

Ökonomische Ansätze in den Google-Urteilen des Gerichts der Europäischen Union – Eine kritische Analyse

Carsten König*

Abstract:

Die Urteile des Gerichts der Europäischen Union (EuG) in den Fällen *Google Shopping* (T-612/17) und *Google Android* (T-604/18) sind nicht nur wichtige Meilensteine für die Durchsetzung des Kartellrechts auf digitalen Märkten, sondern stehen auch in einer Reihe jüngerer Entscheidungen, die sich mit der Bedeutung ökonomischer Ansätze bei der Anwendung der Art. 101, 102 AEUV befassen. Für die Berücksichtigung solcher Ansätze spricht vor allem, dass sie eine präzise Ermittlung der wettbewerblichen Auswirkungen im jeweiligen Einzelfall ermöglichen und damit gewährleisten, dass die Anwendung des Kartellrechts seinen wettbewerbspolitischen Zielen entspricht und die berechtigten Interessen der betroffenen Unternehmen wahrt (Vermeidung von *over-enforcement*). Gleichzeitig sind die Gerichte jedoch mit der Herausforderung konfrontiert, die Anforderungen für Kartellbehörden und private Kläger nicht so weit zu erhöhen, dass eine effektive Durchsetzung des Kartellrechts praktisch unmöglich wird (Vermeidung von *under-enforcement*). Das EuG hat sich in den *Google*-Urteilen erkennbar bemüht, die widerstreitenden Interessen in diesem Spannungsfeld in einen angemessenen Ausgleich zu bringen und dabei wichtige Aussagen getroffen, die über die konkreten Fälle hinaus von Bedeutung sind. Dazu gehören Klarstellungen zum Verhältnis der kartellrechtlichen Generalklauseln zu Regelbeispielen und den dazu entwickelten Tests, zum Maßstab bei der Beurteilung wettbewerblicher Auswirkungen und zum sog. *As-Efficient-Competitor-Test* (AEC-Test). Sie werden im Folgenden dargestellt und einer kritischen Analyse aus wettbewerbsrechtlicher und wettbewerbsökonomischer Sicht unterzogen. Dabei geht es zum einen um die Frage, ob und ggf. inwieweit das EuG mit Aussagen in den *Google*-Ur-

* Der Autor ist Akademischer Rat a. Z. am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Kartell- und Regulierungsrecht, Recht der digitalen Wirtschaft von Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley) an der Universität zu Köln.

teilen von früheren eigenen Entscheidungen oder der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) abgewichen ist. Zum anderen soll diskutiert werden, ob das EuG die richtige Balance zwischen wettbewerbsökonomischer Präzision und Praktikabilität gefunden hat.

I.	Einleitung	40
II.	Generalklausel vs. Fallgruppen	43
1.	Grundsätze	44
2.	Bronner-Kriterien in Google Shopping	45
3.	Kritik	46
III.	Auswirkungsanalyse	49
1.	Grundsätze	49
2.	Sonderfall Produktkopplung?	52
3.	Kritik	53
IV.	As-Efficient-Competitor-Test (AEC-Test)	55
1.	Grundsätze	57
2.	Versäumnisse in Google Android	59
3.	Konsequenzen	60
V.	Fazit	65

I. Einleitung

Die ersten drei Kartellverfahren der Europäischen Kommission gegen Google – *Google Shopping*,¹ *Google Android*² und *Google AdSense*³ – haben das europäische Wettbewerbsrecht nachhaltig geprägt. Sie dienten nicht nur als Vorbild für weitere Ermittlungsverfahren,⁴ sondern hatten auch maßgeblichen Einfluss auf die Entstehung und Ausgestaltung des Digital Markets Act (DMA).⁵ Ob die Entscheidungen der Kommission in den *Google*-Fällen richtig waren, ist allerdings bis heute umstritten.⁶ Google setzt sich dagegen zur Wehr, hat aber bisher nur Achtungserfolge erzielt.

Im Fall *Google Shopping* hat das EuG die Entscheidung der Kommission insoweit bestätigt, als darin wettbewerbswidrige Auswirkungen auf den

1 Kommission v. 27.6.2017, AT.39740 – Google Search (Shopping).

2 Kommission v. 18.7.2018, AT.40099 – Google Android.

3 Kommission v. 20.3.2019, AT.40411 – Google Search (Ad Sense).

4 Vgl. Kommission v. 20.12.2022, AT.40703 – Amazon Buy Box, Rn. 203 ff.

5 Verordnung (EU) 2022/1925, ABl. 2022 L 265/1. Zum Einfluss der *Google*-Verfahren vgl. MüKoEuWettbR/Bueren/Weck, 4. Aufl. 2023, Art. 6 DMA Rn. 116; König, in: Steinrötter (Hrsg.), Europäische Plattformregulierung, 2023, § 13 Rn. 41.

6 Das gilt vor allem für die *Google Shopping*-Entscheidung und die Bewertung von Googles Selbstbegünstigung (*self-preferencing*) als Missbrauch i.S. von Art. 102 AEUV, vgl. dazu MüKoEuWettbR/Bien, 4. Aufl. 2023, Art. 102 AEUV Rn. 497, 653 ff.; Achleitner, EuR 2022, 253; Burchardi, NZKart 2022, 610; Hornkohl, 13 J. Eur. Comp. L. & Prac. 99 (2022); aus ökonomischer Sicht Motta, 90 Int. J. Ind. Org. 102974 (2023).

Märkten für Preisvergleichsdienste festgestellt worden waren.⁷ Soweit die Kommission darüber hinaus wettbewerbswidrige Auswirkungen auf den Märkten für allgemeine Suchdienste festgestellt hatte, wurde ihre Entscheidung hingegen aufgehoben.⁸ Da dieser Teil für die Entscheidung jedoch nicht von tragender Bedeutung war, bestätigte das EuG das Bußgeld in Höhe von rund 2,42 Mrd. Euro dennoch in vollem Umfang. Über das von Google eingelegte weitere Rechtsmittel hat der EuGH bis Januar 2024 noch nicht entschieden.⁹ Im Fall *Google Android* hat das EuG die Entscheidung der Kommission bestätigt, soweit sie missbräuchliche Produktkopplungen zwischen Android bzw. dem Google Play Store und den Apps Google Search und Google Chrome festgestellt hatte.¹⁰ Darüber hinaus stimmte das EuG mit der Kommission darin überein, dass Google seine Marktmacht missbraucht habe, indem es die Entwicklung unabhängiger „*Android Forks*“ behinderte.¹¹ Nicht bestätigt wurde hingegen die Feststellung des dritten Missbrauchs, den die Kommission darin gesehen hatte, dass Google Hersteller von Mobilgeräten dafür bezahlt habe, dass sie keine mit Google Search konkurrierenden Suchmaschinen-Apps auf ihren Geräten vorinstallieren.¹² Das Bußgeld hat das EuG in der Folge von ca. 4,34 Mrd. Euro auf ca. 4,13 Mrd. Euro herabgesetzt. Über das weitere Rechtsmittel von Google hat der EuGH bisher noch nicht entschieden.¹³ Im dritten Fall, *Google AdSense*, hat selbst das EuG bis Anfang 2024 noch keine Entscheidung getroffen, obwohl das Verfahren bereits seit Juli 2019 anhängig ist.¹⁴

Die Urteile des EuG in Sachen *Google Shopping* und *Google Android* sind wegen der nahezu vollständigen Bestätigung der Bußgelder als Erfolge für

7 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 150 ff., 212 ff., 368 ff., 401 ff., 432 ff., 596 f. und Ziff. 2 des Tenors; vgl. ausf. *Achleitner*, EuR 2022, 253 ff.

8 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 456–459 und Ziff. 1 des Tenors.

9 EuGH, C-48/22 P – Google Shopping. Generalanwältin Kokott hat dem EuGH vorgeschlagen, das Rechtsmittel Googles vollständig zurückzuweisen, s. GA Kokott, Schlussanträge v. 11.1.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:14, Rn. 206.

10 EuG, Urt. v. 14.9.2022, T-604/18 – Google Android, ECLI:EU:T:2022:541, Rn. 274 ff. Vgl. ausf. zum *Android*-Urteil *Achleitner*, EuR 2023, 100 ff.; *König*, EU Law Live v. 7.12.2022, <https://tlp.de/li98h>.

11 EuG, Urt. v. 14.9.2022, T-604/18 – Google Android, ECLI:EU:T:2022:541, Rn. 803 ff.

12 Ebd., Rn. 620 ff.

13 EuGH, C-738/22 P – Google Android.

14 EuG, T-334/19 – Google AdSense.

die Kommission angesehen worden.¹⁵ Im Ergebnis wird man dem zustimmen können. Allerdings sollte darüber nicht in Vergessenheit geraten, dass das EuG der Kommission in wichtigen Punkten nicht gefolgt ist. Das gilt vor allem für die Bewertung der Exklusivitätszahlungen im *Android*-Fall. Die Kommission hatte hierfür u. a. einen AEC-Test durchgeführt, der jedoch vom EuG gleich in mehrfacher Hinsicht beanstandet wurde.¹⁶ Das *Android*-Urteil steht damit in einer Reihe mit anderen Urteilen aus der jüngeren Zeit, in denen sich die Gerichte skeptisch zum AEC-Test geäußert bzw. eine gründliche Durchführung des Tests angemahnt haben.¹⁷ Doch auch soweit das EuG die Entscheidungen der Kommission in *Shopping* und *Android* bestätigt hat, enthalten seine Urteile wichtige Aussagen, die über die konkreten Fälle hinaus von Bedeutung sind. Das gilt gerade auch für die Berücksichtigung ökonomischer Ansätze bei der Anwendung der Art. 101, 102 AEUV, über die in jüngerer Zeit wieder verstärkt diskutiert wird.¹⁸ Hintergrund sind u. a. die Pläne der Kommission, Leitlinien zu Behinderungsmissbräuchen zu erarbeiten und damit den vor gut 15 Jahren begonnenen „*more economic approach*“ ein gutes Stück zurückzunehmen.¹⁹ Aus der breiten Vielfalt möglicher Themen sollen im Folgenden drei herausgegriffen werden, die sich anhand der *Google*-Fälle besonders anschaulich diskutieren lassen. Zunächst wird anhand des *Shopping*-Falles näher untersucht, in welchem Verhältnis die kartellrechtlichen Generalklauseln zu den Regelbeispielen und den dazu entwickelten Tests stehen (unter II.). Sodann wird diskutiert, anhand welchen Maßstabs zu untersuchen ist, ob ein Verhalten zu wettbewerbswidrigen Auswirkungen führt. Anschauungsmaterial liefern sowohl der *Shopping*- als auch der *Android*-Fall (III.). Abschließend wird dann noch untersucht, welche Rolle der AEC-Test in *Android* spielte und welche Folgerungen sich daraus für die künftige Praxis der Kommission

15 Vgl. z. B. *Achleitner*, EuR 2023, 100, 101; *Völcker/Benditz*, EuZW 2022, 247, 251 f.

16 Dazu aufs. unten, unter IV.2.

17 Vgl. auch noch EuG, Urt. v. 15.6.2022, T-235/18 – Qualcomm, ECLI:EU:T:2022:538, Rn. 371 ff.; Urt. v. 26.1.2022, T-286/09 RENV – Intel, ECLI:EU:T:2022:19, Rn. 150 ff. Vgl. dazu etwa *Lauer*, 20 Eur. Comp. J. 45 (2024); *Neven*, 14 J. Eur. Comp. L. & Prac. 565 (2023); *Burholt/Kurz*, WuW 2022, 182 ff.

18 Vgl. *Ibáñez Colomo*, 14 J. Eur. Comp. L. & Prac. 608 (2023); *Higer*, NZKart 2023, 385 ff.; *Kadar/Holzwarth*, NZKart 2023, 333 f.; *Neven*, 14 J. Eur. Comp. L. & Prac. 565 (2023); *Rohner*, WuW 2023, 527 ff.; *Schweitzer*, WuW 2023, 61; Kommission, Competition Policy Brief No. 1/2023; BKartA, Guidelines on Article 102 TFEU – New standards for abuse control? Working Group on Competition Law Background Paper, 28.9.2023.

19 Kommission, Pressemitteilung v. 27.3.2023, IP/23/1911.

in Bezug auf Behinderungsmissbräuche nach Art. 102 AEUV ziehen lassen (IV.).

II. Generalklausel vs. Fallgruppen

Es ist eine zentrale Forderung des *more economic approach*, dass es für die Beurteilung, ob ein Verhalten wettbewerbswidrig ist, nicht auf dessen Form (z. B. Ausschließlichkeitsbindung, Kopplung, Kampfpreis etc.), sondern auf dessen Auswirkungen ankommen soll. Das Schubladendenken des früheren formbasierten Ansatzes (*form-based approach*) soll durch eine Analyse der tatsächlichen und potenziellen Wettbewerbswirkungen im konkreten Fall (*effects-based approach*) ersetzt werden.²⁰ Die Regelbeispiele der Art. 101, 102 AEUV und die darüber hinaus von der Rechtsprechung anerkannten Fallgruppen sollen demgegenüber an Bedeutung verlieren. Vor diesem Hintergrund ist es erstaunlich, wie intensiv im Zusammenhang mit *Google Shopping* darüber gestritten wurde, um welche „Art“ von Missbrauch es sich handelt und welche Tests anzuwenden sind.²¹ Auch das EuG hat sich hiermit befasst und im laufenden Verfahren vor dem EuGH scheint der Streit um die richtige Einordnung des Verhaltens von Google eine noch größere Rolle zu spielen.²² Die Diskussion ist aufschlussreich für die Frage, in welchem Verhältnis die kartellrechtlichen Generalklauseln zu den Fallgruppen stehen und welche Konsequenzen sich daraus für die von der Rechtsprechung entwickelten Tests ergeben.

20 Vgl. Immenga/Mestmäcker/Fuchs, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV Rn. 9; König, 44 Eur. L. Rev. 680, 682 f. (2019); Petit, 32 World Competition 485 (2009); O'Donoghue/Padilla, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 3. Aufl. 2020, S. 277 ff.; Witt, The More Economic Approach to EU Antitrust Law, 2016, S. 287 ff.; Bishop/Walker, The Economics of EC Competition Law, 3. Aufl. 2010, Rn. 6-012.

21 Vgl. nur Hoffer/Lehr, NZKart 2019, 10, 16 ff.; Edelman, 11 J. Comp. L. & Econ. 365, 369 ff. (2015); Paal, GRUR Int. 2015, 997, 1001 f.; Petit, 1(3) Comp. L. & Pol'y Deb. 4 ff. (2015); Vesterdorf, 1(1) Comp. L. & Pol'y Deb. 4, 6 ff. (2015); Lianos/Motchenkova, 9 J. Comp. L. & Econ, 419, 434 ff., 438 ff. (2013); Zinndorf, Internetsuchmaschinen in der unionskartellrechtlichen Missbrauchskontrolle, 2020, S. 254 ff.

22 Vgl. GA Kokott, Schlussanträge v. 11.1.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:14, Rn. 57 ff.

1. Grundsätze

Die ökonomischen Argumente gegen eine zu starke Kategorisierung sind schnell zusammengefasst: Unternehmerisches Verhalten kann für den Wettbewerb auch schädlich sein, wenn es nicht einem der Regelbeispiele in Art. 101, 102 AEUV oder einer darüber hinaus von der Rechtsprechung anerkannten Fallgruppe entspricht. Werden rechtliche Tests auf „typischerweise“ wettbewerbswidriges Verhalten zugeschnitten, laden sie Unternehmen dazu ein, die Anwendung der Tests durch geringfügig abweichendes Verhalten zu umgehen.²³ Dieses kann jedoch genauso schädlich sein, wie das Verhalten, das der jeweiligen Fallgruppe ihre Prägung gibt.²⁴ Aus wettbewerbspolitischer Sicht sollte es deshalb für die Anwendung der Art. 101, 102 AEUV keinen Unterschied machen, welche Form das unternehmerische Verhalten einnimmt.²⁵ Entscheidend sollte sein, ob das Verhalten im Ergebnis den Wettbewerb beschränkt (und ggf. ob es sich dennoch durch konkrete Effizienzvorteile rechtfertigen lässt). Regelbeispiele und Fallgruppen sollen aus dieser Sicht vor allem administrative Kosten einsparen, indem sie für „typische“ Situationen die Nachweislast reduzieren und die Verfahrenseffizienz erhöhen.

Auch rechtlich ist die Sache eigentlich klar: Der EuGH betont in ständiger Rechtsprechung, dass die Regelbeispiele der Art. 101, 102 AEUV nicht abschließend sind. Zu Art. 102 AEUV hat er konkret festgestellt, „dass es sich bei der in dieser Bestimmung enthaltenen Aufzählung missbräuchlicher Praktiken um keine erschöpfende Wiedergabe der Arten der nach dem Unionsrecht verbotenen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung handelt“.²⁶ Es ist also ohne weiteres möglich, andere, für den Wettbewerb ebenfalls schädliche Verhaltensweisen als missbräuchlich einzustufen. Die Generalklausel und die Regelbeispiele stehen also gleichberechtigt nebeneinander. Für die Generalklausel hat der EuGH den Begriff des Missbrauchs in jüngerer Zeit vor allem durch die Verdrängungswirkung und in Abgrenzung zum Begriff des Leistungswettbewerbs definiert. So heißt es in *Unilever*, ein Missbrauch könne insbesondere dann nachgewiesen werden,

23 EAGCP, An Economic Approach to Article 82, Juli 2005, S. 2.

24 Ebd., S. 5.

25 Vgl. König, 44 Eur. L. Rev. 680, 682 f. (2019).

26 EuGH, Urt. v. 16.3.2023, C-449/21 – Towercast, ECLI:EU:C:2023:207, Rn. 49; Urt. v. 17.2.2011, C-51/09 – TeliaSonera, ECLI:EU:C:2011:83, Rn. 26; Urt. v. 21.2.1973, 6/72 – Continental Can, ECLI:EU:C:1973:22, Rn. 26.

„wenn das vorgeworfene Verhalten für ebenso leistungsfähige Wettbewerber [...] Verdrängungswirkung entfaltet hat oder wenn dieses Verhalten auf der Nutzung anderer Mittel als derjenigen beruhte, die zu einem „normalen“ Wettbewerb, d. h. einem Leistungswettbewerb, gehören.“²⁷ Bei der Prüfung, ob ein Verhalten missbräuchlich ist, ist nach ständiger Rechtsprechung „allen besonderen Umständen des Falles Rechnung zu tragen“.²⁸ Das Konzept des Missbrauchs ist also denkbar weit und durch Regelbeispiele und Fallgruppen nicht präjudiziert.

2. Bronner-Kriterien in Google Shopping

Ungeachtet dieser Grundsätze wird offenbar verbreitet für möglich gehalten, dass die zu Art. 102 AEUV entwickelten Fallgruppen und Tests zumindest für ihren jeweiligen Anwendungsbereich (wie auch immer definiert) abschließend sein können.²⁹ Nach dem Motto: Eine Ausschließlichkeitsbindung, eine Kopplung etc. ist verboten, wenn sie den Anforderungen des jeweiligen Tests entspricht, andernfalls ist sie erlaubt. Auch das EuG scheint in *Google Shopping* einem solchen Ansatz zu folgen und zwar hinsichtlich der Kriterien, die der EuGH in *Bronner*³⁰ für die Behandlung von Zugangsverweigerungen formuliert hat (sog. *Bronner-Kriterien*). Denn im *Shopping*-Urteil des EuG heißt es, der EuGH habe festgestellt, „dass die Weigerung eines Unternehmens in beherrschender Stellung, Zugang zu einer Dienstleistung zu gewähren, nur dann einen Missbrauch [...] darstellen kann, wenn sie geeignet ist, jeglichen Wettbewerb auf dem Markt durch denjenigen, der die Dienstleistung begehrt, auszuschalten, wenn sie nicht objektiv zu rechtfertigen ist und wenn die Dienstleistung selbst für die Ausübung der Tätigkeit des Nachfragers in dem Sinne unentbehrlich ist,

27 EuGH, Urt. v. 19.1.2023, C-680/20 – Unilever, ECLI:EU:C:2023:33, Rn. 39; vgl. auch schon EuGH, Urt. v. 12.5.2022, C-377/20 – SEN, ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 103. Zum Konzept der Kommission („wettbewerbswidrige Marktverschließung“) vgl. Prioritäten-Mitteilung zu Art. 82 EG (= Art. 102 AEUV), ABl. 2009 C 45/7, Rn. 19 ff.

28 EuGH, Urt. v. 12.1.2023, C-42/21 P – Lietuvos geležinkeliai, ECLI:EU:C:2023:12, Rn. 78; Urt. v. 25.3.2021, C-152/19 P – Deutsche Telekom, ECLI:EU:C:2021:238, Rn. 42; Urt. v. 6. 10.2015, C-23/14 – Post Danmark, ECLI:EU:C:2015:651, Rn. 68; Urt. v. 17.2.2011, C-52/09 – TeliaSonera, ECLI:EU:C:2011:83, Rn. 68.

29 Vgl. etwa *Hoffer/Lehr*, NZKart 2019, 10, 16 ff.; *Vesterdorf*, 1(1) Comp. L. & Pol'y Deb. 4, 6 ff. (2015); vgl. aber auch schon *Petit*, 1(3) Comp. L. & Pol'y Deb. 4, 7 f. (2015).

30 EuGH, Urt. v. 26.11.1998, C-7/97 – Bronner, ECLI:EU:C:1998:569.

dass es keinen tatsächlichen oder potenziellen Ersatz für sie gibt“³¹ Um die *Bronner*-Kriterien trotzdem nicht anwenden zu müssen und das Verhalten von Google nach anderen Maßstäben bewerten zu dürfen, bemüht das EuG sodann eine Argumentation, die formalistischer kaum sein könnte. Es erklärt, warum Googles „Selbstbevorzugung“ keine „Zugangsverweigerung“ i. S. von *Bronner* sei: „Eine ‚Verweigerung‘ des Zugangs [...] setzt nämlich zum einen voraus, dass sie ausdrücklich erfolgt, d. h. dass es einen ‚Antrag‘ oder jedenfalls einen Wunsch nach Zugang und eine darauf bezogene ‚Verweigerung‘ gibt, und zum anderen, dass der die Verdrängungswirkung auslösende Umstand – das beanstandete Verhalten – hauptsächlich in der Verweigerung als solcher besteht und nicht in einer außerhalb dieses Rahmens liegenden Verhaltensweise wie insbesondere einer anderen Form des Missbrauchs durch Hebelwirkung“³² Die *Bronner*-Kriterien sollen also nur anwendbar sein, wenn ein Verhalten genau der Form einer Zugangsverweigerung entspricht.

3. Kritik

Der formbasierte Ansatz des EuG bringt alle Risiken mit sich, vor denen die Anhänger des *more economic approach* zu Recht warnen.³³ Er lädt dazu ein, vor allem darüber zu streiten, ob ein bestimmtes Verhalten eine Zugangsverweigerung darstellt oder nicht. Ob das Verhalten den Wettbewerb beschränkt, droht demgegenüber in den Hintergrund zu geraten. Das zeigt sich nun auch im Rechtsmittelverfahren vor dem EuGH, wo in der mündlichen Verhandlung am 19.9.2023 über kein Thema so ausführlich diskutiert wurde wie über die Anwendbarkeit der *Bronner*-Kriterien.³⁴ Die Diskussion darüber, was genau eine „Zugangsverweigerung“ ist und ob Google durch sein selbstbevorzugendes Verhalten anderen Anbietern von Preisvergleichsdiensten den (gleichberechtigten?) Zugang zu besonders at-

31 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 213 (Herv. C.K.); vgl. auch EuGH, Urt. v. 25.3.2021, C-165/19 P – Slovak Telekom, ECLI:EU:C:2021:239, Rn. 44.

32 Ebd., Rn. 232. Ähnlich EuGH, Urt. v. 25.3.2021, C-165/19 P – Slovak Telekom, ECLI:EU:C:2021:239, Rn. 59: keine Zugangsverweigerung, wenn Zugang gewährt wurde und nur die Bedingungen streitig sind.

33 Siehe schon oben, Text bei Fn. 23–25.

34 Vgl. EU Law Live v. 19.9.2023, <https://t1p.de/ik59u>. Vgl. auch GA Kokott, Schlussanträge v. 11.1.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:14, Rn. 57 ff.

traktiven Platzierungen im Google-Ranking verweigert hat, lenkt jedoch von der eigentlich entscheidenden Frage ab, ob dadurch der Wettbewerb beschränkt wurde. Es wäre deshalb zu begrüßen gewesen, wenn das EuG in *Google Shopping* deutlicher zum Ausdruck gebracht hätte, dass die *Bronner*-Kriterien nur Mittel zum Zweck sind und nicht ausschließen, dass eine Wettbewerbsbeschränkung auch auf anderem Wege nachgewiesen werden kann.³⁵ Wie das EuG selbst ausgeführt hat, sollen die *Bronner*-Kriterien vor allem sicherstellen, dass die Anreize, in die jeweils relevante Infrastruktur zu investieren, durch kartellrechtliche Zugangsansprüche nicht übermäßig geschwächt werden.³⁶ Außerdem sollen sich die Zugangspotenten nicht an fremden Leistungen bereichern können, die sie auch selbst erbringen könnten, weil dann Innovationspotenziale verloren zu gehen drohen (Tritt-brettfahrerproblematik).³⁷ Zu diesen Fragen hätte man sich vom EuG eine tiefergehende Analyse gewünscht. Welche Folgen sich aus der Entscheidung der Kommission für die Anreize von Google und anderen (potenziellen) Suchmaschinenbetreibern ergeben und welche Auswirkungen dies für den Wettbewerb auf den Suchmaschinenmärkten haben könnte, wird im *Shopping*-Urteil nicht diskutiert.

Die starke Fokussierung des EuG in *Shopping* auf die *Bronner*-Kriterien ist aber nicht nur aus wettbewerbsökonomischer Sicht wenig überzeugend, sondern scheint außerdem auf einem Missverständnis des *Bronner*-Urteils zu beruhen.³⁸ Der EuGH hat an der vom EuG zitierten Stelle nicht festgestellt, dass eine Zugangsverweigerung nur unter den Voraussetzungen der *Bronner*-Kriterien missbräuchlich ist, sondern er hat erläutert, dass sich „aus dem Urteil Magill“ nur dann auf einen Missbrauch schließen lasse, wenn die Kriterien erfüllt seien, die seither als *Bronner*-Kriterien bekannt sind.³⁹ Die vom EuG in *Shopping* in Bezug genommene restriktive

35 Vgl. GA Kokott, Schlussanträge v. 11.1.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:14, Rn. 83 ff.

36 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 217. Vgl. MüKoEuWettbR/Kerber/Schwalbe, 4. Aufl. 2023, Grundlagen Rn. 653 ff.; König, in: Borges/Keil (Hrsg.), Rechtshandbuch Big Data, 2023, § 12 Rn. 79 ff.; König, in: Hennemann/Sattler (Hrsg.), Immateriagüter und Digitalisierung, 2017, S. 89, 91 ff.; Bishop/Walker, The Economics of EC Competition Law, 3. Aufl. 2010, Rn. 6-120 ff.

37 Vgl. König, in: Borges/Keil (Hrsg.), Rechtshandbuch Big Data, 2023, § 12 Rn. 87.

38 Zu diesem Missverständnis könnte beigetragen haben, dass der EuGH selbst in *Slovak Telekom* das *Bronner*-Urteil ähnlich interpretiert hat wie später das EuG in *Google Shopping*, vgl. Urt. v. 25.3.2021, C-165/19 P – Slovak Telekom, ECLI:EU:C:2021:239, , Rn. 44.

39 EuGH, Urt. v. 26.11.1998, C-7/97 – Bronner, ECLI:EU:C:1998:569, Rn. 41.

Formulierung des EuGH („nur“) bezog sich also unmittelbar nicht auf Art. 86 EGV (= Art. 102 AEUV), sondern auf das Urteil *Magill*. Die darin für einen kartellrechtlichen Zugangsanspruch formulierten Anforderungen waren sehr niedrig und hätten sinnvolle Anreize in die Investition „wesentlicher Infrastrukturen“ (*essential facilities*) gefährden können.⁴⁰ Der EuGH schränkte die *Magill*-Kriterien ein und ersetzte sie durch die *Bronner*-Kriterien.⁴¹ Das bedeutet jedoch nicht, dass Zugangsansprüche künftig nur noch nach Maßgabe der *Bronner*-Kriterien bestehen und „Zugangsverweigerungen“ im Übrigen von Art. 102 AEUV freigestellt sein sollten.

Es würde die Funktion kartellrechtlicher Regelbeispiele und Fallgruppen erkennen, ihnen eine solche befreiende Wirkung beizumessen. Es soll damit kein „safe harbor“ für Unternehmen geschaffen werden, deren Verhalten möglicherweise gegen Art. 101, 102 AEUV verstößt. Es soll lediglich für bestimmte, typische Verhaltensweisen klargestellt werden, dass sie immer oder doch regelmäßig zu Wettbewerbsbeschränkungen führen und dass daher eine Vermutung dafür streitet, dass sie nach Art. 101, 102 AEUV verboten sind. Der Nachweis der Voraussetzungen einer Fallgruppe wird oft leichter sein als der Nachweis der Voraussetzungen der jeweiligen Generalklausel. Letzterer bleibt jedoch stets möglich und wird durch das Nichtvorliegen der Voraussetzungen einer oder mehrerer Fallgruppen nicht präjudiziert. Für die *Bronner*-Kriterien bedeutet dies: Sie besagen lediglich, dass jedenfalls dann ein Missbrauch i. S. von Art. 102 AEUV gegeben ist, wenn die Kriterien erfüllt sind. Das schließt jedoch nicht aus, dass auch in Situationen, in denen die Kriterien nicht erfüllt sind, ein Missbrauch gegeben sein kann. Dafür kommt es auch nicht darauf an, ob sich das Verhalten als „Zugangsverweigerung“ qualifizieren lässt oder nicht. Auch in Bezug auf ein Verhalten, das einer etablierten Fallgruppe ähnelt oder entspricht, muss es der Kommission unbenommen bleiben, statt der Voraussetzungen des für diese Fallgruppe entwickelten Tests die Voraussetzungen der Generalklausel nachzuweisen. Genau das hat die Kommission in *Shopping* getan: Statt sich auf die Voraussetzungen einer bestimmten Fallgruppe zu stützen, hat sie sich darum bemüht, unmittelbar nachzuweisen, dass das Verhalten von Google eine Verdrängungswirkung

40 Vgl. MüKoEuWettbR/Wolf, 4. Aufl. 2023, Grundlagen Rn. 1260 ff.; O'Donoghue/Padilla, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 3. Aufl. 2020, S. 629 ff.; König, in: Veenbrink/Looijestijn-Clearie/Rusu (Hrsg.), Digital Markets in the EU, 2018, S. 175, 180 ff.

41 EuGH, Urt. v. 26.11.1998, C-7/97 – Bronner, ECLI:EU:C:1998:569, Rn. 39 ff.

auf den Märkten für Preisvergleichsdienste entfaltet und dass es auf Mitteln beruht, die nicht zum normalen Leistungswettbewerb gehören.⁴² Wenn die Kommission damit recht hat, ist ein Missbrauch i. S. der Generalklausel des Art. 102 AEUV nachgewiesen und die Fallgruppen sind nicht mehr relevant. Es bleibt daher zu hoffen, dass sich der EuGH nicht von Googles Vortrag zur Anwendung der *Bronner-Kriterien* ablenken lässt, sondern sich stattdessen darauf konzentriert, ob die Einwände des Unternehmens gegen den Nachweis der Verdrängungswirkung durchgreifen.

III. Auswirkungsanalyse

Aufschlussreiche Ausführungen enthalten die *Google*-Urteile des EuG auch zu der Frage, anhand welchen Maßstabs zu untersuchen ist, ob ein unternehmerisches Verhalten zu wettbewerbswidrigen Auswirkungen führt. Nach der bisherigen Rechtsprechung ist im Grundsatz davon auszugehen, dass der Nachweis *potenzieller* Auswirkungen genügt, also nur nachgewiesen werden muss, dass das relevante Verhalten geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken.⁴³ Im *Google Shopping*-Verfahren wurden jedoch die Grenzen dieses Prinzips ausgetestet und es stellt sich die Frage, ob die Lösung, die das EuG gefunden hat, überzeugend ist. Im *Google Android*-Urteil ist das EuG außerdem davon ausgegangen, dass in bestimmten Fällen von Produktkopplungen nachgewiesen werden muss, dass der Wettbewerb *tatsächlich* (und nicht bloß potenziell) beschränkt wurde. Auch dies ist kritisch zu hinterfragen.

1. Grundsätze

Prinzipiell kann sowohl bei Art. 101 AEUV als auch bei Art. 102 AEUV zwischen zwei Gruppen von Verhaltensweisen unterschieden werden: Einerseits gibt es Praktiken, die so offensichtlich wettbewerbswidrig sind, dass sie den Verboten der Art. 101, 102 AEUV unterliegen, ohne dass im jeweiligen Einzelfall wettbewerbswidrige Auswirkungen nachgewiesen werden müssen. Bei Art. 101 AEUV spricht man insoweit von „bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen“ und zählt dazu u. a. horizontale Preisabsprä-

42 Kommission v. 27.6.2017, AT.39740 – Google Search (Shopping), Rn. 341 ff., 589 ff.

43 Siehe unten, bei Fn. 48.

chen, die Aufteilung von Märkten mit absolutem Gebietsschutz (*absolute territorial protection*) und vertikale Preisbindungen (*resale price maintenance*).⁴⁴ Bei Art. 102 AEUV wird eine entsprechende Unterscheidung durch den Wortlaut der Vorschrift nicht nahegelegt, jedoch hat der EuGH auch insoweit schon Praktiken als so offensichtlich wettbewerbswidrig eingestuft, dass er eine Prüfung der konkreten Auswirkungen auf den Wettbewerb für entbehrlich hielt. Ein klassisches Beispiel ist die Behandlung von Ausschließlichkeitsbindungen und Treuerabatten in *Hoffmann-La Roche*,⁴⁵ allerdings hat der EuGH diesen Ansatz im *Intel*-Urteil erheblich „konkretisiert“ und in Richtung einer Auswirkungsanalyse verschoben.⁴⁶ Ein guter Kandidat aus jüngerer Zeit sind die „reinen Beschränkungen“ (*naked restrictions*) des *Intel*-Falles, die nach Einschätzung des EuG „eindeutig nicht zum Leistungswettbewerb“ gehörten,⁴⁷ zu denen sich der EuGH in seinem Urteil jedoch nicht geäußert hat. Andererseits gibt es Praktiken, die nicht so offensichtlich wettbewerbswidrig sind, dass sie *per se* den Verboten der Art. 101, 102 AEUV unterliegen. Die Verbote greifen dann nur, wenn im jeweiligen Einzelfall nachgewiesen wird, dass das fragliche unternehmerische Verhalten den Wettbewerb beschränkt. Grundsätzlich genügt dafür jedoch der Nachweis einer tatsächlichen oder *potenziellen* Wettbewerbsbeschränkung.⁴⁸ Es muss also nicht nachgewiesen werden, dass der Wettbewerb tatsächlich beschränkt wurde, sondern es genügt, wenn die Wettbewerbsbehörde (oder der private Kläger) zeigt, dass das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens *geeignet* war, den Wettbewerb zu beschränken. Damit soll zum einen sichergestellt werden, dass auch Versuche erfasst werden können, also Verhalten, das auf eine Wettbewerbsbeschränkung ausgerichtet war, jedoch (bisher) erfolglos geblieben ist.⁴⁹ Zum anderen

44 Vgl. EuGH, Urt. 11.9.2014, C-67/13 P – CB, ECLI:EU:C:2014:2204, Rn. 49–51; Urt. v. C-32/11 – Allianz Hungária, ECLI:EU:C:2013:160, Rn. 34; Urt. v. 30.6.1966, 56/65 – LTM, EU:C:1966:38, S. 303 f.; MünchKommEuWettbR/Säcker/Zorn, 4. Aufl. 2023, Art. 101 AEUV Rn. 258 ff.; Immenga/Mestmäcker/Zimmer, 6. Aufl. 2019, Art. 101 AEUV Rn. 129 ff.; Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 11 Rn. 35 ff.

45 EuGH, Urt. v. 13.2.1979, 85/76 – Hoffmann-La Roche, ECLI:EU:C:1979:36, Rn. 89 f.

46 EuGH, Urt. v. 6.9.2017, C-413/14 P – Intel, ECLI:EU:C:2017:632, Rn. 138 ff.

47 EuG, Urt. v. 12.6.2014, T-286/09 – Intel, ECLI:EU:T:2014:547, Rn. 205, 209.

48 EuGH, Urt. v. 12.5.2022, C-377/20 – SEN, ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 49 ff.

49 Vgl. EuGH, Urt. v. 12.5.2022, C-377/20 – SEN, ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 53; Urt. v. 30.1.2020, C-538/18 P u. C-539/18 P – České dráhy, ECLI:EU:C:2020:53, Rn. 70; Urt. v. 17.2.2011, C-52/09 – TeliaSonera, ECLI:EU:C:2011:83, Rn. 65; Immenga/Mestmäcker/Fuchs, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV Rn. 143 f.

lässt sich in der Absenkung des Maßstabes auf potenzielle Auswirkungen das Bemühen erkennen, eine präzise, einzelfallgerechte Anwendung der Art. 101, 102 AEUV zu ermöglichen, ohne jedoch deren praktische Durchsetzung durch zu hohe Anforderungen zu gefährden.

Im *Google Shopping*-Urteil hat das EuG an diesen Grundsätzen festgehalten, obwohl Google mit guten Argumenten gefordert hatte, es müsse der Nachweis einer *tatsächlichen* Wettbewerbsbeschränkung verlangt werden. Nach interessanten Äußerungen zur unterschiedlichen Formulierung der Art. 101 und 102 AEUV, die nahelegen, dass das EuG bei Art. 102 AEUV praktisch immer eine Auswirkungsanalyse für erforderlich hält und somit kaum noch Raum für *per se*-Verbote sieht,⁵⁰ wies das Gericht diesen Vorstoß von Google deutlich zurück.⁵¹ Stattdessen betonte das EuG in Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung, dass der Nachweis einer *potenziellen* Wettbewerbsbeschränkung genüge, um einen Missbrauch i. S. von Art. 102 AEUV darzulegen. Eine Verpflichtung der Kommission, darüber hinaus *tatsächliche* Verdrängungswirkungen festzustellen, würde dem etablierten Grundsatz zuwiderlaufen, „dass der Umstand, dass die in Rede stehende Praxis das angestrebte Ziel letztlich nicht erreicht hat, ihrer Einstufung als missbräuchlich im Sinne von Art. 102 AEUV nicht entgegensteht“.⁵² Google hatte gegen die Existenz einer tatsächlichen Wettbewerbsbeschränkung u. a. eingewandt, dass es auf dem Markt für Preisvergleichsdienste keine beherrschende Stellung habe (was wohl darlegen sollte, dass Googles „*monopoly leveraging*“ bislang nicht erfolgreich war), dass sein Verhalten zu einer Verbesserung seiner Dienste zugunsten der Verbraucher und Online-Händler beigetragen habe (was allerdings eine Wettbewerbsbeschränkung nicht ausschließt) und dass sich dieses Verhalten über viele Jahre erstreckt habe.⁵³ Gerade der letztgenannte Punkt wirft in der Tat die Frage auf, ob es nicht doch eine Schwelle gibt, ab welcher ein Nachweis einer potenziellen Wettbewerbsbeschränkung nicht mehr ausreicht.⁵⁴

50 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – *Google Shopping*, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 435–437.

51 Ebd., Rn. 440 ff.

52 Ebd., Rn. 442.

53 Ebd., Rn. 421 ff.

54 Siehe dazu noch unten, unter 3.

2. Sonderfall Produktkopplung?

Angesichts der Bestimmtheit, mit welcher das EuG in *Shopping* daran festgehalten hat, dass für einen Missbrauch i. S. von Art. 102 AEUV nur eine potenzielle Wettbewerbsbeschränkung nachgewiesen werden muss, ist bemerkenswert, welche Anforderungen das EuG in *Android* für die Prüfung von Produktkopplungen formuliert hat. Ausgangspunkt waren die fünf Kriterien, die bereits im *Microsoft*-Fall aufgestellt worden waren.⁵⁵ Hinsichtlich der Anforderung, dass die Produktkopplung den Wettbewerb einschränken muss, unterschied das EuG, wiederum wie im *Microsoft*-Fall, zwischen „klassischen Fällen des Kopplungsverkaufs“, bei denen ohne nähere Untersuchung davon ausgegangen werden kann, dass sie den Wettbewerb beschränken können,⁵⁶ und atypischen Fällen, in denen die Wettbewerbsbeschränkung einer besonderen Prüfung bedarf. Bemerkenswert ist, dass das EuG hierfür offenbar den Nachweis einer *tatsächlichen* Wettbewerbsbeschränkung verlangt. Denn es stellt zunächst fest, dass die Kommission versucht habe, „nicht nur eine „potenzielle“ oder „mögliche“, sondern [...] auch eine „tatsächliche“ oder „konkrete“ Wettbewerbsbeschränkung festzustellen“.⁵⁷ Wenig später erklärt das EuG dann: „Im vorliegenden Fall hat die Kommission daher, ebenso wie [im *Microsoft*-Fall] zu Recht festgestellt, dass eine sorgfältige Prüfung der konkreten Auswirkungen [...] erforderlich ist, bevor der Schluss gezogen werden, dass die in Rede stehenden Kopplungsgeschäfte wettbewerbsschädlich waren“.⁵⁸ Der Zusammenhang mit der zuvor zitierten Aussage, in welcher „tatsächliche“ und „konkrete“ Wettbewerbsbeschränkungen nebeneinander genannt werden, und die englische Sprachfassung, in der hier von „*actual effects*“ die Rede ist, machen deutlich, dass das EuG damit den Nachweis einer tatsächlichen und nicht bloß einer potenziellen Wettbewerbsbeschränkung verlangt. Das steht in auffälligem Gegensatz zu dem in *Shopping* betonten Grundsatz, dass für die Anwendung der Generalklausel des Art. 102 AEUV der Nachweis einer potenziellen Wettbewerbsbeschränkung ausreicht.

55 EuG, Urt. v. 14.9.2022, T-604/18 – Google Android, ECLI:EU:T:2022:541, Rn. 284, unter Hinweis auf EuG, Urt. v. 17.9.2007, T-201/04 – Microsoft, ECLI:EU:T:2007:289, Rn. 869.

56 Gemeint sind Fälle wie *Tetra Pak* und *Hilti*, vgl. EuGH, Urt. v. 14.11.1996, C-333/94 P – Tetra Pak, ECLI:EU:C:1996:436; Urt. v. 2.3.1994, C-53/92 P – Hilti, ECLI:EU:C:1994:77.

57 EuG, Urt. v. 14.9.2022, T-604/18 – Google Android, ECLI:EU:T:2022:541, Rn. 293.

58 Ebd., Rn. 295.

3. Kritik

Die unterschiedlichen Ansätze in *Shopping* und *Android* in Bezug auf tatsächliche und potenzielle Wettbewerbsbeschränkungen lassen sich kaum miteinander vereinbaren. Grundsätzlich ist es überzeugend, wenn die Gerichte für einen Missbrauch i. S. von Art. 102 AEUV den Nachweis einer potenziellen Wettbewerbsbeschränkung ausreichen lassen. Nur so lassen sich Versuche sinnvoll erfassen und auch im Übrigen scheint es sachgerecht, auf den Nachweis einer tatsächlichen Wettbewerbsbeschränkung zu verzichten, um die Anforderungen für Wettbewerbsbehörden und private Kläger praktikabel zu halten und die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts nicht übermäßig zu erschweren. Der *Shopping*-Fall zeigt jedoch die Grenzen dieses Ansatzes auf. In ihrer Entscheidung aus dem Jahr 2017 ging die Kommission davon aus, dass Googles selbstbegünstigendes Verhalten bereits im Januar 2008 begonnen hatte.⁵⁹ Die mündliche Verhandlung vor dem EuG fand im Februar 2020 statt, also mehr als zwölf Jahre später. Wenn Googles Verhalten „geeignet war“, den Wettbewerb zu beschränken, müsste sich dies also längst gezeigt haben. In einer solchen Situation immer noch daran festzuhalten, dass es auf eine tatsächliche Beschränkung des Wettbewerbs nicht ankomme, wirkt stur und lässt sich auch mit dem an sich legitimen Ziel, eine effektive Durchsetzung des Kartellrechts zu ermöglichen, nicht rechtfertigen. Denn je länger ein Verhalten andauert, desto leichter sollte es für die Wettbewerbsbehörden sein, dessen tatsächliche Auswirkungen auf den Wettbewerb nachzuweisen. In der Tat haben sowohl Google als auch die Kommission im *Shopping*-Fall vor allem damit argumentiert, welche Auswirkungen Googles Verhalten *tatsächlich* auf den Wettbewerb zwischen Preisvergleichsdiensten hatte (erinnert sei etwa an die empirischen Ausführungen zum Traffic⁶⁰). Es hätte sich also am Ergebnis wohl gar nichts geändert, wenn das EuG den Nachweis einer tatsächlichen Wettbewerbsbeschränkung verlangt hätte. Der EuGH sollte deshalb erwägen, in Fällen, in denen das vermeintlich wettbewerbswidrige Verhalten zum Zeitpunkt der Behördenentscheidung bereits mehrere Jahre

59 Kommission v. 27.6.2017, AT.39740 – Google Search (Shopping), Art. 1 des Tenors.

60 Ebd., Rn. 452 ff. Vgl. zum Vortrag Googles EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 396 ff.

zurückreicht, den Nachweis einer potenziellen Wettbewerbsbeschränkung nicht mehr ausreichen zu lassen.⁶¹

Auch die Sonderbehandlung von Produktkopplungen lässt sich sachlich kaum rechtfertigen. Dass auch in diesem Kontext eine Wettbewerbsbeschränkung verlangt wird, ist kein besonderes Kennzeichen dieser Fallgruppe, sondern soll letztlich nur sicherstellen, dass sie sich im Rahmen der allgemeinen Anforderungen des Art. 102 AEUV hält.⁶² Das Kriterium der Wettbewerbsbeschränkung sollte deshalb bei Produktkopplungen nicht anders verstanden werden als in anderen Fällen. Fraglich ist bereits, ob tatsächlich noch „klassische Produktkopplungen“ anerkannt werden sollten, in denen nicht einmal eine potenzielle Wettbewerbsbeschränkung nachgewiesen zu werden braucht. In der ökonomisch fundierten Literatur wird schon seit längerem gefordert, die alten per se-Regeln bei Produktkopplungen aufzugeben und stets eine Auswirkungsanalyse zu verlangen.⁶³ Das EuG hat mit der in *Microsoft* und *Google Android* vorgenommenen Zweiteilung die Präzedenzfälle des EuGH formal respektiert, ist jedoch gleichzeitig in den konkreten Fällen zu einer Auswirkungsanalyse übergegangen. Der EuGH sollte bei nächster Gelegenheit klarstellen, ob es tatsächlich zwei unterschiedliche Kategorien von Produktkopplungen geben soll und ggf. wodurch sie sich genau voneinander unterscheiden.

Soweit auch in Bezug auf Produktkopplungen verlangt wird, dass eine Wettbewerbsbeschränkung nachgewiesen werden muss, sollte wie in anderen Fällen grundsätzlich der Nachweis einer potenziellen Wettbewerbsbeschränkung genügen. Bei „klassischen Produktkopplungen“ auf jeden Nachweis einer Wettbewerbsbeschränkung zu verzichten, in sonstigen Kopplungsfällen aber gleich den Nachweis einer tatsächlichen Wettbewerbsbeschränkung zu verlangen, wie es das *Android*-Urteil des EuG nahelegt, vermag nicht zu überzeugen. Damit würden die „sonstigen Fälle“ strenger behandelt als solche, die nach der Generalklausel beurteilt werden, obwohl sowohl die typologische Nähe zu den „klassischen Produktkopplungen“

61 Vgl. aber bereits EuGH, Urt. v. 12.5.2022, C-377/20 SEN, ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 54.

62 Vgl. *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 3. Aufl. 2020, S. 726 ff.; *Bishop/Walker*, The Economics of EC Competition Law, 3. Aufl. 2010, Rn. 6-081.

63 Vgl. *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 3. Aufl. 2020, S. 712 ff.; *Bishop/Walker*, The Economics of EC Competition Law, 3. Aufl. 2010, Rn. 6-063 ff.; EAGCP, An Economic Approach to Article 82, Juli 2005, S. 38 ff.; *Motta*, Competition Policy, 2004, S. 460 ff.

lungen“ als auch der Umstand, dass außerdem die sonstigen Elemente des fünfstufigen *Microsoft*-Tests für Produktkopplungen bejaht werden müssen, eher einen niedrigeren Maßstab nahelegen. Es lässt sich kein überzeugender Grund dafür finden, warum Produktkopplungen hinsichtlich des Elements der Wettbewerbsbeschränkung strenger behandelt werden sollten als andere Verhaltensweisen, die nach Art. 102 AEUV zu beurteilen sind.

Im Grundsatz sollte also gelten, dass auch für einen Missbrauch in Form einer Produktkopplung nur nachgewiesen werden muss, dass die Kopplung geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken. Nur für Fälle, in denen das fragliche Verhalten zum Zeitpunkt der Behördenentscheidung bereits mehrere Jahre zurückreicht, sollte, wie oben im Zusammenhang mit *Google Shopping* beschrieben,⁶⁴ erwogen werden, den Nachweis einer potenziellen Wettbewerbsbeschränkung nicht mehr ausreichen zu lassen. In solchen Situationen sollten entweder ausreichend Daten verfügbar sein, um eine tatsächliche Wettbewerbsbeschränkung nachzuweisen, oder es bestehen ernsthafte Zweifel daran, dass sich eine potenzielle Wettbewerbsbeschränkung tatsächlich realisieren lässt. In keinem Fall scheint es gerechtfertigt, Produktkopplungen in dieser Hinsicht anders zu behandeln als andere Praktiken.

IV. As-Efficient-Competitor-Test (AEC-Test)

Aufschlussreich sind die *Google*-Urteile des EuG schließlich auch noch in Bezug auf die Methodik, mit der die Auswirkungsanalyse im Einzelfall durchzuführen ist. Zur Erinnerung: Das EuG hat im *Shopping*-Fall die Feststellung der Kommission bestätigt, dass Googles Selbstbevorzugung potenziell wettbewerbswidrige Auswirkungen auf die Märkte für Preisvergleichsdienste habe, weil Wettbewerber von wichtigem Traffic abgeschnitten würden und sich deshalb aus dem Markt zurückziehen könnten.⁶⁵ Gleichzeitig stellte das EuG fest, dass es der Kommission nicht gelungen sei, zumindest eine potenzielle Beschränkung des Wettbewerbs auf den Märkten für allgemeine Suchdienste nachzuweisen.⁶⁶ Im *Android*-Fall hat das EuG die Feststellung einer tatsächlichen Beschränkung des Wettbe-

64 Bei Fn. 60.

65 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – *Google Shopping*, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 150 ff., 212 ff., 368 ff., 401 ff., 432 ff., 596 f. und Ziff. 2 des Tenors.

66 Ebd., Rn. 456–459 und Ziff. 1 des Tenors.

werbs zwischen allgemeinen Suchdiensten durch die Kopplung von Google Search und Chrome an Android und den Play Store bestätigt.⁶⁷ Ebenso bestätigt wurde die Feststellung der Kommission, dass Googles Behinderung der Nutzung von „*Android forks*“ potenziell wettbewerbswidrige Auswirkungen habe, weil sie geeignet sei, die Marktdurchsetzung solcher Produktalternativen zu erschweren.⁶⁸ Gleichzeitig stellte das EuG fest, dass die Kommission keinen hinreichenden Nachweis dafür erbracht habe, dass Googles Exklusivitätszahlungen an Gerätehersteller und Mobilfunkunternehmen geeignet gewesen seien, den Wettbewerb auf den Märkten für allgemeine Suchdienste zu beschränken.⁶⁹

Vor allem der letztgenannte Punkt ist über die konkreten Fälle hinaus von erheblicher Bedeutung. Die Kommission hatte die Verdrängungswirkung der Exklusivitätszahlungen u. a. anhand eines As-Efficient-Competitor-Tests untersucht. Für die Begründung ihrer Entscheidung maß die Kommission dem AEC-Test zwar wenig Bedeutung zu, sie bestätigte dessen Durchführung jedoch in der mündlichen Verhandlung vor dem EuG.⁷⁰ Das Gericht stellte daraufhin gleich vier Fehler bei der Durchführung des AEC-Tests fest und hob die Entscheidung der Kommission auf, soweit sie die Exklusivitätszahlungen betraf.⁷¹ Das Urteil steht damit in einer Reihe jüngerer Entscheidungen, in denen die Gerichte den Umgang der Kommission mit dem AEC-Test beanstandet haben.⁷² Die Ausführungen hierzu im *Android*-Urteil sind daher von besonderem Interesse für die Weiterentwicklung der Entscheidungspraxis zu Art. 102 AEUV. Das gilt gerade auch mit Blick auf den im Frühjahr 2023 von der Kommission gestarteten Prozess zur Entwicklung von Leitlinien zu Behinderungsmissbräuchen,⁷³ welche die Prioritätenmitteilung von 2009 ersetzen sollen und nicht zuletzt den *more economic approach* modifizieren werden.

67 EuG, Urt. v. 14.9.2022, T-604/18 – Google Android, ECLI:EU:T:2022:541, Rn. 274 ff.

68 Ebd., Rn. 803 ff.

69 Ebd., Rn. 620 ff.

70 Ebd., Rn. 629.

71 Ebd., Rn. 733 ff. und Ziff. 1 des Tenors.

72 Vgl. auch noch EuGH, Urt. v. 6.9.2017, C-413/14 P – Intel, ECLI:EU:C:2017:632, Rn. 138 ff.; EuG, Urt. v. 15.6.2022, T-235/18 – Qualcomm, ECLI:EU:T:2022:538, Rn. 371 ff.; Urt. v. 26.1.2022, T-286/09 RENV – Intel, ECLI:EU:T:2022:19, Rn. 150 ff.

73 Vgl. dazu Kommission, Pressemitteilung v. 27.3.2023, IP/23/1911.

1. Grundsätze

Der AEC-Test dient dazu, insbesondere bei Preimmissbräuchen die Einhaltung des AEC-Prinzips sicherzustellen.⁷⁴ Dieses besagt, dass Art. 102 AEUV nur die Verdrängung solcher Wettbewerber verhindern soll, die mindestens ebenso effizient sind wie das marktbeherrschende Unternehmen. Hingegen kann Leistungswettbewerb nach einer von den Gerichten häufig verwendeten Formel „definitionsgemäß dazu führen, dass Wettbewerber, die weniger effizient und daher für die Verbraucher [...] weniger interessant sind, vom Markt verschwinden oder bedeutungslos werden“⁷⁵ Im Rahmen des AEC-Tests werden die Kosten und Preise des marktbeherrschenden Unternehmens untersucht, um herauszufinden, ob ein hypothetisches, ebenso effizientes Unternehmen mit derselben Kostenstruktur im Wettbewerb mithalten könnte. Die Kommission hat sich in der Prioritätenmitteilung auf den AEC-Test bezogen⁷⁶ und ihn seither immer wieder angewendet.⁷⁷ Die Gerichte äußern sich gewohnt zurückhaltend, haben jedoch zumindest für bestimmte Konstellationen die Anwendung des AEC-Tests begrüßt. Der EuGH betont, der AEC-Test sei „nur eine von mehreren Methoden“ um zu beurteilen, ob das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens geeignet ist, einen ebenso effizienten Wettbewerber vom Markt zu verdrängen.⁷⁸ Selbst bei Preimmissbräuchen seien die Wettbewerbsbehörden recht-

74 Vgl. Kommission, Competition Policy Brief No 1/2023, S. 6 f.; O'Donoghue/Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 3. Aufl. 2020, S. 289 ff.; Immenga/Mestmäcker/Fuchs, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV Rn. 207 ff.; Rasek/Frübing, *WuW* 2019, 569 ff.; Kellerbauer, *EuZW* 2015, 261 ff.

75 EuGH, Urt. v. 19.1.2023, C-680/20 – Unilever, ECLI:EU:C:2023:33, Rn. 37; Urt. v. 12.5.2022, C-377/20 – SEN, ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 73; Urt. v. 6.9.2017, C-413/14 – Intel, ECLI:EU:C:2017:632, Rn. 134; Urt. v. 27.3.2012, C-209/10 – Post Danmark, ECLI:EU:C:2012:172, Rn. 22; GA Rantos, Schlussanträge v. 12.5.2022, C-377/20 – SEN; ECLI:EU:C:2021:998, Rn. 45. Relativierend GA Kokott, Schlussanträge v. 11.1.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:14, Rn. 194: „Diese Rechtsprechung sollte jedoch nicht dahin missverstanden werden, dass die Tätigkeit weniger leistungsfähiger, namentlich kleinerer Wettbewerber, die nicht die Größen- und Kostenvorteile eines Unternehmens in beherrschender Stellung besitzen und ausgleichen können, überhaupt nicht schützenswert sind oder zum Zweck der Aufrechterhaltung eines funktionierenden Wettbewerbs keine Rolle spielen.“

76 Prioritäten-Mitteilung zu Art. 82 EG (= Art. 102 AEUV), ABl. 2009 C 45/7, Rn. 25.

77 Vgl. etwa Kommission v. 15.10.2014, AT.39523 – Slovak Telekom, Rn. 828 ff.; v. 18.12.2013, AT.39678 – Deutsche Bahn I und AT.39731 – Deutsche Bahn II, Rn. 49 ff.; v. 13.5.2009, COMP/37990 – Intel, Rn. 1002 ff.

78 EuGH, Urt. v. 19.1.2023, C-680/20 – Unilever, ECLI:EU:C:2023:33, Rn. 57; vgl. auch schon EuGH, Urt. v. 6.10.2015, C-23/14 – Post Danmark, ECLI:EU:C:2015:651, Rn. 61.

lich nicht verpflichtet, auf den AEC-Test zurückzugreifen. Allerdings hat der EuGH den Test als „nützlich“ bezeichnet und seine Anwendung u. a. in Bezug auf Ausschließlichkeitsbindungen, Treuerabatte, Kosten-Preis-Scharen und Kampfpreise gebilligt und begrüßt.⁷⁹ Im *Unilever*-Urteil hat der EuGH außerdem klargestellt, dass die Wettbewerbsbehörde den Beweiswert eines AEC-Tests prüfen muss, wenn ein solcher Test von dem Unternehmen vorgelegt wird, das sich wettbewerbswidrig verhalten haben soll.⁸⁰

Als besonders folgenreich hat sich erwiesen, dass der EuGH im *Intel*-Fall das Urteil des EuG aufhob, weil das Gericht den AEC-Test der Kommission nicht nachgeprüft hatte, obwohl dagegen von Intel detaillierte Einwände vorgebracht worden waren. Das EuG hatte die Nachprüfung für entbehrlich gehalten, weil es bereits davon überzeugt war, dass selbst ein positives Ergebnis des Tests nicht geeignet gewesen wäre, die potenzielle Verdrängungswirkung von Intels Rabatten auszuschließen.⁸¹ Der EuGH betonte jedoch, das EuG hätte „das gesamte Vorbringen von Intel“ gegen die Durchführung des Tests prüfen müssen.⁸² Die Aufhebung des *Intel*-Urteils hat das EuG offenbar nachhaltig geprägt. Es wirkt seither geradezu übervorsichtig, wenn es um den AEC-Test geht. In seinem zweiten *Intel*-Urteil hat es die Durchführung des Tests durch die Kommission beanstandet und deren Entscheidung insoweit aufgehoben.⁸³ In *Qualcomm* hat es missbilligend hervorgehoben, dass die Kommission keinen AEC-Test durchgeführt hatte.⁸⁴ Und in *Android* hat das EuG schließlich betont, dass der Test, wenn er angewendet werde, „rigoros durchgeführt werden muss“.⁸⁵ Diesem Maßstab wurde die Prüfung der Kommission nicht gerecht. Der *Android*-Fall ist somit ein weiteres Beispiel dafür, dass der AEC-Test für die Kommission

79 EuGH, Urt. v. 19.1.2023, C-680/20 – Unilever, ECLI:EU:C:2023:33, Rn. 59; vgl. auch schon EuGH, Urt. v. 25.3.2021, C-165/19 P – Slovak Telekom, ECLI:EU:C:2021:239, Rn. II0; Urt. v. 6.10.2015, C-23/14 – Post Danmark, ECLI:EU:C:2015:651, Rn. 55 m. w. N.

80 EuGH, Urt. v. 19.1.2023, C-680/20 – Unilever, ECLI:EU:C:2023:33, Rn. 60 f. und Ziff. 2 des Tenors.

81 EuG, Urt. v. 12.6.2014, T-286/09 – Intel, ECLI:EU:T:2014:547, Rn. 151.

82 EuGH, Urt. v. 6.9.2017, C-413/14 P – Intel, ECLI:EU:C:2017:632, Rn. 144.

83 EuG, Urt. v. 26.1.2022, T-286/09 RENV – Intel, ECLI:EU:T:2022:19, Rn. 167 ff. Die Kommission hat gegen das Urteil ein Rechtsmittel eingelegt. Generalanwältin Medina hat dem EuGH vorgeschlagen, das Rechtsmittel zurückzuweisen, vgl. GA Medina, Schlussanträge v. 18.1.2024, C-240/22 P – Intel, ECLI:EU:C:2024:65.

84 EuG, Urt. v. 15.6.2022, T-235/18 – Qualcomm, ECLI:EU:T:2022:358, Rn. 426.

85 EuG, Urt. v. 14.9.2022, T-604/18 – Google Android, ECLI:EU:T:2022:541, Rn. 644.

erhebliche Risiken birgt und daher mit der gebotenen Sorgfalt angewendet werden sollte.

2. Versäumnisse in Google Android

Das EuG kam in *Android* zu dem Schluss, dass der Kommission bei der Durchführung des AEC-Tests nicht weniger als vier (!) Fehler unterlaufen sind: Erstens hatte sich die Kommission hinsichtlich der Kosten von Google auf Schätzungen gestützt, anstatt ihre Ermittlungsbefugnisse nach der VO 1/2003⁸⁶ zu nutzen, um die tatsächlichen Kosten zu ermitteln, die angeblich niedriger waren.⁸⁷ Dies war insbesondere deshalb problematisch, weil die Kommission in der Prioritätenmitteilung von 2009 angekündigt hatte, dass sie für den AEC-Test, sofern verfügbar, Informationen über die Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens selbst verwenden würde.⁸⁸ Zweitens hatte die Kommission den Anteil der bestreitbaren Suchanfragen auf 12% festgesetzt und dafür u. a. auf Daten zur *tatsächlichen* Situation bei Suchanfragen zurückgegriffen, die mithilfe von PCs übermittelt werden. Damit bezog sich die Kommission jedoch indirekt auch auf tatsächliche (möglicherweise weniger effiziente) Wettbewerber und nicht auf hypothetische Wettbewerber, die mindestens ebenso effizient sind wie Google.⁸⁹ Drittens hatte die Kommission behauptet, dass Googles Wettbewerber nur für eine begrenzte Anzahl von Mobilgeräten erreichen könnten, dass ihre Such-Apps vorinstalliert werden. Auch insoweit argumentierte die Kommission jedoch zum Teil mit Daten, die sich auf *tatsächliche* Wettbewerber bezogen und verlor somit den Maßstab eines hypothetisch ebenso effizienten Wettbewerbers aus dem Blick.⁹⁰ Viertens war die Kommission davon ausgegangen, dass mit älteren Geräten ähnliche Werbeeinnahmen erzielt werden könnten wie mit neueren Geräten, was Google jedoch bestritten hatte. Das Gericht rügte auch in diesem Zusammenhang wiederum, dass die Kommission nicht nachgewiesen habe, dass die von Google geleis-

86 Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABl. 2003 L 1/1.

87 EuG, Urt. v. 14.9.2022, T-604/18 – Google Android, ECLI:EU:T:2022:541, Rn. 735–752.

88 Vgl. Prioritäten-Mitteilung zu Art. 82 EG (= Art. 102 AEUV), ABl. 2009 C 45/7, Rn. 25.

89 EuG, Urt. v. 14.9.2022, T-604/18 – Google Android, ECLI:EU:T:2022:541, Rn. 758–774.

90 Ebd., Rn. 775–788.

teten Exklusivitätszahlungen geeignet seien, auch solche Wettbewerber, die mindestens ebenso effizient sind wie Google, vom Markt auszuschließen.⁹¹

Bei einem flüchtigen Blick auf das Urteil des EuG könnte man meinen, die Kommission sei in ihrer Entscheidung immer wieder zwischen Ausführungen zur tatsächlichen Wettbewerbslage und hypothetischen AEC-Überlegungen hin- und hergesprungen und habe dabei den Überblick verloren.⁹² So war es aber nicht. Vielmehr argumentierte die Kommission fast ausschließlich auf Basis empirischer Feststellungen zur tatsächlichen Wettbewerbslage. In der Entscheidung selbst behauptet die Kommission auch gar nicht, einen vollständigen AEC-Test durchgeführt zu haben. Es ist daher etwas überraschend, dass das EuG dem AEC-Test überhaupt so viel Bedeutung beimaß, aber nach dem *Intel*-Urteil des EuGH wollte es sich diesbezüglich offenbar keine weitere Blöße geben. Außerdem war es die Kommission, die in der Prioritätenmitteilung 2009 angekündigt hatte, preisbezogene Missbräuche verstärkt mithilfe von quantitativen Tests zu analysieren.⁹³ Zudem bestätigte die Kommission in der mündlichen Verhandlung, dass sie im *Android*-Verfahren einen AEC-Test durchgeführt hatte.⁹⁴ Damit brauchte sie sich selbst in Schwierigkeiten. Denn das EuG wollte sich nach *Intel* offenbar kein zweites Mal vom EuGH vorhalten lassen, es habe die Einwände gegen die Durchführung des AEC-Tests nicht ausreichend geprüft. Stattdessen verlangte es nun, wie bereits erwähnt, der Test müsse von der Kommission, wenn er denn angewendet werde, „rigoros“ durchgeführt werden.⁹⁵ Diesem Maßstab ist die Kommission mit ihren teils widersprüchlichen Aussagen nicht gerecht geworden.

3. Konsequenzen

Spätestens seit *Intel* und *Android* ist offenkundig, dass der AEC-Test für die Kommission erhebliche Risiken birgt und mit größter Sorgfalt angewendet werden sollte. Da vor allem Kosten- und Preisdaten des marktbeherrschenden Unternehmens herangezogen und mithilfe quantitativer Methodik analysiert werden, kann das marktbeherrschende Unternehmen die Durchfüh-

91 Ebd., Rn. 789–797.

92 Vgl. schon König, EU Law Live v. 7.12.2022, <https://tlp.de/li98h>.

93 Prioritäten-Mitteilung zu Art. 82 EG (= Art. 102 AEUV), ABl. 2009 C 45/7, Rn. 25.

94 EuG, Urt. v. 14.9.2022, T-604/18 – Google Android, ECLI:EU:T:2022:541, Rn. 629.

95 Ebd., Rn. 644.

rung des Tests relativ leicht nachvollziehen und bei etwaigen Ungereimtheiten auch angreifen. Den Gerichten scheint eine mangelhafte Durchführung des AEC-Tests bereits für sich genommen zu genügen, um die Feststellungen der Kommission zur Verdrängungswirkung des fraglichen Verhaltens insgesamt zu verwerfen.⁹⁶ In *Android* ging das EuG beispielsweise kaum noch darauf ein, ob unabhängig von den Fehlern bei der Durchführung des AEC-Tests wegen der sonstigen Feststellungen der Kommission davon ausgegangen werden könne, dass die Exklusivitätszahlungen wettbewerbswidrige Auswirkungen haben.⁹⁷

Eine vergleichende Betrachtung der beiden *Google*-Urteile macht deutlich, dass der freie, auf empirische Daten gestützte Ansatz, der letztlich auf den Nachweis tatsächlicher und nicht bloß potenzieller Auswirkungen abzielt, für die Kommission oftmals eher Erfolg verspricht als der hypothetische, quantitative Ansatz, in dessen Mittelpunkt der AEC-Test steht. So hatte die Kommission im *Shopping*-Fall ihre Auswirkungsanalyse vor allem mit empirischen Daten zur Entwicklung des Traffics auf den Märkten für Preisvergleichsdienste untermauert und das EuG hat diesen Ansatz vollständig bestätigt. Ein AEC-Test wurde nicht für erforderlich gehalten, weil es nicht um einen preisbezogenen Missbrauch ging.⁹⁸ Auch im *Android*-Fall war der freie, empirische Ansatz erfolgreich und hat weit weniger Skepsis des EuG auf sich gezogen als der AEC-Test. Für den Nachweis tatsächlich wettbewerbswidriger Auswirkungen durch die Kopplung von Google Search und Google Chrome an Android bzw. den Play Store hatte sich die Kommission vor allem auf empirische Untersuchungen zum Nutzerverhalten (Default-Effekt) und zur Entwicklung der Marktanteile bei allgemeinen Suchdiensten berufen.⁹⁹ Die potenziell wettbewerbswidrigen Auswirkungen der Behinderung der „*Android forks*“ hatte die Kommission eher intuitiv als empirisch begründet¹⁰⁰ und das EuG hat sich auch hieran nicht gestört.¹⁰¹ Lediglich die Aufhebung der *Shopping*-Entscheidung, soweit darin poten-

96 Vgl. EuGH, Urt. v. 6.9.2017, C-413/14 P – Intel, ECLI:EU:C:2017:632, Rn. 143–147; EuG, Urt. v. 14.9.2022, T-604/18 – Google Android, ECLI:EU:T:2022:541, Rn. 799 f.; Urt. v. 26.1.2022, T-286/09 RENV – Intel, ECLI:EU:T:2022:19, Rn. 523–527.

97 EuG, Urt. v. 14.9.2022, T-604/18 – Google Android, ECLI:EU:T:2022:541, Rn. 800 ff.

98 Vgl. EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 538 f.; GA Kokott, Schlussanträge v. 11.1.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:14, Rn. 196 ff.

99 Kommission v. 18.7.2018, AT.40099 – Google Android, Rn. 775 ff., 898 ff.

100 Ebd., Rn. 1036 ff.

101 EuG, Urt. v. 14.9.2022, T-604/18 – Google Android, ECLI:EU:T:2022:541, Rn. 828 ff.

ziell wettbewerbswidrige Auswirkungen auf den Märkten für allgemeine Suchdienste behauptet worden waren,¹⁰² sollte der Kommission ein Warnsignal sein. Allerdings hatte sie diesem Teil der Entscheidung lediglich drei Randnummern gewidmet,¹⁰³ sodass es zumindest im Nachhinein nicht wirklich überrascht, dass dies dem EuG zu wenig war. Insgesamt entsteht der Eindruck, dass das Gericht der Kommission beim freien, empirischen Nachweis einer tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerbsbeschränkung einen weiten Spielraum einräumt.

Auch in Bezug auf die Exklusivitätszahlungen scheint es plausibel, dass die Kommission eine freiere, intuitivere Argumentation leichter verteidigen können. Zur Erinnerung: Die Zahlungen wurden Geräteherstellern und Mobilfunkunternehmen unter der Bedingung gewährt, dass sie keine mit Google Search konkurrierenden Suchdienste auf Mobilgeräten vorinstallieren.¹⁰⁴ Schon die konkrete Ausgestaltung der Zahlungsbedingungen, die eben nicht nur daran anknüpften, dass Google Search installiert wird, sondern zudem daran, dass konkurrierende Apps *nicht* installiert werden, legt nicht unbedingt nahe, dass es sich noch um normalen Leistungswettbewerb handelte. Es ging erkennbar nicht nur darum, die Gerätehersteller und Mobilfunkunternehmen als Vertriebspartner an den Einnahmen zu beteiligen und sie so für ihren Beitrag zur Wertschöpfung zu kompensieren, wie es der Begriff der „Revenue Sharing Agreements“ nahelegte und legitim gewesen wäre. Sondern es ging auch darum, die Vertriebsmöglichkeiten der Wettbewerber auf den Märkten für Suchdienste einzuschränken, die andernfalls die Gerätehersteller und Mobilfunkunternehmen dafür hätten gewinnen können, ihre Apps zusätzlich zu denen von Google zu installieren. Wegen der Exklusivitätsklauseln mussten sich diese Unternehmen jedoch entscheiden und angesichts der Zahlungen und der großen Beliebtheit von Google-Produkten bei den Gerätenutzern lag nahe, dass sie im Zweifel der Vorinstallation von Google Search den Vorzug geben würden. Auffällig ist eine gewisse typologische Nähe zu den „reinen Beschränkungen“ im *Intel*-Fall. Dabei handelte es sich um Zahlungen Intels an Computerhersteller wie Dell und HP, die darauf abzielten, die Vermarktung bestimmter Produkte mit Prozessoren von Intels wichtigstem

102 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 456–459.

103 Kommission v. 27.6.2017, AT.39740 – Google Shopping, Rn. 641–643.

104 Vgl. Kommission v. 18.7.2018, AT.40099 – Google Android, Rn. II92 ff.; EuG, Urt. v. 14.9.2022, T-604/18 – Google Android, ECLI:EU:T:2022:541, Rn. 621 ff.

Konkurrenten AMD einzuschränken. Die Kommission ging davon aus, dass dies kein normaler Leistungswettbewerb mehr war und erklärte die Zahlungen für missbräuchlich.¹⁰⁵ Ein AEC-Test wurde nicht durchgeführt und weder das EuG noch der EuGH haben dies beanstandet.¹⁰⁶ Das legt nahe, dass eine entsprechende Argumentation auch im *Android*-Fall hätte erfolgreich sein können und unterstreicht nochmals, welche Risiken für die Kommission mit dem AEC-Test verbunden sind.

Angesichts der Misserfolge, die die Kommission in Bezug auf den AEC-Test erlitten hat, ist nachvollziehbar, dass sie dessen Anwendungsbereich gerne wieder beschränken würde. Einen ersten Schritt dazu hat sie mit der im März 2023 beschlossenen Änderung der Prioritätenmitteilung von 2009 unternommen. Seiter ist in Ziff. 25 der Mitteilung nur noch die Rede davon, dass die Kommission „Wirtschaftsdaten zu den Kosten und Verkaufspreisen prüfen „*kann*“ um klären zu können, „ob selbst ein hypothetischer, in Bezug auf die Kosten ebenso effizienter Wettbewerber durch das betreffende Verhalten vom Markt ausgeschlossen werden könnte“.¹⁰⁷ In der ursprünglichen Version der Mitteilung hieß es noch, dass die Kommission die entsprechenden Wirtschaftsdaten „prüft“.¹⁰⁸ Auch im begleitenden Policy Brief sind die Autorinnen und Autoren erkennbar darum bemüht, die Bedeutung des AEC-Tests für die Feststellung eines Missbrauchs i. S. von Art. 102 AEUV zu relativieren.¹⁰⁹

Allerdings bleibt abzuwarten, ob die Kommission mit ihren Bemühungen erfolgreich sein wird und z. B. auch für preisbezogene Missbräuche zu einem offeneren Ansatz zurückkehren kann. Zwar war es ursprünglich die Kommission, die den AEC-Test mit der Prioritätenmitteilung 2009 in die europäische Kartellrechtspraxis eingeführt hat. Jedoch haben die Gerichte

105 Kommission v. 13.5.2009, COMP.37990 – Intel, Rn. 1641 ff.

106 EuGH, Urt. v. 6.9.2017, C-413/14 P – Intel, ECLI:EU:C:2017:632, Rn. 129 ff.; EuG, Urt. v. 26.1.2022, T-286/09 RENV – Intel, ECLI:EU:T:2022:19, Rn. 45 ff.; Urt. v. 12.6.2014, T-286/09 – Intel, ECLI:EU:T:2014:547, Rn. 198 ff. Weil die Kommission die unterschiedlichen Missbräuche in der ursprünglichen Intel-Entscheidung nicht hinreichend getrennt hatte, hat das EuG die Entscheidung trotzdem insgesamt aufgehoben. Die Kommission hat jedoch eine neue Entscheidung erlassen, die sich nur auf die „reinen Beschränkungen“ bezieht, vgl. Kommission v. 22.9.2023, AT.37990 – Intel; Pressemitteilung v. 22.9.2023, IP/23/4570.

107 ABl. 2023 C 116/1, 4.

108 ABl. 2009 C 45/7, 11.

109 Kommission, Competition Policy Brief No 1/2023, S. 6 f.

mittlerweile die „Nützlichkeit“ des Tests anerkannt¹¹⁰ und auch wenn sie bisher ausdrücklich keine rechtliche Pflicht zur Durchführung des Tests formuliert haben,¹¹¹ ergibt sich aus der Rechtsprechung doch ein gewisser Druck, bei preisbezogenen Missbräuchen einen AEC-Test durchzuführen. Als folgenreich könnte sich außerdem erweisen, dass der EuGH in *Unilever* entschieden hat, dass die Kommission jedenfalls verpflichtet ist, den Beweiswert eines AEC-Tests zu prüfen, wenn ein solcher von einem Unternehmen vorgelegt wird, dessen Verhalten die Kommission am Maßstab des Art. 102 AEUV überprüft.¹¹² Da die Gerichte durch die Änderung der Prioritätenmitteilung nicht gebunden sind¹¹³ und angesichts des Umstands, dass sie generell zurückhaltend sind, ihre Rechtsprechung im Nachhinein nochmal zu ändern, erscheint es wenig wahrscheinlich, dass sie von ihrer positiven Einordnung des AEC-Tests wieder abrücken werden.

In jedem Fall scheint es sinnvoll und geboten, dass die Kommission den laufenden Prozess zur Entwicklung von Leitlinien zu Behinderungsmissbräuchen nutzt, um den Anwendungsbereich des AEC-Tests und die ihm zugrundeliegende Methodik gründlich zu überdenken. Ziel sollte es sein, die durch die Rechtsprechung offengelegten Ungereimtheiten und Lücken zu beseitigen. Die Ergebnisse dieses Prozesses sollten dann in die neuen Leitlinien einfließen, die zudem in Bezug auf den AEC-Tests sehr viel klarer und spezifischer ausfallen sollten als die entsprechenden Absätze der Prioritätenmitteilung von 2009. Erwägungswert scheint auch, aus der Not des *Unilever*-Urteils eine Tugend zu machen, und die Darlegungslast für den AEC-Test allgemein auf das marktbeherrschende Unternehmen zu verlagern. Die Kommission würde dann grundsätzlich von sich aus keinen AEC-Test mehr durchführen, die Ergebnisse eines solchen Tests aber als Teil des Entlastungsvortrags des marktbeherrschenden Unternehmens an-

110 EuGH, Urt. v. 19.1.2023, C-680/20 – Unilever, ECLI:EU:C:2023:33, Rn. 59; vgl. auch schon EuGH, Urt. v. 25.3.2021, C-165/19 P – Slovak Telekom, ECLI:EU:C:2021:239, Rn. 110; Urt. v. 6.10.2015, C-23/14 – Post Danmark, ECLI:EU:C:2015:651, Rn. 55 m.w.N.

111 EuGH, Urt. v. 19.1.2023, C-680/20 – Unilever, ECLI:EU:C:2023:33, Rn. 58, 62 und Ziff. 2 des Tenors; Urt. v. 6.10.2015, C-23/14 – Post Danmark, ECLI:EU:2015:651, Rn. 57.

112 EuGH, Urt. v. 19.1.2023, C-680/20, ECLI:EU:C:2023:33, Rn. 60 f. und Ziff. 2 des Tenors.

113 Vgl. EuGH, Urt. v. 6.10.2015, C-23/14 – Post Danmark, ECLI:EU:C:2015:651, Rn. 52; Immenga/Mestmäcker/Fuchs, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV Rn. 16; Higer, NZKart 2023, 385, 386; zur Bindungswirkung für die Kommission selbst aufs. Rohner, Art. 102 AEUV und die Rolle der Ökonomie, 2023, S. 59 ff.

erkennen. Mit der bisherigen Rechtsprechung der Gerichte wäre dies wohl vereinbar. Allerdings würde sich nichts daran ändern, dass die Kommission in Bezug auf die Wettbewerbsbeschränkung die Beweislast trägt, sodass diese ggf. auf anderem Wege nachgewiesen werden müsste. Welche Mittel dafür zur Verfügung stehen, ist oben bereits angedeutet worden.¹¹⁴ Für eine Einordnung des AEC-Tests als Verteidigungsmittel des marktbeherrschenden Unternehmens spricht insbesondere, dass für seine Durchführung vor allem Daten zur Kostenstruktur des marktbeherrschenden Unternehmens herangezogen werden, zu denen das Unternehmen selbst den besten Zugang hat. Allerdings müsste auch dieser Ansatz in den neuen Leitlinien geregelt werden, weil er von der Prioritätenmitteilung abweicht. Im Übrigen sollte die Kommission auch heute schon penibel darauf achten, Aussagen zur tatsächlichen Wettbewerbssituation und zur hypothetischen Situation eines ebenso effizienten Wettbewerbers strikt voneinander zu trennen. Für den AEC-Test ist nur auf den hypothetischen Wettbewerber und auf die eigenen Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens abzustellen. Jede Argumentation mit empirischen Daten über die tatsächliche Wettbewerbssituation und tatsächliche Wettbewerber verbietet sich hingegen. Denn es ist nicht auszuschließen, dass dadurch Ineffizienzen in die Betrachtung einbezogen werden, die nach dem AEC-Prinzip gerade nicht schutzwürdig sind. Das *Android*-Urteil des EuG hat dieses Risiko in aller Deutlichkeit vor Augen geführt.

V. Fazit

Die *Google*-Urteile des EuG sind nicht nur wichtige Meilensteine auf dem Weg zu einer effektiven Durchsetzung des europäischen Kartellrechts auf digitalen Märkten, sondern sie veranschaulichen außerdem die Chancen und Risiken des *more economic approach* bei der Anwendung von Art. 102 AEUV. Gerade die Ausführungen zum Verhältnis der Generalklauseln zu den Fallgruppen und den dazu entwickelten Tests, zum Maßstab bei der Beurteilung wettbewerblicher Auswirkungen und zum sog. As-Efficient-Competitor-Test (AEC-Test) sind über die Urteile hinaus von Bedeutung. Insbesondere ergeben sich daraus wichtige Anregungen für den im Frühjahr 2023 von der Kommission gestarteten Prozess zur Entwicklung von Leitlinien zu Behinderungsmissbräuchen. Allerdings vermögen nicht alle

114 Siehe den Text bei Rn. 98–101.

Ausführungen des EuG vollständig zu überzeugen. Sie sollten deshalb nicht ohne Weiteres in die Leitlinien übernommen werden, sondern sind noch weiter zu diskutieren. Außerdem bleibt abzuwarten, wie sich der EuGH dazu positionieren wird, z. B. in den anhängigen Rechtsmittelverfahren.

Konkret haben die Überlegungen in diesem Beitrag Folgendes ergeben: Es ist weder aus rechtlicher noch aus ökonomischer Sicht überzeugend, wenn das EuG im *Shopping*-Urteil den Eindruck erweckt, dass ein Verhalten, das eine „Zugangsverweigerung“ darstellt, nur nach Maßgabe der *Bronner*-Kriterien missbräuchlich sein könne. Richtigerweise ist davon auszugehen, dass die zu Art. 101, 102 AEUV entwickelten Fallgruppen und die Generalklauseln gleichberechtigt nebeneinanderstehen. Wenn es der Kommission gelingt, nach dem Maßstab der Generalklausel des Art. 102 AEUV nachzuweisen, dass ein Verhalten missbräuchlich ist, weil es den Wettbewerb beschränkt und nicht auf Mitteln des Leistungswettbewerbs beruht, ist unerheblich, ob sie auch die Voraussetzungen einer zu Art. 102 AEUV entwickelten Fallgruppe bzw. eines dazu entwickelten Tests nachweisen könnte. Die zu Art. 101, 102 AEUV entwickelten Fallgruppen sollen weder einen „safe harbor“ für Unternehmen schaffen, deren Verhalten möglicherweise wettbewerbswidrig ist, noch sollen sie die Anwendung der Generalklausel präjudizieren. Es würde auf einen verfehlten formbasierten Ansatz hinauslaufen, die Fallgruppen für bestimmte Verhaltensweisen für abschließend zu erklären.

Soweit für die Anwendung der Art. 101, 102 AEUV eine Wettbewerbsbeschränkung nachzuweisen ist, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der Nachweis einer potenziellen Wettbewerbsbeschränkung genügt. Es reicht also, wenn das unternehmerische Verhalten geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken. Hingegen müssen Wettbewerbsbehörden und private Kläger grundsätzlich nicht nachweisen, dass der Wettbewerb im konkreten Fall tatsächlich beschränkt wurde. Dieser Grundsatz sollte nicht nur bei der Anwendung der Generalklauseln gelten, sondern auch, soweit im Rahmen von Fallgruppen und dazu entwickelten Tests eine Wettbewerbsbeschränkung zu prüfen ist. Hier einen anderen Maßstab anzuwenden, wie es das EuG im *Android*-Urteil für Produktkopplungen nahelegt, vermag weder aus rechtlicher noch aus ökonomischer Sicht zu überzeugen. Eine Ausnahme sollte allerdings für Fälle erwogen werden, in denen das vermeintlich wettbewerbswidrige Verhalten zum Zeitpunkt der Behördenentscheidung bereits mehrere Jahre zurückreicht. Hier erscheint es sachgerecht, den Nachweis einer tatsächlichen Wettbewerbsbeschränkung zu verlangen. Größere

Nachweisprobleme dürften sich in solchen Situationen aufgrund der guten Datenlage regelmäßig nicht stellen.

Spätestens seit dem *Android*-Urteil des EuG ist klar, dass das Gericht nach dem unglücklichen Verlauf des *Intel*-Verfahrens offenbar entschlossen ist, die Anwendung des AEC-Tests durch die Kommission besonders gründlich zu überprüfen. Die Forderung nach einer „rigorosen“ Durchführung des Tests und die bisherigen Misserfolge der Kommission zeigen deutlich, dass sie künftig deutlich sorgfältiger vorgehen muss. Es erscheint unwahrscheinlich, dass sich die Gerichte davon überzeugen lassen werden, die Bedeutung des AEC-Tests wieder zu relativieren. Die Kommission sollte deshalb den Anwendungsbereich des AEC-Tests und seine Durchführung in den geplanten Leitlinien zu Behinderungsmissbräuchen deutlich genauer beschreiben als in der Prioritätenmitteilung von 2009. Erwägengewert erscheint außerdem, den AEC-Test in Fortführung des *Unilever*-Urteils des EuGH in ein Verteidigungsmittel des marktbeherrschenden Unternehmens umzuwandeln. Die Kommission würde dann grundsätzlich von sich aus keinen AEC-Test mehr durchführen, die Ergebnisse eines solchen Tests aber als Teil des Entlastungsvortrags des marktbeherrschenden Unternehmens anerkennen. Auch dies müsste sie jedoch in den geplanten Leitlinien konkretisieren. Unabhängig von den Leitlinien sollte die Kommission künftig auf jeden Fall penibel darauf achten, Aussagen zur tatsächlichen Wettbewerbssituation und zur hypothetischen Situation eines ebenso effizienten Wettbewerbers strikt voneinander zu trennen. Das EuG hat in *Android* deutlich gemacht, dass es diesbezüglich einen strengen Maßstab anlegt.

