

DER GNOM ZAHLT! ABER AN WEN? – EINE ANALYSE DER GESCHÄFTSMODELLE IM BEREICH DER VIDEOSPIELE AUS RECHTLICHER SICHT AN HAND VON EPIC GAMES, INC. VS APPLE INC

Kai Erenli

Studiengangsleiter, FH des BFI Wien, Interactive Media & Games Business,
Maria Jacobigasse 1/3.4, 1030 Wien, kai.erenli@fh-vie.ac.at; www.fh-vie.ac.at

Schlagnote: *Games, Videospiele, Geschäftsmodelle, Plattformen, eCommerce*

Abstract: *Epic Games, Spieleentwickler und Anbieter von „Fortnite“- eines der meistgespielten Smartphone-Spiele der Welt umging 2020 im Rahmen einer langen geplanten Strategie namens „Project Liberty“ des Bezahlssystem des App-Stores von Apple. Daraufhin entfernte Apple das Spiel aus dem Store. Epic reichte daraufhin Klage gegen Apple ein, um gegen diese Ausbeutung der marktbeherrschenden Stellung durch Apple wettbewerbsrechtlich vorzugehen. Dieser Beitrag geht auf den konkreten Rechtsstreit, die Entscheidung erster Instanz und die möglichen Auswirkungen auf die Plattformökonomie in Bezug auf die von der EU angedachte Verordnung zu digitalen Diensten („Digital Services Act“) ein.*

1. Hintergrund: Plattformen, Umsatzbeteiligungen und „Project Liberty“

“Epic’s lawsuit is nothing more than a basic disagreement over money. Although Epic portrays itself as a modern corporate Robin Hood, in reality is a multi-billion dollar enterprise that simply wants to pay nothing for the tremendous value it derives from the App Store.”¹

Diese Aussage ist in den ersten Sätzen der Widerklage im Fall Epic vs Apple zu lesen und macht deutlich, dass sich die populären Rechtsstreitigkeiten im Bereich der Videogames schon längst in einer eigenen „Bubble“ abspielen. Epic Games, Spieleentwickler und Anbieter von „Fortnite“ – eines der meistgespielten Smartphone-Spiele der Welt umging 2020 des Bezahlssystem von Apples App-Store. woraufhin Apple das Spiel aus dem Store umgehend entfernte. Epic reichte daraufhin Klage gegen Apple ein, um gegen diese Ausbeutung der marktbeherrschenden Stellung durch Apple wettbewerbsrechtlich vorzugehen.

Aber: Der Streit um die Verteilung des Geldes auf Internet-Vertriebsplattformen ist nicht neu! Schon im Jahr 2015 kritisierte der Gründer und CEO von Epic Games, Tim Sweeney, die aus seiner Sicht hohen Umsatzbeteiligung, die Plattformen, wie zB Steam, Apples App-Store oder Google Play verlangen.² Die branchenüblichen 30%³, welche die Plattformanbieter als Entgelt für die Bereitstellung ihrer Dienste in Rechnung stellten sollten seiner Ansicht nach auf 8% sinken, da man mit diesen finanziellen Mitteln jede dieser Vertriebsplattformen profitabel betreiben könnte. Er argumentierte dies damit, dass eine über diese 8% hinausgehende Umsatzbeteiligung nur im Bereich der Spielekonsolen Sinn ergebe. Dort entstünden „enorme Investitionen für Hardware [Anm. gemeint ist die Konsole selbst und die zur Steuerung benötigten Controller], die oft unter Herstellungskosten verkauft würden, sowie für die in Kooperation mit Publishern betriebenen Marketingkampagnen“. Dieser Auf-

¹ Aus der Gegegenklage im Fall: Epic Games, Inc. v. Apple Inc. Case No. 3:20-cv-05640-YGR.

² <https://www.pcgamesn.com/steam-revenue-cut-tim-sweeney>.

³ <https://www.ign.com/articles/2019/10/07/report-steams-30-cut-is-actually-the-industry-standard>.

wand sei aber keinesfalls für offene Vertriebsplattformen wie sie bei mobilen Geräten oder PC zu rechtfertigen, da dort der Vertriebs Erfolg mit wesentlich weniger Aufwand erreicht werden könnte.⁴

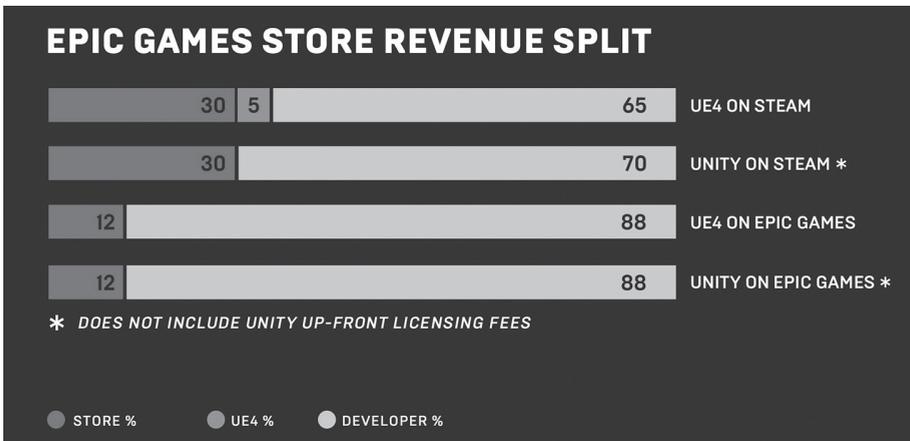


Abbildung 1: Vergleich der Umsatzbeteiligungen⁵

Um diesen Argumenten noch mehr Gewicht zu verleihen, startete Epic 2018 den „Epic Game Store“ und warb damit, dass man dort nur 12% Umsatzbeteiligung verlangen würde.⁶ Im gleichen Jahr entschied Epic ebenfalls, dass immer populärer werdende Spiel Fortnite nun auch für Mobilgeräte anzubieten⁷. Allerdings wählte Epic aus den bislang genannten Gründen die Strategie den Spieleclient für Android in Form eines „Sideload-Pakets“ anzubieten. Bei dieser Strategie werden die Vertriebsplattformen umgangen – „cut out the middle man“ – und können daher auch keine Einnahmen über die abzuführende Umsatzbeteiligung generieren. Sowohl die Popularität des Spiels als auch die Tatsache, dass der offizielle Spieleclient eben nicht im Play Store zu finden war, führte nun zu dem Phänomen, dass Trittbrettfahrer, sogenannte „Copycats“ versuchten dies auszunutzen, indem sie sich als offizieller Fortnite Client im Play Store ausgaben. Um einem drohenden Imageschaden abzuwenden, lenkte Epic schließlich ein und ermöglichte es den Client über den Play Store beziehen zu können. Für den App Store wurde dieser „Umweg“ nicht genommen, da Apple von Anfang an kein Sideloaden zugelassen hatte.

Im Jahr 2020 erneuerte Sweeney seine Kritik an den Umsatzbeteiligungen im Rahmen der Anhörung vor dem US-Kongress zur Untersuchung von Kartellvorwürfen gegen Big-Tech-Unternehmen⁸ und der korrespondierenden Untersuchung der EU-Kommission⁹. Sweeney gab an: *“Apple has locked down and crippled the ecosystem by inventing an absolute monopoly on the distribution of software, on the monetization of software“*, und *„Google essentially intentionally stifles competing stores by having user interface barriers and obstruction“*¹⁰ Diese Aussagen wurden durch die Tatsache unterstützt, dass große Plattformen jegliche Möglichkeit die eigenen Inhaltskontrollen zu umgehen umgehend sperrten. So war es zB nicht möglich den Cloud-Gaming-Dienst „XCloud“ von Microsoft auf iOS zu nutzen, da dies von Apple unterbunden wurde.¹¹ Apple wiederum argumentierte die Umsatzbeteiligung mit dem immensen Wert, den der App Store für Anbieter und Nutzer darstellen würde und bei der Bewertung dieses Wertes auch die darin enthaltenen Dienstleistungen,

⁴ <https://www.polygon.com/2018/12/4/18125498/epic-games-store-details-revenue-split-launch-date>.

⁵ https://cdn.gamer-network.net/2018/articles/2018-12-04-14-44/EpicGamesStore_InfoGraphic.jpeg.

⁶ <https://www.polygon.com/2018/12/4/18125498/epic-games-store-details-revenue-split-launch-date>.

⁷ <https://www.gamestar.de/artikel/fortnite-mobile-darum-kommt-die-app-fuer-android-handys-spaeter,3327520.html>.

⁸ <https://www.cnbc.com/2020/06/18/apple-app-store-faces-complaints-from-basecamp-others-eu-probe.html>.

⁹ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1073.

¹⁰ <https://www.cnbc.com/2020/07/24/epic-games-ceo-tim-sweeney-apple-crippled-app-store-with-30percent-cut.html>.

¹¹ <https://www.eurogamer.net/articles/2020-08-07-apple-blocks-project-xcloud-on-ios>.

wie zB das Bereitstellen von Tools und Software für die App-Entwicklung, sowie das Testen der Apps oder die Marketingbemühungen herangezogen werden müssten.¹² Natürlich seien darüber hinaus auch nur so die hohen Standards von Apple in Bezug auf Datenschutz, Sicherheit, Inhalt und Qualität zu gewährleisten.¹³ Dieser Streit gipfelte am 13. August 2020 in der Ankündigung von Epic Spielerinnen und Spielern die Möglichkeit zu geben durch direkte Zahlung an Epic 20% an Kosten einzusparen.¹⁴ Dieser Schritt wurde von Epic von langer Hand geplant, es gab sogar einen Namen für das Projekt: „Project Liberty“¹⁵. Dazu reichte Epic ein Update für Fortnite zur Freischaltung im Apple Store ein, welcher von Apple überprüft und freigegeben wurde. Danach spielte Epic einen, Apple nicht zur Überprüfung vorzulegenden, „Hot Fix“ ein, wodurch die folgenden Zahlungsoptionen für Spielerinnen und Spieler sichtbar wurden: Apple entfernte Fortnite daraufhin umgehend aus dem App-Store¹⁶ und begründete dies mit der vorsätzlichen Vertragsverletzung durch Epic.¹⁷ Epic klagte¹⁸ daraufhin Apple auf Grund der Anwendung von unangemessenen Handelsbeschränkungen.¹⁹

Grab the latest Fortnite update to begin saving today! Here's how it works:



Choose Epic direct payment to get the best deal on V-Bucks and real-money purchases.

Abbildung 2: Zahlungsoptionen für Fortnite im August 2020²⁰

¹² <https://arstechnica.com/gaming/2020/09/apple-accuses-epic-of-theft-in-countersuit-over-ios-fortnite/>.

¹³ <https://arstechnica.com/gaming/2021/05/epic-vs-apple-trial-starts-today-heres-what-to-expect/>.

¹⁴ <https://www.epicgames.com/fortnite/en-US/news/the-fortnite-mega-drop-permanent-discounts-up-to-20-percent>.

¹⁵ <https://edition.cnn.com/2021/02/10/tech/tim-sweeney-epic-games-risk-takers/index.html>.

¹⁶ <https://www.theverge.com/2020/8/13/21366438/apple-fortnite-ios-app-store-violations-epic-payments>.

¹⁷ <https://eu.pjstar.com/story/entertainment/2020/08/13/battle-brewing-between-fortnite-and-apple/114349396/>.

¹⁸ Epic Games, Inc. v. Apple Inc. Case No 20-cv-05640-YGR.

¹⁹ Klage abrufbar unter: <https://cand.uscourts.gov/cases-e-filing/cases-of-interest/epic-games-inc-v-apple-inc/>.

²⁰ <https://www.epicgames.com/fortnite/en-US/news/the-fortnite-mega-drop-permanent-discounts-up-to-20-percent>.

Dieser Beitrag geht nun auf den daraus resultierenden konkreten Rechtsstreit, sowie dessen Auswirkungen auf die Plattformökonomie und die Frage ein, welche Auswirkungen die geplante EU-Verordnung zu digitalen Diensten („Digital Services Act“)²¹ auf diese Art von Geschäftsbeziehungen haben könnte.

2. Rechtsstreit: Epic vs Apple

Zu näherer Darstellung des Rechtsstreites wird in Folge die Angaben der klagenden Partei Epic jenen der beklagten Partei Apple in den wesentlichen Abschnitten gegenübergestellt, um einen besseren Überblick geben zu können.

2.1. „Nature of the Action“

Die Klage gegen Apple beginnt mit einem Hinweis auf einen Werbespot, den Apple anlässlich der Markteinführung des Macintosh im Jahr 1984 produzieren ließ.²² Dieser nahm Bezug auf den Roman „1984“ von George Orwell und warb damit, dass man mit einem Macintosh sehen könnte, warum das echte 1984 nichts mit dem Roman-1984 gemein hätte. Epic produzierte parallel zum Einreichen der Klage 2020 einen Spot²³, der zeigen sollte, dass Apple im Jahr 2020 genau zu dem geworden war, wovon der Konzern selbst 36 Jahre zuvor gewarnt hatte. Epic leitete die Klageschrift deshalb damit ein, dass Apple inzwischen in Bezug auf Marktkapitalisierung, Konzerngröße und Reichweite auch jeden anderen Technologiemonopolisten weit hinter sich gelassen hätte. Apple gab in der Klagebeantwortung²⁴ zwar zu, dass die Firma den Macintosh im Jahr 1984 auf den Markt gebracht hatte, verneinte aber logischerweise den Rest.

Epic führte an, dass Apple mit seinem marktbeherrschenden Verhalten wettbewerbsverhindernde Maßnahmen setzen würden, indem es eine „Friss oder Stirb!“-Taktik nutze. Apple zwingt die Anbieter von Apps die „30% Steuer“ zu bezahlen, anderenfalls verbanne Apple diese Apps aus dem Store und verunmögliche es dadurch, dass diese Apps für „über eine Milliarde“ an Mobilgeräte Nutzerinnen und Nutzer zur Verfügung stünden. Apple widersprach dieser Behauptung, führte diesbezüglich aber keine Gründe an.²⁵

Epic stellte in Folge den Vergleich zwischen dem App Store für Mobilgeräte und jenem für PC oder Notebooks (wie zB Mac oder MacBook) an und führte aus, dass für Anbieter dort nicht nur verschiedene Möglichkeiten bestünden Software anzubieten, sondern auch, dass das „Processing Fee“ idH von 3% um ein zehnfaches niedriger sei als die im App Store für Mobilgeräte geforderte Summe. Apple sprach sich gegen die Nutzung des Ausdrucks „Processing Fee“ aus und verneinte die anderen Anschuldigungen.²⁶

Epic warf Apple des Weiteren die Schädigung der Endnutzerinnen und Endnutzer vor, da die unrechtmäßige Einschränkung des App-Angebotes direkte negative Auswirkung auf diese habe. Nach der Ansicht von Epic seien Mobilgeräte für viele Menschen oftmals der einzige Zugang zum Internet und damit zu Nachrichten, dem Geschäftsleben und Unterhaltungsangeboten (Anm: Wie zB Games). Die Klage diene daher auch als Befreiungsschlag für diese Menschen, da man bestrebt sei Apples Monopol zu beseitigen. Epic selbst wolle durch die Klage auch keine finanziellen Vorzüge oder eine besondere Behandlung durch Apple erreichen, sondern die hunderte Millionen Nutzerinnen und Nutzer, sowie die zehntausenden Anbieter von Apps aus

²¹ COM/2020/842 final. Vorschlag für eine VERORDNUNG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte).

²² <https://www.youtube.com/watch?v=VtvjbmDx-I>.

²³ https://www.youtube.com/watch?v=bPn_PGuYesw.

²⁴ <https://www.documentcloud.org/documents/7203851-Epic-v-Apple-counterclaims>.

²⁵ Epic Games, Inc. v. Apple Inc. Par 1 + 2. (Anm: Die Antworten von Apple beziehen sich immer auf die Zahl des Par in der Klageschrift und werden nicht gesondert zitiert).

²⁶ Epic Games, Inc. v. Apple Inc. Par 3 + 4.

Apples Fängen lösen. Apple widersprach diesen Vorwürfen und stellte in Abrede, dass Epic durch die Klage keine Vorteile für sich selbst anstreben würde.²⁷

Epic führte in Folge aus, dass die vielen Apps in Apples App Store für Apple nicht nur eine immense Wertsteigerung darstellen würden, sondern Apple durch sein Marktauftreten auch innovationsfeindlich agieren würde. Als Ergebnis würden Nutzerinnen und Nutzer nicht nur weniger Auswahlmöglichkeiten haben, sondern müssten durch die „30%-Steuer“ auch teurere Preise bezahlen. Dieses wettbewerbsverhindernde Verhalten Apples zeige sich dabei insbesondere darin, dass die Pflicht zur Nutzung des App Stores zum Anbieten von Apps jegliche Geschäftsmodellinnovation ausschließe. Außerdem brächte es Anbieter in eine Situation, den durch Apple stark verminderten Umsatz gerade noch zur Deckung der eigenen Kosten (und eben nicht mehr zur Investition in eigene Innovation) zur Verfügung zu haben. Letztendlich seien auch Nutzerinnen und Nutzer gezwungen die daraus resultierenden nur wenig innovativen Apps zu hohen Preisen bei gleichzeitig minderwertigem Customer-Support zu kaufen. Die Vertragsbedingungen, in die App-Anbieter einwilligen müssten, um überhaupt im App-Store anbieten zu können, würde diesen auch untersagen auf die Möglichkeit alternativer Bezugsmöglichkeiten hinzuweisen, was ebenfalls als klare Wettbewerbsbehinderung zu qualifizieren sei. Dabei würde ein Wegfall dieser aus Epics Sicht hindernden Maßnahmen die Marktmacht von Apple nicht gefährden. Apple verneinte die Anschuldigungen und gab an, dass die Umsatzbeteiligung in Höhe von 30% nach einem Jahr auf 15% sinke, Apple darüber hinaus von 84% aller angebotenen Apps keinerlei Umsatz generiere und auch für Milliarden an Apps, die täglich heruntergeladen würden keinerlei finanzielle Zuwendung erhalten würde.²⁸

Epic führte hinsichtlich seiner eigenen Rolle aus, dass man mit dem Spiel Fortnite über 350 Millionen Spielerinnen und Spieler erreichen würde und dass diese wegen Apple höhere Preise als notwendig bezahlen müssten. Apple gab dazu an, dass nur ein Bruchteil dieser 350 Millionen Spielerinnen und Spieler das Spiel auch tatsächlich auf Apples Plattform iOS spielen würden und nannte das Geschäftsmodell von Epic in Bezug auf die Preisgestaltung hypothetisch.²⁹ Epic beschrieb daraufhin die „Freiheiten“, die Anbieter und Nutzerinnen und Nutzer abseits des App Stores (Anm: aber immer noch bei der Nutzung von Apple Produkten) hätten im Vergleich zu den bereits ausführlich beschriebenen Einschränkungen im App-Store. Epic gab auch an den Versuch unternommen zu haben mit Apple zu einer gütlichen Einigung in dieser Sache zu kommen. Apple erwiderte, dass diese Versuche von Epic die Bestimmungen des App Stores zu umgehen, abgelehnt wurden.³⁰

Letztendlich stellte Epic die Ereignisse des 13. August 2020 dar und beschrieb die bereits in diesem Aufsatz gewählte Strategie die Umsatzbeteiligung an Apple zu umgehen. Epic erneuert abermals die Anschuldigungen an Apple und gibt an, dass man mit dem Schritt Nutzerinnen und Nutzern eine alternative Zahlungsmöglichkeit anbieten wollte, um In-App-Verkäufe günstiger anbieten zu können. Apple bestätigte den Umgehungsversuch und wies darauf hin, dass Epic dadurch vorsätzlich gegen die vereinbarten Vertragsbedingungen verstoßen hätte. Darüber hinaus warf Apple Epic vor, dass durch diesen Schritt keinerlei Kostenersparnisse für Nutzerinnen und Nutzer entstanden seien, da Epic diese Einsparungen nicht weitergegeben hätte. Apple habe noch versucht mit Epic eine gütliche Einigung zu erzielen, um Fortnite wieder im App Store freizuschalten, Epic habe aber keine Änderungen am angebotenen Client vornehmen wollen, wodurch Apple gezwungen wurde, den Bann aufrecht zu halten.³¹

²⁷ Epic Games, Inc. v. Apple Inc. Par 5 + 6.

²⁸ Epic Games, Inc. v. Apple Inc. Par 7–14.

²⁹ Epic Games, Inc. v. Apple Inc. Par 15 + 16.

³⁰ Epic Games, Inc. v. Apple Inc. 17 + 18.

³¹ Epic Games, Inc. v. Apple Inc. Par 19–21.

2.2. „Parties“ und „Relevant Facts“

In den nächsten Abschnitten beschrieb Epic seine eigene Firmengeschichte und die Popularität von Fortnite und das angewendete (Anm: im gesamten Mobilbereich vorherrschende) Freemium-Geschäftsmodell. Epic stellt den Client des Spiels kostenfrei im App Store zur Verfügung, alle entstehenden Kosten müssen daher über In-App-Verkäufe abgedeckt werden. Apple verwies in diesem Zusammenhang drauf, dass Epic über den App Store mehr als 500 Mio US-\$ generiert hätte.³² Danach folgte eine geschichtliche Abhandlung von Epic über die Entstehung der Distributionswege für Apps. Damit versuchte Epic die marktbeherrschende Stellung von Apple kenntlich zu machen. Apple lehnte alle über reine Fakten hinausgehenden Bemerkungen ab.

In Abschnitt „C“ ging Epic nun genauer auf die wettbewerbsbehindernden Maßnahmen ein. Diese seien gemäß Epic technischer und vertraglicher Natur. In technischer Hinsicht erlaube Apple einerseits, wie bereits erwähnt, kein „Sideloading“ von Apps, andererseits würde der App Store über das Betriebssystem iOS auf Mobilgeräten vorinstalliert werden und es gäbe weder die Möglichkeit einen alternativen Store zu installieren noch den vorinstallierten App-Store zu entfernen.³³ In vertraglicher Hinsicht, seien durch die unausweichliche Zustimmung zum Apple Developer Agreement (ADA)³⁴ Wettbewerbsbehinderung in den Bestimmungen des ADA enthalten.³⁵ Epic führt an, dass Anbieter sich verpflichten würden Apps nur in Apples App Store anzubieten. Die Auswahl, ob Apps dann aber überhaupt im App Store aufscheinen würde liege allein bei Apple. Auch sei eine Bereitstellung von Apps im Betastadium (Anm. Zum Testen durch die Zielgruppe) über alternative Tools von Apple (wie zB TestFlight oder Ad Hoc) unter bestimmten Umständen gem § 1.2 ADA möglich, dies aber nur für einen sehr eingeschränkten und ausgewählten Nutzerkreis. Apps alternativ zum App Store über den Apple Business Manager oder den Apple School Manager zur Verfügung zu stellen sei daher keine Option für generelle Vertriebsansätze.³⁶ Epic habe auch versucht mit Apple über diese Umstände und alternative Lösungswege zu sprechen, die Antwort von Apple lautete aber immer „No“³⁷ Apple verneinte die Anschuldigungen und bestätigte das „No“.

Epic warf Apple darüber hinaus vor, dass es keine Rechtfertigungsgründe für den Mangel an wettbewerbsfördernden Maßnahmen gäbe. Der Rechtfertigungsgrund von Apple, dass all diese Maßnahmen notwendig seien, um den Anforderungen an Datenschutz und Sicherheit gerecht zu werden liefen ins Leere, da der Bezug von Software abseits des Mobilbereichs gänzlich unterschiedlich verlaufe. Dort gäbe es keine äquivalenten Maßnahmen. Apple wies die Anschuldigungen zurück und entgegnete, dass Apple die Verantwortung übernehme, dass für Applegeräte angebotene Software die höchsten Anforderungen an die branchenüblichen Standards für Datenschutz, Sicherheit und Inhalt erfülle.³⁸ Danach wiederholt Epic im Wesentlichen die vorgebrachten Vorwürfe³⁹ bis die Klage genauer auf den Prozess der In-App Käufe eingeht. Epic beschrieb in diesem Abschnitt ausführlich die Motivation für einen Kauf von Seiten der Spielerinnen und Spieler und die Hürde, die für eine Kaufentscheidung entstände, wenn diese nicht in der App selbst vorgenommen werden würde. Epic verglich dies uA mit der Schnelllebigkeit der Entscheidung, die man auch bei Dating-Apps beobachten könne. Ohne eine Möglichkeit Nutzerinnen und Nutzer niederschwellig zu erreichen, würde eine App Gefahr laufen bedeutungslos zu werden.⁴⁰ Epic gab als Referenz für den „Lock-in“ durch Apple § 6.3. Ex. A des ADA als Referenz an, in dem auf die verpflichtende Nutzung des Bezahlsystems des App-Stores hingewiesen wird. Epic leitete aus diesen Vorwürfen ab, dass Apple ein Monopol installiert hätte und verwies darauf, dass andere

³² Epic Games, Inc. v. Apple Inc. Par 22–29.

³³ Epic Games, Inc. v. Apple Inc. Par 64–67.

³⁴ <https://developer.apple.com/support/terms/>.

³⁵ Epic Games, Inc. v. Apple Inc. Par 70.

³⁶ Epic Games, Inc. v. Apple Inc. Par 73.

³⁷ Epic Games, Inc. v. Apple Inc. Par 81.

³⁸ Epic Games, Inc. v. Apple Inc. Par 84.

³⁹ Epic Games, Inc. v. Apple Inc. Par 84–109.

⁴⁰ Epic Games, Inc. v. Apple Inc. Par 110–117.

Anbieter von Zahlungsdiensten, wie zB „PayPal“, „Stripe“, „Square“ oder „Braintree“ nur 1/10 als Umsatzbeteiligung verlangen würden.⁴¹

In den weiteren Abschnitten wiederholte Epic nun die bereits angeführten Vorwürfe und Anschuldigungen und versuchte diese an verschiedenen Stellen mit Marktdaten⁴² zu belegen. Epic wies darüber hinaus darauf hin, dass Nutzerinnen und Nutzer nicht in der Lage wären, den „lifecycle price“ sinnvoll zu evaluieren.⁴³ Apple widersprach (logischerweise) all diesen Anschuldigungen.

2.3. „Count“

Die Rechtsgrundlagen welche von Epic angeführt wurden, sind zum einen der „Sherman Act“ und zum anderen der „California Cartwright Act“. Der Sherman Antitrust Act⁴⁴ vom 2. Juli 1890 war die erste Rechtsquelle des US-amerikanischen Wettbewerbsrechts. Er wurde angesichts der Entstehung marktbeherrschender Trusts, Kartelle und Monopole zu dieser Zeit eingeführt und sollte dazu dienen die große Marktmacht dieser Firmen einzuschränken. Der „California Cartwright Act“⁴⁵ übernimmt die Normen des „Sherman Act“ fast wortgleich und enthält die wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen des US-amerikanischen Staates Kalifornien.

Die zehn Anklagepunkte von Epic lauteten:

1. Das Gericht möge die unrechtmäßige Monopolstellung des App Stores gem § 2 Sherman Act feststellen.
2. Das Gericht möge die Weigerung Apples den durch den App Store vorgenommenen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung und die dadurch resultierenden wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen gem der „essential facility“-Doktrin des § 2 Sherman Act als unrechtmäßig erkennen.
3. Das Gericht möge die wettbewerbsbehindernde Stellung des App Stores gem § 1 Sherman Act feststellen.
4. Das Gericht möge die unrechtmäßige Aufrechterhaltung des Monopols durch den App Stores gem § 2 Sherman Act feststellen.
5. Das Gericht möge die wettbewerbsbehindernde Stellung des Zahlungsprozesses des App Stores gem § 1 Sherman Act feststellen.
6. Das Gericht möge die wettbewerbsbehindernde Stellung durch die verpflichtende Verbindung der In-App-Verkäufe mit dem Zahlungsprozess des App Stores gem § 1 Sherman Act feststellen.
7. Das Gericht möge die wettbewerbsbehindernde Stellung des App Stores gem des California Cartwright Act feststellen.
8. Das Gericht möge die wettbewerbsbehindernde Stellung des Zahlungsprozesses des App Stores gem des California Cartwright Act feststellen.
9. Das Gericht möge die wettbewerbsbehindernde Stellung durch die verpflichtende Verbindung der In-App-Verkäufe mit dem Zahlungsprozess des App Stores gem des California Cartwright Act feststellen.
10. Das Gericht möge eine einstweilige Verfügung gegen Apple erlassen, diese wettbewerbsrechtlichen Verstöße einzustellen.

Apple forderte in seiner Widerklage (zusammengefasst):

1. Das Gericht möge feststellen, dass Epic durch seine Handlungen Vertragsverletzungen begangen habe.
2. Das Gericht möge die Haftpflicht von Epic für diese Vertragsverletzungen feststellen.
3. Das Gericht möge Apple den entgangenen Gewinn durch diese Vertragsverletzungen zusprechen.

⁴¹ Epic Games, Inc. v. Apple Inc. Par 118–126.

⁴² zB Epic Games, Inc. v. Apple Inc. Par 169–177.

⁴³ Epic Games, Inc. v. Apple Inc. Par 182.

⁴⁴ 94–435, title III, § 305(a), Sept. 30, 1976, 90 Stat. 1397, added immediately following the enacting clause of act July 2, 1890, the following: “That this Act [this section and sections 2 to 7 of this title] may be cited as the ‘Sherman Act’.”

⁴⁵ Sections 16600 et seq. of the California Business & Professions Code.

2.4. Die Urteile

Das erste Urteil wurde am 10. September 2021 verkündet.⁴⁶ Die Richterin wies darin neun von zehn Klagebegehren Epics ab. Allein der im Klagebegehren von Epic enthaltene Vorwurf der wettbewerbsbehindernden Stellung durch die verpflichtende Verbindung der In-App-Verkäufe mit dem Zahlungsprozess des App Stores wurde von ihr aufgegriffen. Sie wies an, dass es Apple untersagt sei Anbietern von Apps im App-Store zu verbieten externe Links und Buttons einzubauen, die Nutzerinnen und Nutzer auf eine externe Seite führen und welche die Möglichkeit enthalten, dort digitale Transaktionen vornehmen zu können.

In einem zweiten Urteil⁴⁷ vom selben Tag sprach die Richterin Apple den in der Widerklage beanspruchten Schadenersatz zu. Die Richterin kam diesbezüglich zu dem Entschluss, dass Apple im Recht war, Fortnite aus dem App Store zu entfernen. Daher sei Epic auch verpflichtet, Apple den entgangenen Gewinn, auf Grund der illegalen Implementierung eines alternativen Bezahlsystems zu ersetzen. Das Gericht setzte diesen auf 3.65 Millionen US-\$ fest.

3. Fazit und Ausblick in Bezug auf den „Digital Service Act“

An wen zahlt der Gnom nun? Der Rechtsstreit ging zwar um die Verteilung des Geldes, der Gnom selbst war aber als Verbraucher von dieser wettbewerbsrechtlichen Auseinandersetzung zum Zuschauer degradiert worden. Vom Gericht wurde ihm sogar abgesprochen, dass er allzu große Kenntnis darüber besitze, wie sein Geld letztendlich aufgeteilt würde⁴⁸.

Die Richterin Gonzalez Rogers stellte in ihrer Urteilsbegründung fest, dass Nutzerinnen und Nutzer im Mobilbereich auf Grund des dort vorherrschenden „Freemium“-Geschäftsmodelles oft nicht nur anderes strukturiert sein, sondern auch an andere Distributionsstrukturen gewöhnt seien. Android und iOS bildeten nach Ansicht des Gerichts ein Duopol, obwohl mit der Nintendo-Switch und andere Cloud-Gaming Dienstleister als potenzielle Mitbewerber identifiziert werden konnten. Das Gericht bewertete den Anteil von Apple an diesem Markt mit 55% und sah diesen Marktanteil zusammen mit den „außerordentlich hohen Gewinnmargen“ als mögliches Anzeichen für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung. Nichtsdestotrotz entschied die Richterin, dass diese Faktoren allein kein kartellrechtliches Verhalten darstellen würden, denn „Erfolg sei nicht illegal“. Auch die Argumentation von Epic, dass Apple Nutzerinnen und Nutzer über ihre Dienste absichtlich an iOS binden würde, überzeugte Rogers nicht.

Auch wenn Epic nur in einem Punkt gegen Apple recht bekam, Apple aber wiederum mit seiner Klage auf Schadenersatz Erfolg hatte, so lässt das Urteil die Tür für künftige Kartellbeschwerden offen. Rogers führt nämlich aus, dass „die Beweise darauf hindeuten, dass Apple mit seinem beträchtlichen Marktanteil nah an der Grenze zu einer Firma mit beträchtlicher Marktmacht oder Monopolmacht stehe“. „Apple würde nur dadurch gerettet, dass sein Anteil am Markt nicht höher sei, als jener von Konkurrenten, welche aus verwandten Teilmärkten in den Teilmarkt Mobile Gaming vordringen würde“ Die Richterin warf Epic vor, sich diesbezüglich nicht ausreichend auf dieses Thema konzentriert zu haben.

Epic musste also diesbezüglich nachsitzen, Apple musste 90 Tage nach der Urteilsveröffentlichung, also am 9. Dezember 2021, Anbietern die Möglichkeit einräumen, Zahlungen auch außerhalb des im App Store enthaltenen Zahlungsdienstes anzubieten. Da dieser Rechtsstreit noch nicht endgültig entschieden oder beigelegt werden konnte, bleibt abzuwarten, welche Änderungen dies für die Distributionswege der Anbieter in den USA bedeutet.

Es lohnt sich aber an dieser Stelle noch einen kurzen Blick auf den Vorschlag der EU für eine Verordnung zu digitalen Diensten zu werfen, da diese explizite Regeln für „Zugangstores“ oder auch „Gatekeeper“ (Anm: Wie

⁴⁶ <https://www.documentcloud.org/documents/21060628-epic-apple-injunction>.

⁴⁷ <https://www.documentcloud.org/documents/21060697-apple-epic-judgment>.

⁴⁸ Urteil Rz 603 ff.

zB Apple) aufstellt. Diese Gatekeeper hätten nach Meinung der EU erhebliche Auswirkungen auf die digitalen Märkte. Sie würden den Zugang zu diesen in erheblichem Maße kontrollieren und hätten eine gefestigte Marktstellung. Dies wiederum führe zu einer starken Abhängigkeit vieler gewerblicher Nutzer von diesen Gatekeepern und in einigen Fällen auch zu unlauterem Verhalten gegenüber diesen gewerblichen Nutzern. Zudem habe dies negative Auswirkungen auf die Bestreitbarkeit der betreffenden zentralen Plattformdienste. Ohne Maßnahmen auf EU-Ebene, so die Befürchtung, könnte es zu einer Fragmentierung des Binnenmarktes kommen.⁴⁹ Die VO richte daher gegen unlautere Praktiken von Gatekeepern, die entweder durch die bestehenden EU-Wettbewerbsvorschriften nicht abgedeckt seien oder im Rahmen dieser Vorschriften nicht wirksam unterbunden werden könnten.⁵⁰ Die Verordnung sei als *lex specialis* zu Art 101f AEUV zu verstehen.⁵¹

In den 79 Erwägungsgründen des DSA werden die im Rechtsstreit Epic vs Apple angesprochenen Vorwürfe an vielen Stellen aufgegriffen. Dies wird in Folge kurz verdeutlicht, um die möglichen Auswirkungen auf Apple, als Gatekeeper (siehe Art 1ff DSA), besser darstellen zu können.

Zunächst wird festgestellt, dass zentrale Plattformdienste gleichzeitig eine Reihe von Merkmalen aufweisen würden, die deren Betreiber zu ihrem eigenen Vorteil nutzen könnten⁵² und dass große Anbieter zentraler Plattformdienste beträchtliche wirtschaftliche Macht erlangt hätten und daher sich die Wahrscheinlichkeit erhöhe, dass die zugrunde liegenden Märkte bereits heute nicht mehr funktionieren würden oder aber zumindest in naher Zukunft nicht mehr gut funktionieren könnten.⁵³ Eine geringe Bestreitbarkeit und unlautere Praktiken sei insbesondere bei weitverbreiteten und allgemein genutzten digitalen Diensten der Fall, die meistens direkt zwischen gewerblichen Nutzern und Endnutzern vermitteln würden und bei denen Merkmale wie extreme Größenvorteile, sehr starke Netzwerkeffekte, die durch die Mehrseitigkeit dieser Dienste bedingte Fähigkeit, viele gewerbliche Nutzer mit vielen Endnutzern in Verbindung zu bringen, Lock-in-Effekte sowie fehlendes Multi-Homing oder eine vertikale Integration besonders stark ausgeprägt seien. Oft gäbe es nur einen oder sehr wenige Gatekeeper, was weitreichende Auswirkungen habe, da sie als solche nunmehr leicht zum Nachteil ihrer gewerblichen Nutzer und Endnutzer einseitig Geschäftsbedingungen festlegen könnten oder⁵⁴ aufgrund ihrer Position in bestimmten Fällen die Möglichkeiten gewerblicher Nutzer ihrer Online-Vermittlungsdienste Endnutzern über andere Online-Vermittlungsdienste Waren oder Dienstleistungen zu günstigeren Bedingungen (auch zu günstigeren Preisen) anzubieten zu beschränken (siehe Art 5 DSA). Durch diese Beschränkungen hätten Endnutzer auch nur begrenzte Wahlmöglichkeiten in Bezug auf Online-Vermittlungsdienste.⁵⁵

Daher und um eine weitere Verstärkung der Abhängigkeit gewerblicher Nutzer von den zentralen Plattformdiensten von Gatekeepern zu verhindern, sollten gewerbliche Nutzer den Vertriebskanal, der sich ihrer Ansicht nach am besten für Interaktionen mit Endnutzern eigne, frei wählen können. Gleiches gelte auch für die Endnutzer. Die Fähigkeit von Endnutzern, außerhalb der zentralen Plattformdienste des Gatekeepers ohne Einschränkungen Inhalte, Abonnements, Funktionen oder andere Elemente zu erwerben, sollte weder untergraben noch eingeschränkt werden.⁵⁶ Gewerbliche Nutzer sollten die Möglichkeit haben sich wegen verschiedener unlauterer Praktiken zu beschweren, zB wegen diskriminierender Zugangsbedingungen, einer ungerechtfertigten Schließung ihrer Nutzerkonten oder unklarer Gründe für die Auslistung ihrer Produkte.⁵⁷ Letztendlich sollten die Preiskonditionen oder andere allgemeine Zugangsbedingungen als unlauter angese-

⁴⁹ COM/2020/842 final, 1.

⁵⁰ COM/2020/842 final, 4.

⁵¹ COM/2020/842 final, EG 5.

⁵² COM/2020/842 final, EG 2.

⁵³ COM/2020/842 final, EG 3.

⁵⁴ COM/2020/842 final, EG 12.

⁵⁵ COM/2020/842 final, EG 37.

⁵⁶ COM/2020/842 final, EG 38.

⁵⁷ COM/2020/842 final, EG 39.

hen werden, wenn sie zu einem Ungleichgewicht zwischen den gewerblichen Nutzern auferlegten Rechten und Pflichten führen oder dem Gatekeeper einen Vorteil verschaffen, der in Anbetracht seiner Dienstleistung für die gewerblichen Nutzer unverhältnismäßig sei.⁵⁸

Die normativen Ausführungen zu den EG sprechen daher auch direkt die vorliegende Problematik der Aufteilung der Umsatzerlöse bzw. das Aufstellen von Distributionshemmnissen an. Apple wird unweigerlich als Gatekeeper gem Art 3 DSA zu qualifizieren sein und daher in den direkten Anwendungsbereich der VO fallen. In Hinblick auf die im amerikanischen Verfahren vorgebrachten Argumente von Epic wird davon auszugehen sein, dass Epic mit dem DSA eine hilfreiche Rechtsgrundlage erhält, seine Argumente, zumindest in der EU, erfolgreicher als in den USA vorbringen zu können, da die in Art 6 Abs 1 lit c DSA angesprochene Möglichkeit für Gatekeeper angemessene Maßnahmen ergreifen zu können, um sicherzustellen, dass Software-Anwendungen Dritter oder von Dritten betriebene Stores für Software-Anwendungen die Integrität der vom Gatekeeper bereitgestellten Hardware oder Betriebssysteme nicht gefährden, nur schwer begründbar sein wird. Auch das in Art 11 DSA angeführte „Umgehungsverbot“ in vertraglicher, kommerzieller, technischer oder sonstiger Hinsicht kann als starker Versuch gewertet werden, die Marktmacht von Gatekeepern zu beschränken und vor allem umsatzschwächeren gewerblichen Nutzern ein rechtliches Instrument zur Verfügung zu stellen, sich gegen mögliche diskriminierende Maßnahmen zur Wehr zu setzen. Inwiefern die durch den DSA eingeführten Regeln aber letztendlich Auswirkungen auf den Gnom als Endnutzer haben wird bleibt abzuwarten.

⁵⁸ COM/2020/842 final, EG 57.