

## Kartellrecht Moot Court 2017

### Sachverhalt<sup>1</sup>

1. Die **Analytical Microsystems Plc** ("A") ist die Muttergesellschaft eines weltweit tätigen Softwarekonzerns mit Sitz in Singapur. A ist spezialisiert auf die Programmierung und Vermarktung von Betriebssystemen und Programmen für PCs sowie Smartphones und Tabletcomputer und ist durch sieben Tochterunternehmen weltweit vertreten. Der A-Konzern konnte sich als führender Entwickler von mobilen Betriebssystemen und Anwendungssoftware ("Apps") weltweit etablieren. Im Jahr 2016 wies der A-Konzern im Bereich Betriebssysteme einen weltweiten Marktanteil von 25% bei PCs, 35% bei Tabletcomputern und 45% bei Smartphones auf. Im Bereich Apps wies der A-Konzern ebenso einen weltweiten Marktanteil von 45% auf.
2. 2010 erwarb A 100% der Anteile an der **Believe Gaming GmbH** ("B"), einer GmbH mit Sitz in Wien. Der Zusammenschluss wurde bei allen zuständigen Wettbewerbsbehörden ordnungsgemäß angemeldet und von diesen genehmigt.
3. B ist das einzige Unternehmen des A-Konzerns, das seinen Sitz im EWR-Raum hat. B selbst ist auf die Entwicklung von Apps spezialisiert und damit schon seit einigen Jahren in Österreich sehr erfolgreich. Seit 2008 bringt B regelmäßig Spiele-Apps ("Mobile Games") heraus, die auf sämtlichen handelsüblichen Smartphones und Tabletcomputern mit allen gängigen Betriebssystemen gespielt werden können. Der Verkauf der B an A hat auf die Geschäftstätigkeit der B kaum Einfluss gehabt. So geht B nach wie vor derselben Tätigkeit nach und steht nur in losem Kontakt mit der Muttergesellschaft; im Wesentlichen besteht nur eine Verpflichtung der B ihre Finanzen in regelmäßigen Abständen an A zu berichten.
4. Seit 2015 ist B mit dem Spiel "Live Your New Life" sehr erfolgreich. Das Spiel wird über eine App, die auf allen handelsüblichen Smartphones und Tabletcomputern installiert werden kann, gespielt. Dabei sucht sich der Spieler zunächst eine virtuelle Spielfigur aus, wobei dem Spieler bei der Gestaltung dieser Figur keine Grenzen gesetzt sind. Die Spielfigur kann dann durch Bestehen bestimmter im Spiel gestellter Aufgaben Punkte sammeln und diese Punkte können dann wiederum gegen Produkte (zB Ausrüstungsgegenstände, "Skins" (optische Anpassungen der Figur) und sog. "Companions", also den Spieler begleitende Haustiere) innerhalb des Spiels eingetauscht werden. Gerade die Companions erfreuen sich besonderer Beliebtheit. Hier hat der Spieler die Möglichkeit nach eigener Fantasie reale oder Fantasiewesen zu erschaffen und ist in Gestaltung des Aussehens seines Companions völlig frei. Der Companion begleitet die virtuelle Spielfigur dann durch die *Virtual Reality*, muss vom Spieler versorgt werden und gleicht

---

<sup>1</sup> Soweit im Folgenden Berufsgruppen- und/oder Personenbezeichnungen Verwendung finden, so ist auch stets die jeweils weibliche Form inkludiert.

in seinen Pflegebedürfnissen echten Haustieren. Alternativ können die Spieler diese Produkte auch kostenpflichtig über den In-Game-Shop von B erwerben.

5. Live Your New Life ist ein sog. ortsbasiertes Spiel, d.h. dass es die reale Umgebung auf dem Prinzip der erweiterten Realität (*Augmented Reality*) nutzt. Das Spiel ermittelt dabei die Standortdaten des Spielers und positioniert ihn virtuell in der "Live Your New Life"-Umgebung. Derzeit kann das Spiel nur innerhalb Österreichs gespielt werden, Verhandlungen über die Erweiterung der "Live Your New Life"-Umgebung auch im Ausland (insb im deutschsprachigen Raum) laufen aber.
6. Die App ist für die Spieler kostenlos und finanziert sich derzeit fast ausschließlich über Werbung, die Interessierte in der virtuellen "Live Your New Life"-Umgebung schalten können (mit dem In-Game Shop wird demgegenüber nicht einmal 1% der Umsätze erzielt). Die entsprechenden Werbungen werden dann in die virtuelle Umgebung integriert und sind z.B. an Häuserfassaden oder virtuellen Geschäften, an denen die Spieler vorbeilaufen, angebracht. Die Spieler können dabei jederzeit auf das Logo des Werbenden klicken und werden dadurch automatisch auf die Website des Werbeanbieters weitergeleitet.
7. B hat es geschafft, sich mit seinem "Live Your New Life"-Spiel an die Spitze der Mobile Games in Österreich zu katapultieren: Im Jahr 2016 spielten 40% der Mobile Games-Spieler in Österreich "Live Your New Life". Der stärkste Konkurrent von B kam hingegen mit seinem am weitesten verbreiteten Mobile Game nur auf 5,5%. Auch international konnte sich B 2016 stärker positionieren und kommt im EWR-Raum mit seinem gesamten Mobile Games-Angebot durchschnittlich auf 19% der Mobile Games-Spieler und weltweit auf durchschnittlich 8%.
8. Die **Computer Krone KG** ("C") hat ihren Sitz ebenfalls in Wien und ist die in Österreich erfolgreichste Computer-Fachzeitschrift, die online und offline erhältlich ist. Die C bietet Tests, Nachrichten, Kaufberatung und Preisvergleiche aller Art für PCs, Tabletcomputer und Smartphones, Hardware und Software an. C hostet auch ein Online-Forum, in dem Verbraucher Fragen stellen können, die dann von den anderen Forumsbesuchern beantwortet werden. In den Foren findet auch reger Austausch über Neuerscheinungen am Markt und insbesondere im Bereich der Anwendungssoftware statt.
9. Besonders erfolgreich ist die Online-Ausgabe der C, die von knapp zwei Drittel der Konsumenten in Österreich zumindest gelegentlich konsultiert wird. Die Print-Ausgabe wird demgegenüber nur von unter 1% der Österreicher gelesen. Die C finanziert sich dabei hauptsächlich über Werbung. Einen kleinen Teil machen auch abgeschlossene Abo-Verträge aus, die den Verbrauchern einerseits Zugang zu von Experten moderierten Foren gewähren sowie die Zusendung der monatlichen Print-Ausgabe der C bieten.
10. Die C hatte im Jahr 2016 einen Marktanteil in Österreich von etwa 28%, wobei neben der C noch ein weiteres Unternehmen mit Computer-Reviews erfolgreich ist und einen Marktanteil von 18% aufweist. Der Marktanteil im EWR-Raum von C liegt bei nur 3% und weltweit unter 1%.
11. C hat seit Ende 2015 einen Werbevertrag mit B. Nach diesem Vertrag schaltet sowohl C in der *Virtual Reality* von B als auch B in der Online- und Print-Ausgabe der C Werbung. Der abgeschlossene Vertrag sieht dabei unter anderem Folgendes vor:

#### *§ 1: Allgemeine Vertragsbestimmungen*

- 1.1 B (im Folgenden "die erste Auftragsgeberin") beabsichtigt die C (im Folgenden "die zweite Auftragsgeberin") mit der Veröffentlichung mehrerer Anzeigen zum Zwecke der

werblichen Verbreitung zu beauftragen. Gleichzeitig beabsichtigt auch die zweite Auftragsgeberin die erste Auftragsgeberin mit der Veröffentlichung mehrerer Anzeigen zum Zwecke der werblichen Verbreitung zu beauftragen.

- 1.2 Die Absicht der ersten Auftraggeberin umfasst sowohl die Online-Medien als auch das Printmedium der zweiten Auftragsgeberin und zwar in sämtlichen in Anlage A genannten Ausgaben und Seiten, einschließlich Sonderausgaben, für einen Zeitraum von fünf Jahren ab Abschluss des Vertrags.
- 1.3 Die Absicht der zweiten Auftragsgeberin umfasst die Werbung in der virtuellen Realität der Anwendungssoftware "Live Your New Life", deren Eigentümerin die erste Auftragsgeberin ist.
- 1.4 Die Form sowie genaue Gestaltung und Design der Anzeigen sind in Anlage B zu diesem Vertrag abgebildet.
- 1.5 Beide Auftragsgeberinnen stellen sicher, dass die Interessen der jeweils anderen bestmöglich gewahrt werden.
- 1.6 Die Auftragsgeberinnen verpflichten sich gegenseitig zur Zahlung der Anzeigetarife gem § 15 dieses Vertrags.

#### § 4: Besondere Vertragspflichten

- 4.1. Die zweite Auftragsgeberin verpflichtet sich keine Werbung anderer Anwendungssoftwarehersteller oder jeglicher anderer Unternehmer, die den gleichen Tätigkeitsbereich wie die erste Auftragsgeberin haben, in ihrer Online-Ausgabe zu zeigen und räumt der ersten Auftragsgeberin das exklusive Recht ein für Anwendungssoftware zu werben.
- 4.2 Die zweite Auftragsgeberin verpflichtet sich monatlich die erste Auftragsgeberin mit mindestens 45 Werbeanzeigen zu beauftragen und für die Werbeanzeigen der ersten Auftragsgeberin den am besten sichtbaren Platz in ihrer Online-Ausgabe zu reservieren. Die Premiumpplätze werden im Detail in Anlage C zu diesem Vertrag dargestellt. Über die Platzierung ihrer Werbeanzeigen hat die zweite Auftragsgeberin die erste Auftragsgeberin zu informieren.
- 4.3 Im Falle der Missachtung der besonderen Vertragspflichten verpflichtet sich die zweite Auftragsgeberin zur Zahlung einer Pönale iHv EUR 50.000 an die erste Auftragsgeberin. Die Pönale erhöht sich mit jedem weiteren Verstoß um weitere EUR 25.000.

#### § 19: Kündigung

- 19.1 Der Vertrag ist auf fünf Jahre befristet. Der Vertrag kann von beiden Vertragsparteien unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist zum Monatsende gekündigt werden. Kündigt eine der Vertragsparteien den Vertrag vor Ablauf eines Jahres, wird eine Pauschale iHv EUR 10.000 fällig.
12. Der Vertrag enthält darüber hinaus noch für Werbeverträge gängige Bestimmungen. Eine vergleichbare Pflicht für die B, der C ein Exklusivrecht sowie eine Premiumpplatzierung einzuräumen, findet sich darin nicht.
  13. Gerade § 4 des Vertrags stößt beim Geschäftsführer der C auf großes Erstaunen, B gibt ihm jedoch zu verstehen, dass eine Nachverhandlung der Vertragskonditionen jedenfalls ausgeschlossen sei. Schlussendlich fügt sich der Geschäftsführer, da er einsieht, dass die Reichweite, die ihm die Werbepräsenz in "Live Your New Life" bietet, unersetzlich ist.

14. Die **Dexters Developers Lab GmbH** ("D") ist ebenfalls ein Softwareunternehmen mit Sitz in München, das nach erfolgreichen App Spiele-Entwicklungen (ua ortsbasierten Mobile Games) für den deutschen Markt nun auch den Markteintritt in Österreich sucht. D möchte sein bisher erfolgreichstes ortsbasiertes Mobile Game aufgrund der geographischen Nähe nun auch auf den österreichischen Markt bringen.
15. D ist eine 100%ige Tochtergesellschaft der **Entertain-Gruppe** ("E"), deren Tochtergesellschaften in verschiedenen Geschäftsbereichen, überwiegend im Bereich Unterhaltungs- und Kommunikations-Software, tätig sind.
16. Um den Markteintritt in Österreich zu erleichtern, beschließt die Marketingchefin der D zunächst einmal Werbeschaltungen in C vorzunehmen. Dadurch erhofft sie sich die Wahrnehmbarkeit der D in Österreich wesentlich zu erhöhen, um ihre Produkte schließlich auch auf dem österreichischen Markt etablieren zu können. Außerdem kennt sie den Geschäftsführer der C noch von einem Praktikum und geht davon aus, dass sie den Werbevertrag zu günstigen Konditionen bekommen kann. Kurz vor Weihnachten 2016 wird eine Anfrage um Übermittlung eines Werbevertragsangebots nach Wien geschickt.
17. Am 9. Jänner 2017 erhält die Marketingchefin der D einen wenig erfreulichen Anruf aus Wien. Der Geschäftsführer der C freut sich zwar sehr seine alte Kollegin wieder zu sprechen, teilt ihr am Telefon aber mit, dass er gerne den Vertrag mit D abschließen würde, dies aber aufgrund des bestehenden Vertrags mit B nicht dürfe. So bestehe B darauf, der einzige App-Entwickler zu sein, für den C wirbt. Er könne der D nur einen Platz in der monatlich erscheinenden Print-Ausgabe anbieten, deren Auflage aber zugegeben nicht so hoch sei. Außerdem berichtet B, dass die Pönalen, die der Vertrag vorsieht sehr hoch seien, genauso wie der Druck genug Anzeigen zu schalten. Die Marketingchefin der D ist über diese Nachricht gar nicht erfreut und erklärt, dass sie diesen Vertrag unbedingt braucht, um auf dem österreichischen Markt Fuß zu fassen. Außerdem kann sie das Erzählte auch gar nicht so recht glauben. Kurzerhand schickt der Geschäftsführer der B ihr daher den Vertragstext per Mail, damit sie sich selbst ein Bild davon machen kann. Natürlich soll D den Text vertraulich behandeln.
18. Die Marketingchefin der D rät schließlich diesen unverschämten Konditionen der B einen Riegel vorzuschieben, wo B doch bekanntermaßen so unfair am Markt agiere. So habe sich in der Branche bereits herumgesprochen, dass B sich selbst die besten Werbeplätze in der "Live Your New Life" Umgebung sichere, um eigene, bislang weniger erfolgreiche Apps zu bewerben. Den Werbepartnern der B blieben demgegenüber nur weit weniger attraktive Werbeplätze übrig; dies sei jedenfalls nicht im Vertrag vereinbart worden. Es sei gar kein Problem diese unfairen Klauseln vor Gericht zu bekämpfen. Außerdem hat D gehört, dass zu einem ganz ähnlichen Sachverhalt in Spanien gerade von der Kommission gegen ein Unternehmen ermittelt wird und davon auszugehen sei, dass die Kommission bald ein Verfahren einleiten werde.<sup>2</sup> C antwortet darauf, dass er sich das auch schon einmal überlegt habe, aber eine Nachverhandlung mit dem Giganten B sei nicht möglich und einen Wegfall des Vertrags könne er auch nicht riskieren, schließlich sei B ja ein wichtiger Werbepartner.
19. Wenig später erhält D eine weitere unerfreuliche Nachricht: A hat im Rahmen seiner alljährlichen Produktpräsentations-Konferenz am 15. Jänner 2017 eine neues Betriebssystem für Smartphones und Tabletcomputer präsentiert, in dem neben verschiedenen neuen Funktionen auch zahlreiche Apps von Unternehmen des A-Konzerns enthalten sein sollen. Bei

---

<sup>2</sup> Anmerkung: Dies ist Teil des fiktiven Sachverhalts, es existiert nach Kenntnisstand der Autoren kein solcher ähnlicher Sachverhalt, bzgl dessen von der Kommission ermittelt wird.

Durchsicht der Pressemeldung bestätigt sich die Befürchtung der Marketingchefin der D: Das neue Betriebssystem wird im deutschsprachigen Raum unter anderem auch "Live Your New Life" beinhalten, welches ab Mai 2017, bei Erscheinen des neuen Betriebssystems, im gesamten deutschsprachigen Raum angeboten werden soll. Im Rahmen der Bewerbung des neuen Betriebssystems soll insb in Deutschland und der Schweiz "Live Your New Life" umfangreich mitbeworben werden, um den Markteintritt zu fördern. D befürchtet, dass mit der Vorinstallation von "Live Your New Life" auf zahlreichen neuen Geräten der Markteintritt von D's Mobile Game in Österreich erheblich erschwert werden wird: Gerade junge Spieler, bei denen D punkten will, werden häufig zunächst das bereits vorinstallierte "Live Your New Life" spielen bevor sie andere ortsbasierte Mobile Games ausprobieren.

20. Die **Friends Playing Games GmbH ("F")**, eine weitere Tochtergesellschaft der E, betreibt seit 2010 ein soziales Netzwerk, das auf PC-Gamer im deutschsprachigen Raum spezialisiert ist und sich über Werbeeinnahmen finanziert. Benützer können darin unter anderem Spiele streamen und kommentieren und nutzer-generierte Inhalte (zB Mods, benutzergenerierte Karten, etc) präsentieren und anderen Nutzern zum Download bereitstellen. Hierfür hat F mit zahlreichen Spielentwicklern Lizenzvereinbarungen abgeschlossen. Seit 2013 hat F auch mit Entwicklern von Mobile Games Lizenzvereinbarungen abgeschlossen und konnte dadurch seine Nutzerzahlen deutlich erhöhen. Von besonderer Bedeutung waren hierfür die Mobile Games der Schwestergesellschaft D, die maßgeblich zum Wachstum des Netzwerks in Deutschland beigetragen haben.
21. F ist der Erfolg von "Live Your New Life" in Österreich und die geplante Expansion in den gesamten deutschsprachigen Raum nicht entgangen und sucht eine Möglichkeit, das Spiel wie bereits die Spiele von D mit seinem Netzwerk zu verbinden. F möchte, dass die Nutzer seines sozialen Netzwerks im Netzwerk ihre Figuren, Haustiere und sonstige nutzer-generierten Inhalte aus "Live Your New Life" präsentieren können. Außerdem will F im Rahmen des Netzwerks den Austausch und die Übertragung von nutzer-generierten Inhalten ermöglichen und damit eine Art "virtuelle Tauschbörse" erschaffen. F geht davon aus, dass dies die erste Tauschbörse dieser Art wäre, und das Interesse der Nutzer am Spiel noch weiter erhöhen würde. Spielern wäre es dadurch auch möglich, für ihre Freunde im Spiel Inhalte zu kreieren und anschließend zu schenken.
22. Damit die Inhalte im sozialen Netzwerk einfach und wirksam dargestellt werden und nutzer-generierte Inhalte ausgetauscht werden können, benötigt F die Interoperabilitätsinformationen (Schnittstelleninformationen) zur Software von B, um die Interoperabilität zwischen der Software der "Live Your New Life"-App und der Software des sozialen Netzwerks sicherzustellen. Eine Alternative zur Offenlegung der Interoperabilitätsinformationen fehlt derzeit (noch) gänzlich. F fragt daher am 1. Februar 2017 schriftlich bei B um die Lizenz an.
23. Am 8. Februar 2017 erhält F ein Email der Rechtsabteilung der B. B beruft sich darin auf ihr urheberrechtlich geschütztes geistiges Eigentum und teilt D mit, dass man keine Veranlassung sehe, D die angefragten Interoperabilitätsinformationen zukommen zu lassen. B habe dazu keine Verpflichtung und denke auch nicht daran derart sensible und geheime Information mit Wettbewerbern (da F schließlich eine Schwestergesellschaft der D sei) zu teilen, die schließlich doch nur eine Duplizierung der Produkte der B beabsichtigen. Außerdem weist B die F darauf hin, dass ihr Vorhaben – die Schaffung einer "virtuellen Tauschbörse" für nutzer-generierte Inhalte – ohnehin selbst mit Überlassung der Interoperabilitätsinformationen nicht möglich sei, da B sämtliche Immaterialgüterrechte der nutzer-generierten Inhalte habe. Die Nutzungsbedingungen der App sehen nämlich ausdrücklich vor, dass jeder Spieler B sämtliche Rechte an den von ihnen kreierten Figuren und sonstigen Inhalten, die im Zusammenhang mit

dem Spielen der App entstehen, an B überträgt, die App-Spieler darüber also nicht verfügen können. Konkret sieht die Klausel folgendes vor:

*14.1. Jeder Spieler gewährt B für Inhalte, die dieser im Spiel generiert und die als geistiges Eigentum geschützt sind (zB erstellte Figuren), eine weltweit ausschließliche Lizenz für die Nutzung außerhalb des Spiels. Diese IP-Lizenz endet, wenn der Spieler seine IP-Inhalte oder sein Konto löscht; es sei denn, die Inhalte wurden mit anderen geteilt und diese haben die Inhalte nicht gelöscht.*

24. Die Darstellung und insb. der Austausch von nutzer-generierten Inhalten sei damit ohne Einwilligung von B unrechtmäßig und ausgeschlossen. Für eine Erteilung der Einwilligung sieht B keinen Grund und teilt mit, dass ohnedies die Einrichtung einer kostenlosen Tauschfunktion im Rahmen des In-Game-Shops von B geplant sei.
25. F kann dies nicht nachvollziehen, da zahlreiche andere Spieleentwickler an der Kooperation interessiert waren, schließlich hat die Präsentation der Spiele und nutzer-generierten Inhalte einen erheblichen Werbeeffect für die Spiele. Außerdem erhöht die Verfügbarkeit von nutzer-generierten Inhalten wie zB Mods die Attraktivität der Spiele ohne für die Spieleentwickler Kosten zu verursachen, da die Inhalte über das soziale Netzwerk verbreitet werden und der Spieleentwickler hierfür keine eigene Plattform betreiben muss. F ersucht deshalb am 13. Februar 2017 in einem umfangreichen Schreiben, in dem die Vorteile für B ausführlich geschildert werden, neuerlich um eine Lizenz und Offenlegung der Interoperabilitätsinformationen.
26. Als das Schreiben Mitte März noch immer unbeantwortet ist, lässt F einen anwaltlichen Brief an die B senden. Darin fordert die F die B auf, eine Lizenz zu handelsüblichen Konditionen unverzüglich an die F zu erteilen, man sei sonst gezwungen gerichtliche Schritte gegen die B einzuleiten.
27. Als D von den geplanten gerichtlichen Schritten der Schwestergesellschaft F erfährt, beschließt die Geschäftsführung von D sich dem Verfahren anzuschließen, um gegen die missbräuchliche Praxis der B in Zusammenhang mit Werbeverträgen und die Begünstigung von B durch die Vorinstallation von "Live Your New Life" auf den neuen Betriebssystemen von A zu beanstanden. Beides diene eindeutig nur dazu, Wettbewerber wie D aus dem Markt zu halten.

#### **Aufgabenstellung Antragsteller**

28. Sie werden von **D** und **F** gebeten einen entsprechenden Antrag an das Kartellgericht vorzubereiten.

#### **Aufgabenstellung Antragsgegner**

29. **A** und **B** können die Vorwürfe von **D** und **F** nicht nachvollziehen, rechnen jedoch mit der zeitnahen Einleitung eines Verfahrens. Sie werden gebeten, eine Gegenäußerung vorzubereiten, in der auf die zu erwartenden Vorwürfe und Argumente eingegangen wird.