

Grundlagen von Kartellrecht und Zukunftstechnologien

Möglichkeiten und Chancen der „bewirkten Wettbewerbsbeschränkung“ in der Digitalökonomie

Bernadette Zelger, Innsbruck*

Abstract

Die Digitalisierung und das damit einhergehende Phänomen digitaler Märkte stellen die bestehenden Kategorien von bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen und missbräuchlichen Verhaltensweisen auf den Prüfstand. So mag die Einordnung einer bestimmten Maßnahme in der „analogen Welt“ in die Kategorie der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 101 Abs. 1 AEUV oder ihrem Äquivalent im Rahmen des Art. 102 AEUV, i.e. dem *prima facie* missbräuchlichen Verhalten, zwar richtig sein, ihr Auftreten in der „digitalen Welt“ und daher im online Markt jedoch eine andere und damit davon abweichende Beurteilung bzw. Einordnung erfordern (z.B. Kopplungsmaßnahmen in digitalen Märkten). Auch neue bzw. teilweise noch nicht da gewesene Phänomene, bringen Schwierigkeiten in der Beurteilung und Einordnung von Verhaltensweisen mit sich (z.B. Selbstbegünstigungsmaßnahmen wie in *Google Shopping*). Insofern stellen digitale Märkte das Kartellrecht vor Herausforderungen, die auf die Besonderheiten digitaler Märkte sowie deren Funktionalität zurückzuführen sind. Vor diesem Hintergrund argumentiert gegenständlicher Beitrag, dass die „Effektanalyse“ und damit ein vermehrter Rückgriff auf das Konzept der Auswirkungsprüfung ein noch zu wenig (oder gar un)erkanntes *Tool* zur Bewältigung der durch die Digitalisierung auftretenden Herausforderungen darstellt, dessen verstärkte Anwendung am Ende auch zu mehr Rechtssicherheit führte.

* Mein Dank gebührt Lena Hornkohl und Eva Fischer für wertvolle Anmerkungen und Input sowie meiner studentischen Mitarbeiterin Jil Merlijn Abt für ihre Unterstützung bei der redaktionellen Bearbeitung des Beitrages.

A. Einleitung¹

Die Debatte hinsichtlich der Unterscheidung zwischen bezweckten und bewirkten Wettbewerbsverstößen ist beinahe so alt wie das europäische Kartellrecht und seine Bestimmungen, i.e. Art. 101 und 102 AEUV. Eine nähere Betrachtung der Rechtsprechung lässt die Schlussfolgerung zu, dass eine Unterscheidung in vorgenannte Kategorien im Kontext beider Bestimmungen des AEUV existiert² und der Beurteilungsrahmen daher insgesamt ein kohärenter ist.³ Auch ist im Kontext von bezweckten Beschränkungen, i.e. Verhaltensweisen, die ihrem Wesen nach geeignet sind, den Wettbewerb zu beschränken,⁴ unstrittig, dass eine sich an der Verhaltensweise rein formalistisch orientierende Einordnung einer Maßnahme, ohne Bezugnahme auf den „jeweiligen rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang“⁵,

- 1 Das Thema und Kernargument des nachstehenden Aufsatzes ist als ein Teilaspekt von der Autorin in nachstehender Monographie entwickelt worden: *B. Zelger, Restrictions of EU Competition Law in the Digital Age*, in: K. Purnhagen et al (Hrsg.), *Studies in European Economic Law and Regulation*, Berlin 2023. Sämtliche im Beitrag zitierten Online-Quellen wurden von der Autorin am 9. Juni 2023 abgerufen.
- 2 *Zelger, Restrictions of EU Competition Law* (Fn. 1), S. 8, 24, 78, 132 und 197 m.w.N.; in der englischen Literatur wird u.a. von „by object abuse“ gesprochen: vgl. z.B. *R. Whish/D. Bailey, Competition Law*, Oxford University Press 2021, S. 205; *A. Jones/B. Sufrin/N. Dunne, EU Competition Law – Text, Cases and Materials*, Oxford University Press 2019, S. 375 ff; *L. Peeperkorn, Coherence in the Application of Articles 101 and 102: A Realistic Prospect or an Elusive Goal?*, *World Competition* (2016), 389; *P. Ibáñez Colomo, Beyond the “more economics-based approach”: A legal perspective on Article 102 TFEU case law*, *Common Market Law Review* 2016, 709; *P. Ibáñez Colomo/A. La-madrid de Pablo, On the notion of restriction of competition: what we know and what we don’t know we know*. In: D. Gerard/M. Merola/B. Meyring (Hrsg.), *The Notion of Restriction of Competition: Revisiting the Foundations of Antitrust Enforcement in Europe*, Bruylant 2017, S. 333 (346); *P. Ibáñez Colomo, Persistent myths in competition law (V): there is no such thing as an abuse by object (or by effect) under Article 102 TFEU*, *Chilling Competition Blog*, abrufbar unter: <https://chillingcompetition.com/2020/01/10/persistent-myths-in-competition-law-v-there-is-no-such-thing-as-an-abuse-by-object-or-by-effect-under-article-102-tfeu/>; vgl. auch EuGH C-307/18, *Generics*, ECLI:EU:C:2020:52, Rn. 155.
- 3 *Zelger* (Fn. 1), S. 8, 24, 78, 132 und 197 m.w.N.
- 4 S. z.B. EuGH C-209/07, *BIDS*, ECLI:EU:C:2008:643, Rn. 17; EuGH C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV*, ECLI:EU:C:2009:343, Rn. 29; EuGH C-226/11, *Expedia*, ECLI:EU:C:2012:795, Rn. 36; EuGH C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító*, ECLI:EU:C:2013:160, Rn. 35; EuGH C-67/13 P, *Groupement des Cartes Bancaires*, ECLI:EU:C:2014:2204, Rn. 50.
- 5 Vgl. z.B. EuGH, *Generics* (Fn. 2) Rn. 67 f.; EuGH, *T-Mobile* (Fn. 4), Rn. 31; EuGH, *Expedia* (Fn. 4), Rn. 21; EuGH, *Allianz Hungária* (Fn. 4), Rn. 29.

nicht möglich ist.⁶ Immer bedarf es einer Berücksichtigung der rechtlichen und wirtschaftlichen Umstände und Gegebenheiten im Einzelfall und daher einer – wie die Autorin es nennt – „Kontextanalyse“⁷, um eine Maßnahme der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung zuzuordnen, oder aber ihre Zugehörigkeit zur genannten Kategorie auszuschließen. Diese Kontextanalyse ist in Hinblick auf die ökonomische Beurteilungsdimension, i.e. die „wirtschaftlichen Zusammenhänge“⁸, wie im Folgenden noch gezeigt wird, u.a. informiert durch Erkenntnisse der Wirtschaftswissenschaften; die Beurteilung einer Verhaltensweise aus dem Blickwinkel des Kartellrechts ohne ökonomische Theorie ist daher unmöglich.⁹ Ob eine Verhaltensweise somit als bezweckt wettbewerbsbeschränkend oder missbräuchlich qualifiziert werden kann, hängt daher wesentlich davon ab, wie die „objektive wettbewerbsbeschränkende Tendenz“¹⁰ der jeweiligen Maßnahme bzw. Verhaltensweise aus ökonomischer Perspektive beurteilt wird.

Der Prozess der Digitalisierung, die damit einhergehenden Veränderungen der Märkte sowie insbesondere die Besonderheiten von digitalen Märkten scheinen die bestehenden Kategorien von bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen und missbräuchlichen Verhaltensweisen aufzubrechen. Dies aufgrund der Tatsache, dass die digitalen Realitäten und Gegebenheiten, i.e. der online Kontext innerhalb dessen Verhaltensweisen auftreten, eine 1:1 Beurteilung nach Maßgabe der bisherigen Erkenntnisse zu potenziellen Auswirkungen bestimmter Verhaltensweisen nicht notwendigerweise zulassen.¹¹ Mit anderen Worten: Die möglichen, negativen Effekte einer bestimmten Verhaltensweise in der analogen Welt sind nicht unbedingt

6 Ibáñez Colomo/Lamadrid de Pablo, On the notion of restriction of competition (Fn. 2), S. 339.

7 Zelger, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S. 38 ff.

8 Vgl. z.B. EuGH, *Generics* (Fn. 2) Rn. 67 f.; EuGH, *T-Mobile* (Fn. 4), Rn. 31; EuGH, *Expedia* (Fn. 4), Rn. 21; EuGH, *Allianz Hungária* (Fn. 4), Rn. 29.

9 P. Ibáñez Colomo, Intel and Article 102 TFEU Case Law: Making Sense of a Perpetual Controversy, LSE Law, Society and Economic Working Papers 29/2014, 5; T. Ackermann, Methodological Issues in Selected Branches – §20 European Competition Law, in: K. Riesenhuber (Hrsg.), *European Legal Methodology*, Intersentia 2017, S. 523; P. Ibáñez Colomo, *The Shaping of EU Competition Law*, Cambridge University Press 2018, S. 13; vgl. dazu auch die Ausführungen von S. Holzweber im Kontext von Koppelungsmaßnahmen (*tying & bundling*): S. Holzweber, Tying and bundling in the digital era, *European Competition Journal* 2018, 342 (346 ff.).

10 D. Zimmer in: U. Immenga/E.-J. Mestmäcker (Hrsg.), *Kommentar Wettbewerbsrecht*, 6. Aufl., München 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 129.

11 Zelger, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S. 135 ff. und 153 ff.

deckungsgleich mit jenen, die im online Kontext auftreten. Vielmehr sind Auswirkungen von Verhaltensweisen in digitalen Märkten in Hinblick auf ihre Wettbewerbsschädlichkeit durchaus ambivalent oder – aufgrund der Besonderheiten digitaler Märkte – überhaupt gänzlich anders zu beurteilen. *Kurzum:* Die sich aufgrund der Digitalisierung verändernden, realen (Markt)Gegebenheiten vermögen die Beurteilung der objektiv wettbewerbsbeschränkenden Tendenz einer Verhaltensweise unter Umständen zu verändern.¹² Insofern ist bei im digitalen Kontext auftretenden Verhaltensweisen nicht immer klar, ob sie ihrem Wesen nach geeignet sind, den Wettbewerb zu beschränken; vielmehr sprechen in manchen Fällen gute Gründe dafür, sie aus wettbewerbsrechtlicher Sicht anders zu bewerten als ihre (der äußeren Form nach korrespondierenden) Äquivalente der analogen Welt.¹³ Im Ergebnis hat dies zur Folge, dass, unter Zugrundelegung der in der analogen Welt entwickelten Grundsätze für die Einordnung bestimmter Maßnahmen, eben dieselben Verhaltensweisen online nicht notwendigerweise auch in die Kategorie der bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen eingeordnet werden können.¹⁴ Dies nicht zuletzt deshalb, weil es an (ökonomischem) Erfahrungswissen in Hinblick auf die wettbewerbschädlichen Auswirkungen der Verhaltensweisen schlicht (noch) fehlt. Der Vorschlag, der sich aufdrängt, ist ein vermehrter Rückgriff auf das Instrument der Auswirkungs- bzw. Effektanalyse. Diese ist, im Kontext des Art. 101 Abs. 1 AEUV, dem Begriff der „bewirkten Wettbewerbsbeschränkung“ immanent; ein wirtschaftlich-wirkungsbezogener Ansatz existiert aber auch im Kontext des Art. 102 AEUV. Im Ergebnis führte ein solcher Zugang nicht nur zu ökonomisch informierten Entscheidungen, sondern, darüber hinaus und gleichwohl die Langzeitperspektive berück-

12 Zelger, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S. 154; Holzweber, Tying and bundling in the digital era (Fn. 9), 342 f.

13 Im Kontext des Artikels 101 AEUV vgl. z.B. Klauseln zur Preisbindung zweiter Hand bzw. sog. Meistbegünstigtenklauseln. Im Kontext des Artikels 102 AEUV vgl. z.B. Koppelungsgeschäfte; vgl. dazu u.a. Holzweber, Tying and bundling in the digital era (Fn. 9).

14 Vgl. z.B. die ursprüngliche, formalistische Beurteilung von Koppelungsgeschäften in der Rechtsprechung der EU Gerichte (EuGH C-333/94 P, *Tetra Pak International v Commission*, ECLI:EU:C:1996:436; EuG T-83/91, *Tetra Pak II*, ECLI:EU:T:1994:246; EuG T-30/89, *Hilti AG v Commission*, ECLI:EU:T:1991:70), welcher mit der Entscheidung des EuG in *Microsoft* (EuG T-201/04, *Microsoft Corp v Commission*, ECLI:EU:T:2007:289) aufgeweicht wurde und der sich auch in der Entscheidung des EuG in *Google Android* (EuG T-604/18, *Google and Alphabet v Commission (Google Android)*, ECLI:EU:T:2022:541) findet.

sichtigend, auch zu mehr Rechtssicherheit: Die Auswirkungsanalyse eignet sich nämlich hervorragend dazu, jene für die Einordnung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung erforderlichen Erfahrungswerte hinsichtlich der (Wettbewerbs)Schädlichkeit einer Maßnahme (aus ökonomischer Perspektive)¹⁵ überhaupt erst zu sammeln bzw. zu erlangen. Darüber hinaus argumentiert die Autorin, dass sich in der „online Welt“ drei Kategorien für die Beurteilung von Verhaltensweisen herausarbeiten lassen,¹⁶ nach Maßgabe derer die Geeignetheit der existierenden ökonomischen Beurteilungskonzepte und Schadenstheorien aus der „offline Welt“ für die Betrachtung und Einordnung derselben Verhaltensweise online festgestellt werden kann.

Vor diesem Hintergrund gliedert sich der Beitrag in fünf Abschnitte. In einem ersten Teil wird ein kurzer Überblick über die Grundlagen zur Etablierung von bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen und missbräuchlichen Verhaltensweisen gegeben (B.I.). Relevant erscheint in diesem Zusammenhang insbesondere die zur Feststellung vorgenannter Verstöße erforderliche „Kontextanalyse“ (B.II.), der in diesem Zusammenhang erforderliche Zwei-Stufen-Test (B.II.1. und B.II.2.) sowie existierende Grenzfälle, hinsichtlich derer eine Abgrenzung der Kontextanalyse von der im Kontext der bewirkten Wettbewerbsbeschränkung erforderlichen (umfangreichen) Auswirkungsanalyse¹⁷ durchaus Schwierigkeiten bereitet (B.II.3.). Während Abschnitt C einleitend einen kurzen Überblick über die Besonderheiten digitaler Märkte skizziert (C.I.), werden im Anschluss daran die unterschiedlichen Kategorien für die Betrachtungsweise von Verhaltensweisen in der „online Welt“ herausgearbeitet (C.II.), mit Beispielen untermauert und anhand von Entscheidung der jüngeren Rechtsprechung illustriert (C.III.) sowie die Vorteile einer vermehrten Verwendung des wirtschaftlich-wirkungsbezogenen Ansatzes („Effektanalyse“) näher dargestellt (C.IV.). Abschließend werden in Abschnitt D die wesentlichen Erkenntnisse kurz zusammengefasst.

15 Zimmer (Fn. 10), Art. 101 AEUV, Rn. 130.

16 Vgl. Dazu bereits in Zelger (Fn. 1), S. 154 f.

17 Zimmer (Fn. 10), Art. 101 AEUV, Rn. 131.

B. Zweck oder Wirkung: Der kohärente Beurteilungsrahmen von Art. 101 Abs. 1 und 102 AEUV

I. Grundlagen

Im Kontext beider wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen des AEUV, i.e. Art. 101 und 102 AEUV, unterscheidet die Rechtsprechung bei der Beurteilung von Maßnahmen zwischen solchen, die sie einem legalistisch-formal begründeten Ansatz¹⁸ (sog. „conduct-oriented“ oder „form-based approach“)¹⁹, sowie solchen, die sie einem wirtschaftlich-wirkungsbezogenen Ansatz²⁰ (sog. „result-oriented“ oder „effect-based approach“)²¹ unterstellt. Diese unterschiedlichen Ansätze spiegeln sich im Wortlaut des Art. 101 Abs. 1 AEUV wider, wonach bezweckte und bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen vom Kartellverbot erfasst sind. Art. 102 AEUV enthält keine solche *expressis verbis* Unterscheidung; eine Einteilung von Maßnahmen in die vorgenannten Kategorien lässt sich aber der Rechtsprechung des EuGH entnehmen²² und ist dies – zumindest in der englischsprachigen Literatur – überwiegend anerkannt und herrschende Meinung,²³ wenngleich die Verwendung der Terminologie des Art. 101 Abs. 1 AEUV im Kontext des Missbrauchsverbots gemäß Art. 102 AEUV, i.e. der Begriff „bezweckte missbräuchliche Verhaltensweise“ (sog. „by object abuse“) durchaus kontro-

18 Die Formulierung im Deutschen so bereits in: Evaluierungsbericht der Kommission – Gruppenfreistellungs-Verordnung (EG) Nr. 240/96 für Technologietransfer-Vereinbarungen (GFTT) – Technologietransfer-Vereinbarungen nach Artikel 81 EG-Vertrag, KOM(2001) 786 endgültig („Evaluierungsbericht GFTT“), Rn. 4.

19 B. Zelger, „By object“ restrictions pursuant to Article 101(1) TFEU: a clear matter or a mess, and a critical analysis of the court's judgement in Expedia?, *European Competition Journal* 2017, 356 (360).

20 Evaluierungsbericht GFTT (Fn. 18), Rn. 4.

21 Zelger, „By object“ restrictions (Fn. 19), 359.

22 Vom EuGH erstmals ausdrücklich betont in: EuGH C-23/14, *Post Danmark II*, ECLI:EU:C:2015:651, Rn. 65; *Ibáñez Colomo/Lamadrid de Pablo*, On the notion of restriction of competition (Fn. 3), S. 336, 346; Für eine umfassende Analyse der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 102 AEUV i.d.Z. vgl. *Ibáñez Colomo*, Beyond the “more economics-based approach” (Fn. 3); *Zelger*, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), Kapitel 4.1, S. 78 ff.

23 *Whish/Bailey*, Competition Law (Fn. 2), S. 205 m.w.N.; *Ibáñez Colomo*, Beyond the “more economics-based approach” (Fn. 3); *Ibáñez Colomo/Lamadrid de Pablo*, On the notion of restriction of competition (Fn. 3), S. 336 f., 346; *Peepkorn*, Coherence in the Application of Articles 101 and 102 (Fn. 2), 407–409; *Zelger*, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S. 78 ff.; *Jones/Sufrin/Dunne*, EU Competition Law (Fn. 2), S. 375 ff.

vers diskutiert wird.²⁴ Im Ergebnis finden sich daher grundsätzlich auch im Anwendungsbereich des Art. 102 AEUV Verhaltensweisen, die als *prima facie* missbräuchlich qualifiziert werden²⁵ sowie Maßnahmen, welche eine konkrete und umfangreiche Auswirkungsprüfung und damit einen Nachweis der tatsächlichen bzw. potenziellen negativen Auswirkungen einer Verhaltensweise auf dem jeweiligen Markt bedürfen.²⁶ Darüber hinaus scheint wesentlich, dass im Kontext beider Bestimmungen zudem die Möglichkeit der Rechtfertigung besteht,²⁷ wenngleich Art. 102 AEUV eines Äquivalents zu Art. 101 Abs. 3 AEUV entbehrt. Auch werden bei der Etablierung einer bezweckt wettbewerbsbeschränkenden oder missbräuchlichen Verhaltensweise dieselben Standards angewendet (vgl. dazu sogleich unter B.II). Der einzige Unterschied scheint sich somit aus dem Tatbestandsmerkmal der Spürbarkeit zu ergeben, wobei sich auch dieser – bei entsprechender Lesart – in einen stimmigen Gesamtbeurteilungsrahmen beider Bestimmungen einordnen lässt.²⁸

Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass es im Rahmen beider wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen des AEUV Verhaltensweisen gibt, die, den jeweiligen rechtlichen und wirtschaftlichen Kontext berücksichtigend, ihrem Wesen nach geeignet sind, den Wettbewerb zu beschränken. Dem folgend sind sie als bezweckte Wettbewerbsverstöße bzw. als *prima facie* missbräuchliches Verhalten zu qualifizieren. Die Rechtsprechung zu Fällen aus der „analogen“ Welt ist umfassend, das sowohl in Hinblick auf das in Art. 101 AEUV verankerte Kartellverbot als auch das Marktmiss-

24 Ebd.; Kritisch zur Terminologie des „by object abuses“: Jones/Sufrin/Dunne, EU Competition Law (Fn. 2), S. 375 sowie Peeperkorn, Coherence in the Application of Articles 101 and 102 (Fn. 2), 407–409.

25 Z.B. Ausschließlichkeitsbindungen (*exclusive dealing*), bedingte Treuerabattsysteme (*rebates conditional upon exclusivity*), Kampfpreisunterbietung bei Preisen unterhalb der durchschnittlichen variablen Kosten (*predatory pricing below average variable cost*), Koppelungsgeschäfte (*tying*).

26 Z.B. Kosten-Preis-Schere (*margin squeeze*); vgl. EuGH C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, ECLI:EU:C:2011:83, Rn. 64.

27 Vgl. z.B. EuGH C-27/76, *United Brands*, ECLI:EU:C:1978:22, Rn. 184; EuGH C-95/04 P, *British Airways*, ECLI:EU:C:2007:166, Rn. 69; EuGH C-209/10, *Post Danmark I*, ECLI:EU:C:2012:172, Rn. 40 und die dort angeführte Rechtsprechung; EuGH C-413/14 P, *Intel v Commission*, ECLI:EU:C:2017:632, Rn. 140; A. Fuchs in: U. Immenga/E.-J. Mestmäcker (Hrsg.), Kommentar Wettbewerbsrecht, 6. Aufl., München 2019, Art. 102 AEUV, Rn. 152 ff.

28 Zelger, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S. 130 f.

brauchsverbot gemäß Art. 102 AEUV.²⁹ Eine nähere Betrachtung lässt somit die Schlussfolgerung zu, dass der Beurteilungsrahmen beider Bestimmungen ein kohärenter ist.³⁰

II. Die Notwendigkeit der „Kontextanalyse“ im Rahmen von bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen und missbräuchlichen Verhaltensweisen

Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden die zur Feststellung einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung bzw. einer *prima facie* missbräuchlichen Verhaltensweise erforderliche „Kontextanalyse“ kurz dargestellt werden. Im Rahmen der Bestimmungen der Art. 101 Abs. 1 und 102 AEUV existieren nämlich keine *per se* Beschränkungen, die sich rein aufgrund der Form einer Verhaltensweise, losgelöst von den rechtlichen, wirtschaftlichen und tatsächlichen Umständen innerhalb derer ein Verhalten gesetzt wird, feststellen lassen.³¹ Das gilt für zweiseitige, kollusive Maßnahmen³² ebenso wie für unilaterales Verhalten marktmächtiger Unternehmen.³³ Die Frage nach der grundsätzlichen Geeignetheit einer Verhaltensweise, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, ist daher essenziell. Maßnahmen, die (objektiv) ungeeignet sind, überhaupt eine wettbewerbschädliche Wirkung zu entfalten (ungeachtet der tatsächlichen Auswirkungen im Einzelfall, sind doch neben tatsächlichen auch potenzielle Effekte für die Bejahung der Geeignetheit ausreichend), sind weder bezweckt wettbewerbsbeschränkend gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV³⁴ noch *prima facie* missbräuchlich i.S.d. Art. 102 AEUV.³⁵

29 Ausführlich dazu: Zelger, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), Kapitel 3 und 4 (vgl. insb. S. 8, 24, 78, 88, 132 und 197 m.w.N.).

30 Ebd.

31 Ibáñez Colomo/Lamadrid de Pablo, On the notion of restriction of competition (Fn. 2), S. 336, 339.

32 Zelger, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), Kapitel 3.3, S. 38 ff.

33 Zelger, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), Kapitel 4.4, S. 91 ff.

34 Zimmer (Fn. 10), Art. 101 AEUV, Rn. 130.

35 P. Ibáñez Colomo, Case C-307/18 Generics (UK) and others v CMA (Paroxetine), a major landmark in the case law (II): pay-for-delay, Chilling Competition Blog, abrufbar unter: <https://chillingcompetition.com/2020/02/28/case-c-307-18-generic-s-uk-and-others-v-cma-paroxetine-a-major-landmark-in-the-case-law-ii-pay-for-delay/>.

1. Grundlagen: Der Zwei-Stufen-Test

Die für die Einordnung einer Maßnahme als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung bzw. *prima facie* Missbrauch erforderliche Kontextanalyse besteht aus einem zweistufigen Test,³⁶ der – die Rechtsprechung abbildend – maßgeblich von *Peeperkorn*³⁷ und Generalanwalt *Bobek*³⁸ in seinen Schlussanträgen in *Budapest Bank*³⁹ herausgearbeitet wurde.⁴⁰ In einem ersten Schritt gilt es der Frage nach dem wettbewerbswidrigen Zweck bzw. der grundsätzlichen (objektiven) wettbewerbsbeeinträchtigenden Tendenz einer Maßnahme nachzugehen. Diese(r) ergibt sich aus einer „objektivierten“ Beurteilung der Ziele und des Inhalts einer Verhaltensweise. *Peeperkorn* spricht von sog. „*net negative effects*“.⁴¹ Ebene 1 des Zwei-Stufen-Tests ist daher der Frage gewidmet, ob eine Verhaltensweise in der Regel geeignet ist den Wettbewerb zu beschränken bzw. zu beeinträchtigen, womit einzig plausible Erklärung für die Verhaltensweise eben die Beschränkung bzw. Beeinträchtigung bleibt (*allgemeine Beurteilung*). Mit anderen Worten muss die Beurteilung einer Verhaltensweise ergeben, dass „negative Auswirkungen auf den Wettbewerb so wahrscheinlich sind, dass eine Prüfung der konkreten Effekte unterbleiben kann.“⁴² Für Preisabsprachen oder aber auch vertikale Vereinbarungen bspw., die zu einem absoluten Gebietsschutz führen, mag dies – auf ersten Blick – zutreffen (s. dazu sogleich unter 2.). Ebenso, als Beispiele einer Art. 102 AEUV Verhaltensweise, für Kampfpreisstrategien und Exklusivitätsvereinbarungen. In einem nachgelagerten, zweiten Schritt (Ebene 2, *individuelle Beurteilung*) gilt es dann zu prüfen, ob die Beurteilung der jeweiligen Maßnahme unter Berücksichtigung der individuellen tatsächlichen Gegebenheiten, i.e. vor dem Hintergrund des jeweiligen rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhanges, innerhalb dessen sie auftritt, das Ergebnis der Beurteilung auf Ebene 1 zu bestätigen

36 Im Wesentlichen herausgearbeitet von L. *Peeperkorn* sowie GA *Bobek*, vgl. dazu: L. *Peeperkorn*, Defining „by object“ restrictions, *Concurrence* 2015, 40; Schlussanträge GA *Bobek* C-228/18, *Budapest Bank*, ECLI:EU:C:2019:678, Rn. 41–43.

37 Ebd.

38 GA *Bobek*, Schlussanträge *Budapest Bank* (Fn. 36), Rn. 41–43.

39 EuGH, *Budapest Bank* (Fn. 46).

40 Für eine nähere Dar- und Gegenüberstellung beider Test-Varianten sowie zu deren Vereinbarkeit und materieller Identität, vgl. *Zelger*, *Restrictions of EU Competition Law* (Fn. 1), Kapitel 3.4, S. 46 ff.

41 *Peeperkorn*, Defining „by object“ restrictions (Fn. 36), Rn. 18.

42 *Zimmer* (Fn. 10), Art. 101 AEUV, Rn. 130 mit Verweis auf: EuGH, *Groupement des Cartes Bancaires* (Fn. 4), Rn. 51.

vermag. So mag dies im Kontext von Preisabsprachen zwischen Wettbewerbern in der Regel der Fall sein; zu den Beispielen des absoluten Gebietschutzes in vertikalen Vereinbarungen sowie den angeführten Beispielen zu Art. 102 AEUV siehe sogleich unter 2. Bleibt die einzige Erklärung einer Verhaltensweise jene, dass sie darauf abzielt den Wettbewerb zu beschränken bzw. zu beeinträchtigen, handelt es sich um eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung bzw. *prima facie* missbräuchliche Verhaltensweise.⁴³ Sind Maßnahmen, unter Berücksichtigung des jeweiligen rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhanges, jedoch als ambivalent einzustufen, unterbleibt eine Einordnung in die Kategorie der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung bzw. missbräuchlichen Verhaltensweise und ist, für die Subsumtion einer solchen unter der jeweils relevanten, wettbewerbsrechtlichen Bestimmung, i.e. Art. 101 oder 102 AEUV, eine umfangreichere Auswirkungsanalyse und somit der Nachweis potenzieller bzw. tatsächlicher negativer Effekte auf dem jeweiligen Markt erforderlich.⁴⁴

2. Beurteilung im Einzelfall: Die „Kontextanalyse“ angewandt

Im Kontext des Art. 101 Abs. 1 AEUV beruft sich der EuGH bei der Feststellung von bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen im Kontext der „Zweckermittlung“ auf die Notwendigkeit der Berücksichtigung „aller maßgeblichen Gesichtspunkte“⁴⁵ eines Sachverhaltes sowie seines „rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhanges“⁴⁶. So sind nach der Rechtsprechung des EuGH z.B. Vereinbarungen, die zu einem absoluten Gebietsschutz füh-

43 *Ibáñez Colomo*, Intel and Article 102 TFEU Case Law (Fn. 9), 14; *Zelger*, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S. 45, 74 f m.w.N.

44 Hinsichtlich Art. 101 Abs. 1 AEUV ergeben sich die alternativen Tatbestandsvarianten aus dem Wortlaut der Bestimmung selbst, sowie dem dort angeführten „oder“ – vgl. dazu auch: EuGH 56/65, *Société Technique Minière*, ECLI:EU:C:1966:38, Rn. 249; im Kontext des Art. 102 AEUV lassen sie sich aus der Rechtsprechung des EuGH ableiten: *Whish/Bailey*, Competition Law (Fn. 2), S. 205 m.w.N.; *Ibáñez Colomo*, Beyond the “more economics-based approach” (Fn. 2); *Ibáñez Colomo/Lamadrid de Pablo*, On the notion of restriction of competition (Fn. 2), S. 336, 346; *Peeperkorn*, Coherence in the Application of Articles 101 and 102 (Fn. 2), 407–409; *Zelger*, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S. 78 ff; *Jones/Sufrin/Dunne*, EU Competition Law (Fn. 2), S. 375 ff.

45 EuGH, *Allianz Hungária* (Fn. 4), Rn. 29; EuGH C-228/18, *Budapest Bank*, ECLI:EU:C:2020:265, Rn. 59.

46 EuGH, *Generics* (Fn. 2), Rn. 67 f.; EuGH, *T-Mobile* (Fn. 4), Rn. 31; EuGH, *Allianz Hungária* (Fn. 4), Rn. 29; EuGH, *Budapest Bank* (Fn. 46), Rn. 59.

ren, grundsätzlich als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen vom Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst.⁴⁷ In der Rechtssache *IHT International Heiztechnik GmbH* hat der EuGH jedoch bspw. Rücksicht auf den rechtlichen Umstand genommen, dass sich der absolute Gebietsschutz aus einer Markenrechtsvereinbarung ergab, und subsumierte die Vereinbarung daher letztlich nicht unter dem Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung.⁴⁸ Mit anderen Worten hat der EuGH in *IHT International Heiztechnik GmbH* auf Ebene 2 des Zwei-Stufen-Tests daher die Einordnung der Maßnahme in die „by-object-Box“⁴⁹ aufgrund des – im individuellen Fall gegebenen – rechtlichen Zusammenhanges verneint (Ebene 2, *individuelle Beurteilung*). Dies obwohl Vereinbarungen, die zu einem absoluten Gebietsschutz führen, grundsätzlich und somit in der Regel als bezweckt wettbewerbsbeschränkend gelten (Ebene 1, *allgemeine Beurteilung*).⁵⁰ Ein weiteres Beispiel, in welchem ein rechtlicher Umstand, nämlich eine ausschließliche Vorführungslicenz⁵¹ für einen Film, dazu geführt hat, dass eine Vereinbarung, die einem einzigen Lizenznehmer absoluten Gebietsschutz für die Vorführung eines Films in einem Mitgliedsstaat gewährte (und somit dessen Verbreitung durch Dritte verboten war),⁵² nicht unter der Kategorie der bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen subsumiert wurde, liefert die Entscheidung des EuGH in *Coditel II*.⁵³ Gewisse Umstände und damit Sachverhalte, die eine Verzahnung mit IP- oder Markenrechten sowie in diesem Zusammenhang gewährte Lizenzen o.Ä. aufweisen, können daher eben gerade jenen rechtlichen Zusammenhang liefern, der im Einzelfall (Ebene 2, *individuelle Beurteilung*) selbst bei – aus formaler Perspektive – ausschließlich auf eine Wettbewerbsbeschränkung gerichteten Maßnahmen (sog. reine Beschränkungen bzw. „*naked restrictions*“⁵⁴ – Ebene 1, *allgemeine Beurteilung*), wie dies Vereinbarungen mit absolutem Gebietsschutz auf ersten Blick zweifelsohne sind,⁵⁵ zur Verneinung der Einordnung eben einer solchen Verhaltensweise in die Kategorie der bezweckten Wett-

47 Zimmer (Fn. 10), Art. 101 AEUV, Rn. 130 und 167 ff.

48 EuGH C-9/93, *IHT International Heiztechnik GmbH*, ECLI:EU:C:1994:261, Rn. 59 ff.

49 Whish/Bailey, Competition Law (Fn. 2), S. 130.

50 Zimmer (Fn. 10), Art. 101 AEUV, Rn. 130 und 167 ff.

51 EuGH C-262/81, *Coditel II*, ECLI:EU:C:1982:334, Rn. 16.

52 Ebd., Rn. 15.

53 EuGH, *Coditel II* (Fn. 51); dieses, sowie auch weitere Beispiele, vgl. *Ibáñez Colomo/Lamadrid de Pablo*, On the notion of restriction of competition (Fn. 2), S. 337.

54 EuGH, *Intel* (Fn. 27), Rn. 15.

55 Zimmer (Fn. 10), Art. 101 AEUV, Rn. 130 und 167 ff m.w.N.

bewerbsbeschränkungen führen. Im Unterschied dazu existieren selbststehend auch Urteile, in welchen der EuGH eine Einordnung in die Kategorie der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung im IP-Recht Kontext bejaht hat. Die Entscheidungen in *Murphy*⁵⁶ und *Canal+*⁵⁷ seien an dieser Stelle (wiederum) beispielhaft genannt. Dabei lässt sich die unterschiedliche Einordnung der Klauseln in Lizenzvereinbarungen im Hinblick auf die Umstände des jeweiligen Einzelfalls in *Canal+* und *Murphy* erklären. Mit anderen Worten: Die Kontextanalyse in den vorgenannten Fällen führte deshalb zu einem anderen Ergebnis als in *Coditel II*, i.e. der Einordnung in die Kategorie der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung, weil der Inhalt und die Ziele der zu beurteilenden Lizenzvereinbarungen vor dem Hintergrund des rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhangs eine solche Schlussfolgerung erforderten.⁵⁸ Dies lag maßgeblich in der Tatsache begründet, dass sowohl in *Murphy* als auch *Canal+* – wie vom EuGH festgestellt – neben der ausschließlichen Lizenz „gerade *zusätzliche Verpflichtungen*, mit denen die Einhaltung der räumlichen Beschränkungen für die Nutzung der vom Inhaber eines Rechts des geistigen Eigentums gewährten Lizenzen gewährleistet werden sollte“⁵⁹, Teil der Lizenzvereinbarung waren. Der Unterschied, der das „kontext-spezifische“ Ergebnis zu erklären vermag, lag daher in ebendiesen Klauseln begründet. Wohingegen also in *Coditel II* die ausschließliche Lizenzvereinbarung an sich als nicht ihrem Wesen nach geeignet angesehen wurde, den Wettbewerb zu beschränken, führten die in der Lizenzvereinbarung enthaltenen zusätzlichen Verpflichtungen in *Canal+* und *Murphy* zu einem anderen Ergebnis.

Neben dem rechtlichen Zusammenhang spielt auch der wirtschaftliche Zusammenhang, innerhalb dessen es eine konkrete Maßnahme zu beurteilen gilt, eine wesentliche Rolle bei der Einordnung derselben in die Kategorie der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung. Die Beurteilung im Rahmen der Kontextanalyse ist damit immer auch durch Erkenntnisse der Wirtschaftswissenschaften informiert. Ohne ökonomische Theorie und ihrem Erfahrungswissen hinsichtlich der objektiven, wettbewerbsbeschränkenden Tendenz einer Verhaltensweise ist die Beurteilung und Einordnung einer solchen aus wettbewerbsrechtlicher Sicht schlicht nicht möglich.⁶⁰ So ist bspw. nicht jeder zwischen Wettbewerbern stattfindende Informationsaustausch vom

56 EuGH C-403/08 und C-429/08, *Murphy*, ECLI:EU:C:2011:631, Rn. 140.

57 EuGH C-132/19P, *Canal+*, ECLI:EU:C:2020:1007, Rn. 54.

58 EuGH, *Canal+* (Fn. 57), Rn. 52, 53.

59 EuGH, *Canal+* (Fn. 57), Rn. 53 (Hervorhebung durch die Autorin).

Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst.⁶¹ Maßgeblich in diesem Zusammenhang ist, ob eine Information „den Grad der Ungewissheit über das fragliche Marktgeschehen verringert oder beseitigt und dadurch zu einer Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Unternehmen führt.“⁶² Während daher z.B. der Austausch von preissensitiven, für die künftige Preisbildung relevanten Informationen vom EuGH in der Rechtssache *Dole Food* als bezweckt wettbewerbsbeschränkend angesehen wurde,⁶³ fiel die Beurteilung des konkreten Sachverhaltes in *Asnef-Equifax*⁶⁴ anders aus. In Letzterem hatte der Gerichtshof ein Register zum Informationsaustausch zwischen Finanzinstituten bezüglich der Zahlungsfähigkeit von Kunden zu beurteilen.⁶⁵ Auch hier hatten daher Wettbewerber über ein Register unterschiedliche Informationen zur Bonität ihrer Gläubiger u.Ä. geteilt. Der EuGH verneinte bei der Zweckermittlung des auf dem Prüfstand stehenden Informationsaustausches jedoch – unter Berücksichtigung der rechtlichen und wirtschaftlichen Gegebenheiten (und damit auf Ebene 2 des Zwei-Stufen-Tests, i.e. der *individuellen Beurteilung*)⁶⁶ – das Vorliegen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung. Vielmehr sei wesentlicher Zweck derartiger Systeme zum Austausch von Kreditinformationen, „Kreditgebern aussagefähige Informationen über vorhandene oder potenzielle Kreditnehmer, und zwar insbesondere über die Art und Weise ihrer bisherigen Schuldenbegleichung, zur Verfügung zu stellen.“⁶⁷ Während also in der Rechtssache *Dole Food* einzig logische und denkmögliche Erklärung für den Informationsaustausch zwischen den Wettbewerbern – vor dem Hintergrund der rechtlichen, wirtschaftlichen und somit tatsächlichen Gegebenheiten – jene war, den künftigen (Preis)Wettbewerb zu verringern bzw. zu beschränken, war der Zweck des Informationsaustausches über die Bonität ihrer Gläubiger zwischen den Kreditgebern nicht eindeutig nur wettbewerbsbeschränkend. Vielmehr gab es andere, plausible und nachvollziehbare Gründe, die den Gerichtshof letztlich dazu veranlassten, eine be-

60 *Ibáñez Colomo*, Intel and Article 102 TFEU Case Law (Fn. 9), 5; *Ackermann*, Methodological Issues (Fn. 9), S. 523; *Ibáñez Colomo*, The Shaping of EU Competition Law (Fn. 9), S. 13.

61 Näheres dazu vgl. *Zelger*, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S. 40 f.

62 EuGH, *T-Mobile* (Fn. 4), Rn. 35.

63 EuGH C-286/13 P, *Dole Food und Dole Fresh Fruit Europe / Kommission*, ECLI:EU:C:2015:184, Rn. 122.

64 EuGH C-238/05, *Asnef-Equifax*, ECLI:EU:C:2006:734, Rn. 2.

65 Ebd., Rn. 2.

66 EuGH, *Asnef-Equifax* (Fn. 64), Rn. 46 und 47.

67 Ebd., Rn. 46.

zweckte Wettbewerbsbeschränkung im konkreten Fall – aufgrund der Ambivalenz des zu beurteilenden Informationsaustausches – zu verneinen und das vorliegende Gericht auf die Auswirkungsprüfung zu verweisen.⁶⁸

Auch im Zusammenhang mit Art. 102 AEUV ist laut EuGH die Berücksichtigung „sämtlicher Umstände“⁶⁹ erforderlich, um eine *prima facie* missbräuchliche Verhaltensweise überhaupt feststellen zu können. Besonders gut lässt sich der unterschiedliche Ausgang im Rahmen der Beurteilung einer formal gleich anmutenden Verhaltensweise und der in diesem Zusammenhang erforderlichen Kontextanalyse nach dem Zwei-Stufen-Test anhand von potenziell missbräuchlichen, *preisbezogenen* Verhaltensweisen illustrieren. Bei der Einordnung Vorgenannter wird nämlich grundsätzlich auf, für die im wirtschaftlichen Zusammenhang durchzuführende Beurteilung relevante, (ökonomische) Kostenkonzepte bzw. Kostenrechnungsmodelle zurückgegriffen.⁷⁰ So hat der EuGH z.B. in Hinblick auf die Unterscheidung zwischen Kampfpreisstrategien („*predatory pricing*“) und (legitimen) Preissenkungen dreierlei Kategorien zur Beurteilung von im Rahmen der Preisgestaltung festgesetzten Preisen entwickelt: Danach gilt für Preise unterhalb der durchschnittlichen variablen Kosten eine Missbrauchs- bzw. Unrechtmäßigkeitsvermutung.⁷¹ Diese Unrechtmäßigkeitsvermutung liegt in der überwiegenden, herrschenden Meinung der ökonomischen Literatur begründet, der zufolge eine solche Preisstrategie jedweder Wirtschaftlichkeit entbehrt und einziges Ziel einer solchen Maßnahme nur sein kann, eine marktmächtige Position auszunutzen und Wettbewerber vom Markt zu drängen.⁷² Preise über den durchschnittlichen Gesamtkosten werden einer

68 EuGH, *Asnef-Equifax* (Fn. 64), Rn. 48.

69 EuGH Rs 322/81, *Michelin I*, ECLI:EU:C:1983:313, Rn. 73; EuGH C-549/10 P, *Tomra*, ECLI:EU:C:2012:221, Rn. 71; EuGH, *Post Danmark II* (Fn. 22), Rn. 29.

70 Vgl. dazu den vom EuGH entwickelten sog. AKZO-Test: EuGH C-62/86, *AKZO*, ECLI:EU:C:1991:286, Rn. 71 ff; zu den unterschiedlichen Kostenmodellen, s. außerdem: *Whish/Bailey*, *Competition Law* (Fn. 2), S. 754 m.w.N.; 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 2009 C 45/7, Rn. 26, 64 f.

71 EuGH, *AKZO* (Fn. 70), Rn. 71.

72 *Whish/Bailey*, *Competition Law* (Fn. 2), S. 780 m.w.N.; zur durchaus kontrovers diskutierten Beurteilung von Kampfpreisstrategien in der ökonomischen Literatur sowie der in diesem Zusammenhang existierenden unterschiedlichen ökonomischen Modelle und Schadenstheorien, vgl. *C. Fumagalli/M. Motta/C. Calcagno*, *Exclusionary Practices – The Economics of Monopolisation and Abuse of Dominance*, Cambridge University Press 2018, S. 14 ff.

Rechtmäßigkeitsvermutung unterstellt; sie gelten daher in der Regel als unbedenkliche, legitime Preissenkung. Eine dritte Kategorie bilden Preise, die unter den durchschnittlichen Gesamtkosten, aber über den durchschnittlichen variablen Kosten liegen. Diese werden nur dann als missbräuchlich angesehen, „wenn sie im Rahmen eines Plans festgesetzt wurden, der die Ausschaltung eines Konkurrenten zum Ziel hat.“⁷³ Eine solche Preisstrategie verfolgt daher – aus ökonomischer Perspektive – nur dann klar eine missbräuchliche Strategie, wenn weitere Faktoren hinzukommen, die für eben diesen verfolgten Zweck einer Maßnahme sprechen. Bei der Berücksichtigung der wirtschaftlichen Gegebenheiten innerhalb derer eine Preispolitik umgesetzt wird, sind daher die skizzierten Besonderheiten im Einzelfall zu berücksichtigen und fließen Vorgenannte in die Beurteilung der Maßnahme und Einordnung derselben als *prima facie* Missbrauch ein. Potenzielle, preisbezogene missbräuchliche Verhaltensweisen⁷⁴ werden daher im Rahmen der Kontextanalyse mithilfe von Kostenrechnungsmodellen der ökonomischen Theorie genauer betrachtet. Kampfpreisstrategien sind als Maßnahme daher grundsätzlich vom Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV erfasst (Ebene 1, *allgemeine Beurteilung*), ihre jeweilige Beurteilung und Einordnung hat jedoch im Einzelfall nach Maßgabe des wirtschaftlichen Zusammenhanges zu erfolgen (Ebene 2, *individuelle Beurteilung*). Mit Hilfe der vorgenannten Kostenrechnungsmodelle kann eine Kampfpreisstrategie daher der einen oder anderen Kategorie missbräuchlichen Verhaltens (*prima facie* Missbrauch vs. missbräuchliches Verhalten, das einer Wirkungsanalyse bedarf) zugeordnet werden, oder fällt sogar gänzlich aus dem Anwendungsbereich des Art. 102 AEUV heraus (wie eben Preise, die über den durchschnittlichen Gesamtkosten liegen).

Auch anhand von Rabattsystemen lässt sich die Notwendigkeit der Berücksichtigung „sämtlicher Umstände“ (und damit die Notwendigkeit der Kontextanalyse) sowie der durchaus einzelfallspezifische Ausgang („*context-specific outcome*“⁷⁵) veranschaulichen. Grundsätzlich sind Rabattsysteme im wirtschaftlichen Treiben gängige Praxis und damit, aus ökonomischer und auch wettbewerbsrechtlicher Perspektive, nicht notwendigerweise bedenk-

73 EuGH, AKZO (Fn. 70), Rn. 72.

74 Neben Kampfpreisstrategien daher u.a. Maßnahmen wie die Kosten-Preis-Schere (*margin squeeze*), überhöhte Preise (*excessive pricing*).

75 Zum einzelfallspezifischen Ausgang („*context-specific outcome*“) und einer umfassenden Rechtsprechungsanalyse im Detail vgl.: Zelger, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), Kapitel 3.3 (hinsichtlich Art. 101 Abs. 1 AEUV) S. 38 ff., Kapitel 4.4. (hinsichtlich Art. 102 AEUV) S. 91.

lich.⁷⁶ Gleichwohl unstrittig ist zudem, dass Exklusivitätsvereinbarungen mit marktmächtigen Unternehmen vom Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV aufgrund ihrer marktabschottenden Wirkung erfasst und als *prima facie* missbräuchlich einzustufen sind.⁷⁷ Wenngleich selbst in der ökonomischen Literatur hinsichtlich ihrer objektiven, wettbewerbsbeschränkenden Tendenz umstritten,⁷⁸ mag bei Rabattsystemen eines marktmächtigen Unternehmens, welche in ihrer Wirkung zu einer *de facto* Exklusivität in der Abnahme von Produkten, Rohstoffen o.Ä. durch den Vertragspartner des marktmächtigen Unternehmens führen, die Beurteilung der Vereinbarkeit mit Art. 102 AEUV durchaus negativ ausfallen. Derartige Rabattsysteme, die aufgrund ihrer Ausgestaltung wie z.B. durch ein Treue-Anreizsystem, welches zu einer Erhöhung der Abnahmemenge führt und damit eine gewisse Tendenz hin zur Exklusivität aufweist, bedürfen daher einer genauen Betrachtung des wirtschaftlichen Zusammenhanges (i.e. Kontextanalyse). So können z.B. auch an sich unbedenkliche Mengenrabattsysteme⁷⁹ aus Perspektive des Art. 102 AEUV problematisch erscheinen, sofern ihre „Mengenrabatt-Natur“ nur dem Anschein nach existiert⁸⁰ und ihre tatsächliche Ausgestaltung durch vorgenannte Anreizsysteme u.Ä. vielmehr zu, aus Sicht des EU-Wettbewerbsrechts, bedenklicher Exklusivität führt.⁸¹

3. Zwischen Kontext- und Auswirkungsanalyse: Wie umgehen mit Grenzfällen?

Wesentlich scheint in diesem Zusammenhang der Hinweis, dass der Umfang der Kontextanalyse von Fall zu Fall variieren kann.⁸² Während die Kontextanalyse bei ausschließlich auf eine Wettbewerbsbeschränkung gerichteten Maßnahmen („*naked restrictions*“) in der Regel „auf das absolut notwendige Maß beschränkt“⁸³ ist, bedürfen andere Verhaltensweisen einer

76 *Fumagalli/Motta/Calcagno*, Exclusionary Practices (Fn. 72), S. 191; für einen Überblick vgl. *Zelger*, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S. 105 ff.

77 *Fumagalli/Motta/Calcagno*, Exclusionary Practices (Fn. 72), S. 239.

78 *Fumagalli/Motta/Calcagno*, Exclusionary Practices (Fn. 72), S. 129 ff.

79 Schlussanträge GA Wahl C-413/14 P, *Intel*, ECLI:EU:C:2017:632, Rn. 61.

80 EuG T-203/01, *Michelin II*, ECLI:EU:T:2003:250, Rn. 62; EuGH, *Michelin I* (Fn. 69), Rn. 72.

81 GA Wahl, Schlussanträge *Intel* (Fn. 79), Rn. 61 und die dort angeführte Rechtsprechung.

82 *Zimmer* (Fn. 10), Art. 101 AEUV, Rn. 130; *Zelger*, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S. 100 mit weiteren Beispielen.

83 EuGH C-373/14 P, *Toshiba*, ECLI:EU:C:2016:26, Rn. 29.

eingehenderen Betrachtung. Diese eingehendere Betrachtung erreicht in manchen, durch die Rechtsprechung entwickelte Fallgruppen, durchaus ein Ausmaß des Beurteilungsumfangs der Kontextanalyse, welches Gefahr läuft, sich mit der Auswirkungsprüfung als alternative Tatbestandsvariante zu vermengen.⁸⁴ Ein Beispiel für einen Grenzfall im Rahmen von Art. 101 AEUV sind Vergleichsvereinbarungen zur Streitbeilegung von Patentstreitigkeiten für Patente zur Herstellung von Medikamenten zwischen Originalhersteller und Generikaherstellern in der Pharmaindustrie (sog. „Reverse Payment Settlement Agreements“).⁸⁵ So hat der EuGH in diesem Zusammenhang einen feingliedrigen Test mit durchaus beachtlichen Variablen entwickelt,⁸⁶ wonach *Reverse Payment Settlement Agreements*, die zur Streitbeilegung in Patentangelegenheiten wohl jedenfalls legitimes Mittel sind, als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren sind.⁸⁷ Die Komplexität der Beurteilung von *Reverse Payment Settlement Agreements* ergibt sich aus dem Zusammenspiel unterschiedlicher Regelungen, i.e. dem Wettbewerbsrecht, dem IP-Recht sowie den zu beachtenden regulatorischen Rahmenbedingungen im Bereich der Pharmaindustrie.⁸⁸ Damit einher geht die Notwendigkeit der Abwägung unterschiedlicher Regelungsziele und Interessen, welcher die Kontextanalyse – nach Meinung der Autorin und wie bereits an andere Stelle ausgeführt⁸⁹ – nicht gerecht zu werden scheint. Verhaltensweisen mit „Grenzfall-Charakter“ im Rahmen des Art. 102 AEUV sind (augenscheinliche Mengen-)Rabattsysteme, die durch Anreizsysteme den Abnehmer zum ausschließlichen Bezug von Waren, Rohstoffen und dergleichen verleiten (können), ihm aber gerade keine

84 Schlussanträge GA Kokott C-8/08, *T-Mobile*, ECLI:EU:C:2009:110, Rn. 45; Schlussanträge GA Wahl C-67/13 P, *Groupement des Cartes Bancaires*, ECLI:EU:C:2014:1958, Rn. 52; vgl. i.Z.m. *Reverse Payment Settlement Agreements* außerdem: B. Zelger, *By Object or Effect Restrictions – Reverse Payment Settlement Agreements in light of Lundbeck, Servier and Generics*, *Journal of European Competition Law & Practice* 2020, 273.

85 Für eine umfassende Analyse von *Reverse Payment Settlement Agreements*, ihrer „Grenzfall-Natur“ sowie der einschlägigen Judikatur, vgl. Zelger, *Reverse Payment Settlement Agreements* (Fn. 84) sowie Zelger, *Restrictions of EU Competition Law* (Fn. 1), S. 65 auch das Urteil des EuGH in *Generics* (Fn. 2) berücksichtigend.

86 Ebd., 279 f.; A. Witt, *The Enforcement of Article 101 TFEU – What has happened to the Effects Analysis?*, *Common Market Law Review* 2018, 417 (428) m.w.N.

87 EuGH, *Generics* (Fn. 2); EuGH C-591/16, *Lundbeck*, ECLI:EU:C:2021:243; EuG T-691/14, *Servier*, ECLI:EU:T:2018:922; Rechtssache anhängig beim EuGH C-201/19 P, *Servier u.a.*

88 Witt, *The Enforcement of Article 101 TFEU* (Fn. 86), 428.

89 Zelger, *Reverse Payment Settlement Agreements* (Fn. 84), 279 f.

eindeutige Verpflichtung und damit Ausschließlichkeitsbindung, wie dies auf den Sachverhalt der Leitentscheidung des EuGH in *Hoffmann La Roche* zutraf,⁹⁰ auferlegen.⁹¹ Mengenrabattsysteme, die selektive, individuelle Abnahmeziele definieren,⁹² oder auch rückwirkend greifende Rabatte,⁹³ die bei Erreichung eines Abnahmeziels einen Rabatt auf die gesamte Abnahmemenge gewähren,⁹⁴ seien in diesem Zusammenhang als Beispiele genannt. Die Problematik dieser Grenzfälle liegt darin begründet, dass sie aus ökonomischer Perspektive durchaus gängige und im Wirtschaftsverkehr grundsätzlich legitime Maßnahmen der Streitbeilegung und Geschäftspraktiken darstellen. Ihre Wettbewerbsschädlichkeit ist daher nicht vollends und eindeutig zu bejahen. Auch sprechen aus ökonomischer Perspektive gute Gründe dafür, die Maßnahmen als überwiegend positiv für den Wettbewerb zu bewerten.⁹⁵ Darüber hinaus ist das in diesem Zusammenhang zur Feststellung einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung bzw. missbräuchlichen Verhaltensweise erforderliche Ausmaß der durchzuführenden Kontextanalyse derart umfang- und detailreich, dass die Grenze zur Auswirkungsanalyse eine verschwindende bzw. fließende ist.⁹⁶ Insofern scheint bei Verhaltensweisen mit Grenzfall-Charakter das Argument sie sollten, aufgrund ihrer umstrittenen wettbewerbsschädlichen Natur und ambivalenten Wirkung, einer Auswirkungsanalyse unterstellt werden, sinnvoll. Dafür spricht – im Kontext von *Reverse Payment Settlement Agreements* – z.B. auch der Ansatz des US Supreme Courts (in seiner Entscheidung in *Actavis*⁹⁷), in welcher das höchste US-Gericht die Vergleichsvereinbarungen zur Streitbeilegung nach der *rule-of-reason* und damit nach Maßgabe eines

90 EuGH C-85/76, *Hoffmann-La Roche*, ECLI:EU:C:1979:36.

91 Ebd.; vgl. zudem: GA Wahl, Schlussanträge *Intel* (Fn. 79), Rn. 61.

92 EuGH, *Michelin I* (Fn. 69), Rn. 72; A. Ezrachi, *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases*, Hart 2018, S. 256; GA Wahl, Schlussanträge *Intel* (Fn. 79), Rn. 61.

93 EuGH, *Tomra* (Fn. 69); EuGH, *Post Danmark II* (Fn. 69), Rn. 24 f.; GA Wahl, Schlussanträge *Intel* (Fn. 79), Rn. 61.

94 EuGH, *Post Danmark II* (Fn. 69), Rn. 24 f.

95 Zur – aus ökonomischer Perspektive – ambivalenten Wirkung von durch marktmächtige Unternehmen betriebene Rabattsystemen, vgl. *Fumagalli/Motta/Calcagno*, *Exclusionary Practices* (Fn. 72), S. 129 ff.

96 Zur verschwimmenden Grenze bei *Reverse Payment Settlement Agreements* ausführlich: Zelger, *Reverse Payment Settlement Agreements* (Fn. 85) m.w.N.; zusammengefasst: Zelger, *Restrictions of EU Competition Law* (Fn. 1), S. 68 f.; zur selben Problematik im Kontext von Rabattsystemen: Zelger, *Restrictions of EU Competition Law* (Fn. 1), S. 113 f. m.w.N.

97 US Supreme Court, *FTC v. Actavis*, 570 U.S. 133 S. Ct. 2223 (2013).

wirtschaftlich-wirkungsbezogenen Ansatzes⁹⁸ beurteilt hat. Dies insbesondere deshalb, weil die Argumentation des EuG wie des EuGH, welche im Ergebnis zu einer Einordnung der Maßnahme als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung führte, im Wesentlichen jener des US Supreme Courts in *Actavis* folgte.⁹⁹

Zusammenfassend kann daher festgestellt werden, dass die Beurteilung bestimmter, in ihrer formalen Außersichnung unterschiedsloser Maßnahmen, bei Berücksichtigung des jeweiligen rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhanges (nach Maßgabe des Zwei-Stufen-Tests), in Umfang und Ergebnis variieren bzw. divergieren kann. Dieses Ergebnis, i.e. die unterschiedliche Beurteilung bzw. Einordnung ein und desselben Verhaltens (aus formaler Perspektive bzw. auf Ebene 1, *allgemeine Beurteilung*), liegt in den tatsächlichen Gegebenheiten, innerhalb derer es eine Maßnahme in Hinblick auf ihre Wettbewerbschädlichkeit zu beurteilen gilt (auf Ebene 2 des Zwei-Stufen-Tests, i.e. der *individuellen Beurteilung*), begründet. Dies gilt im Kontext des Kartellverbotes nach Art. 101 Abs. 1 AEUV sowie im Rahmen des Missbrauchsverbotes nach Art. 102 AEUV gleichermaßen.

C. Die Tauglichkeit bestehender Schadenstheorien und Kategorien von Wettbewerbsbeschränkungen und missbräuchlichen Verhaltensweisen in der Digitalökonomie

Vor dem Hintergrund des vorangehenden Abschnittes wird offenbar, dass formal gleich anmutende Maßnahmen, vor dem Hintergrund sich nur im Detail unterscheidender, realer Gegebenheiten, gegebenenfalls eine unterschiedliche Beurteilung hinsichtlich der Qualifikation als bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung bzw. missbräuchliche Verhaltensweise erfahren. Insofern drängt sich im Kontext der Digitalökonomie die Frage auf, ob und inwieweit die Besonderheiten digitaler Märkte¹⁰⁰ eine andere Einordnung bzw. Beurteilung von bestimmten Verhaltensweisen aus wettbewerbsrechtlicher Perspektive verlangen. Dies letztlich, weil die recht-

98 S. oben unter B.I.

99 Vgl. dazu: *Zelger*, Reverse Payment Settlement Agreements (Fn. 85), S. 281.

100 Für einen Überblick zu den Besonderheiten digitaler Märkte: *Zelger*, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), Kapitel 5; *Holzweber*, Tying and bundling in the digital era (Fn. 9), 351 f.

lichen und insbesondere wirtschaftlichen Begleitumstände der digitalen Wirtschaft eine solche erfordern.¹⁰¹

I. Warum online Märkte anders sind

Die Digitalökonomie ist gekennzeichnet durch unzählige Besonderheiten: Online Plattform-Businessmodelle¹⁰² und damit zwei- oder vielseitige Märkte mit Netzwerkeffekten,¹⁰³ Skaleneffekten¹⁰⁴ sowie Besonderheiten, die sich aus dem sog. „Single-“ oder „Multi-Homing“ sowie Wechselkosten („switching costs“) und „Lock-in“ Effekten ergeben.¹⁰⁵ Daneben weisen online Märkte eine hohe Transparenz auf, bilden User-Daten für diverse online Businessmodelle einen wesentlichen, wettbewerbsrelevanten Faktor,¹⁰⁶ und ist auch das Phänomen des Trittbrettfahrerproblems („free riding“) den digitalen Märkten alles andere als fremd.¹⁰⁷ Etablierte, klassische ökonomische Theorien zur Funktionalität von Märkten können im Rahmen der digitalen Wirtschaft bei der Beurteilung von Maßnahmen daher nicht notwendigerweise herangezogen werden. Der Rückgriff auf ökonomische Modelle und Erfahrungswerte im Rahmen der Beurteilung von Maßnahmen in der analogen Welt scheint häufig vielmehr für die Beurteilung derselben Maßnahme online ungeeignet.¹⁰⁸ Dies aufgrund der sich anlässlich der Digitalisierung verändernden, realen (Markt)Gegebenheiten, die gegebenenfalls eine andere Beurteilung der objektiv wettbewerbsbeschränkenden Tendenz einer Maßnahme erfordern.

101 Zur Volatilität von Schadenstheorien bzw. deren Entwicklungspotenzial im Laufe der Zeit, vgl. *Ibáñez Colomo*, Beyond the “more economics-based approach” (Fn. 2), 734: „The assumptions and presumptions underpinning a particular ruling may seem accurate at the time when it is handed down. It may become clear at a subsequent stage the premises on which they were based are at odds with the experience and the knowledge acquired over the years.“

102 *Zelger*, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S. 142 f.

103 *Zelger*, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S. 143 ff.

104 *Zelger*, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S. 146.

105 Ebd.

106 Vgl. z.B. Google-Suchergebnisse, die auf vergangenen Suchabfragen des Users basieren, personalisierte Werbung, Verkaufsangebote auf Amazon u.v.m. *Zelger*, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S. 148.

107 *Zelger*, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S. 149 ff.

108 Vgl. in Hinblick auf Schadenstheorien für Koppelungsgeschäfte z.B.: *Holzweber*, Tying and bundling in the digital era (Fn. 9).

Als ein Beispiel im Rahmen des Art.101 Abs.1 AEUV seien Klauseln zur Preisbindung zweiter Hand („*Resale Price Maintenance*“ – „RPM“) genannt.¹⁰⁹ Während RPM in der analogen Welt nach den EU Wettbewerbsbestimmungen als bezweckt wettbewerbsbeschränkend angesehen werden (ein Beurteilungsansatz, der an sich, die ökonomischen Aspekte berücksichtigend, nicht unumstritten ist¹¹⁰), ist durchaus strittig, ob online RPM – aufgrund ihrer, aus ökonomischer Perspektive durchaus ambivalenten Wirkung – nicht einem anderen Beurteilungsansatz unterworfen werden sollten¹¹¹ (nämlich einem wirtschaftlich-wirkungsbasierten Ansatz, i.e. einer Effekt- bzw. Auswirkungsanalyse). Dasselbe gilt für sog. Meistbegünstigungsklauseln („*Most Favoured Nation Clauses*“ – „MFN“).¹¹² Im Rahmen von Art.102 AEUV liefern die im Kontext von Koppelungsgeschäften etablierten Schadenstheorien der analogen Welt und die Notwendigkeit einer Anpassung derselben im online Kontext ein gutes Beispiel.¹¹³ So scheint der Beurteilungsansatz von „offline“ Koppelungs-Maßnahmen, nach welchem Vorgenannte in der Regeln als (bezweckte bzw.) *prima facie* missbräuchliche Verhaltensweise angesehen werden,¹¹⁴ für Koppelungs-Maßnahmen im digitalen Kontext, aufgrund ihrer weniger eindeutig wettbewerbsschädlichen Wirkung, durchaus ungeeignet. Diese Erkenntnis bzw. zumindest eine korrespondierende, diesbezügliche Tendenz hat sich bereits in der Rechtssache *Microsoft* im Jahr 2004 abgezeichnet, und scheinen sowohl die Kommission¹¹⁵ als auch das EuG¹¹⁶ diese, wie die jeweiligen Entscheidungen in der Rechtssache *Google Android* zu belegen vermögen, fortzuführen¹¹⁷ (dazu sogleich unter III.).

109 Zelger, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S. 154 f.

110 M. Ioannidou/J. Nowag, Can two wrongs make a right? Reconsidering minimum resale price maintenance in the light of *Allianz Hungária*, European Competition Journal 2015, 340 (341) m.w.N. insb. in Fn. 4.

111 P. Akman/D. Sokol, Online RPM and MFN under Antitrust Law and Economics, Review of Industrial Organisation 2017, 133 (133, 138).

112 Ebd., 137 ff.

113 Holzweber, Tying and bundling in the digital era (Fn. 9).

114 Ebd.; für eine ausführliche Analyse der Rechtsprechung und weitere Nachweise, vgl. Zelger, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), Kapitel 4.4.3, S. 114 ff.

115 *Microsoft* (COMP/C-3/37.792), Entscheidung der Kommission vom 24. Mai 2004, bekannt gegeben unter K(2004) 900, Rn. 841: „There are indeed circumstances relating to the tying of WMP which warrant a closer examination of the effects that tying has on competition in this case.“

116 EuG, *Microsoft* (Fn. 14).

117 EuG T-604/18, *Google und Alphabet / Kommission (Google Android)*, ECLI:EU:T:2022:541, anhängig beim EuGH C-738/22 P, *Google und Alphabet /*

II. Die Beurteilungskategorien für Verhaltensweisen in der Digitalökonomie

Vor diesem Hintergrund lassen sich für die Betrachtung von Verhaltensweisen in der „online Welt“ grundsätzlich drei Kategorien herausarbeiten,¹¹⁸ nach Maßgabe derer die Geeignetheit der im Rahmen der Kontextanalyse angewandten ökonomischen Beurteilungskonzepte und Schadenstheorien der „offline Welt“ für die Betrachtung und Einordnung derselben Verhaltensweise online, beurteilt werden kann:

- Kategorie (1) Verhaltensweisen, hinsichtlich derer der online Kontext keine Dimension mit sich bringt, die die realen Gegebenheiten zu verändern vermag;¹¹⁹
- Kategorie (2) Verhaltensweisen, hinsichtlich derer der online Kontext eine Dimension mit sich bringt, die die realen Gegebenheiten zu verändern vermag und die damit eine Abweichung in der Beurteilung einer Verhaltensweise erfordert;¹²⁰ sowie
- Kategorie (3) Verhaltensweisen, die in dieser Form zuvor noch nicht Gegenstand einer kartellrechtlichen Beurteilung waren. Insofern handelt es sich um quasi „neue Verhaltensweisen“. Die Neuheit ist in diesem Zusammenhang wiederum eng mit dem Phänomen „online Markt“ verzahnt bzw. liegt der Nährboden, der die Entstehung eben dieser neuen Verhaltensweisen und -formen überhaupt erst ermöglicht, in Vorgenanntem (i.e. der Digitalwirtschaft und dem Phänomen „online Markt“) begründet.¹²¹

Kommission (Google Android); Google Android (AT.40099), Entscheidung der Kommission vom 18. Juli 2018, bekannt gegeben unter C(2018) 4761 final.

118 Vgl. dazu bereits in *Zelger*, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S. 154 f.

119 Z.B. EuGH C-74/14, *Eturas u.a.*, ECLI:EU:C:2016:42; EuGH C-230/16, *Coty Germany GmbH / Parfümerie Akzente GmbH*, ECLI:EU:C:2017:941; *Google Search (AdSense)* (Case AT.40411), Entscheidung der Kommission vom 20. März 2019, bekannt gegeben unter C(2019) 2173, final anhängig beim EuG T-334/19, *Google und Alphabet / Kommission (Google AdSense)*.

120 EuG, *Google Android* (Fn. 117), anhängig beim EuGH (C-738/22 P).

121 Diesbezügliche Entscheidungen existieren maßgeblich im Kontext von Art. 102 AEUV, z.B. EuG T-612/17, *Google und Alphabet / Kommission (Google Shopping)*, ECLI:EU:T:2021:763, anhängig beim EuGH C-48/22 P, *Google und Alphabet / Kommission (Google Shopping); Google Search (Shopping)* (Case AT.39740), Entscheidung der Kommission vom 27. Juni 2017, bekannt gegeben unter C(2017) 4444 final.

III. Die Beurteilungskategorien: Beispiele in der Rechtsprechung

Nachstehender Abschnitt illustriert oben entwickelte Kategorien anhand ausgewählter Beispiele der Rechtsprechung. Die folgende Darstellung und angeführte Judikatur ist lediglich beispielhaft und versteht sich nicht als abschließend.¹²²

Als Beispiel für eine Kategorie (1) Verhaltensweise in der Rechtsprechung dient das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Eturas*.¹²³ In *Eturas* hatte der Gerichtshof eine, im Online-Reisebuchungssystem Eturas implementierte, automatisierte Obergrenze für Rabatte zu beurteilen. Am Buchungssystem bzw. an der Buchungsplattform von Eturas beteiligt waren mehr als 30 litauische Reisebüros. Der eingeführte Mechanismus führte letztlich zu einer Angleichung der gewährten Rabatte und damit einer Preisangleichung. Eturas hatte die Obergrenze eingeführt und die beteiligten Reisebüros über eine elektronische Mitteilung des Buchungssystems Eturas über den Rabattsatz bzw. dessen Deckelung informiert.¹²⁴ Diese Mitteilung war im System unter der Rubrik „Informationsmitteilung“ aufrufbar und blieb von den teilnehmenden Reisebüros unbeantwortet.¹²⁵ Der EuGH sah darin – wenig überraschend – eine abgestimmte Verhaltensweise nach Maßgabe des Art. 101 Abs. 1 AEUV und somit einen Verstoß gegen das Kartellverbot. Der online Kontext innerhalb dessen es die Maßnahme zu beurteilen galt, brachte in *Eturas* keine Dimension mit sich, welche die realen Gegebenheiten veränderte. Die objektiv wettbewerbsbeschränkende Tendenz der Maßnahme, i.e. der abgestimmten Verhaltensweise hinsichtlich der gewährten Rabatte, ist im online Kontext gleichermaßen zu beurteilen wie im offline Kontext. Die Technologie diente somit lediglich als Vehikel zur Implementierung einer ausschließlich auf eine Wettbewerbsbeschränkung gerichteten Maßnahme („*naked restrictions*“). Die tatsächlichen Gegebenheiten, i.e. der rechtliche und wirtschaftliche Zusammenhang, innerhalb dessen es die Verhaltensweise zu beurteilen galt, wurden durch die digitale Komponente daher nicht insofern verändert, als dadurch eine andere Einschätzung der Wettbewerbsschädlichkeit der Maßnahme erforderlich geworden wäre. Vor dem Hintergrund des individuellen, rechtlichen und wirtschaftlichen Zu-

122 Für eine umfassende Analyse von bisher im online Kontext ergangenen Entscheidungen, vgl. *Zelger*, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), Kapitel 6.2 und 6.3.

123 EuGH, *Eturas* (Fn. 119).

124 EuGH, *Eturas* (Fn. 119), Rn. 10.

125 EuGH, *Eturas* (Fn. 119), Rn. 43.

sammenhangs erscheint die Einordnung der Maßnahme in die Kategorie der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung daher alles andere als überraschend. Ein weiteres Beispiel liefert die Kommissionsentscheidung in *Google AdSense*,¹²⁶ aktuell beim EuG anhängig,¹²⁷ zu unterschiedlichen Exklusivitätsklauseln in Vereinbarungen zwischen Google und unterschiedlichen Vertragspartnern der Vorgenannten.¹²⁸

Die Koppelungsmaßnahmen, die neben weiteren Maßnahmen (i.e. Anti-Fragmentierungs-Vereinbarungen mit einer Geneigtheit hin zu Exklusivität¹²⁹ sowie Kompensations- bzw. Exklusivitätszahlungen¹³⁰) in der Rechtsache *Google Android*¹³¹ entscheidungsgegenständlich waren, dienen als Beispiel für eine Kategorie (2) Verhaltensweise.¹³² Durch die Koppelung von Apps, nämlich der Google Search App und der Google Chrome App einerseits mit dem Google App Store namens Google Play andererseits, hat Google, nach Meinung der Kommission und des EuG, seine Marktmacht auf dem Markt für Internetsuchdienste missbraucht und damit gegen Art. 102 AEUV verstoßen. Im Wesentlichen hat die Kommission sich bei der Beurteilung der Koppelungsmaßnahmen an den in der Rechtssache *Microsoft* entwickelten Grundsätzen orientiert, in welchen sie bereits anerkannt hatte: „*There are indeed circumstances relating to [...] tying [...] which warrant a closer examination of the effects that tying has on competition [...]*“¹³³ Dem folgend wurden auch die Koppelungsmaßnahmen in *Google Android* nach Maßgabe eines wirtschaftlich-wirkungsbezogenen Ansatzes beurteilt. Dies ist, vor dem Hintergrund der Tatsache, dass die für Koppelungsmaßnahmen im analogen Kontext gewonnenen ökonomischen Erkenntnisse aufgrund der Unterschiede zwischen traditionellen Koppelungs-

126 Kommission, *Google AdSense* (Fn. 119).

127 EuG T-334/19, *Google und Alphabet / Kommission (Google AdSense)*.

128 S. auch Zelger, *Restrictions of EU Competition Law* (Fn. 1), S. 190 f.

129 Die vom EuG als ihrer Natur nach wettbewerbschädlich qualifiziert wurden: EuG, *Google Android* (Fn. 117), Rn. 892.

130 Deren Qualifikation als Verstoß vom EuG aufgrund der Mangelhaftigkeit in der Begründung der Kommission aufgehoben wurde: EuG, *Google Android* (Fn. 117), Rn. 802.

131 EuG, *Google Android* (Fn. 117), anhängig beim EuGH (C-738/22 P); Kommission, *Google Android* (Fn. 117). Für eine Anmerkung zur vorgenannten Entscheidung des EuG vgl. R. A. Achleitner, *Marktgrenzen und Marktmacht in digitalen Ökosystemen – Anmerkung zum Urteil des EuG v. 14.9.2022, Rs. T-604/18 (Google und Alphabet/Kommission [Google Android])*, EuR 2023, 100.

132 Vgl. Zelger, *Restrictions of EU Competition Law* (Fn. 1), Kapitel 6.3.3.2, S. 186 ff.

133 Kommission, *Microsoft* (Fn. 115), Rn. 841.

szenarien und Koppelungsszenarien im online Kontext, bei denen sich die Problematik teilweise aus dem Produktdesign selbst ergibt,¹³⁴ nicht notwendigerweise auch für die Beurteilung von Koppelungsmaßnahmen im digitalen Umfeld herangezogen werden können,¹³⁵ zu begrüßen. Die Beurteilung Vorgenannter im online Kontext ist nämlich hinsichtlich der wettbewerbsbeschränkenden Effekte vorgenannter Maßnahme, aus ökonomischer Perspektive, durchaus umstritten.¹³⁶ Insofern bringen digitale Märkte daher eben gerade jene Dimension mit sich, die eine abweichende Beurteilung von Koppelungsmaßnahmen im digitalen Kontext erforderlich macht. Ein Beispiel aus der Rechtsprechung der Unionsgerichte zu Kategorie (2) Verhaltensweisen und Art. 101 Abs. 1 AEUV existiert zum Zeitpunkt des Verfassens dieses Beitrages – soweit ersichtlich – keines. Verhaltensweisen, die aus materieller Perspektive geeignete „Kandidaten“ für die Einordnung in Kategorie (2) darstellen, bieten die bereits erwähnten RPM und MFN. Gute Gründe sprechen nämlich dafür, sie im online Kontext einer im Ergebnis anderen Beurteilung zu unterstellen, als ihre Äquivalente offline,¹³⁷ und sie damit nicht in der Kategorie der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung bzw. missbräuchlichen Verhaltensweise zu verorten (vgl. unter C.I.).

Als letztes Beispiel für eine mithin „neue“ und somit Kategorie (3) Verhaltensweise dienen die in der Rechtssache *Google Shopping*¹³⁸ aufgegriffenen Selbstbegünstigungsmaßnahmen („self-preferencing“), welche eine

-
- 134 Holzweber, Tying and bundling in the digital era (Fn. 9), S. 245; P. Ibáñez Colomo, The Android decision is out: the exciting legal stuff beneath the noise, Chilling'Competition Blog, abrufbar unter: <https://chillingcompetition.com/2018/07/18/the-android-decision-is-out-the-exciting-legal-stuff-beneath-the-noise-by-pablo/>; OECD, Abuse of dominance in digital markets, Report 2020, aufrufbar unter: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf>, S. 41 ff.
- 135 P. Ibáñez Colomo, Indispensability and Abuse of Dominance: From *Commercial Solvents* to *Slovak Telekom* and *Google Shopping*, Journal of European Competition Law & Practice 2019, 532 (537 ff.).
- 136 R. O'Donoghue/J. Padilla, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 2. Aufl., Hart Publishing 2013, S. 599 ff. m.w.N. insbesondere zu Quellen der ökonomischen Literatur; s. auch Zelger, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S. 116, 189.
- 137 Zu einer ausführlichen Darstellung von RPM und MFN im online Kontext, vgl. Zelger, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), Kapitel 6.2.5., insb. S. 167 f.
- 138 EuG, *Google Shopping* (Fn. 121), anhängig beim EuGH (C-48/22 P); Kommission, *Google Shopping* (Fn. 121). Für eine Anmerkung zur vorgenannten Entscheidung des EuG vgl. R. A. Achleitner, Selbstbegünstigung als Konzept des Marktmissbrauchs unter Art. 102 AEUV. Das Grundsatzurteil der EuG zu *Google Shopping* als Initialzündung für einen Wandel in der Digitalwirtschaft? – Anmerkung zum Urteil des EuG v. 10.11.2021, Rs. T-612/17 (*Google und Alphabet/Kommission [Google Shopping]*), EuR 2022, 253.

beinahe nicht zu überblickende Flut an juristischen Publikationen mit sich brachten.¹³⁹ Entscheidungsgegenständlich in *Google Shopping* waren Selbstbevorzugungsmaßnahmen von Google, durch welche Vorgenannte ihre Marktmacht am Markt für Internetsuchdienste missbrauchte, indem Google bei produktbezogenen Suchen die zum eigenen Service (Google Shopping) gehörenden Suchergebnisse in bevorzugter Weise auf der Ergebnisseite positionierte (i.e. entweder weit oben in der Ergebnisliste oder in speziellen Kästchen rechts neben den Suchergebnissen). Auch waren die Software bzw. Algorithmen derart selbstbegünstigend ausgestaltet, als Ergebnisse anderer Preisvergleichsdienste erst auf nachrangigen Ergebnisseiten der Google-Suche angezeigt wurden. Das Phänomen der Selbstbevorzugung mag vor dem Zeitalter der Digitalisierung zwar als Merkmal bzw. Element der ein oder anderen Verhaltensweise bereits in Erscheinung getreten sein,¹⁴⁰ als „*standalone*“, missbräuchliche Verhaltensweise war sie bis zum Verfahren in *Google Shopping* jedoch noch nicht dagewesene Maßnahme.¹⁴¹ Insofern hat der online Kontext die Verhaltensweise von

139 Als Auszug seien hier angeführt: L. Hornkohl, Article 102 TFEU, Equal Treatment and Discrimination after Google Shopping, *Journal of European Competition Law & Practice* 2022, 99; P. Ibáñez Colomo, Self-preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles, *World Competition* 2020, 417; P. Caro de Sousa, What shall we do about self-preferencing? *Competition Policy International*, June Chronicle 2020, aufrufbar unter: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2020/06/What-Shall-We-Do-About-Self-Preferencing-Caro-de-Sousa.pdf>; P. Marsden, Google Shopping for the Empress's New Clothes -When a Remedy Isn't a Remedy (and How to Fix it), *Journal of European Competition Law & Practice* 2020, 553; T. Graf/H. Mostyn, Do We Need to Regulate Equal Treatment? The Google Shopping Case and the Implications of its Equal Treatment Principle for New Legislative Initiatives, *Journal of European Competition Law & Practice* 2020, 561; Jones/Sufrin/Dunne, *EU Competition Law* (Fn. 2), S. 527 ff.; M. Eben, Fining Google: a missed opportunity for legal certainty?, *European Competition Journal* 2018, 129; Holzweber, Tying and bundling in the digital era (Fn. 9); I. Kokkoris, The Google Case in the EU: Is There a Case?, *The Antitrust Bulletin* 2017, 313; P. Akman, The Theory of Abuse in Google Search: A Positive and Normative Assessment Under EU Competition Law, *University of Illinois Journal of Law, Technology and Policy* 2017, 301; N. Petit, Theories of Self-Preferencing Under Article 102 TFEU: A Reply to Bo Vesterdorf, *Competition Law & Policy Debate* 2015, aufrufbar unter SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2592253>; B. Vesterdorf, Theories of Self-Preferencing and Duty to Deal – Two Sides of the Same Coin?, *Competition Law & Policy Debate*, aufrufbar unter SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2561355>.

140 Vgl. z.B. Ibáñez Colomo, Self-preferencing (Fn. 139), S. 2; Holzweber, Tying and bundling in the digital era (Fn. 9), S. 364; Petit, Theories of Self-Preferencing (Fn. 139), S. 2.

141 Zelger, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S. 180 f.

Google nicht nur befeuert bzw. überhaupt erst ermöglicht, sondern bereitet selbstredend die Einordnung der Selbstbegünstigungsmaßnahme Probleme, scheinen sämtliche in der analogen Welt entwickelten Schadenstheorien für die Einordnung – *one way or another* – ungeeignet. Mit den Worten von Akman: „[F]itting the publicly available facts of Google Search into one of these existing types of abuse is equivalent to fitting a square peg in a round hole. Without entirely disregarding some of the fundamental concepts and rules underlying the existing framework for these abuses, the facts of Google Search do not fit into these categories of abuse.“

Darüber hinaus, auch wenn die Kommission und das EuG im konkreten Fall zu einem anderen Ergebnis kamen, können Selbstbegünstigungsmaßnahmen an sich durchaus Ausdruck von gesundem (Leistungs)Wettbewerb sein;¹⁴² immerhin existiert nach den geltenden wettbewerbsrechtlichen Regelungen grundsätzlich keine Pflicht eines Wettbewerbers, seinen durch Wettbewerb erlangten Vorteil mit Rivalen zu teilen.¹⁴³ Vor diesem Hintergrund erscheint die Einordnung der Selbstbegünstigungsmaßnahme in die Kategorie der *prima facie* missbräuchlichen Verhaltensweisen, nach Meinung der Autorin, durchaus überraschend.¹⁴⁴ Dies insbesondere auch deshalb, weil die Kommission nach Einordnung der Maßnahme in die Kategorie der bezweckt missbräuchlichen Verhaltensweisen, die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen der Vorgenannten dennoch nachgewiesen hat, gleichwohl betonend dazu nicht verpflichtet zu sein.¹⁴⁵ Auch dieser zweigleisige Ansatz (von der Autorin „*janus-face approach*“ genannt)¹⁴⁶ ist kein neuer,¹⁴⁷ unterminiert jedoch Sinn und Zweck der Unterscheidung zwischen bezweckten und bewirkten Beschränkungen aus der Perspektive der effizienten Ressourcenverteilung zur Verfolgung von wettbewerbschädlichem Verhalten.¹⁴⁸

142 Ibáñez Colomo, Self-preferencing (Fn. 139), S. 4.

143 Ebd.

144 Zelger, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S. 179.

145 Kommission, *Google Shopping* (Fn. 121), Rn. 606.

146 Zelger, „By object“ restrictions (Fn. 19), 380; Zelger, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S. 180.

147 Zelger, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S. 76 und 134 und die dort angeführten Beispiele aus der Entscheidungspraxis zu Art. 101 und 102 AEUV.

148 Zelger, „By object“ restrictions (Fn. 19), 380; Zelger, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S. 179 f., 201.

IV. Gründe, die für eine vermehrte Verwendung des wirtschaftlich-wirkungsbezogenen Ansatzes („Effektanalyse“) sprechen

Vor dem Hintergrund der im vorangegangenen Abschnitt skizzierten Beispiele aus der Rechtsprechung der Unionsgerichte sowie Entscheidungspraxis der Kommission sprechen, nach Meinung der Autorin, insbesondere die nachstehenden Gründe für einen vermehrten Rückgriff auf die Auswirkungsprüfung bzw. Effektanalyse und somit auf das Konzept der bewirkten Wettbewerbsbeschränkung i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV sowie dessen Äquivalent im Rahmen des Art. 102 AEUV.

Die Auswirkungsanalyse eignet sich ideal dafür, jene Erfahrungswerte¹⁴⁹ zu sammeln, welche für die Qualifikation einer Maßnahme als bezweckt wettbewerbsbeschränkend bzw. missbräuchlich überhaupt erforderlich sind. Da es im Kontext einer Vielzahl von Verhaltensweisen und Maßnahmen an ökonomischem Erfahrungswissen im online Kontext fehlt, empfiehlt es sich daher zuerst die entsprechend notwendigen Erfahrungswerte zu generieren, um über die „objektiv wettbewerbsbeschränkende Tendenz“ einer Maßnahme verlässliche Aussagen treffen zu können. Zudem führte ein solcher Ansatz nicht nur zu ökonomisch informierten (und damit im Ergebnis zu begrüßenden) Entscheidungen, sondern würde, gleichwohl die Langzeitperspektive berücksichtigend, zu mehr Rechtssicherheit führen.¹⁵⁰ Die Auswirkungs- bzw. Effektanalyse einerseits sowie bezweckte Wettbewerbsbeschränkung bzw. missbräuchliche Verhaltensweise andererseits sind nämlich insofern als kommunizierende Gefäße zu betrachten, als die Einordnung in die erste Kategorie eine spätere Einordnung, nach entsprechendem Sammeln von Erfahrung hinsichtlich der potenziellen und tatsächlichen Auswirkungen einer Maßnahme auf den Wettbewerb, nicht ausschließt.¹⁵¹ Mit anderen Worten (und wie bereits eingangs erwähnt): Die Auswirkungsanalyse eignet sich hervorragend dazu, jene für die Einordnung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung erforderlichen Erfahrungswerte hinsichtlich der (Wettbewerbs)Schädlichkeit einer Maßnahme (aus ökonomischer Perspektive)¹⁵² überhaupt erst einmal zu

149 Zur Bedeutung von „economic analysis“ für die Bewertung bzw. -auswertung von ökonomischen Erfahrungswerten, vgl. *Peeperkorn*, Defining „by object“ restrictions (Fn. 36), Rn. 23.

150 *Zelger*, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S. 200.

151 Ebd.; vgl. zudem *Ibáñez Colomo*, Beyond the “more economics-based approach” (Fn. 3), S. 734.

152 *Zimmer* (Fn. 10), Art. 101 AEUV, Rn. 130.

sammeln. Auch würde dem Anspruch an materiell, i.e. im Ergebnis, „richtige“ Entscheidungen damit entsprochen.

Darüber hinaus, wenngleich ein zugegebenermaßen eher pragmatisches Argument, spricht allein die Tatsache, dass die Kommission bei vielen der Verhaltensweisen ihre objektiv wettbewerbsbeschränkende Tendenz behauptet, um dann, in einem zweiten Schritt, erst recht ihre wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen am Markt nachzuweisen und damit daher eine Auswirkungsanalyse tatsächlich durchzuführen, für die Ambivalenz einer Maßnahme und damit einer erforderlichen Einordnung derselben in der Kategorie der bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. deren Äquivalent im Rahmen des Art. 102 AEUV.¹⁵³ Wäre sich die Kommission ihrer Beurteilung sicher, i.e. der Einordnung in die vorgenannte Kategorie, würde sie diesen zweigleisigen, janusköpfigen Ansatz wohl kaum verfolgen. Insofern würde eine vermehrte Auswirkungsprüfung in Fällen hinsichtlich derer es an Erfahrungswissen und -werten zur objektiv wettbewerbsbeschränkenden Tendenz einer Maßnahme fehlt, ein Ende eben dieses zweigleisigen Verfolgungsansatzes der Kommission („*janus-face approach*“) mit sich bringen.

D. Schlussbetrachtung

Der Beurteilungsrahmen der Art. 101 und 102 AEUV ist ein grundsätzlich kohärenter. So unterscheidet die Rechtsprechung in der Beurteilung von Maßnahmen im Rahmen beider wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen zwischen solchen, die sie einem legalistisch-formal begründeten Ansatz, sowie solchen, die sie einem wirtschaftlich-wirkungsbezogenen Ansatz (und damit einer „Effektanalyse“)¹⁵⁴ unterstellt. Auch unstrittig ist, dass eine formale Beurteilung von bezweckt wettbewerbsbeschränkenden oder missbräuchlichen Verhaltensweisen, ohne Berücksichtigung des jeweiligen individuellen, rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhanges, nicht möglich ist. Insofern ist eine Kontextanalyse bei der Beurteilung Vorgenannter unerlässlich. Die Grenzen dieser Kontextanalyse zur – im Rahmen der bewirkten Wettbewerbsbeschränkung erforderlichen – umfangreicheren Auswirkungsanalyse, sind manchmal fließend; dies bereits im Kontext von Fällen der analogen Welt (*Reverse Payment Settlement Agreements*, bestimmte „*fidelity*“

153 Zelger, Restrictions of EU Competition Law (Fn. 1), S. 70.

154 Zelger, „By object“ restrictions (Fn. 19), S. 359.

inducing“ Rabattsysteme). Die Tatsache, dass die sich aufgrund der Digitalisierung verändernden, realen (Markt)Gegebenheiten, eine Beurteilung der objektiv wettbewerbsbeschränkenden Tendenz einer Maßnahme unter Umständen verändern, verstärkt dieses Phänomen. Dies insbesondere deshalb, weil im Kontext digitaler Märkte klassische, ökonomische Theorien eben nicht notwendigerweise für die Beurteilung einer Maßnahme im online Kontext geeignet erscheinen. Auch fehlt es teilweise (noch) an (ökonomischem) Erfahrungswissen und -werten, auf welches für die Beurteilung der objektiv wettbewerbsbeschränkenden Tendenz einer Maßnahme zurückgegriffen werden kann. Vor diesem Hintergrund hat gegenständlicher Beitrag drei Kategorien zur Beurteilung von in der Digitalökonomie auftretenden Verhaltensweisen herausgearbeitet, nach Maßgabe derer die Geeignetheit der existierenden ökonomischen Beurteilungskonzepte und Schadenstheorien der „offline Welt“ für die Betrachtung und Einordnung derselben Verhaltensweise online, vorgenommen werden kann. Darüber hinaus plädiert die Autorin für eine vermehrte Verwendung der „Effektanalyse“ und damit einen Rückgriff auf das Konzept der Auswirkungsprüfung, welches ein zu wenig (oder gar un)erkanntes *Tool* zur Bewältigung der durch die Digitalisierung auftretenden Herausforderungen darstellt: Dessen verstärkte Verwendung führte nämlich – aufgrund jener, der Auswirkungsprüfung immanenten Tendenz der Gewinnung von Erfahrungswissen und -werten – am Ende auch zu mehr Rechtssicherheit.