen über Risikofaktoren der Kreditvergabe, dann beeinflusst dies Geschäftsentscheidungen über die Kreditvergabe. Dies wird tendenziell zu gleichförmigen Angeboten an potentielle Kreditnehmer führen.¹⁰² Hinzu kommt: Je stärker der Markt konzentriert ist und je deutlicher sich aus den Daten eines Kreditnehmerregisters

⁹⁷ EuGH 11.9.2014, Rs. C-67/13 P, Groupement des Cartes Bancaires, ECLI:EU:C:2014:2204, Rn. 80.

⁹⁸ EuGH 23.11.2006, Rs. C-238/05, Asnef-Equifax, ECLI:EU:C:2006:734.

⁹⁹ EuGH 23.11.2006, Rs. C-238/05, Asnef-Equifax, ECLI:EU:C:2006:734, Rn. 8–10.

¹⁰⁰ EuGH 23.11.2006, Rs. C-238/05, Asnef-Equifax, ECLI:EU:C:2006:734, Rn. 7, 46.

¹⁰¹ Sog. Selbstständigkeitspostulat, EuGH 23.11.2006, Rs. C-238/05, Asnef-Equifax, ECLI:EU:C:2006:734, Rn. 52.

¹⁰² Siehe das Vorbringen von Ausbanc (Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios) EuGH 23.11.2006, Rs. C-238/05, Asnef-Equifax, ECLI:EU:C:2006:734, Rn. 27.

entnehmen lässt, von welchen Parametern sich die Mitbewerber bei ihrer Kreditvergabe leiten lassen, desto eher kann ein Informationsaustausch ein (stillschweigend) kollusives Zusammenwirken erleichtern.

Andererseits kann ein Kreditauskunftsregister dem guten Funktionieren des Kreditmarktes zuträglich sein. Umso umfangreicher, verlässlicher und präziser die Informationen über potentielle Kreditnehmer sind, desto genauer können die Kreditgeber das jeweilige Ausfallrisiko einschätzen und ihre Konditionen (insbesondere Zinsen und Sicherheiten) danach ausrichten. Die Bündelung der Informationen verschiedener Banken wird zum einen aufgrund von Skalenerträgen zu geringeren Kosten für die Informationsbeschaffung und -auswertung führen. Zum anderen sinken aufgrund der höheren Qualität der verfügbaren Informationen die Ausfallkosten.¹⁰³ Je kompetitiver der Kreditvergabemarkt ist, desto größer wird der Anteil an diesen Kosteneinsparungen sein, der über geringere Preise (Zinsen) an die Kreditnehmer weitergegeben wird. Profitieren hiervon werden jene Kreditnehmer, von denen die Banken ansonsten aufgrund von Informationsdefiziten über ihre Bonität höhere Zinsen verlangen würden.

Der EuGH wies zudem darauf hin, dass mit einem Kreditauskunftsregister die „Bedeutung der Informationen [sinkt], die den Finanzinstituten über ihre eigenen Kunden zur Verfügung stehen“.¹⁰⁴ Das erhöht die Mobilität der Kreditnehmer und erleichtert es ihnen, sich auch jenseits ihrer „Hausbank“ Angebote einzuholen; dies kurbelt den Wettbewerb an. Die Abschwächung des Informationsvorteils aufseiten etablierter Kreditinstitute erleichtert damit vor allem auch den Markteintritt neuer Wettbewerber.¹⁰⁵

Ob ein Kreditauskunftsregister deshalb letztlich die Markt- und Wettbewerbssituation verbessert, hängt angesichts seiner – abstrakt besehen – wettbewerbsbeschränkenden und -fördernden Potentiale von den wirtschaftlichen Umständen des Marktes ab (etwa dem Grad der Anbieterkonzentration),¹⁰⁶ auf dem es eingesetzt wird, aber auch von den Eigenschaften des Systems, namentlich von der Art der Aufbereitung der Informationen¹⁰⁷ und den „Zugangsvoraussetzungen und den Bedingungen der Teilnahme am [Informations-] Austausch“.¹⁰⁸

Letzteres ist für unser Erkenntnisinteresse wesentlich: Damit das Register sein günstiges Potential für den Wettbewerb auf dem Kreditmarkt entfalten kann, muss allen Anbietern – aktuellen wie potentiellen – diskriminierungsfreier Zugriff auf das Register ermöglicht werden:

„Drittens ist wichtig, dass diese Register allen im maßgeblichen Bereich tätigen Wirtschaftsteilnehmern rechtlich wie tatsächlich diskriminierungsfrei zugänglich sind. Soweit das nämlich nicht gewährleistet ist, werden Wirtschaftsteilnehmer, die über weniger Informationen zur Einschätzung des übernommenen Risikos verfügen, benachteiligt, was auch den Markteintritt neuer Wirtschaftsteilnehmer nicht erleichtert.“¹⁰⁹

Mittelbar postuliert der EuGH damit auf Grundlage von Art. 101 Abs. 1 AEUV ein Zugriffsrecht auf ein von etablierten Banken kreierte Kreditauskunftsregister und erleichtert damit Marktneulingen den Zutritt zum Kreditmarkt.

¹⁰³ EuGH 23.11.2006, Rs. C-238/05, Asnef-Equifax, ECLI:EU:C:2006:734, Rn. 47, 55.

¹⁰⁴ EuGH 23.11.2006, Rs. C-238/05, Asnef-Equifax, ECLI:EU:C:2006:734, Rn. 56.

¹⁰⁵ EuGH ebd.

¹⁰⁶ EuGH 23.11.2006, Rs. C-238/05, Asnef-Equifax, ECLI:EU:C:2006:734, Rn. 58.

¹⁰⁷ EuGH 23.11.2006, Rs. C-238/05, Asnef-Equifax, ECLI:EU:C:2006:734, Rn. 59.

¹⁰⁸ EuGH 23.11.2006, Rs. C-238/05, Asnef-Equifax, ECLI:EU:C:2006:734, Rn. 54.

¹⁰⁹ EuGH 23.11.2006, Rs. C-238/05, Asnef-Equifax, ECLI:EU:C:2006:734, Rn. 60.

2. Schutz offener Märkte mittels Verbots des Missbrauchs von Marktmacht

Nutzen Unternehmen ihre marktbeherrschende Stellung aus, um Konkurrenten von einem Markt zu verdrängen oder am Marktzutritt zu hindern, dann kann dies als Missbrauch gemäß Art. 102 AEUV und § 19 GWB verboten sein (illustriert sogleich unter a). Darüber hinaus kann auch die bloße Verweigerung des Zugangs zu Informationen, Rechten oder Infrastruktureinrichtungen als missbräuchlich gewertet werden. In diesen Konstellationen kreierte die Missbrauchskontrolle Zugangsrechte zugunsten von Unternehmen, um ihnen den Zutritt zu einem Markt zu erleichtern (unter b).

Grundsätzlich gilt die Missbrauchskontrolle gemäß Art. 102 AEUV und § 19 GWB nur für marktbeherrschende Unternehmen.¹¹⁰ Über die Fälle der Einzelmarktbeherrschung hinaus gilt sie zudem für Unternehmen, die gemeinsam mit anderen Unternehmen einen Markt beherrschen. Das setzt voraus, dass diese Unternehmen wirtschaftlich so verbunden sind, dass es ihnen möglich ist, „gemeinsam unabhängig von ihren Konkurrenten, ihren Abnehmern und den Verbrauchern zu handeln.“¹¹¹ Hiervon ist insbesondere auszugehen, wenn sich eine stillschweigende Koordinierung (*tacit collusion*) unter den Unternehmen nachweisen lässt.¹¹² Im Einzelfall kann es hierfür genügen, Marktstrukturmerkmale aufzuzeigen, aus denen auf die wesentlichen Kriterien für eine oligopolistische Reaktionsverbundenheit (Markttransparenz, Koordinierungsdisziplin, kollektive wettbewerbliche Unabhängigkeit)¹¹³ geschlossen werden kann.¹¹⁴

Der Schutz vor einseitigem wettbewerbsschädigendem Verhalten kann durch nationales Kartellrecht vertieft und in seiner Anwendung ausgedehnt werden. So gilt – wie wir am Beispiel der Zahlungsauslösedienste-Entscheidung des Bundeskartellamts gesehen haben (sub. III. 1. b) – der Tatbestand des Behinderungsmissbrauchs gemäß § 19 Abs. 3 GWB auch für Unternehmensvereinigungen, soweit diese das Verhalten ihrer Mitglieder in grundsätzlich kartellrechtskonformer Weise koordinieren. Zudem gilt das Verbot des Behinderungsmissbrauchs gemäß § 20 GWB auch für Unternehmen mit (nur) relativer Marktmacht gegenüber kleineren und mittleren Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager (Abs. 1) und für Unternehmen mit gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern überlegener Marktmacht (Abs. 3).

Um die besonderen Verhaltensanforderungen durch das Missbrauchsverbot zu erklären und als Ausgangspunkt für deren Anwendung verweist die Rechtsprechung darauf, dem Marktbeherrscher komme eine „besondere Verantwortung“ für den – angesichts der Anwesenheit des Marktbeherrschers bereits geschwächten – („Rest“-)Wettbewerb zu.¹¹⁵ Deshalb dürfe sich dieser keiner

¹¹⁰ Siehe etwa § 18 GWB. Die dort aufgezählten Kriterien gelten der Sache nach auch bei Art. 102 AEUV.

¹¹¹ EuGH 16.3.2000, verb. Rs. C-395/96 P und C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge Transports* u.a. / Kommission, ECLI:EU:C:2000:132, Rn. 42; siehe § 18 Abs. 5 GWB.

¹¹² EuG 25.3.1999, Rs. T-102/96, *Gencor / Kommission*, ECLI:EU:T:1999:65, Rn. 276.

¹¹³ Zu den Voraussetzungen für die Feststellung oligopolistischer Reaktionsverbundenheit siehe – im Kontext der Fusionskontrolle – EuGH 10.7.2008, Rs. C-413/06 P, *Bertelsmann und Sony*, ECLI:EU:C:2008:392, Rn. 119–126.

¹¹⁴ Darüber hinaus begründet § 18 Abs. 6 GWB für das deutsche Kartellrecht eine Vermutung kollektiver Marktbeherrschung, wenn wenige Unternehmen zusammengenommen bestimmte Marktanteilsschwellen überschreiten.

¹¹⁵ EuGH 9.11.1983, Rs. C-322/81, *Michelin / Kommission*, ECLI:EU:C:1983:313, Rn. 57.

Mittel bedienen, „welche von den Mitteln des normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs [...] abweichen.“¹¹⁶ Wann eine solche nicht hinnehmbare Abweichung vom Ideal eines Leistungswettbewerbs vorliegt, bleibt der fallbezogenen Konkretisierung überlassen.

a) Verbot aktiver Marktverdrängung und Errichtung von Marktzutrittschürden

Der Fall „Soda-Club“ soll hier als Illustration für eine Konstellation dienen, in der das Bundeskartellamt¹¹⁷ eine Verletzung von Art. 102 AEUV und § 19 GWB annahm, weil ein Marktherrscher die Konditionen für die Endverbraucher in einer Weise ausgestaltete, die geeignet war, Mitbewerber aus dem Markt zu verdrängen und vom Marktzutritt abzuhalten.

Das Unternehmen Soda-Club vertrieb sog. Besprudelungsgeräte, die es den Kunden ermöglichen, Leitungswasser mit Kohlensäure zu versetzen. Die Geräte wurden zunächst als Set aus einer Haltevorrichtung, in der die Besprudelungstechnik integriert ist, einem gefüllten CO₂-Zylinder und einer PET-Flasche verkauft. Sodann änderte Soda-Club seine Vertriebsstrategie: Das Set wurde zwar weiterhin komplett angeboten, doch konnten die Zylinder zumindest zweier Größenklassen von den Kunden standardmäßig nur gemietet werden, wobei die Miete beim Kauf der zwei anderen Komponenten im Voraus zu entrichten war. Die Mietverträge verboten das Wiederbefüllen durch andere Unternehmen. Verstöße hiergegen verfolgte Soda-Club als Eigentumsverletzung gegen konkurrierende Abfüllunternehmen. Soda-Club unterhielt ein bundesweites Vertriebshändlernetz mit Annahmestellen. Dort konnten Kunden ihre leeren Zylinder gegen gefüllte Zylinder eintauschen. Zurücklaufende Fremdzylinder tauschten die Vertriebshändler gegen gefüllte Soda-Club-Mietzylinder.

Das Bundeskartellamt erblickte hierin eine kartellrechtswidrige Behinderung der Mitbewerber. Hierfür ging die Wettbewerbsbehörde davon aus, dass ein Marktherrschungsmissbrauch vorliege, „wenn bestimmte Verhaltensweisen eines Marktherrschers dazu führen, dass *zusätzliche Hindernisse* für ein erfolgreiches Behaupten der anderen Unternehmen auf diesem Markt *errichtet werden*.“¹¹⁸ Genau dies sei hier der Fall: Soda-Club habe sein „Mietsystem“ gezielt so ausgestaltet, um konkurrierenden Abfüllunternehmen das Geschäft zu entziehen. Soda-Clubs „Mietzylinder“ dürften von den Endverbrauchern nicht bei nicht gebundenen Händlern und konkurrierenden Abfüllunternehmen befüllt werden. Zugleich liefen bei anderen Abfüllunternehmen die Soda-Club-„Mietzylinder“ auf, die nicht befüllt werden durften, während – umgekehrt – Soda-Club die Kaufzylinder der Wettbewerber wiederbefüllen konnte. Da Soda-Club den Endverbrauchern „Mietzylinder“ von Soda-Club aushändigte, mussten konkurrierende Abfüller fortlaufend in Zylinder investieren, um die Endverbraucher, die gelegentlich bei Soda-Club befüllen lassen, zurückzugewinnen. Dies führe dazu, dass zulasten der Mitbewerber immer mehr Soda-Club-Zylinder in Umlauf gerieten und die anderen Befüller aus dem Markt gedrängt würden.¹¹⁹

¹¹⁶ EuGH 13.2.1979, Rs. C-85/76, Hoffmann-La Roche / Kommission, ECLI:EU:C:1979:36, Rn. 91.

¹¹⁷ BKartA, Beschl. v. 9.2.2006, B 3 – 39/03 – Soda Club.

¹¹⁸ BKartA, Beschl. v. 9.2.2006, B 3 – 39/03, Rn. 73 (Hervorhebungen hinzugefügt) – Soda Club.

¹¹⁹ BKartA, Beschl. v. 9.2.2006, B 3 – 39/03, Rn. 74–77 – Soda Club.

Die Ausgestaltung des „Mietsystems“ beeinträchtigt damit den Wettbewerb auf dem Markt für das Befüllen von CO₂-Zylindern für Besprudelungsgeräte. Die Einschränkung der Wechselmöglichkeit der Endverbraucher sei geeignet, konkurrierende Abfüller vom Markt zu verdrängen bzw. am Marktzutritt zu hindern. Denn diesen sei es selbst bei „besserer Leistung“ nicht möglich, sich „Zugang zum größten Teil des Marktes zu verschaffen.“¹²⁰

Das OLG Düsseldorf¹²¹ und der Bundesgerichtshof¹²² bestätigten die Entscheidung des Bundeskartellamts. Vor dem Bundesgerichtshof stand letztlich nicht in Frage, dass die Ausgestaltung des Angebots und des Vertriebs durch Soda-Club dazu geeignet war, Wettbewerber aus dem Markt für Befülldienstleistungen zu verdrängen. Dem BGH oblag es indes, klarzustellen, dass Soda-Club nicht mit Erfolg die zivilrechtliche Ausgestaltung seines Vertriebssystems und insbesondere die Eigentumsgarantie gegen das Missbrauchsverbot in Stellung bringen konnte. Der BGH betonte, dass das Eigentumsrecht nicht kartellrechtlich unantastbar ist. Vielmehr könne das Kartellrecht in legitimer Weise die Freiheit der Ausgestaltung der eigenen Geschäftsverhältnisse beschränken und in diesem Sinne auch die Ausübung der Eigentumsfreiheit – so sie denn im Sinne von Art. 102 AEUV und § 19 GWB missbräuchlich erfolgt – einschränken. Missbräuchlich sei es aber, wenn Soda-Club sein Eigentum an den Zylindern einsetze, um damit ein Vertriebssystem zu implementieren, durch das der Befüllungsmarkt mit Zylindern von Soda-Club „verstopft“ werde und damit Mitbewerber systematisch vom Markt verdrängt oder ferngehalten würden.¹²³

Der Fall „Soda-Club“ illustriert augenfällig, dass es eine kartellrechtswidrige Behinderung bildet, wenn Marktbeherrscher die Konditionen für ihr Produkt (hier: „Mietsystem“, „Fremdbefüllungsverbot“) so ausgestalten, dass sie Mitbewerber von einem Markt verdrängen oder fernhalten können. Das wettbewerbsfeindliche Potential des maßgeblichen Verhaltens drängte sich auf; die maßgebliche Weichenstellung lag in der Feststellung der Adressatenstellung von Soda-Club, die wiederum vor allem von einer engen Marktabgrenzung abhing. Der BGH¹²⁴ bestätigte insoweit die Einschätzung des Bundeskartellamts,¹²⁵ wonach die vorgelagerte Systementscheidung der Endverbraucher für ein Besprudelungsgerät die Marktabgrenzung bestimmte. Das Angebot von trinkfertigen kohlenensäurehaltigen Mineralwässern fiel damit nicht in den relevanten Produktmarkt. Dieser umfasste lediglich die Befüllung von CO₂-Zylindern zum Einsatz in Besprudelungsgeräten. Hierfür kam Soda-Club eine beherrschende Position zu.

Das Missbrauchsverbot nach Art. 102 AEUV und § 19 GWB kann grundsätzlich auch für Verhalten auf anderen Märkten als dem beherrschten Markt anwendbar sein. Im „Soda-Club“-Fall wurde nicht problematisiert, dass die Implementierung des „Mietsystems“ (und damit ein wesentlicher Aspekt des als missbräuchlich qualifizierten Verhaltens) sich als Verhalten auf dem – vom Bundeskartellamt¹²⁶ so definierten – Markt für den Vertrieb von Besprudelungsgeräten darstellte, während die marktbeherrschende Stellung von Soda-Club und die wettbewerbschädlichen Auswirkungen auf dem Markt für die Befüllungsdienstleistung festgestellt wurden.

¹²⁰ BKartA, Beschl. v. 9.2.2006, B 3 – 39/03, Rn. 78 f. – Soda Club.

¹²¹ OLG Düsseldorf 14.3.2007, VI-Kart 5/06 (V), WuW/E DE-R 1935 – Soda Club.

¹²² BGH 4.3.2008, KVR 21/07, BGHZ 176, 1–23 – Soda Club II.

¹²³ BGH 4.3.2008, KVR 21/07, BGHZ 176, 1 = Juris, Rn. 39–41 – Soda Club II.

¹²⁴ BGH 4.3.2008, KVR 21/07, BGHZ 176, 1 = Juris, Rn. 12–33 – Soda Club II.

¹²⁵ BKartA, Beschl. v. 9.2.2006, B 3 – 39/03, Rn. 21–34, 67–71 und 105–109 – Soda Club.

¹²⁶ BKartA, Beschl. v. 9.2.2006, B 3 – 39/03, Rn. 20 – Soda Club.

Allerdings schränkt der EuGH die Anwendbarkeit des Missbrauchsverbots für Fälle sog. *Marktdivergenz* ein:¹²⁷ Wirkt sich ein Verhalten des Marktbeherrschers auf einem nicht beherrschten Markt (nur) auf diesem aus, dann müssen „besondere Umstände“ vorliegen, die einen Zusammenhang zwischen der beherrschenden Stellung und dem angeblich missbräuchlichen Verhalten erkennen lassen. Zu zeigen ist, dass die jeweiligen Märkte „strukturell“ so verbunden sind, dass „marktübergreifende Strategien“ und insbesondere ein Marktmachttransfer möglich erscheinen.¹²⁸ Bejaht hat dies der Gerichtshof etwa in „TetraPak“ mit Blick auf verschiedene Märkte für Verpackungsmaterial: Die Quasi-Monopolstellung von TetraPak auf dem Markt für aseptische Verpackungsmaterialien rechtfertigt die Anwendung des Missbrauchsverbots auch auf das Verhalten von TetraPak auf den nicht-aseptischen Märkten. Denn TetraPak sei auch bereits Marktführer auf diesen Märkten gewesen. Zudem seien die belieferten Kundengruppen im Wesentlichen identisch. Diese enge Verbundenheit zwischen den Märkten führe dazu, dass das Verhalten von TetraPak auch auf dem nicht beherrschten Markt nicht hinreichend durch Wettbewerb – d.h. durch Reaktionen der Marktgegenseite oder Mitbewerber – kontrolliert werde.¹²⁹

b) Zuweisung von Zugangsrechten, um Marktzutritte zu ermöglichen

Wenn auch den marktbeherrschenden Unternehmen der gängigen Rhetorik gemäß eine „besondere Verantwortung“ für den „geschwächten Wettbewerb“ zukommt, so folgt hieraus allerdings grundsätzlich keine Pflicht, fremden Wettbewerb aktiv zu fördern. Insoweit bleibt es der freien unternehmerischen Entscheidung des Marktbeherrschers überlassen, ob und zu welchen Konditionen er der Konkurrenz für deren wirtschaftliche Tätigkeit Produkte, Informationen, Rechte oder sonstige Mittel und Leistungen überlassen mag. Denn anderenfalls drohte eine – für das gute Funktionieren von Markt und Wettbewerb kontraproduktive – Verzerrung von Investitionen in eigene Ressourcen und ein Verlust von Innovationsanreizen.¹³⁰ Hinzu kommt, dass das Kartellrecht nicht gut dafür geeignet ist, die Folgefragen einer solchen Intervention (etwa nach technischen Details oder den angemessenen Konditionen einer kartellrechtlich erzwungenen Geschäftsbeziehung) zu regeln.¹³¹

Unter außergewöhnlichen Umständen verpflichtet das Missbrauchsverbot marktbeherrschende Unternehmen allerdings doch, mit einem Unternehmen eine Geschäftsbeziehung einzugehen. Hierunter fallen etwa Konstellationen, in denen Marktbeherrscher den Zugang zu von ihnen kontrollierten „wesentlichen Einrichtungen“ verweigern (*essential facilities*-Doktrin). Der Blick auf drei Leitentscheidungen der europäischen Kartellrechtspraxis – „Magill“, „Bronner“ und „Microsoft“ – verdeutlicht, dass diese Missbrauchs doktrin an der Grenze zur Regulierung nur unter strengen Voraussetzungen eingreift.

(1) In der Rechtssache „Magill“ stritten die Beteiligten um den Zugriff auf Informationen über das Fernsehprogramm: Die meisten Haushalte in Irland und 30 bis 40 Prozent der Haushalte in Nordirland konnten die Fernsehsendungen von RTE, ITV und BBC empfangen. Seinerzeit gab es in Irland und in Nordirland keinen umfassenden wöchentlichen Fernsehprogrammführer. Jede

¹²⁷ EuGH 14.11.1996, Rs. C-333/94 P, Tetra Pak / Kommission, ECLI:EU:C:1996:436, Rn. 27; EuGH 17.2.2011, Rs. C-52/09, Teliasonera Sverige, ECLI:EU:C:2011:83, Rn. 86.

¹²⁸ *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 19 Rn. 36.

¹²⁹ EuGH 14.11.1996, Rs. C-333/94 P, Tetra Pak / Kommission, ECLI:EU:C:1996:436, Rn. 28–31.

¹³⁰ Siehe Europäische Kommission 22.6.2011, COMP/39.525, Telekomunikacja Polska, Rn. 700.

¹³¹ *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 19 Rn. 53.

Fernsehanstalt veröffentlichte eine eigene Programmzeitschrift und widersetzte sich einem Abdruck durch Dritte unter Berufung auf den urheberrechtlichen Schutz ihrer wöchentlichen Programmübersichten. Die Magill TV Guide Ltd beabsichtigte trotzdem, einen umfassenden wöchentlichen Fernsehprogrammführer herauszugeben, wurde daran aber von RTE und BBC gehindert, die einstweilige Anordnungen erwirkten. Die Kommission hielt es für missbräuchlich, dass Magill der Zugriff auf die Programminformationen vorenthalten wurde¹³²; die Unionsgerichte bestätigten diese Sicht.¹³³

Der EuGH sah die Fernsehsender als Adressaten des Art. 102 AEUV, weil sie „ein faktisches Monopol an den Informationen [haben], die zur Zusammenstellung der Übersichten der Fernsehprogramme dienen“, nämlich Tag, Uhrzeit, Titel der Sendungen.¹³⁴ Indem die Sender Magill diese Informationen vorenthielten, verhinderten sie, dass den Verbrauchern ein „neues Erzeugnis“ angeboten werden konnte, für das offensichtlich Bedarf bestand. Dies stellt nach Auffassung des Gerichtshofs eine Verletzung von (jetzt) Art. 102 Abs. 2 lit. b AEUV dar.¹³⁵ Weder die Ausstrahlung von Fernsehsendungen noch die Herausgabe von Fernsehzeitschriften konnten diese Weigerung rechtfertigen.¹³⁶ Schließlich spreche für einen Missbrauch, dass sich die Fernsehsender mit ihrem Verhalten „einen abgeleiteten Markt, den der wöchentlichen Fernsehprogrammführer, vor[behielten], indem sie *jeden Wettbewerb* auf diesem Markt ausschlossen, da sie den Zugang zu den Grundinformationen [...] verweigerten.“¹³⁷

(2) In der nachfolgenden Rechtssache „Bronner“ forderte der Verleger Oscar Bronner für die von ihm publizierte Tageszeitung „Der Standard“ gegen angemessenes Entgelt Zugang zum Hauszustellungssystem der Mediaprint-Gruppe („Neue Kronen Zeitung“; „Kurier“). Mediaprint verfügte über das einzige landesweite Hauszustellungssystem in Österreich. Der Gerichtshof hielt die Geschäftsverweigerung durch Mediaprint nicht für missbräuchlich. Er ging dabei von drei von ihm formulierten Voraussetzungen für ein Zugangsrecht aus: Erstens müsse die Verweigerung des Zugangs geeignet sein, *jeglichen Wettbewerb* durch das beherrschende Unternehmen auf dem abgeleiteten Markt auszuschalten. Zweitens dürfe kein tatsächlicher oder potentieller Ersatz für die Einrichtung bestehen; dem Unternehmen müsse es also unmöglich sein, die fragliche Einrichtung zu substituieren oder zu duplizieren. Drittens dürfe die Verweigerung

¹³² Europäische Kommission 21.12.1988, COMP IV/31.851, Magill TV Guide / ITP, BBC und RTE, ABl. 1989 L 78/43.

¹³³ EuG 10.7.1991, Rs. T-70/89, BBC / Kommission ECLI:EU:T:1991:40; EuGH 4.6.1995, verb. Rs. C-241/91 P und C-242/91 P, RTE und ITP / Kommission, ECLI:EU:C:1995:98.

¹³⁴ EuGH 4.6.1995, verb. Rs. C-241/91 P und C-242/91 P, RTE und ITP / Kommission, ECLI:EU:C:1995:98, Rn. 47.

¹³⁵ EuGH 4.6.1995, verb. Rs. C-241/91 P und C-242/91 P, RTE und ITP / Kommission, ECLI:EU:C:1995:98, Rn. 54.

¹³⁶ EuGH 4.6.1995, verb. Rs. C-241/91 P und C-242/91 P, RTE und ITP / Kommission, ECLI:EU:C:1995:98, Rn. 55.

¹³⁷ EuGH 4.6.1995, verb. Rs. C-241/91 P und C-242/91 P, RTE und ITP / Kommission, ECLI:EU:C:1995:98, Rn. 56.

nicht objektiv gerechtfertigt sein.¹³⁸ Diskutabel sind hier etwa Kapazitätsgrenzen oder eine mangelnde technische Realisierbarkeit des Zugangs zur Einrichtung.

Zwei dieser Voraussetzungen hielt der Gerichtshof für nicht gegeben: Zum einen stellte er fest, dass „für Tageszeitungen andere Vertriebswege, wie die Postzustellung oder Laden- oder Kioskverkauf“ bestünden.¹³⁹ Unterstellt wurde damit der Vertrieb von Tageszeitungen als abgeleiteter Markt. Für den Zugang hierzu ist tatsächlich ein Hauszustellungssystem nicht unabdingbar. Die Schärfe des Kriteriums beruht freilich auf der relativ weiten Abgrenzung des nachgelagerten Marktes. Würde man die Hauszustellung am Morgen als für eine kritische Masse an Lesern nicht hinreichend mit der Möglichkeit des Kaufs am Kiosk etc. substituierbar ansehen und damit den Produktmarkt enger fassen, wäre die Voraussetzung erfüllt. Zum anderen argumentierte der Gerichtshof, es seien

„keine technischen, rechtlichen oder auch nur wirtschaftlichen Hindernisse ersichtlich, die geeignet wären, jedem anderen Verleger von Tageszeitungen – allein oder in Zusammenarbeit mit anderen Verlegern – die Errichtung eines eigenen landesweiten Hauszustellungssystems und dessen Nutzung für den Vertrieb der eigenen Tageszeitungen unmöglich zu machen oder zumindest unzumutbar zu erschweren.“¹⁴⁰

Zu bemerken ist, dass der Gerichtshof die Duplizierbarkeit ausgehend von einem engen Verständnis eines „wirtschaftlichen Hindernisses“ bejahte. Von einem solchen dürfe nur dann ausgegangen werden, wenn bei unterstellt gleicher Auflagenhöhe (im Vergleich zu Mediaprint) ein zweites Hauszustellungssystem nicht rentabel zu betreiben wäre.¹⁴¹

(3) Als missbräuchlich wertete schließlich das EuG¹⁴² die Weigerung Microsofts, konkurrierenden Anbietern auf dem Markt für Betriebssysteme für Arbeitsgruppenserver Schnittstelleninformationen zur Verfügung zu stellen. Diese Informationen waren erforderlich, um eine einwandfreie Kompatibilität mit Microsofts Windows-Produkten herzustellen. Der abgeleitete Markt für Arbeitsgruppenserver-Betriebssysteme war tatsächlich erst durch andere Unternehmen entwickelt worden, denen Microsoft die nicht öffentlich verfügbaren Schnittstelleninformationen zunächst zur Verfügung gestellt hatte. Sodann dehnte Microsoft seine geschäftlichen Aktivitäten allerdings auf diesem Markt aus und strebte an, die konkurrierenden Anbieter zu verdrängen. Mit der Weigerung, die für die Interoperabilität notwendigen Informationen zur Verfügung zu stellen, wollte Microsoft offenbar seine Macht vom monopolartig beherrschten Markt für Betriebssysteme für Client-PCs auf den Markt für Betriebssysteme für Arbeitsgruppenserver transferieren (*leveraging*). Microsoft legitimierte das Vorenthalten der Informationen vor allem damit, dass diese (jedenfalls teils) urheber- und patentrechtlich geschützt seien.

Das EuG bestätigte die Auffassung der Kommission,¹⁴³ wonach Microsoft mit der Weigerung, die Schnittstelleninformationen verfügbar zu machen, Art. 102 AEUV verletzte. Das Gerichte

¹³⁸ EuGH 26.11.1998, Rs. C-7/97, Bronner, ECLI:EU:C:1998:569, Rn. 41.

¹³⁹ EuGH 26.11.1998, Rs. C-7/97, Bronner, ECLI:EU:C:1998:569, Rn. 43.

¹⁴⁰ EuGH 26.11.1998, Rs. C-7/97, Bronner, ECLI:EU:C:1998:569, Rn. 44.

¹⁴¹ EuGH 26.11.1998, Rs. C-7/97, Bronner, ECLI:EU:C:1998:569, Rn. 46.

¹⁴² EuG 17.9.2007, Rs. T-201/04, Microsoft / Kommission, ECLI:EU:T:2007:289.

¹⁴³ Europäische Kommission 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, Microsoft.

gründete seine Auffassung im Wesentlichen auf die vom EuGH in „Magill“ entwickelten Kriterien.¹⁴⁴ Insbesondere bestätigte das Gericht, dass die begehrten Schnittstelleninformationen unerlässlich seien, um Betriebssysteme für Arbeitsgruppenserver anbieten zu können. Dies ergebe sich insbesondere daraus, dass sich die Windows-Domänenarchitektur als „de-facto-Standard“ für den Einsatz von Computern im Arbeitsgruppenbereich etabliert habe.¹⁴⁵ Das EuG stellte klar, dass ein Zugang zu immaterialgüterrechtlich geschützten Rechten nicht zwingend voraussetze, dass mit der Lizenz ein neues Produkt kreiert werde.¹⁴⁶ Denn Art. 102 Abs. 2 lit. b AEUV erfasse jede Einschränkung der technischen Entwicklung und könne deshalb ein kartellrechtliches Eingreifen rechtfertigen, weil dem Verbraucher auf einem abgeleiteten Markt keine Wahlmöglichkeiten offen stünden und weniger Innovationen hinsichtlich eines etablierten Produkts zu erwarten seien.¹⁴⁷

V. Synthese: Schutz des Robo Advice gegen Marktbarrieren durch Banken

1. Kartellrechtliches Instrumentarium

a) Wettbewerbswidrige Koordinierungen

Ein pauschales Verbot der Weitergabe der Authentifizierungsinstrumente für Depotzugänge in AGB (sub. II. 5.) ist wettbewerbsbeschränkend und damit kartellrechtswidrig nach Art. 101 AEUV und § 1 GWB, soweit es als koordinierte Errichtung von Marktzutrittsschranken zu qualifizieren ist (sub. III. 1. a). Die Fallstudie zu den Zahlungsauslösediensten zeigt, dass ein solches Koordinierungsverhalten etwa dann anzunehmen ist, wenn die Spitzenverbände der Banken – für sich oder über ihre gemeinsame Interessenvertretung – das Marktverhalten ihrer Mitglieder koordinieren, um Wettbewerber zu verdrängen (sub. IV. 1. a). Würden also die Depot-AGB auf einem Beschluss oder auf einer Empfehlung einer Unternehmensvereinigung, eines Spitzenverbandes oder einer anderen marktweit koordinierenden Vereinigung mit dem Ziel beruhen, externe Robo Advisor aus dem Markt zu drängen, dann wäre ein kartellrechtlicher Verstoß in gleicher Weise wie im Fall der Zahlungsauslösedienste indiziert.

Indes ist ein solches koordiniertes Ausbuchstabieren der Depot-AGB gegenwärtig nicht ersichtlich. Das wettbewerbsbehindernde Potential der beispielhaft von uns eingangs aufgeführten Depot-AGB erscheint vielmehr als ein „Zufallsprodukt“. Denn in der Branche – sowohl auf Bankenseite als auch seitens der externen Robo Advisor – besteht offenbar bislang kaum das Be-

¹⁴⁴ EuG 17.9.2007, Rs. T-201/04, Microsoft / Kommission, ECLI:EU:T:2007:289, Rn. 331–334.

¹⁴⁵ EuG 17.9.2007, Rs. T-201/04, Microsoft / Kommission, ECLI:EU:T:2007:289, Rn. 389–392.

¹⁴⁶ EuG 17.9.2007, Rs. T-201/04, Microsoft / Kommission, ECLI:EU:T:2007:289, Rn. 647.

¹⁴⁷ EuG 17.9.2007, Rs. T-201/04, Microsoft / Kommission, ECLI:EU:T:2007:289, Rn. 652 f.

wusstsein dafür, dass existierende Bankenschnittstellen nicht nur für externe Zahlungs- und Kontoinformationsdienste, sondern auch für externe¹⁴⁸ (digitale) Anlageberater und Finanzportfolioverwalter genutzt werden könnten. Auf den ersten Blick mag das überraschen, da den Banken durchaus bekannt ist, dass die bestehenden, multifunktionalen FinTS-Schnittstellen für unterschiedliche Geschäftsvorfälle – auch mit Zugriff von außen – einsetzbar sind. Auch die heterogene Ausgestaltung der Depot-AGB deutet an, dass es an einem branchenweiten Bewusstsein dafür fehlt, dass Kunden ein Interesse daran haben könnten, externen Dienstleistern den Zugriff auf Depotinformationen zu erlauben. Das spricht zugleich gegen eine koordinierte Ausgestaltung dieser Bedingungen. Bislang behandeln die Banken ihre Depot-AGB – was den Zugriff von außen anbetrifft – offensichtlich regelmäßig als bloßen „Annex“ zu den Online Banking-Bedingungen. Das erklärt sich aus den geringeren Missbrauchsgefahren im Depotgeschäft im Vergleich zum elektronischen Zahlungsverkehr. Wer missbräuchlich auf ein Zahlungskonto zugreift, kann zu seinen Gunsten eine Zahlung umleiten. Dies ist im Depotgeschäft typischerweise nicht der Fall. Aus Bankensicht gab es deswegen bislang wenig Anlass, die Sicherheit der Authentifizierungsinstrumente im Depotgeschäft ausdrücklich in ähnlicher Weise zu koordinieren wie im Online Banking.

Die Praxis muss freilich die richtigen Lehren aus der Fallstudie zu den Zahlungsauslösediensten ziehen und der Versuchung widerstehen, Wettbewerb durch Robo Advisor zu erschweren, indem die Konditionen der Depot-AGB so koordiniert werden, dass ein externer Zugriff über FinTS-Schnittstellen ausgeschlossen wird. Zukünftige Beschlüsse über die Gestaltung der Depot-AGB müssen dies im Auge behalten, soweit sie auf Ebene der Branchenverbände getroffen werden. Soweit sich die Banken nicht abstimmen und so sie nicht Adressat des Missbrauchsverbots nach Art. 102 AEUV und §§ 19, 20 GWB sind, bleiben sie berechtigt, ihre Depot-AGB frei zu gestalten.

Wie gesehen (sub. IV. 1. a), greift das Verbot der koordinierten Errichtung von Marktzutrittschranken auch dann, wenn diese durch Abstimmungen auf einem anderen Markt geschaffen würden (Depotkonten) als dem, auf dem sich die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen entfalten sollen (Finanzdienstleistungen wie Anlageberatung). Zudem lehrt das Verfahren über die Zahlungsauslösedienste, dass sich die Wettbewerbsbehörden nicht mit allgemeinen Bedenken über die Sicherheit der Infrastruktur von ihrer Bewertung abbringen lassen. Den Banken steht deshalb kein nur eingeschränkt nachprüfbarer Beurteilungsspielraum zu. Die Wettbewerbsbehörden prüfen im Einzelfall und detailliert, ob beschränkende Regelungen zur Sicherheit des Zahlungsverkehrs erforderlich sind und gleichmäßig angewendet werden. Wer versucht, unter Verweis auf Sicherheitsbedenken eine Verteidigungslinie zugunsten einer Konditionenkoordination zu ziehen, sollte fundiert darlegen können, dass eine Abstimmung dem Grunde und ihrem Inhalt nach notwendig ist, um diesem Schutzzweck zu genügen.

Zugangsrechte lassen sich allenfalls mittelbar aus dem Kartellverbot herleiten. Der EuGH hat, wie gesehen (sub. IV. 1. b), zu Kreditregistern ausgeführt, dass deren koordinierte Errichtung

¹⁴⁸ Freilich gilt dies auch für die „hausinternen“ Anbieter, doch stellt sich insoweit nicht die Frage nach den hier interessierenden (potentiellen) Marktzutrittschranken.

vom Kartellverbot ausgenommen sein kann. Dies wiederum kann den Wettbewerb intensivieren, wenn die Informationen, die eine Bank aus ihrer sonstigen Geschäftsbeziehung über einen Kunden hat, allen Wettbewerbern zur Verfügung stehen. Infolgedessen wird die Mobilität der Kunden erhöht, weil diese sich darauf verlassen können, dass jede Bank über dieselben Informationen verfügt und demnach ein Anbieterwechsel nicht mit einer stärkeren Informationsasymmetrie zulasten der Bank belastet ist. Der Markteintritt neuer Wettbewerber ist dadurch erleichtert. Hier lässt sich eine Parallele zu Robo Advisor zeichnen: Da der Vorteil bankeninterner Robo Advisor im Vergleich zu externen Anbietern gerade im privilegierten Zugang zu Informationen über die Kunden besteht (sub. II. 3. a), könnte ein Zugang zu Konten und Depots den Informationsvorteil der jeweils bankeigenen Robo Advisor schwächen, damit den Wettbewerb ankurbeln und den Markt für Robo Advice unterstützen. Viel spricht deshalb aus kartellrechtlicher Sicht dafür, dass die Banken vereinbaren dürften, sich gegenseitig über die bestehenden FinTS-Schnittstellen Zugriff auf relevante Informationen für eine bessere Qualität der Anlageberatung und Vermögensverwaltung durch ihre eigenen Robo Advisor zu gewähren. „Ratschläge“ aus der Unternehmensberatung, bankseitig die Kooperation mit Dritten auszubauen, legen nahe, dass eine solche Zusammenarbeit auch für einen nachhaltigen wirtschaftlichen Erfolg sinnvoll ist.¹⁴⁹ Falls sich die Banken zu einem solchen Schritt entschließen und also (nach entsprechender Einwilligung ihrer Kunden) über ihre Schnittstellen branchenweit Kundeninformationen austauschten, um diese gezielt für Robo Advisor-Dienste einzusetzen, dann dürften sie anderen Marktteilnehmern – also externen Robo Advisor – den Zugang zu diesen Informationen nicht verwehren. Solange ein solcher Austausch zwischen den Banken indes (noch) nicht besteht, kann ein Zugangsrecht unabhängiger Robo Advisor nicht als Ausfluss einer verbotenen diskriminierenden Koordinierung geltend gemacht werden.

b) Missbrauch von Marktmacht

Ein Recht auf Zugang zu Informationen und zu Infrastrukturen wäre kartellrechtlich begründbar, wenn eine Verweigerung durch eine oder mehrere Banken als missbräuchlich zu werten wäre (sub. III. 1. b) sowie IV. 2.). Dabei wäre es ausreichend, ließe sich eine marktbeherrschende Stellung etwa auf dem Markt der Konten oder Depots feststellen, die durch entsprechende Konditionengestaltung auf dem benachbarten Markt der Robo Advice-Dienste wirken soll, um Wettbewerber aktiv zu verdrängen oder vom Marktzutritt abzuhalten. Ausreichend ist nämlich, dass der Konten- und Depotmarkt mit dem Markt der Robo Advisor auf eine Weise strukturell verbunden ist, die marktübergreifende Strategien ermöglicht (sub. IV. 2. a). Indes ist eine beherrschende Stellung einer Bank im Sinne von Art. 102 AEUV und § 19 i.V.m. § 18 GWB weder auf den Konto- oder Depotmärkten noch auf den Märkten der Robo Advice-Dienste (digitale Anlageberatung, Finanzportfolioverwaltung etc.) ersichtlich. Ein tauglicher Adressat des Missbrauchsverbots, der kartellrechtlich gezwungen sein könnte, Zugang zu den technischen Schnittstellen zu gewähren, ist damit (bisher) nicht erkennbar.

¹⁴⁹ *BearingPoint*, Robo-Advisory, 2018, S. 9, 15.

Auch für den Nachweis kollektiver Marktbeherrschung und also einer stillschweigenden Koordinierung der Konditionen für Konten und Depots (*tacit collusion*) unter den Banken ist die erforderliche Tatsachenbasis (sub. IV. 2.) jedenfalls gegenwärtig nicht ersichtlich. Die Zahl der Banken und Depotanbieter ist überschaubar, doch kann man insoweit wohl nicht von einem engen Oligopol oder einer hohen Marktkonzentration sprechen. Zudem verfolgen die Anbieter durchaus unterschiedliche Geschäftsstrategien. Deshalb sind zwar die Angebote einerseits vor allem aufgrund der zwingenden gesetzlichen Vorgaben relativ homogen, andererseits haben wir bereits festgestellt, dass etwa die Depot-AGB durchaus heterogen ausgestaltet sind. Zudem unterscheidet sich gerade die Preispolitik teils erheblich. Es spricht insbesondere auch nichts dafür, die Depotanbieter würden die Weitergabe von Authentifizierungsdaten an externe Robo Advisor in den AGB aufgrund einer stillschweigenden Koordinierung unterbinden. Wie erwähnt (sub. V. 1. a) war den meisten Banken bei der Abfassung der AGB die potentielle Bedeutung der Zugänge zu den Bankenschnittstellen für externe Robo Advisor gar nicht bewusst. Zudem regeln viele Depotbanken die Sicherheit des Zugangs zu den Depotkonten überhaupt nicht; wenn das Thema adressiert ist, dann häufig nur durch einen Verweis auf das Online Banking (sub. II. 5.). Erst wenn in das Bewusstsein der Branchenbeteiligten die Erkenntnis einsickern sollte, die Depot-AGB könnten in wettbewerbsbeschränkender Weise „eingesetzt“ werden, könnte eine stillschweigende Koordinierung insoweit überhaupt angedacht werden. Kollektive Marktbeherrschung erscheint deshalb kein vielversprechender Ansatz, um eine Adressateneigenschaft für das Missbrauchsverbot zu begründen.

Selbst wenn man unterstellte, die Banken wären – einzeln oder kollektiv – Adressaten des Missbrauchsverbots, dann ließe sich hieraus nach aktuellem Stand kein Anspruch auf eine Öffnung der Bankenschnittstellen für Robo Advisor begründen. Denn entsprechend der anspruchsvollen Voraussetzungen nach den Grundsätzen für eine Geschäftsverweigerung als Missbrauch und insbesondere der *essential facilities*-Doktrin müsste das Verhalten der Banken auf dem Markt für Depots etc. prinzipiell geeignet sein, jeden Wettbewerb bankenunabhängiger Robo Advisor auf den Märkten für Anlageberatung, Vermögensverwaltung und anderen Diensten vollständig auszuschalten (sub. IV. 2. b). Hiervon kann nach aktueller Marktsituation keine Rede sein. Zudem müsste es für die bankenunabhängigen Robo Advisor ohne Zugriff auf die Bankenschnittstellen ausgeschlossen sein, ihre Geschäftsfelder auszudehnen. Nicht ausreichend ist, dass ohne einen Zugang zu den Bankenschnittstellen die Chancen des Robo Advisor auf einem abgeleiteten Markt (z.B. Vermögensverwaltung) allgemein schlechter oder gehemmt sind (IV. 2. b). Vielmehr müssten die Robo Advisor aus rechtlichen, technischen oder wirtschaftlichen Gründen auch keinerlei Möglichkeit haben, das Angebot der (Depot-)Banken bzw. der vollintegrierten Banken zu substituieren oder zu duplizieren. Das dürfte aus mehreren Gründen nicht anzunehmen sein:

Die Robo Advisor sind tatsächlich als auch rechtlich prinzipiell in der Lage, eigene Konto- oder Depotdienste anzubieten oder jedenfalls mit Direktbanken zu kooperieren.¹⁵⁰ Allein der allgemeine Wille, einen *stand alone*-Dienst anbieten zu können, genügt nicht, um den Banken über die *essential facilities*-Doktrin aufzuerlegen, Wettbewerbern einen freien Zugang zu den Bankenschnittstellen einzuräumen. Dabei können auch wirtschaftliche Gründe nicht absolut durchschlagen. Obgleich die Lizenzkosten nach dem KWG erheblich steigen würden, wenn der Robo Advisor sich dazu entschliesse, ein erlaubnispflichtiges Depotgeschäft (§ 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 KWG) anzubieten, ist zu sehen, dass auch der Zugang zu mehr Informationen über Bankenschnittstellen letztlich wohl mit tendenziell vergleichbaren Folgen einherginge: Robo Advisor würden Lese- und ggf. Schreibrechte nur mit dem Ziel nutzen wollen, ganzheitlichere Finanzdienstleistungen zu erbringen (sub. II. 3. a). Damit wäre typischerweise eine strengere aufsichtsrechtliche Behandlung verbunden. Eine Befreiung von der Pflicht, eine kostenträchtige BaFin-Erlaubnis gemäß § 32 KWG einzuholen, mithin unter einer GewO-Erlaubnis zu agieren, wäre also in einem solchen Fall kaum denkbar.¹⁵¹ Robo Advisor müssten sich somit ohnehin auf erhöhte Kosten einstellen. Erhebliche Unterschiede blieben freilich immerhin bei den Eigenmitelanforderungen gemäß § 33 KWG.

Gegen die Begründung eines freien Zugriffsrechts auf Banken-Schnittstellen über die *essential facilities*-Doktrin spricht allerdings – dies ist einschränkend zu bemerken, wenn letztlich auch nicht ausschlaggebend – nur bedingt das Risiko von Fehlanreizen, das aufseiten der Banken damit verbunden wäre. Die Banken müssten wegen der bestehenden FinTS-Schnittstellen vergleichsweise wenig zusätzliches Kapital in ihre Infrastruktur investieren. Aus den Kreisen der Deutschen Kreditwirtschaft ist zwar wiederholt die Beschwerde geäußert worden, dass sie mit den vollen Kosten der Infrastruktur zugunsten der Kontoinformations- und Zahlungsauslösedienste belastet werden. Dort konnte die Belastung der Banken jedoch mit dem Hinweis gerechtfertigt werden, sie seien letztlich nur dazu angehalten worden, diejenigen Schnittstellen zugänglich zu halten, die bereits vor dem Tätigwerden der Drittdienste extern ansteuerbar waren. Schließlich wurden die Banken zunächst nur verpflichtet, die kartellrechtswidrigen AGB nicht mehr zu verwenden, hingegen nicht, neue Schnittstellen zu schaffen. Im Fall der Robo Advisor liegen die Dinge etwas anders, weil zwar auch Schnittstellen bestehen, diese jedoch bisher für andere Geschäftsvorfälle bestimmt sind. Die Banken wären also verpflichtet, einen *modus operandi* für einen bisher unbekanntem Geschäftsvorfall zu entwickeln. Zudem müsste, wenn man denn die Kriterien der *essential facilities*-Doktrin im Übrigen für erfüllt hielte, ein Zugriffsrecht nur gegen ein im Lichte der Kosten angemessenes Entgelt gewährt werden. Unsicher scheint, ob den bankenunabhängigen Robo Advisor mit einem Zugriffsrecht gegen evtl. teils erhebliche Entgelte wirklich gedient wäre.

¹⁵⁰ So geschehen etwa zwischen der Bank N26 und dem Robo Advisor Vaamo; die Kooperation wurde Anfang 2019 wieder aufgekündigt.

¹⁵¹ Zu den Details, vor allem zur Bereichsausnahme des § 2 Abs. 6 S. 1 Nr. 8 KWG, auf die sich aktuell Robo Advisor noch häufig stützen können, siehe Linardatos/*ders.*, Rechtshandbuch Robo Advice, 2020, § 4 Rn. 8 (im Erscheinen).

2. Zugriffsrechte als Desiderat der Finanzmarktregulierung?

Jenseits der Frage, inwieweit Robo Advisor vom Instrumentarium des Kartellrechts geschützt sind (sub. V. 1.), bleibt zu diskutieren, ob ein anerkanntes rechtspolitisches Interesse besteht, Zugriffsrechte für bankenunabhängige Dienstleister zu schaffen. Sowohl von der Warte der Finanzmarktregulierung als auch aus wettbewerbsspolitischer Sicht lassen sich Argumente für eine Förderung bankenunabhängiger Robo Advisor finden:

Auf Ebene der Finanzmarktregulierung und vor allem des Wertpapierrechts spricht hierfür zunächst, dass im bankenunabhängigen Robo Advice Potential für eine verlässliche und umfassende Erfüllung der Wohlverhaltenspflichten gemäß §§ 63 ff. WpHG liegt. Einer der gegen Robo Advisor vorgebrachten Kritikpunkte weist hiergegen auf deren beschränkte Möglichkeiten hin, die Angaben des Kunden hinsichtlich Plausibilität, Vollständigkeit und Wahrheitsgehalt zu überprüfen.¹⁵² Während die algorithmische Auswertung von Produkt- und Kundendaten dem Robo Advisor ein gutes Verständnis des Marktumfeldes ermöglicht, verschlechtert sich das *individuelle* Verständnis durch die digitale Kommunikation. Solchen Nachteilen kann jedoch entgegengewirkt werden, indem Qualität und Quantität der dem Robo Advisor verfügbaren Daten erhöht werden.

Bankenunabhängige Robo Advisor zu stärken, hätte darüber hinaus das Potential, vertriebsbezogene Interessenkonflikte¹⁵³ abzubauen. Solche Interessenkonflikte können vor allem auftreten, wenn die vermögensverwaltende Gesellschaft, die den Robo Advisor einsetzt, zugleich selbst Anlageprodukte vertreibt oder mit Unternehmen verbunden ist, die entsprechende Produkte vertreiben. Die unabhängigen Robo Advisor haben es prinzipiell schwieriger, im Markt zu bestehen, weil sie nicht auf existierende In-House-Informationen einer Bank oder eines verbundenen Unternehmens zugreifen können (sub. II. 3. a). Zu beobachten ist, dass Anbieter von externen Robo Advisor, die konkurrenzfähig bleiben wollen, deshalb mit etablierten Banken kooperieren oder sich ihnen anschließen. Diese Konsolidierungsprozesse deuten an, dass sich ohne regulatorische Stärkung bankenunabhängiger Robo Advisor deren Potential, Interessenkonflikte zu vermeiden, nicht entfalten wird.

Man darf auch annehmen, dass die Gefahr des *churning* – also des häufigen Umschichtens von Finanzinstrumenten¹⁵⁴ – bei externen Robo Advisor in geringerem Maße besteht als bei bank eigenen Angeboten. Denn bankenunabhängige Robo Advisor haben keinen Anreiz, über Entgelte für Transaktionen auf dem Depot (zusätzlichen) Gewinn zu erzielen. Ihr Geschäftsmodell läuft vielmehr – ähnlich wie ein Honorar-Anlageberater – darauf hinaus (oder birgt jedenfalls das Potential dafür), sich für den erbrachten Dienst nur vom Kunden entlohnen zu lassen, ohne auf sonstige Entgelte, Provisionen oder Zahlungen angewiesen zu sein.

Die Marktpräsenz bankenunabhängiger Robo Advisor eröffnet die Aussicht auf Produkte, die etablierte Geschäftsbanken aus eigenem Antrieb wohl nicht in ihr Portfolio aufnehmen würden.

¹⁵² Dazu Linardatos/*ders.*, Rechtshandbuch Robo Advice, 2020, § 1 Rn. 15 (im Erscheinen).

¹⁵³ Dazu Linardatos/*Herresthal*, Rechtshandbuch Robo Advice, 2020, § 9 (im Erscheinen).

¹⁵⁴ Dazu Linardatos/*ders.*, Rechtshandbuch Robo Advice, 2020, § 4 Rn. 69 (im Erscheinen).

So könnten beispielsweise langfristig laufende, das gesamte Kundenvermögen betreffende Strategien passiver Vermögensverwaltung angeboten werden. Es liegt nahe, dass solche Dienste durch externe Anbieter zu günstigeren Konditionen angeboten werden könnten, weil sie im Vergleich zu den Banken einen reduzierteren Verwaltungs- und Organisationsapparat unterhalten müssten. Die Erleichterung von solchen innovativen Produkten durch Zugriffsrechte auf technische Infrastrukturen würde Anreiz für weitere Innovationen setzen. In diesem Sinne läge hierin nicht nur für Dritte das Signal, dass sich Unternehmergeist lohnen kann, sondern auch die etablierten Banken könnten zu Innovationen auf ihren herkömmlichen Geschäftsfeldern Anlageberatung und Vermögensverwaltung angestachelt werden.

Ob man diese denkbaren Vorzüge bankenunabhängiger Robo Advisor für hinreichend gewichtig hält, um die regulatorische Anordnung von Zugriffsrechten, die praktisch vor allem zu ihren Gunsten wirken würden, und die damit einhergehenden Eingriffe in die unternehmerische Freiheit der Banken für gerechtfertigt zu halten, liegt einerseits im Auge des rechtspolitischen Betrachters. Andererseits müsste sich die Entscheidung hierfür auch am Maßstab der Art. 16 GR-Charta und Art. 12 GG messen lassen. Ein Vorbild für eine Regelung aus vergleichbaren wettbewerbspolitischen Motiven und mit potentiell ebenfalls erheblichem Eingriffspotential bildet der Grundsatz der Datenportabilität, wie er in Art. 20 DSGVO verankert ist.¹⁵⁵

VI. Erweiterung der Funktionalität der Robo Advisor durch Vor-schalten eines Kontoinformationsdienstes

Unabhängig von einer Mobilisierung des Kartellrechts oder einer finanzmarktregulierenden Intervention bietet der geltende Regulierungsrahmen den Robo Advisor bislang offenbar nicht genutztes Potential, um ihre Dienste zu erweitern und zu verbessern. Ihnen steht es nämlich frei, ihrem System einen Kontoinformationsdienst vorzuschalten. Hierdurch wären sie in der Lage, gemäß §§ 50 f. ZAG auf die Zahlungskonten ihrer Kunden zuzugreifen und damit deren Barmittel und Zahlungsströme zu analysieren. Diese Daten dürfen mit Einverständnis der Kunden auch für Robo Advice bankenunabhängiger Anbieter verwendet werden.

§ 51 Abs. 1 S. 4 ZAG sieht vor, dass die Daten „nur für die Zwecke des vom Zahlungsdienstnutzer ausdrücklich geforderten Kontoinformationsdienstes“ gespeichert und verwendet werden. Damit ist nicht gemeint, die Daten dürften nur für die Anzeige der Kontoinformationen etwa in einer Smartphone-App genutzt werden. Vielmehr soll die Regelung lediglich klarstellen, dass für die Reichweite *erlaubter* Nutzungen die vom Zahlungsdienstnutzer geforderten Zwecke maßgeblich sind – also jene, denen er zugestimmt oder die er vorgegeben hat. Den Kontoinformationsdiensten soll damit vor allem untersagt werden, die Kontoinformationsdaten ohne Einverständnis des Kunden durch Weiterverkauf zu versilbern.¹⁵⁶ Diese Auslegung, wonach die privatautonome Entscheidung des betroffenen Kontoinhabers maßgeblich ist, steht im Einklang mit

¹⁵⁵ Im Einzelnen dazu Linardatos/*Specht-Riemenschneider/Bienemann*, Rechtshandbuch Robo Advice, 2020, § 11 (im Erscheinen).

¹⁵⁶ Dahingehend MüKoHGB/*Linardatos*, K. Online-Banking, 4. Aufl. 2019, Rn. 276, 301.

Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a DSGVO. Der Kontoinhaber muss darüber entscheiden dürfen, wie seine Daten verwendet werden. Dabei obliegt es den Kontoinformationsdiensten gemäß § 51 Abs. 2 S. 2 ZAG, die Vertraulichkeit und Integrität der personalisierten Sicherheitsmerkmale (z. B. PIN/TAN) zu gewährleisten. Untersagt ist ihnen deshalb insbesondere eine Weitergabe dieser Merkmale an Dritte.¹⁵⁷

Allerdings besteht das Zugangsrecht der Kontoinformationsdienste gemäß § 52 ZAG nur für Zahlungskonten im Sinne des § 1 Abs. 17 ZAG und gilt damit nur für solche Konten, die der Ausführung von Zahlungsvorgängen, d. h. der Bereitstellung, Übermittlung oder Abhebung eines Geldbetrags gemäß § 675f Abs. 4 S. 1 BGB dienen. Ein Zugriff der Kontoinformationsdienste auf Depotkonten lässt sich demnach über §§ 50 f. ZAG nicht begründen. Ein Mehrwert für die Robo Advisor und deren Kunden bestünde aber immerhin darin, Liquiditätsanalysen durchführen und damit sich abzeichnende Liquiditätsüberschüsse oder -engpässe mit in die automatisierte Anlageberatung und Vermögensverwaltung einbeziehen zu können.

¹⁵⁷ MüKoHGB/*Linardatos*, K. Online-Banking, 4. Aufl. 2019, Rn. 303; enger *Jestaedt* BKR 2018, 445 (448): Sicherheitsmerkmale müssen auch dem Dienst selbst unbekannt bleiben.



ZEW Discussion Papers finden Sie als Download auf unserem ftp-Server:

<http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/>

oder auf:

<https://www.ssrn.com/link/ZEW-Ctr-Euro-Econ-Research.html>

<https://ideas.repec.org/s/zbw/zewdip.html>



IMPRESSUM

**ZEW – Leibniz-Zentrum für Europäische
Wirtschaftsforschung GmbH Mannheim**

L 7,1 · 68161 Mannheim
Telefon +49 621 1235-01
info@zew.de · zew.de

Die Discussion Papers dienen einer möglichst schnellen
Verbreitung von neueren des ZEW. Die Beiträge liegen
in alleiniger Verantwortung der Autoren und stellen nicht
notwendigerweise die Meinung des ZEW dar.