

A. Aktuelle Rechtsprechung der Unionsgerichte

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

Juliane Kokott/Mariya Serafimova*

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

I. Einleitung

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

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

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

2 Vgl. insbesondere Urteile des Gerichtshofs v. 3.9.2024, Illumina und Grail/Kommission, C-611/22 P und C-625/22 P, EU:C:2024:677, und v. 13.7.2023, Kommission/CK

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

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

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

3 Vgl. Urteil des Gerichts v. 17.7.2024, Bytedance/Kommission, T-1077/23, EU:T:2024:478.

4 Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte bzw. Digital Markets Act, DMA), ABl. L 265 vom 12.10.2022, S. 1–66; siehe auch zur Benennung von Torwächtern nach dem DMA – Europäische Kommission, Pressemitteilung v. 6.9.2023, IP/23/4328, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_23_4328 (zuletzt aufgerufen am 19.11.2024).

5 Vgl. Europäische Kommission, Mitteilung C(2023) 1923 endg. v. 27.3.2023 zur Änderung der Mitteilung der Kommission — Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. C 45 v. 24.2.2009, S. 7–20, https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2023-03/20230327_aming_communication_art_102_0.pdf (zuletzt aufgerufen am 19.11.2024).

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

7 Am 6.7.2023 hat der Bundestag die 11. GWB-Novelle (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) verabschiedet, BT-Drs. 20/6824, Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und anderer Gesetze, <https://dserver.bundestag.de/btd/20/068/2006824.pdf> (zuletzt aufgerufen am 19.11.2024).

8 Vgl. Urteil des Gerichts v. 17.7.2024, Bytedance/Kommission, T-1077/23, EU:T:2024:478, Rn. 128 ff.; vgl. in diesem Sinne auch Urteil des Gerichtshofs v. 10.9.2024, Google und Alphabet/Kommission (Google Shopping), C-48/22 P, EU:C:2024:726, Rn. 166 ff.

9 Siehe *Bradford*, Digital Empires: The Global Battle to Regulate Technology, Oxford University Press, 2023.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

33 In der deutschen Fassung des Urteils „Vertriebshändler“.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. Zur Stärkung der Verteidigungsrechte von Unternehmen mit Marktmacht

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

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

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

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

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

47 Mitteilung der Kommission — Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. C 45 vom 24.2.2009, S. 7–20; vgl. auch Waller, 31 *Cardozo Law Review* (2009), S. 367 ff., 394 ff.

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

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

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

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

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

51 Mitteilung der Kommission — Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABL C 45 vom 24.2.2009, S. 7–20, Rn. 19.

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

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

54 Vgl. bereits Mitteilung der Kommission — Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABL C 45 vom 24.2.2009, S. 7–20.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Doch wie könnte eine effektive Kartellrechtsdurchsetzung in Zukunft aussehen?

IV. Zur effektiven Durchsetzung der Wettbewerbsregeln

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

105 Vgl. *Fox*, The Efficiency Paradox, New York University School of Law, Law & Economics Research Paper Series Working Paper No. 09-26, S. 77 ff.; *Hovenkamp/Scott Morton*, 168 *University of Pennsylvania Law Review* (2020), S. 1843 ff., 1844; *Bradford/Chilton/Lancieri*, 87 *University of Chicago Law Review* (2020), S. 297 ff., 298, 304. *Richard Posner* meint, dass die Wirtschaftsanalyse als solche nicht grundsätzlich konservativ ist, obwohl sie mit Konservatismus verbunden ist, vgl. *Posner*, *Economic Analysis of Law*, 9th Ed. 2014, S. 34 f.

106 *United States District Court for the District of Columbia*, 5.8.2024, Case No. 20-cv-3010 (APM).

107 *S. Microsoft Word - PFJ Cover Memo 11.20 FINAL (2)* (zuletzt aufgerufen am 19.11.2024).

108 Vgl. zu den Niederlagen der Kommission: Urteile v. 24.10.2024, *Kommission/Intel Corporation*, C-240/22 P, EU:C:2024:915, v. 6.9.2017, *Intel/Kommission*, C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, Rn. 333 ff.; sowie Urteil des Gerichts v. 18.9.2024, *Google und Alphabet/Kommission (Google AdSense for Search)*, T-334/19, EU:T:2024:634, Rn. 682.

109 Siehe Mitteilung der Kommission zur Änderung der Mitteilung der Kommission — Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABL C 116 v. 31.3.2023, S. 1; s. auch Kommission, Policy Brief “A dynamic and workable effects-based approach to Article 102 TFEU”, https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2023-03/kdak23001enn_competition_policy_brief_1_2023_Article102_0.pdf (zuletzt aufgerufen am 19.11.2024).

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

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

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

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

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

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

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

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

V. Ausblick – auf dem Weg zu einem Paradigmenwechsel?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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