

Der Diskriminierungsmissbrauch nach Art. 102 AEUV – Eine Kategorisierung unter besonderer Betrachtung der Selbstbevorzugung auf digitalen Märkten

Lena Hornkohl*

Abstract:

Für einen Diskriminierungsmissbrauch nach Art. 102 AEUV steht fest, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen ungleiche Bedingungen auf gleichwertige Transaktionen oder gleichwertige Bedingungen auf unterschiedliche Transaktionen anwenden muss. Das marktbeherrschende Unternehmen kann die Diskriminierung objektiv rechtfertigen, obwohl eine Rechtfertigung selten akzeptiert wird. Die in der Fallpraxis aufgeführten weiteren Voraussetzungen für die missbräuchlichen Diskriminierung folgen keinem klaren, einheitlichen, methodischen und logischen Ansatz. Der vorliegende Beitrag versucht sich an einer systematischen und dogmatischen Kategorisierung der verschiedenen Arten von Diskriminierungsmissbräuchen und deren Voraussetzungen besonders vor dem Hintergrund der zunehmenden Bedeutung der auf einer Diskriminierungslogik beruhenden Selbstbevorzugung (self-preferencing) als Schadenstheorie auf digitalen Märkten. Es werden drei analytische Kategorien des Diskriminierungsmissbrauchs herausgearbeitet: Ausbeutungsdiskriminierung, Behinderungsdiskriminierung auf der primären und auf der sekundären Ebene. Eine Gesamtschau der Fallpraxis vor dem Hintergrund des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes zeigt, dass in solchen Fällen eine Diskriminierung nur dann zu einem Verstoß gegen Art. 102 AEUV führt, wenn sie eine (potentielle) ausschließende Wirkung hat. Dabei sind alle Umstände des Einzelfalls zu betrachten. Eine Unerlässlichkeit des Zugangs zu der diskriminierten Leistung nach der Bronner-Rechtsprechung ist hingegen nicht erforderlich. Dies erlaubt ein analytisches Modell für den Diskriminierungsmissbrauch, welches auch aktuellen Herausforderungen auf digitalen Märkten, wie eine auf Big-Data-

* Lena Hornkohl ist Tenure Track Professorin für Europarecht an der Universität Wien und Habilitandin an der Universität Heidelberg. Der Beitrag beruht auf *Hornkohl, JECLAP 2022, 99 – 111*.

Analysen beruhende personalisierte Preispolitik als möglicherweise marktmachtmissbräuchliches Verhalten nach Art. 102 AEUV zu erfassen.

I.	Einleitung	176
II.	Terminologische und methodische Grundlagen	178
III.	Der Diskriminierungsmissbrauch in der Fallpraxis	179
	1. Ausbeutungsdiskriminierung	180
	2. Behinderungsdiskriminierung auf der primären Ebene	183
	3. Behinderungsdiskriminierung auf der sekundären Ebene	185
	a) Praxis vor Google Shopping	186
	b) Google Shopping: Selbstbevorzugung auf digitalen Märkten	189
	aa) Allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz und Diskriminierungsmissbrauch	190
	bb) Spezifische Umstände des Einzelfalls und Ausschlusseffekte erforderlich	191
	cc) Keine Unerlässlichkeit	194
IV.	Schadenstheorie des Diskriminierungsmissbrauchs nach Art. 102 AEUV unter besonderer Berücksichtigung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes	197
	1. Diskriminierungsmissbrauch und allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz	197
	2. Schadenstheorie: Wann ist eine Diskriminierung ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung?	199
V.	Fazit	202
VI.	Zusammenfassung	204

I. Einleitung

Obwohl Art. 102 lit. c AEUV ihn in einer besonderen Form als Regelbeispiel beinhaltet, führt der Diskriminierungsmissbrauch nach Art. 102 AEUV und ihr Bezug zum allgemeinen Grundsatz der Gleichbehandlung im Unionsrecht insgesamt ein Nischendasein.¹ Einige der Fälle aus der Kommissions- und mitgliedstaatlichen Praxis und deren gerichtlichen Aufarbeitung, die hier genauer analysiert werden, beziehen sich zwar auf den Diskriminierungsmissbrauch, folgen aber keinem klaren, einheitlichen, methodischen und logischen Ansatz. Die Fälle werden überwiegend auf Art. 102 lit. c AEUV gestützt und alle Arten von missbräuchlicher Diskriminierung über den Wortlaut und den Zweck der Bestimmung hinaus auf ungenaue Weise behandelt. Vor allem fehlt es an einer systematischen und dogmatischen Kategorisierung der verschiedenen Arten von Diskriminierungsmissbräu-

1 Aus der Wissenschaft siehe z.B. *Layne-Farrar/Stuart*, in: González Díaz/Snelders (Hrsg.), *Abuse of Dominance under Article 102 TFEU*, 2013; *Botta/Wiedemann*, Eur. J. Law Econ. 2020, 381; *O'Donoghue*, JECLAP 2018, 443; *Bergqvist*, University of Copenhagen Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series no 2020-90, abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3491697; *Geradin/Petit*, GCLC Working Paper 07/2005, abrufbar unter: https://www.coleurope.eu/sites/default/files/research-paper/gclc_wp_07-05_0.pdf; *Gerard*, GCLC Working Paper 6 July 2005, abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1113354.

chen und deren Voraussetzungen. Vor dem Hintergrund der zunehmenden Bedeutung der auf einer Diskriminierungslogik beruhenden Selbstbevorzugung (*self-preferencing*) als Schadenstheorie auf digitalen Märkten, ihrer Etablierung als eigenständigen Missbrauchstatbestand nach Art. 102 AEUV und ihrer (begrenzten) Einbeziehung als *per se* Verbot in Art. 6 Abs. 5 Gesetz über digitale Märkte (DMA)² sowie auf nationaler Ebene § 19a Abs. 2 Nr. 1 GWB, bedarf es einer kategorischen Aufarbeitung des Diskriminierungsmissbrauches.

Der vorliegende Beitrag versucht sich an dieser Aufgabe. Er arbeitet die bisherige Praxis auf und legt einen besonderen Schwerpunkt auf das *Google Shopping*³ Verfahren, bei dem zum Bearbeitungszeitpunkt⁴ das Urteil des EuG,⁵ die Schlussanträge der Generalanwältin Kokott⁶ und das Berufungsurteil des Europäischen Gerichtshof (EuGH)⁷ vorliegen, wobei letzteres nur überblicksartig besprochen werden kann. Im Allgemeinen analysiert der Beitrag die Thematiken der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung im Rahmen von Art. 102 AEUV kritisch und steckt einen kohärenten Rahmen für das Konzept der missbräuchlichen Diskriminierung ab. Dabei wird die Rolle des Gleichbehandlungsgrundsatzes für den Diskriminierungsmissbrauch im Lichte ihres historischen Zwecks, der sich ändernden Ziele und der sich entwickelnden Realität von Art. 102 AEUV bewertet. Der Beitrag zeigt auf, dass im heutigen Kontext der Diskriminierungsmissbrauch für marktbeherrschende digitale Plattformen zumindest eine lückenfüllende Funktion neben spezifischen Regelungen der Digitalwirtschaft, vor allem dem DMA und nationalen Regelungen wie § 19a GWB, haben kann. Er stellt eine grundsätzliche Schadenstheorie für den Diskriminierungsmissbrauch auf.

2 Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte).

3 Kommission v. 27.6.2017, AT.39740 – Google Shopping.

4 14.9.2024.

5 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763.

6 Kokott, SchlA. v. 11.1.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:14.

7 EuGH, Urt. v. 10.9.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:726; im Detail Fischer/Hornkohl/Imgarten, European Papers, im Erscheinen.

II. Terminologische und methodische Grundlagen

Nur die wesentlichen Voraussetzungen, die für einen Fall von missbräuchlicher Diskriminierung nach Art. 102 AEUV erforderlich sind, sind weithin anerkannt: Ein marktbeherrschendes Unternehmen muss ungleiche Bedingungen auf gleichwertige Transaktionen oder gleichwertige Bedingungen auf unterschiedliche Transaktionen anwenden.⁸ Das marktbeherrschende Unternehmen kann die Diskriminierung objektiv rechtfertigen,⁹ obwohl eine Rechtfertigung selten akzeptiert wird.¹⁰

Darüber hinaus war es bis dato schwierig, einen kohärenten Rahmen zu definieren, wann eine Diskriminierung einen Missbrauch gemäß Art. 102 AEUV darstellt. Die Lehre lässt eine gewisse terminologische und methodische Kategorisierung zu, welche die weitere Analyse erleichtert. Art. 102 AEUV umfasst im Allgemeinen ausbeuterische und behindernde Verhaltensweisen, Ausbeutungs- und Behinderungsmissbrauch genannt. Beide Formen können diskriminierende Verhaltensweisen erfassen. Der Behinderungsmissbrauch, auch in Form der Diskriminierung, schadet unmittelbar den Wettbewerbern des marktbeherrschenden Unternehmens und nur mittelbar den Verbrauchern.¹¹ Ein Ausbeutungsmissbrauch, auch in Form der Diskriminierung, schadet unmittelbar den Abnehmern (oder Lieferanten), auch in der Form von Endverbrauchern.¹²

Eine weitere Unterscheidung in Bezug auf Diskriminierungen betrifft die Ebene der Schädigung. Durch Diskriminierung hervorgerufene Schädigungen auf der primären Ebene (*primary-line injuries*) verursachen Schäden auf der Ebene des marktbeherrschenden Unternehmens, während Schädigungen auf der sekundären Ebene (*secondary-line injuries*), Schäden auf vor- oder nachgelagerten Märkten verursachen.¹³

Daraus ergibt sich, dass durch Diskriminierung hervorgerufene Schädigungen auf der primären Ebene immer Fälle des Behinderungsmissbrauchs darstellen. Bei ausbeuterischen Diskriminierungen handelt es sich immer um sekundäre Schädigungen. Sekundäre Schädigungen können jedoch so-

8 Layne-Farrar/Stuart (Fn. 1), Rn. 9.6.

9 EuGH, Urt. v. 29.3.2001, C-163/99 – Portugal/Kommission, ECLI:EU:C:2001:189, Rn. 67; Urt. v. 19.4.2018, C-525/16 – MEO, ECLI:EU:C:2018:270, Rn. 29.

10 Botta/Wiedemann (Fn. 1), 404.

11 Kommission, Leitlinien zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 EG-Vertrag auf missbräuchliches Behinderungsmissbrauchsverhalten durch marktbeherrschende Unternehmen, KOM(2008) 832 endgültig, Rn. 5.

12 Akman, CYELS 2009, 165.

13 Layne-Farrar/Stuart (Fn. 1), Rn. 9.2.

wohl ausbeuterisch als auch behindernd sein. Im Falle einer vertikalen Integration des marktbeherrschenden Unternehmens, wie sie im Fall *Google Shopping* zu beobachten ist, geht die behindernde Diskriminierung mit einer Schädigung auf der sekundären Ebene einher. Daraus ergeben sich drei analytische Kategorien des Diskriminierungsmissbrauchs: Ausbeutungsdiskriminierung (die immer zu Schädigungen auf der sekundären Ebene führt, s. unten III 1, Abbildung 1), Behinderungsdiskriminierung auf der primären Ebene (s. unten III 2, Abbildung 2) und Behinderungsdiskriminierung auf der sekundären Ebene (s. unten III 3, Abbildung 3).

III. Der Diskriminierungsmissbrauch in der Fallpraxis

Obwohl diese Kategorien von einem theoretischen Gesichtspunkt her nachvollziehbar sind, werden sie in der Praxis kaum explizit angewandt. Die europäischen Wettbewerbsbehörden und Gerichte unterscheiden selten zwischen der Ebene der Schädigung oder zwischen Ausbeutungs- und Behinderungsdiskriminierung.¹⁴ Vor allem in der frühen Rechtsprechung reichte es für eine missbräuchliche Diskriminierung allgemein aus, wenn bei gleichwertigen Geschäften ungleiche Bedingungen angewandt wurden, ohne dass diese Diskriminierung gerechtfertigt war. In anderen Fällen verlangten die Gerichte und die Wettbewerbsbehörden bereits einen wirkungsorientierten Ansatz (auch unter den Stichwörtern Ausschlusseffekte, bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen, Auswirkungsanalyse, wettbewerbswidrige Auswirkungen oder *by effect abuse* geführt).¹⁵ Zum Teil wurde ein Diskriminierungsverstoß zusätzlich zu anderen missbräuchlichen Verhaltensweisen mit eindeutigeren Schadenstheorien festgestellt. Unabhängig davon waren die Fälle selten, in denen sich die Praxis ausschließlich auf eine Diskriminierungstheorie des Schadens stützten.

14 O'Donoghue (Fn. 1), 444; als seltenes Beispiel Kommission v. 20.10.2004, AT.38745 – BdKEP, Rn. 93.

15 Siehe Zelger, in: Fischer/Hornkohl (Hrsg.), Kartellrecht und Zukunftstechnologien, 2024, 23 ff. mwN.

1. Ausbeutungsdiskriminierung

Ausbeutungsdiskriminierung (die immer zu Schädigungen auf der sekundären Ebene führt), d. h. Diskriminierung zum Nachteil der Abnehmer (oder Lieferanten) des marktbeherrschenden Unternehmens, war zumindest auf der Ebene der Europäischen Kommission kein vorrangiges Ziel der Durchsetzung und spielte bisher eine untergeordnete Rolle.¹⁶ Sofern solche Fälle verfolgt wurden, reichte oftmals allein eine Diskriminierung aus, um einen Missbrauch nach Art. 102 AEUV anzunehmen. *MEO*¹⁷ schaffte eine notwendige Klarstellung.

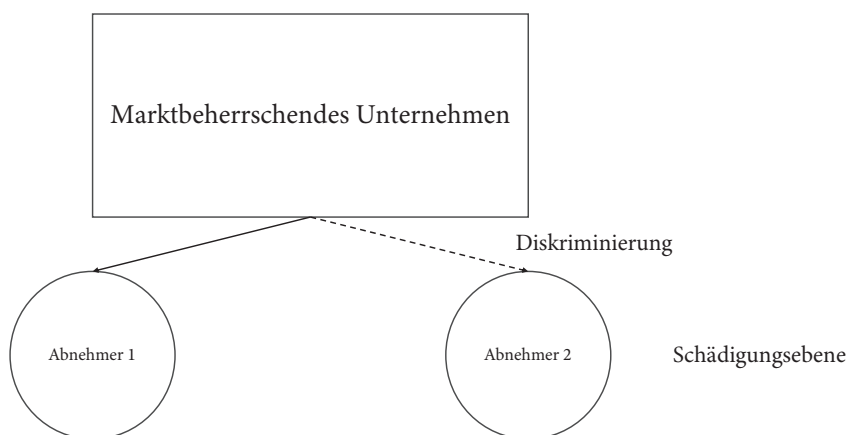


Abbildung 1: Ausbeutungsdiskriminierung

Nur in sehr wenigen älteren Fällen von Ausbeutungsdiskriminierung hat sich die Kommission direkt auf Art. 102 AEUV gestützt, um einen Missbrauch festzustellen. Ein Beispiel ist der Fall der *Fußballweltmeisterschaft 1998*, bei dem die Organisatoren einen Wohnsitz in Frankreich verlangten, um Karten für die Weltmeisterschaft kaufen zu können.¹⁸ Die Kommission, unterstützt von den Gerichten, berief sich dort auf Art. 102 lit. c AEUV. In vielen dieser frühen unter Art. 102 lit. c AEUV geführten Fälle von Ausbeutungsdiskriminierung, gingen die Kommission und die Gerichte nicht auf die in Art. 102 lit. c AEUV aufgeführten Kriterien ein. Vielmehr stand vor

¹⁶ *Bergqvist* (Fn. 1), I.

¹⁷ EuGH, Urt. v. 19.4.2018, C-525/16 – *MEO*, ECLI:EU:C:2018:270.

¹⁸ Kommission v. 20.7.1999, IV/36.888 – *Fußballweltmeisterschaft 1998*.

allein die geografische Diskriminierung im Vordergrund, die von Art. 102 lit. c AEUV gar nicht primär erfasst wird.¹⁹ Tatsächlich konzentrierte sich die Bewertung in den früheren Fällen ausschließlich auf die Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit und die marktaufteilenden Auswirkungen des Verhaltens, wie zuerst von *United Brands*²⁰ aufgezeigt wurde. Im Laufe der Jahre folgten weitere Fälle ähnlicher geografischer Diskriminierung, in denen die Kommission und die Gerichte Art. 102 lit. c AEUV als Rechtsgrundlage verwendeten und dabei die Voraussetzungen der rechtlichen Bestimmung außer Acht ließen.²¹ Fälle von Ausbeutung außerhalb der geografischen Diskriminierung waren selten. In den meisten Fällen, die eine Ausbeutungsdiskriminierung zum Gegenstand hatten, ging es gleichzeitig um anderes ausschließendes Verhalten, wie z.B. in den Verfahren *British Airways*²² oder *Clearstream*²³. *British Airways* und *Tetra Pak II* verdeutlichten die frühe Haltung, keine wettbewerbswidrigen Auswirkungen zu verlangen.²⁴

In der Rechtssache *MEO* konkretisierte der EuGH zum einen seine Rechtsprechung in Bezug auf die Kriterien des Art. 102 lit. c AEUV und wählte zum anderen im Anschluss an das *Intel*-Urteil²⁵ einen wirkungsorientierten Ansatz für die Ausbeutungsdiskriminierung.²⁶ Im Hinblick auf die Kriterien von Art. 102 lit. c AEUV orientiert sich der EuGH am eindeutigen Wortlaut der Vorschrift: Aus diesem geht insbesondere hervor, dass lit. c nur Fälle der Ausbeutungsdiskriminierung erfasst.²⁷ Die Voraussetzung, wonach „Handelspartner“ einen Wettbewerbsnachteil erleiden müssen, zeigt, dass Art. 102 lit. c AEUV nicht die Wettbewerber des marktbeherr-

19 *Geradin/Petit* (Fn. 1), 27; *Layne-Farrar/Stuart* (Fn. 1), Rn. 9.87.

20 EuGH, Urt. v. 14.2.1978, 27/76 – *United Brands*, ECLI:EU:C:1978:22.

21 EuGH, Urt. v. 2.3.1983, 7/82 – *GVL*, ECLI: ECLI:EU:C:1983:52; Urt. v. 11.11.1986, 226/84 – *British Leyland*, ECLI:EU:C:1986:421; Urt. v. 10.12.1991, C-179/90 – *Merci convenzionali porto di Genova*, ECLI:EU:C:1991:464; Urt. v. 17.5.1994, C-18/93 – *Corsica Ferries*, ECLI:EU:C:1994:195; Urt. v. 14.11.1996, C-333/94 P – *Tetra Pak II*, ECLI:EU:C:1996:436; Urt. v. 24.10.2002, C-82/01 P – *Aéroports de Paris*, ECLI:EU:C:2002:617; siehe auch *Kommission v. 28.6.1995, 95/364/EG – Brüssel National Airport*; v. 10.2.1999, IV/35.703 – *Portugiesische Flughäfen*; v. 10.2.1999, IV/35.767 – *Finnische Flughäfen*; v. 18.8.2000, 2000/521/EG – *Spanische Flughäfen*.

22 EuGH, Urt. v. 15.3.2007, C-95/04 P – *British Airways*, ECLI:EU:C:2007:166.

23 EuG v. 9.9.2009, T-301/04 – *Clearstream*, ECLI:EU:T:2009:317.

24 EuGH, Urt. v. 15.3.2007, C-95/04 P – *British Airways*, ECLI:EU:C:2007:166, Rn. 145; Urt. v. 14.11.1996, C-333/94 P – *Tetra Pak II*, ECLI:EU:C:1996:436, Rn. 207.

25 EuGH, Urt. v. 6.9.2017, C-413/14 P – *Intel*, ECLI:EU:C:2017:632.

26 EuGH, Urt. v. 19.4.2018, C-525/16 – *MEO*, ECLI:EU:C:2018:270, Rn. 26.

27 *Geradin/Petit* (Fn. 1), 18; *Layne-Farrar/Stuart* (Fn. 1), Rn. 9.3.

schenden Unternehmens – egal auf welcher Ebene – schützen soll.²⁸ In *MEO* wurde diese Auslegung unterstützt, in dem der EuGH entschied, dass nach Art. 102 lit. c AEUV „das Geschäftsgebaren des marktbeherrschenden Unternehmens“ den „Wettbewerb auf einem vor- oder nachgelagerten Markt, also der Wettbewerb zwischen Zulieferern oder Abnehmern dieses Unternehmens“ nicht verfälschen soll und die Vertragspartner „im Wettbewerb untereinander [...] nicht bevorzugt oder benachteiligt werden“ sollen.²⁹ Es sei danach „nicht erforderlich, dass das missbräuchliche Verhalten Auswirkungen auf die Wettbewerbsposition des marktbeherrschenden Unternehmens selbst auf dem Markt hat, auf dem es selbst tätig ist, und im Verhältnis zu seinen möglichen eigenen Wettbewerbern.“³⁰

Im Hinblick auf den wirkungsorientierten Ansatz für die Ausbeutungsdiskriminierung stellte der EuGH in *MEO* fest, dass eine Diskriminierung des Handelspartners allein nicht ausreicht.³¹ Nach dem wirkungsorientierten Ansatz nachfolgend der *Intel*-Entscheidung, muss die Diskriminierung geeignet sein, „die Wettbewerbsposition eines Teils der Handelspartner dieses Unternehmens gegenüber den anderen zu beeinträchtigen.“³² Laut EuGH reichen zwar potentielle Auswirkungen aus, doch müssen alle relevanten Umstände „angesichts des gesamten Sachverhalts darauf gerichtet ist, eine Wettbewerbsverzerrung zwischen diesen Handelspartnern herbeizuführen“, der zusätzliche „Beweis einer tatsächlichen und quantifizierbaren Verschlechterung der Wettbewerbsstellung einzelner Handelspartner“ ist nicht erforderlich.³³ Ein wirkungsorientierten Ansatz für die Ausbeutungsdiskriminierung ist danach deutlich erkennbar.³⁴

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass Ausbeutungsdiskriminierung nach der bisherigen Praxis vor allem geografische Ausbeutungsdiskriminierung und solche Ausbeutungsdiskriminierung umfasst, die zu (potenziellen) Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten von Handelspartnern, i.e. Abnehmern oder Lieferanten, im Sinne von *MEO* führt. Die Diskriminierung von Endverbraucherinnen und Endverbrauchern direkt spielte bisher keine Rolle, obwohl die Kommission in einem Vermerk an die OECD im Jahr

28 Geradin/Petit (Fn. 1), 9.

29 EuGH, Urt. v. 19.4.2018, C-525/16 – *MEO*, ECLI:EU:C:2018:270, Rn. 24.

30 EuGH, Urt. v. 19.4.2018, C-525/16 – *MEO*, ECLI:EU:C:2018:270, Rn. 24.

31 EuGH, Urt. v. 19.4.2018, C-525/16 – *MEO*, ECLI:EU:C:2018:270, Rn. 26.

32 EuGH, Urt. v. 19.4.2018, C-525/16 – *MEO*, ECLI:EU:C:2018:270, Rn. 25.

33 EuGH, Urt. v. 19.4.2018, C-525/16 – *MEO*, ECLI:EU:C:2018:270, Rn. 27.

34 O'Donoghue (Fn. 1), 445.

2018 insbesondere Art. 102 lit. c AEUV nutzen wollte, um personalisierte Preise im digitalen Zeitalter zu bekämpfen.³⁵

2. Behinderungsdiskriminierung auf der primären Ebene

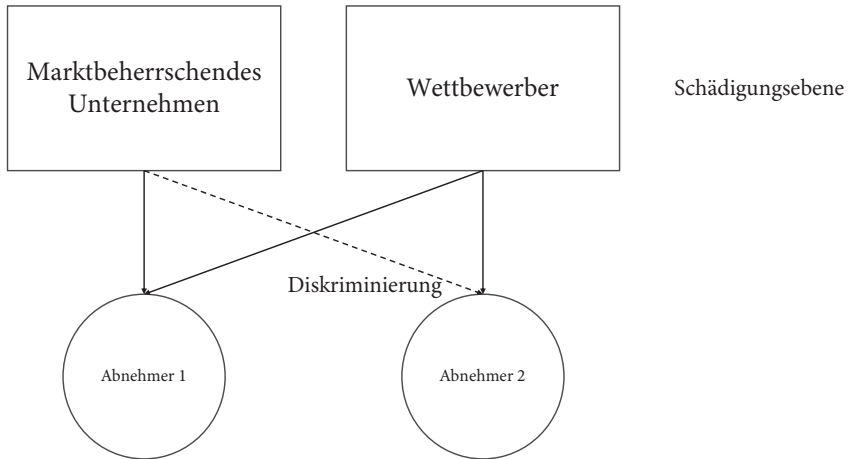


Abbildung 2: Behinderungsdiskriminierung auf der primären Ebene

Im Zusammenhang mit Behinderungsdiskriminierung auf der primären Ebene ergibt sich das Problem, dass viele etablierte Schadenstheorien nach Art. 102 AEUV auch ein diskriminierendes Element beinhalten. Rabatte, Ausschließlichkeitsvereinbarungen, Bonusregelungen, Preissenkungen, Kopplungs- und Bündelungsgeschäfte oder andere Verdrängungspraktiken können dazu führen, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen zwischen nachgelagerten Kunden differenziert, indem es ihnen unterschiedliche Bedingungen einräumt, wodurch die auf derselben vorgelagerten Marktebene tätigen Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens vom Markt ausgeschlossen werden.³⁶ Dementsprechend haben die Kommission und die Gerichte das genannte Verhalten in der Vergangenheit manchmal als einen (zusätzlichen) Diskriminierungsfall behandelt, wie z.B. in der Rechtssache *Hoffmann-La Roche*, in der die Kommission, mit

35 Kommission, Personalised Pricing in the Digital Era – Note by the European Union, DAF/COMP/WD(2018)128.

36 *Geradin/Petit* (Fn. 1), 20.

Unterstützung des EuGH, einen Diskriminierungsmissbrauch feststellte, weil das marktbeherrschende Unternehmen nur bestimmten Abnehmern Treuerabatte gewährte.³⁷

In vielen Fällen von Behinderungsdiskriminierung auf der primären Ebene haben die europäischen Gerichte und die Kommission im Laufe der Jahre keine eigenständige Schadenstheorie entwickelt oder auch nur diskutiert.³⁸ Insbesondere wurden keine Ausschlusseffekte verlangt. Stattdessen stützten sie sich auf abstrakte Argumente und stellten schlicht fest, dass die Diskriminierung neben anderen Formen der Ausbeutung einen zusätzlichen Verstoß gegen Art. 102 lit. c AEUV oder allein Art. 102 AEUV darstellt.³⁹ In vielen dieser Fälle zogen Kommission und EuGH nicht nur Art. 102 lit. c AEUV oder Art. 102 AEUV direkt heran, sondern gleichzeitig auch andere Unterabsätze wie Art. 102 lit. a oder b AEUV.⁴⁰ Ein Muster, wann ein Diskriminierungsmissbrauch neben einem anderen Behinderungsmissbrauch angenommen wurde, ist nicht erkennbar, was auf eine gewisse Willkür hinausläuft.⁴¹ Laut *Geradin/Petit* schien die Kommission jedoch vor allem auf Art. 102 lit. c AEUV und die Behinderungsdiskriminierung allgemein zurückzugreifen, um die Wettbewerbswidrigkeit anderweitiger Behinderungsmissbräuche zu untermauern, die Beweisschwelle zu senken und ein höheres Bußgeld zu verhängen.⁴²

Post Danmark I markierte einen interessanten Wendepunkt und ein Ende der (gleichzeitigen) Durchsetzung von Behinderungsdiskriminierung auf der primären Ebene mit anderen Behinderungsmissbräuchen, zumindest ohne Prüfung von Ausschlusseffekten. In der Rechtssache *Post Danmark I* behandelte die nationale Wettbewerbsbehörde den Fall zunächst als eine missbräuchliche (Behinderungs-)Diskriminierung.⁴³ Dagegen lässt laut EuGH, „die Tatsache, dass die Praxis eines Unternehmens in beherrschender Stellung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Preispo-

37 EuGH, Urt. v. 13.2.1979, 85/76 – Hoffmann La Roche, ECLI:EU:C:1979:36, Rn. 134.

38 EugH, Urt. v. 16.12.1975, 40 – 48, 50, 54 – 56, III, II3 und II4/73 – Suiker Unie, ECLI:ECLI:EU:C:1975:174; Urt. v. 15.3.2007, C-95/04 P – British Airways; EuG, Urt. v. 8.10.1996, T-24/93, T-25/93, T-26/93 und T-28/93 – Companie Maritime Belge, ECLI:EU:T:1996:139; siehe auch Kommission v. 11.3.1998, 98/531 – Van den Bergh Foods Limited, wo der Wortlaut von Art. 102 lit. c AEUV verwendet wird, die Bestimmung selbst aber nicht erwähnt wird.

39 *Gerard* (Fn. 1), 23.

40 Zum Beispiel EuGH, Urt. v. 15.3.2007, C-95/04 P – British Airways.

41 *Gerard* (Fn. 127), 23.

42 *Geradin/Petit* (Fn. 127), 20.

43 EuGH, Urt. v. 27.3.2012, C-209/10 – Post Danmark I, ECLI:EU:C:2012:172, Rn. 8.

litik als „Preisdiskriminierung“ eingestuft werden kann, [...] allein nicht den Schluss auf das Vorliegen einer missbräuchlichen Verdrängungspraxis zu.“⁴⁴ Vielmehr konzentrierte sich der EuGH auf die Analyse der Preispolitik nach einem wirkungsorientierten Ansatz, bei dem alle relevanten Umstände berücksichtigt wurden.⁴⁵ Die einfache Anwendung ungleicher Bedingungen auf gleichwertige Transaktionen zur Feststellung einer Behinderungsdiskriminierung auf der primären Ebene hat *Post Danmark I* damit beendet. Soweit bekannt, wurde die Behinderungsdiskriminierung auf der primären Ebene danach nicht mehr allein oder zusammen mit anderem Verdrängungsverhalten durchgesetzt. *Post Danmark I* impliziert jedoch keinen vollständigen Ausschluss unabhängiger Behinderungsdiskriminierung auf der primären Ebene. Vielmehr scheint die Rechtsprechung zu verlangen, dass Ausschlusseffekte in der Analyse berücksichtigt werden.

3. Behinderungsdiskriminierung auf der sekundären Ebene

Bei der Behinderungsdiskriminierung auf der sekundären Ebene verursacht die Diskriminierung einen Schaden auf vorgelagerten, nachgelagerten oder benachbarten Märkten, auf denen das marktbeherrschende Unternehmen ebenfalls präsent ist, wie im Fall von *Google Shopping*. In der bisherigen Fallpraxis der Kommission und der europäischen Gerichte finden sich nur wenige Beispiele für ein solches Verhalten. Der EuGH hat in der Rechtssache *TeliaSonera* allerdings bereits angedeutet, dass der Behinderungsdiskriminierung auf der sekundären Ebene eine eigenständige Form des Missbrauchs darstellen kann.⁴⁶ Auch darüber hinaus lassen einige Entscheidungen einen analytischen Rahmen grundsätzlich erkennen. *Google Shopping* schaffte endgültig den Wendepunkt unter dem Stichwort der Selbstbevorzugung.

44 EuGH, Urt. v. 27.3.2012, C-209/10 – *Post Danmark I*, ECLI:EU:C:2012:172, Rn. 30.

45 EuGH, Urt. v. 27.3.2012, C-209/10 – *Post Danmark I*, ECLI:EU:C:2012:172, Rn. 26.

46 EuGH, Urt. v. 17.2.2011, C-52/09 – *TeliaSonera*, ECLI:EU:C:2011:83, Rn. 55, 56.

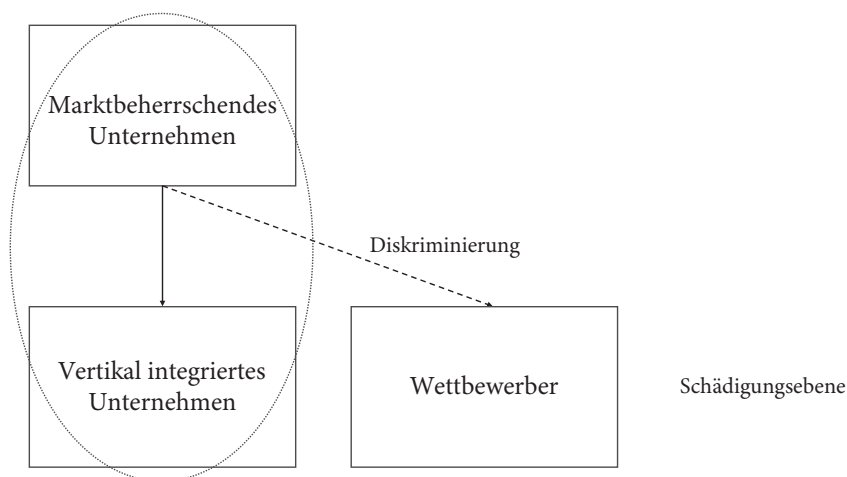


Abbildung 3: Behinderungsdiskriminierung auf der sekundären Ebene

a) Praxis vor Google Shopping

In den wenigen Fällen diente Art. 102 lit. c AEUV als Rechtsgrundlage, und eine einfache Diskriminierung ohne Berücksichtigung von Ausschluss-effekten war ausreichend, um einen Missbrauch festzustellen.⁴⁷ Zumeist be-trafen die entsprechenden Entscheidungen kürzlich privatisierte Branchen oder natürliche Monopole, wie die Fälle *Deutsche Bahn*⁴⁸, *Deutsche Post*⁴⁹ oder *BdKEP*⁵⁰ zeigen. Es gab jedoch auch Fälle, die sich bereits außerhalb dieser Branchen abspielten, wie *Clearstream*⁵¹ oder *Belgacom*.⁵² *Deutsche Bahn* war einer der wenigen Entscheidungen, in denen die Kommission tatsächlich Beweise dafür gesammelt hatte, dass die Preisdiskriminierung die Beförderung von Containern erheblich eingeschränkt und somit den

47 EuG, Urt. v. 21.10.1997, T-229/94 – Deutsche Bahn, ECLI:EU:T:1997:155, Rn. 93; Kommission v. 15.12.2001, COMP/C-1/36.915 – Deutsche Post, Rn. 121 – 134; Kom-mission v. 20.10.2004, AT.38745 – BdKEP, Rn. 94; v. 26.11.2008, COMP/39.88 – EON, Rn. 52.

48 EuG, Urt. v. 21.10.1997, T-229/94 – Deutsche Bahn, ECLI:EU:T:1997:155.

49 Kommission v. 15.12.2001, COMP/C-1/36.915 – Deutsche Post.

50 Kommission v. 20.10.2004, AT.38745 – BdKEP.

51 EuG v. 9.9.2009, T-301/04 – Clearstream, ECLI:EU:T:2009:317.

52 Kommission, v. 11.4.1997, IP/97/292 – Belgacom.

Markt beeinträchtigt hatte.⁵³ Leider hat das EuG diese Argumentation, die auf einen wirkungsorientierten Ansatz hindeutet, nicht weiterverfolgt.

Im Vergleich zum sogleich näher analysierten *Google Shopping* Verfahren sind zwei Entscheidungen der Europäischen Kommission, *Deutsche Post*⁵⁴ und *BdKEP*⁵⁵ besonders interessant, weil sie ausdrücklich die Übertragung von Marktmacht von einem marktbeherrschenden auf einen benachbarten Markt in einem Diskriminierungskontext erörtern. In beiden Fällen stellte die Kommission einen diskriminierenden Missbrauch auf der Grundlage von (fälschlicherweise) Art. 102 lit. c AEUV fest, indem sie sich nur auf die Hebelwirkung allein stützte. In der Rechtssache *Deutsche Post* vertrat die Kommission die Auffassung, dass das Unternehmen seine beherrschende Stellung auf dem Markt für die Weiterleitung und Zustellung grenzüberschreitender Postsendungen in Deutschland auf den Markt für abgehende grenzüberschreitende Postsendungen im Vereinigten Königreich, wo es zwar tätig, aber nicht beherrschend war, übertragen hat, wodurch die britische Post diskriminiert wurde.⁵⁶ In der Sache *BdKEP* stellte die Kommission fest, dass die diskriminierende Bonusregelung die Kostenstruktur der kommerziellen Postvorbereitungsunternehmen, die im vorgelagerten Markt mit der Deutschen Post konkurrieren, verzerrt, da sie nicht in der Lage waren, ihren Kunden Einsparungen beim Porto zu verschaffen. Die Deutsche Post, die auf dem nachgelagerten Markt für grundlegende Postdienste eine beherrschende Stellung innehatte, konnte die Sendungen ihrer Kunden konsolidieren, um ihnen Portoeinsparungen zu verschaffen und so ihre beherrschende Stellung auf den vorgelagerten Markt für Postvorbereitungsdienste ausweiten.⁵⁷ Interessanterweise stellte die Kommission zunächst einen eigenständigen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung aufgrund der Hebelwirkung fest,⁵⁸ nur um später im Zusammenhang mit der Behinderungsdiskriminierung auf die gleiche Hebelwirkung zurückzugreifen. In beiden Fällen betrachtete die Kommission nicht die Ausschlusseffekte. Allein die Verlagerung von Marktmacht von einem Markt auf den anderen reichte aus, um einen Missbrauch festzustellen.

53 Kommission, v. 29.3.1994, IV/33.941 – HOV-SVZ/MCN, Rn. 254.

54 Kommission v. 15.12.2001, COMP/C-1/36.915 – Deutsche Post.

55 Kommission v. 20.10.2004, AT.38745 – BdKEP.

56 Kommission v. 15.12.2001, COMP/C-1/36.915 – Deutsche Post, Rn. 121 – 134.

57 Kommission v. 20.10.2004, AT.38745 – BdKEP, Rn. 94.

58 Kommission v. 20.10.2004, AT.38745 – BdKEP, Rn. 85.

Schließlich können, ähnlich wie im Kontext der Behinderungsdiskriminierung auf der primären Ebene, etablierte Schädigungstheorien, wie die Kosten-Preis-Schere oder die Lieferverweigerung, auch diskriminierende Elemente mit Schädigungspotential auf der sekundären Ebene enthalten und vergleichbare Ausschlusswirkungen aufweisen.⁵⁹ Im Gegensatz zu den oben erwähnten Fällen von Behinderungsdiskriminierung auf der primären Ebene vor *Post Danmark I*, wurden in der Praxis zu Kosten-Preisscheren oder Lieferverweigerungen jedoch keine zusätzlichen Diskriminierungsmissbräuche festgestellt. Dennoch wurden in diesen Fälle Argumente im Hinblick auf Diskriminierung, wie ungleicher Zugang oder ungleiche Bedingungen, in die Argumentation der Gerichte und der Kommission einbezogen.

Dies gilt insbesondere in Bezug auf die Frage, ob Ausschlusswirkungen erforderlich sind oder ob das Kriterium der Unerlässlichkeit der *Bronner-Rechtsprechung*⁶⁰ zur Lieferverweigerung bei wesentlichen Einrichtungen (*essential facility*) erfüllt sein muss.⁶¹ Die besondere Situation in der Rechtssache *Bronner* und die folgende Rechtsprechung, welche die Unerlässlichkeit einer wesentlichen Einrichtung im Zusammenhang mit der Verweigerung von Geschäftsabschlüssen rechtfertigte, wie z.B. *Magill*⁶² oder *IMS Health*,⁶³ betraf die Situation, in der ein vertikal integriertes marktbeherrschendes Unternehmen entweder eine Geschäftsbeziehung mit einem vor- oder nachgelagerten Wettbewerber vollständig beendet oder sich weigert, mit einem (potenziellen) Wettbewerber auf dem vor- oder nachgelagerten Markt eine Geschäftsbeziehung aufzunehmen. Die Übertragbarkeit von *Bronner* wurde insbesondere in solchen Fällen diskutiert, in denen es um Preis-Kosten-Scheren ging, wie z.B. bei *TeliaSonera*⁶⁴, oder bei Praktiken, wie sie bei *Slovak Telekom*⁶⁵ zu beobachten waren, die sowohl eine Preis-Kosten-Schere als auch eine sogenannte konstruktive oder implizite Geschäftsverweigerung umfassten.⁶⁶ In beiden Fällen vertra-

59 *Layne-Farrar/Stuart* (Fn. 1), Rn. 9.52.

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

61 EuGH, Urt. v. 17.2.2011, C-52/09 – *TeliaSonera*, ECLI:EU:C:2011:83, Rn. 28; Urt. v. 25.3.2021, C-165/19 P – *Slovak Telekom*, ECLI:EU:C:2021:239, Rn. 50.

62 EuGH, Urt. v. 6.4.1995, C-241/91 P und C-242/91 P – *RTE und ITP*, ECLI:EU:C:1995:98.

63 EuGH, Urt. v. 29.4.2004, C-418/01 – *IMS Health*.

64 EuGH, Urt. v. 17.2.2011, C-52/09 – *TeliaSonera*, ECLI:EU:C:2011:83.

65 EuGH, Urt. v. 25.3.2021, C-165/19 P – *Slovak Telekom*, ECLI:EU:C:2021:239.

66 *Ibáñez Colomo*, JECLAP 2019, 532, 540.

ten die Kommission und die europäischen Gerichte die Auffassung, dass eine Kosten-Preis-Schere oder eine konstruktive Geschäftsverweigerung allein nicht ausreicht, um einen Missbrauch festzustellen, aber dass auch die Unerlässlichkeit nicht erforderlich sei.⁶⁷ Vielmehr stellen die Praktiken dann einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung dar, wenn sie unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls eine ausschließende Wirkung haben.⁶⁸ Bei der Bewertung der Umstände des Einzelfalls bezog der EuGH ausdrücklich die Bewertung der diskriminierenden Auswirkungen des betreffenden Verhaltens ein.⁶⁹ Außerdem hat der EuGH in der Rechtssache *TeliaSonera* bereits angedeutet, dass Diskriminierung eine eigenständige Form des Missbrauchs darstellen könne.⁷⁰

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die frühere Rechtsprechung, die sich hauptsächlich auf liberalisierte Wirtschaftszweige bezog, bei der Anwendung von Art. 102 lit. c AEUV ausschließlich auf Diskriminierung als missbräuchliches Verhalten abstellte, ohne Ausschlusseffekte zu verlangen. In zwei Kommissionsfällen spielte die Verlagerung der Marktmacht des marktbeherrschenden Unternehmens von einem dominanten auf einen benachbarten Markt eine zentrale Rolle. Die Rechtsprechung zur Kosten-Preis-Schere und zur konstruktiven Geschäftsverweigerung, die beide diskriminierende Elemente auf sekundärer Ebene beinhalten, zeigen zwei entscheidende Entwicklungen: (1) neben dem Verhalten selbst, d.h. der Kosten-Preis-Schere und der Geschäftsverweigerung, sind Ausschlusseffekte erforderlich, um einen Missbrauch zu begründen, und (2) die Unerlässlichkeit spielt nur in den sehr engen *Bronner*-Situationen eine Rolle.

b) Google Shopping: Selbstbevorzugung auf digitalen Märkten

Diese Rechtsprechung wurde von der Kommission und noch eindeutiger von der europäischen Gerichtsbarkeit im *Google Shopping*-Verfahren aufgegriffen.

67 EuGH, Urt. v. 17.2.2011, C-52/09 – *TeliaSonera*, ECLI:EU:C:2011:83, Rn. 50.

68 EuGH, Urt. v. 17.2.2011, C-52/09 – *TeliaSonera*, ECLI:EU:C:2011:83, Rn. 28, 31; EuGH, Urt. v. 25.3.2021, C-165/19 P – *Slovak Telekom*, ECLI:EU:C:2021:239, Rn. 42, 50, 51.

69 EuGH, Urt. v. 17.2.2011, C-52/09 – *TeliaSonera*, ECLI:EU:C:2011:83, Rn. 28; EuGH, Urt. v. 14.10.2010, C-280/08 P – *Deutsche Telekom*, ECLI:EU:C:2010:603, Rn. 175.

70 EuGH, Urt. v. 17.2.2011, C-52/09 – *TeliaSonera*, ECLI:EU:C:2011:83, Rn. 55, 56.

aa) Allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz und
Diskriminierungsmissbrauch

Vor allem das EuG greift zur Begründung ausdrücklich unter Verweis auf die Rechtsprechung zur geografischen Diskriminierung oder auf Fälle, in denen es um das Verhalten von (ehemals) öffentlichen Unternehmen in liberalisierten Branchen wie dem Telekommunikationssektor geht, auf den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz zurück. Gleich zu Beginn der Analyse der Behinderungsdiskriminierung auf der sekundären Ebene stellt das EuG fest, dass ein Missbrauch die Form einer Diskriminierung, einer „nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung“, annehmen kann, was „der allgemeine Gleichheitsgrundsatz als allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts“ verlangt.⁷¹ Im Verlauf der Analyse erwähnt das Gericht erneut die „allgemeine Verpflichtung zur Gleichbehandlung ohne Diskriminierung“, wenn es einen Gedanken aus der Literatur aufgreift⁷² und die Situation von Internetzugangsanbietern mit der Situation von Google vergleicht.⁷³ Für Internetzugangsanbieter sieht die Verordnung (EU) 2015/2120⁷⁴ den Grundsatz der Netzneutralität als eine Ausprägung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes vor.⁷⁵ Nach Auffassung des EuG ist die vorgelagerte rechtliche Verpflichtung zur Gleichbehandlung von Internetzugangsanbietern auf die nachgelagerte Ebene im Fall *Google Shopping* übertragbar, weil Google „den Markt für allgemeine Suchdienste unstreitig völlig beherrscht“.⁷⁶ Das Gericht unterstreicht hier erneut die allgemeine Bedeutung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes im Zusammenhang mit Art. 102 AEUV für marktbeherrschende Internetunternehmen, wobei der Schwerpunkt auf der Chancengleichheit liegt.

71 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 155.

72 *Ibáñez Colomo*, CMLR 2014, 141, 144.

73 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 180; dazu auch Kokott, SchlA. v. 11.1.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:14, Rn. 154.

74 Verordnung (EU) 2015/2120 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Maßnahmen zum Zugang zum offenen Internet und zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten sowie der Verordnung (EU) Nr. 531/2012 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Union.

75 EuGH, Urt. v. 15.9.2020, C-807/18 – Telenor Magyarorszá, ECLI:EU:C:2020:708, Rn. 47.

76 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 180.

Generalanwältin Kokott hingegen erwähnte den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz in ihren Schlussanträgen nicht, ging jedoch wiederholt auf die Ungleichbehandlung im Kontext der Frage ein, ob die Selbstbevorzugung einen eigenständigen Missbrauch darstellt.⁷⁷

Der EuGH arbeitet ebenfalls heraus, dass im Fall *Google Shopping* eine „eigene Form des Missbrauchs durch Hebelwirkung“ vorliegt und verweist an vereinzelt Stellen auf das Gleichbehandlungsgebot⁷⁸ aber vor allem auf eine Diskriminierung⁷⁹ als zugrundeliegendes Verhalten, welches zum Missbrauch beiträgt.

bb) Spezifische Umstände des Einzelfalls und Ausschlusseffekte erforderlich

Die Anerkennung des Gleichbehandlungsgrundsatzes bedeutet jedoch keinen Gleichlauf mit der Anerkennung eines unabhängigen Diskriminierungsmissbrauchs in Form der Selbstbevorzugung. Darauf weist vor allem das EuG hin, indem es feststellt, dass nur „bestimmte“ Arten der Ungleichbehandlung unter Art. 102 AEUV fallen können⁸⁰ und es auch vor dem Hintergrund des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes keine allgemeine Pflicht zur Nichtdiskriminierung im Kontext von Art. 102 AEUV⁸¹ ohne weitere Voraussetzungen gibt. Ähnlich formuliert es das EuGH besonders in Bezug auf die in *Google Shopping* maßgebliche Behinderungsdiskriminierung auf der sekundären Ebene in Form der Selbstbevorzugung, in dem er darauf hinweist, „dass nicht generell davon ausgegangen werden kann, dass ein beherrschendes Unternehmen, das seine Waren oder Dienstleistungen günstiger behandelt als diejenigen seiner Wettbewerber, unabhängig von den Umständen des Einzelfalls ein vom Leistungswettbewerb abweichendes Verhalten an den Tag legt.“⁸²

77 Kokott, SchlA. v. 11.1.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:14, Rn. 71 ff.

78 EuGH, Urt. v. 10.9.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:726, Rn. 97, 191.

79 EuGH, Urt. v. 10.9.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:726, Rn. 99, 103, 113, 180, 187, 192, 193.

80 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 180.

81 Ibáñez Colomo (Fn. 72), 154, 155.

82 EuGH, Urt. v. 10.9.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:726, Rn. 187.

Die europäische Gerichtsbarkeit folgt hier weitgehend der Kommission und stellen eine eigenständige Schadenstheorie auf. Eine Behinderungsdiskriminierung auf der sekundären Ebene in Form der Selbstbevorzugung durch vertikal integrierte Unternehmen stellt eine eigenständige Form des Missbrauchs durch Hebelwirkung nach Art. 102 AEUV dar⁸³ – Art. 102 lit. c AEUV wird nicht erwähnt – unter Beachtung der spezifischen Umstände des Einzelfalls und wenn sie tatsächliche oder potentielle Ausschlusseffekte erzeugt.⁸⁴ Im Hinblick auf die Rechtsprechung zu Art. 102 AEUV, die zunehmend, vor allem für neue Arten des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, eine Einzelfallbetrachtung und Ausschlusseffekte fordert,⁸⁵ ist die Forderung dieser für Fälle der Behinderungsdiskriminierung auf der sekundären Ebene nicht überraschend.

Dabei betonen das EuG, Kokott und EuGH, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Stellung zu anderen Zwecken als denen des „normalen Leistungswettbewerbs“ ausnutzen muss, was unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls zu beurteilen ist, aus denen sich ergibt, dass der Wettbewerb geschwächt wurde.⁸⁶ Die Übertragung von Marktmacht von einem beherrschenden Markt auf einen vorgelagerten, nachgelagerten oder benachbarten Markt allein reicht nicht aus, tritt aber als maßgebliches Element hinzu.⁸⁷ Es müssen alle besonderen Umstände und Begleitumstände berücksichtigt werden, was auf eine Einzelfallprüfung hinausläuft.⁸⁸

Im Fall *Google Shopping* wurden die Schlussfolgerungen der Kommission akzeptiert, dass die Diskriminierung von Google in Form der Selbstbevorzugung untypisch und eine Abweichung vom Leistungswettbewerb

83 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 240.

84 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 152; EuGH, Urt. v. 10.9.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:726, Rn. 166 – 168, 187.

85 Vor allem EuGH, Urt. v. 6.9.2017, C-413/14 P – Intel, ECLI:EU:C:2017:632.

86 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 161, 165; Kokott, SchlA. v. 11.1.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:14, Rn. 77; EuGH, Urt. v. 10.9.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:726, Rn. 166.

87 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 162 – 164; EuGH, Urt. v. 10.9.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:726, Rn. 165.

88 Kokott, SchlA. v. 11.1.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:14, Rn. 77; EuGH, Urt. v. 10.9.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:726, Rn. 166 – 168.

darstellte. Es waren nicht nur die Ausnutzung der Marktmacht, sondern auch andere begleitende Praktiken und Umstände des relevanten und der angrenzenden Märkte, wie die Bedeutung von Googles allgemeiner Suchmaschine für die von Shopping-Vergleichsdiensten erzeugten Verkehrs, das Online-Suchverhalten der Nutzer und der Umfang des umgeleiteten Verkehrs ausschlaggebend.⁸⁹ Die besondere Selbstbegünstigungspraktik bestand in Form einer Kombination zweier Praktiken, nämlich „der bevorzugten Positionierung und Präsentation der spezialisierten Ergebnisse von Google auf ihren allgemeinen Ergebnisseiten gegenüber den Ergebnissen der konkurrierenden Preisvergleichsdienste und zum anderen der gleichzeitigen Herabstufung der Ergebnisse der konkurrierenden Preisvergleichsdienste durch Anpassungsalgorithmen“.⁹⁰

Das EuG ging sogar über die Argumentation der Kommission hinaus und erläutert den wirtschaftlichen Kontext und impliziert ein wirtschaftlich irrationales Verhalten von Google.⁹¹ Außerdem verweist das Gericht auf eine Verhaltensänderung gegenüber der vorherigen Praxis der Selbstbevorzugung.⁹² Insgesamt erwähnen das EuG und Kokott interessanterweise mehrmals die „super-“dominante Position von Google auf dem Markt für allgemeine Suchmaschinen bei der Beurteilung aller Umstände,⁹³ ein Konzept, dessen Grenzen und Nutzen nicht ganz klar sind. Der EuGH stellt immerhin klar, dass es sich bei dem Verweis auf eine „super-“dominante Position von Google nur um eine ergänzende Erwägung handelt und ein Missbrauch schon aufgrund der sonstigen Einzelfallerwägung und Effektanalyse gegeben sei.⁹⁴

Die Argumentation in *Google Shopping* rückt eindeutig von der oben erwähnten frühen Rechtsprechung ab, die lediglich eine ungleiche Behand-

89 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 166 – 176; EuGH, Urt. v. 10.9.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:726, Rn. 159 – 161.

90 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 187, 261; EuGH, Urt. v. 10.9.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:726, Rn. 107, 108, 244.

91 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 178, 179.

92 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 181 – 184.

93 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 180, 182; Kokott, SchlA. v. 11.1.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:14, Rn. 154.

94 EuGH, Urt. v. 10.9.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:726, Rn. 196 – 198.

lung zur Feststellung eines Missbrauchs verlangte. In diesem Sinne steht es jedoch im Einklang mit *MEO* und *Post Danmark I*, in denen bereits festgestellt wurde, dass eine einfache Diskriminierung nicht ausreicht, um einen Missbrauch festzustellen. Was die Ausnutzung der Marktmacht von einem Markt auf einen anderen betrifft, so stellt *Google Shopping* klar, dass die Ausnutzung allein nicht ausreicht. Damit widerspricht die Rechtsprechung in *Google Shopping* der oben beschriebenen Entscheidungspraxis der Kommission in den Fällen *Deutsche Post* und *BdKEP*. Die Hebelwirkung ist für die Analyse von Bedeutung, stellt aber nur einen der Umstände dar, die bei der Prüfung der Auswirkungen zu berücksichtigen sind.

Damit schaffen EuG, Generalanwältin und EuGH vielmehr eine eigenständige Schadenstheorie, indem besondere Marktumstände des Einzelfalls und tatsächliche oder potentielle Ausschlusswirkungen der Diskriminierung verlangt werden. Dieser Ansatz war erwartbar. *MEO* hat bereits gezeigt, dass Diskriminierung, in dem dortigen Fall die Ausbeutungsdiskriminierung, einen Missbrauch darstellen kann, wenn diese wettbewerbswidrige Auswirkungen hat.⁹⁵ Der EuGH verlangt denselben wirkungsorientierten und einzelfallbezogenen Ansatz in Fällen von Kosten-Preis-Scheren oder konstruktiver Geschäftsverweigerung, die ebenso diskriminierende Elemente enthalten, wie z.B. in den Fällen *TeliaSonera* und *Slovak Telekom*.⁹⁶ Somit wurden bekannte Elemente aus der Rechtsprechung auf die Situation aus *Google Shopping* übertragen.

cc) Keine Unerlässlichkeit

Selbst wenn die Abhilfemaßnahme in dem konkreten Fall erfordert, dass der Zugang zu einem Dienst in nichtdiskriminierender Weise gewährt wird und die ausschließenden Wirkungen von Diskriminierung und Angebotsverweigerung vergleichbar sein könnten,⁹⁷ ist die Unerlässlichkeit des maßgeblichen Dienstes nach Kommission, EuG, Kokott und EuGH nicht entscheidend.⁹⁸ Dennoch stellte zumindest das EuG fest, dass die allgemeine Suchmaschine von Google „Merkmale aufweist, die sie in die Nähe

95 EuGH, Urt. v. 19.4.2018, C-525/16 – *MEO*, ECLI:EU:C:2018:270, Rn. 26, 27.

96 Siehe *Ibáñez Colomo* (Fn. 72), 155, 156.

97 Siehe z.B. *Vesterhof*, CLPD 2015, 4, 6; *Nazzini*, JECLAP 2015, 301, 309.

98 Siehe nur EuGH, Urt. v. 10.9.2024, C-48/22 P – *Google Shopping*, ECLI:EU:C:2024:726, Rn. 109 – 113.

einer wesentlichen Einrichtung rücken“.⁹⁹ Der EuGH unterstreicht auch die Parallelität von Googles Praktiken mit der Zugangsproblematik.¹⁰⁰ Das EuG betont aber, dass viele Verhaltensweisen eine implizite Lieferverweigerung beinhalten.¹⁰¹ Diese geht mit dem hier hervorgehobenen Argument einher, dass viele missbräuchliche Verhaltensweisen auch ein diskriminierendes Element enthalten. Diese Aussage hätte eigentlich darauf hindeuten können, dass diese Praktiken an denselben rechtlichen Standards gemessen werden sollten.

Im Gegenteil dazu drehen das EuG, Kokott und EuGH das Argument im Ergebnis um: Das Verhalten von Google ist eher mit dem in *TeliaSonera* und *Slovak Telekom* vergleichbar als mit dem in *Bronner*.¹⁰² Damit orientieren sich EuG, Kokott und EuGH an den ersteren beiden Urteilen, die nur eine Einzelfallbetrachtung und Ausschlusseffekte und keine Unerlässlichkeit verlangten. *Bronner* bleibt hingegen für die besonderen Umstände der Lieferverweigerung und dem expliziten Abbruch der Lieferbeziehung vorbehalten.¹⁰³

Die weitere Argumentation des EuG und der Generalanwältin bleibt eher vage und formalistisch, aber in ihrem Ergebnis konsequent, wenn man die ähnliche Argumentation in *TeliaSonera* oder *Slovak Telekom* bedenkt.¹⁰⁴ Danach setzt eine Zugangsverweigerung einen Antrag und eine schlüssige Ablehnung voraus, woran es im Sachverhalt von *Google Shopping* fehlt.¹⁰⁵ Außerdem muss die Ausschlusswirkung gerade in der Verweigerung als solcher und nicht in einem anderen Verhalten bestehen, selbst wenn dieses Verhalten einer stillschweigenden Verweigerung gleichkommt.¹⁰⁶ Ähnlich wie *TeliaSonera*¹⁰⁷ soll selbst dann, wenn das Verhalten auf eine stillschwei-

99 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 224; Kokott, SchlA. v. 11.1.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:14, Rn. 83 ff.

100 EuGH, Urt. v. 10.9.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:726, Rn. 103.

101 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 234.

102 Siehe nur Kokott, SchlA. v. 11.1.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:14, Rn. 89.

103 Ähnlich *Ibáñez Colomo* (Fn. 66), 533.

104 Siehe bereits *Petit*, CLPD 2015, 4, 8; *Ibáñez Colomo* (Fn. 72), 157.

105 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 232; vgl. Kokott, SchlA. v. 11.1.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:14, Rn. 91.

106 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 232.

107 EuGH, Urt. v. 17.2.2011, C-52/09 – *TeliaSonera*, ECLI:EU:C:2011:83, Rn. 58, 59.

gende Verweigerung hinausläuft, nicht jede Frage des Zugangs eine Lieferverweigerung im Sinne von *Bronner* darstellen.¹⁰⁸

Der EuGH wird hingegen im Berufungsurteil deutlicher und arbeitet die maßgeblichen Abgrenzungspunkte heraus. Bei *Bronner* ging es allein um die Weigerung eines beherrschenden Unternehmens, „einem Wettbewerber Zugang zu einer Infrastruktur zu gewähren, die es für seine eigene Tätigkeit entwickelt hatte.“¹⁰⁹ Die Feststellung eines Missbrauchs und die damit einhergehenden Abhilfemaßnahme der Zugangsgewährung, z.B. durch Aufnahme einer Lieferbeziehung, stellt in so einem Fall „einen schweren Eingriff in die Vertragsfreiheit und das Eigentumsrecht des beherrschenden Unternehmens dar“.¹¹⁰ In *Google Shopping* wurde offener Zugang zur Infrastruktur, konkret Googles allgemeinen Ergebnisseite, „die Verkehr zu anderen Websites erzeugten, insbesondere zu denen konkurrierender Preisvergleichsdienste“ gewährt.¹¹¹ Problematisch war nicht der Zugang an sich, sondern die Bedingungen, unter denen Google diesen Zugang gewährt habe; diese seien unangemessen und im ausgeführten Sinne entgegen einem Leistungswettbewerb nach einer Einzelfallprüfung der wettbewerbswidrigen Auswirkungen diskriminierend.¹¹² Da der Zugang an sich schon gewährt wurde, schränke die Feststellung des Missbrauchs in Bezug auf die diskriminierenden Bedingungen und die damit einhergehenden Abhilfemaßnahmen in *Google Shopping* die Vertragsfreiheit und das Eigentumsrecht des Marktbeherrschers deutlich weniger ein.¹¹³

Zusammenfassend hat die dargestellte Rechtsprechungspraxis, vor allem *Google Shopping* gezeigt, dass eine Behinderungsdiskriminierung auf der sekundären Ebene dann einen Missbrauch darstellt, wenn sie zu wettbewerbswidrigen Auswirkungen führt, was unter Berücksichtigung der spezifischen Umstände des Einzelfalls zu prüfen ist; die *Bronner*-Kriterien sind nicht Teil dieser rechtlichen Prüfung.

108 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 234, 235.

109 EuGH, Urt. v. 10.9.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:726, Rn. 90, 110.

110 EuGH, Urt. v. 10.9.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:726, Rn. 91.

111 EuGH, Urt. v. 10.9.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:726, Rn. 99, 100.

112 EuGH, Urt. v. 10.9.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:726, Rn. 100, 101, 103, 107, 112, 113.

113 EuGH, Urt. v. 10.9.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:726, Rn. 112.

*IV. Schadenstheorie des Diskriminierungsmissbrauchs nach Art. 102 AEUV
unter besonderer Berücksichtigung des allgemeinen
Gleichbehandlungsgrundsatzes*

Unter Gesamtschau dieser Fallpraxis lässt sich eine Schadenstheorie für den Diskriminierungsmissbrauch nach Art. 102 AEUV herausarbeiten. Der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz dient dabei als besonderes Begründungstopos, welches den Diskriminierungsmissbrauch auch in seinen aktuellen Kontext setzt.

**1. Diskriminierungsmissbrauch und allgemeiner
Gleichbehandlungsgrundsatz**

Der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz spielt für die Beurteilung des Diskriminierungsmissbrauchs eine entscheidende Rolle. Weder die Kommission noch die europäischen Gerichte haben vor *Google Shopping* einen allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz im Zusammenhang mit Art. 102 AEUV ausdrücklich erwähnt.

Die Fallpraxis zeigt jedoch, dass es bereits vor *Google Shopping* eine Tendenz gab, einen allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz in Art. 102 AEUV anzuerkennen, auch ohne ihn ausdrücklich zu erwähnen. Die breite Anwendung insbesondere von Art. 102 lit. c AEUV für alle Arten von Diskriminierung über den Wortlaut hinaus, insbesondere in der frühen Praxis, unterstreicht die Rolle des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes für diese Fälle. Wie bereits erwähnt, weisen viele etablierte Missbrauchsfallgruppen wie Exklusivitätsvereinbarungen oder Preis-Kosten-Scheren auch diskriminierende Elemente auf. Auch wenn die Kommission und die Gerichte nicht ausdrücklich darauf hingewiesen haben, scheint die Rolle der Gleichbehandlung in diesen Fällen ebenso eine Rolle gespielt zu haben. Dies gilt insbesondere im Zusammenhang mit der genannten geografischen Diskriminierung. Die Analyse konzentrierte sich nicht auf Wettbewerbsverzerrungen, sondern auf die Ungleichbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit oder der Aufteilung des Binnenmarktes. Auch andere Grundsätze und Bestimmungen des Unionsrechts, wie der allgemeine Grundsatz der Gleichbehandlung, die Unionsbürgerschaft oder das Binnenmarktrecht, verbieten solche Diskriminierungen. In der Entscheidung der Kommission im Verfahren *BdKEP* wurde ausdrücklich auf „andere Grundsätze des [Uni-

onsrechts] (z.B. Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit oder geografische Marktaufteilung)“ verwiesen.¹¹⁴ Dies verdeutlicht, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz in der bisherigen Fallpraxis bereits eine Rolle gespielt hat. Die ausdrückliche Erwähnung dieses Grundsatzes in *Google Shopping* durch das EuG ist jedoch ein Novum.

Die Anwendung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes im Zusammenhang von Art. 102 AEUV ist angemessen und steht im Einklang mit den historischen Entwicklungen sowie dem Zweck der Vorschrift. Historisch gesehen war es die ursprüngliche Absicht der EU-Gründerväter, ungerechtfertigte Diskriminierungen durch private Unternehmen umfassend zu regeln. Bereits Art. 60 Absatz 1 EGKS-Vertrag deckte Diskriminierungen durch alle Unternehmen ab, nicht nur durch marktbeherrschende Unternehmen.¹¹⁵ Ebenfalls im Spaak-Report wurde die Bedeutung der Antidiskriminierung für den Binnenmarkt hervorgehoben, die sich insbesondere im Falle von Monopolen oder marktbeherrschenden Unternehmen ergibt.¹¹⁶ In ihm wurde ein Diskriminierungsverbot für marktbeherrschende Unternehmen ins Auge gefasst, um eine Beeinträchtigung der grundlegenden Ziele des Binnenmarktes zu verhindern. Bei den weiteren Beratungen über die endgültigen Römischen Verträge wurden verschiedene Formen von missbräuchlichen Antidiskriminierungsbestimmungen vorgeschlagen.¹¹⁷ Die französische Delegation schlug beispielsweise ein generelles Verbot von Diskriminierung vor, um angemessene und gleiche Wettbewerbsbedingungen zu schaffen.¹¹⁸ Der lit. c des heutigen Art. 102 AEUV entspringt dem im Zusammenhang mit den dargestellten Verhandlungen erzielten Kompromiss und steht damit neben dem allgemeinen Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, welches heute in Art. 18 AEUV, ergänzt durch die Vorschriften der Grundrechtecharta

114 Kommission v. 20.10.2004, AT.38745 – BdKEP, Rn. 95.

115 Art. 60 Abs. 1 EGKS.

116 Intergouvernementaler Ausschuss der Konferenz von Messina, Bericht der Delegationsleiter an die Außenminister (Spaak-Report), 21.4.1956, 53.

117 Zum Beispiel Regierungskonferenz für den Gemeinsamen Markt und Euratom, Entwurf für die Ausarbeitung eines Vertrages über die Gründung eines gemeinsamen europäischen Marktes (Mar. Com. 17), 17; Vorschlag der deutschen Delegation bezüglich der Untersagung von Diskriminierungen (5.11.1956); Entwurf einer Fassung für die Wettbewerbsregeln von einer Expertengruppe unter Berücksichtigung des Meinungsaustausches innerhalb der engeren Gruppe (20.11.1956); Art. 85 – 94 Entwurf des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft; Fassung der deutschen Delegation (18.3.1957).

118 Entwurf eines Protokolls über die Sitzungen der Arbeitsgruppe (10.9.1956).

enthalten ist.¹¹⁹ Art. 102 lit. c AEUV allein, auch wenn er eigentlich nur eine bestimmte Art von missbräuchlicher Diskriminierung abdeckt, kann zudem als textliches Argument dafür dienen, dass der Gedanke eines Diskriminierungsverbots (und damit eines Gleichbehandlungsgebots) in Art. 102 AEUV eine Rolle spielt. Diese historische Perspektive unterstützt die wesentliche Rolle des Diskriminierungsverbots im Zusammenhang mit dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Insbesondere der französische Gedanke der gleichen Ausgangsbedingungen ist auch heute noch sehr präsent, wenn es um die rechtliche Prüfung der Diskriminierung und den Gedanken der Chancengleichheit im Rahmen von Art. 102 AEUV geht.¹²⁰

Die Annahme eines allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes in Art. 102 AEUV bedeutet zum einen, dass dieser Grundsatz bei der Beurteilung eines missbräuchlichen Verhaltens generell beachtet werden muss. Eine solche Tendenz war bereits in der Argumentation des Gerichtshofs in der Rechtssache *TeliaSonera* erkennbar, als er feststellte, dass die Gleichbehandlung bei einer auf den Auswirkungen basierenden Analyse berücksichtigt werden muss.¹²¹ Andererseits bringt die Anerkennung des Grundsatzes mit sich, dass die Diskriminierung (unter bestimmten, gleich näher erläuterten Bedingungen) einen eigenständigen Fall des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung darstellen kann.¹²² Der Gerichtshof unterstreicht dies, indem er auf die Rechtsprechung verweist, wonach die Liste der missbräuchlichen Praktiken in Art. 102 AEUV nicht erschöpfend sei.¹²³

2. Schadenstheorie: Wann ist eine Diskriminierung ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung?

Für künftige Fälle hat *Google Shopping* gezeigt, dass eine Diskriminierung einen Missbrauch darstellen kann, wenn (1) eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung und (2) eine ausschließende Wirkung nach Einzelfallprüfung vorliegt. Zwar ging es bei *Google Shopping* um eine Behinderungs-diskriminierung auf der sekundären Ebene durch ein vertikal integriertes

119 Schweitzer, in Ehlermann/Marquis (Hrsg.), *European competition law annual 2007: A reformed approach to Article 82 EC*, 2008, 132.

120 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – *Google Shopping*, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 180.

121 EuGH, Urt. v. 17.2.2011, C-52/09 – *TeliaSonera*, ECLI:EU:C:2011:83, Rn. 28.

122 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – *Google Shopping*, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 240.

123 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – *Google Shopping*, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 154.

Unternehmen auf einem digitalen Markt; es lassen sich dennoch die Feststellungen grundsätzlich auf andere Formen der Diskriminierung im Rahmen von Art.102 AEUV übertragen. Besonders das EuG war in dieser Hinsicht eindeutig: Da der allgemeine Grundsatz der Gleichbehandlung im Rahmen von Art.102 AEUV gilt, kann eine Ungleichbehandlung in bestimmten Situationen einen Missbrauch darstellen. Solche Situationen können alle oben genannten Kategorien von ausbeuterischen und behindernden Diskriminierungen umfassen, solange die in *Google Shopping* und der Vorgängerrechtsprechung entwickelten Voraussetzungen beachtet werden (wirkungsorientierter Ansatz unter Beachtung aller entsprechender Umstände des Einzelfalles).

Google Shopping schafft den notwendigen, oben bereits näher ausgeführten Standard für Behinderungsdiskriminierung auf der sekundären Ebene. MEO hat bereits die rechtliche Prüfung und einen wirkungsbasierten Ansatz für Art.102 lit. c AEUV für Ausbeutungsdiskriminierungen festgelegt. Die in solchen diskriminierenden Fällen relevanten Umstände müssen ausbeuterische Auswirkungen widerspiegeln. Die relevanten Umstände sind unter anderem „die beherrschende Stellung des Unternehmens, die Verhandlungsposition hinsichtlich der Gebühren, der Bedingungen und der Ausgestaltung ihrer Erhebung, die Dauer und Höhe der Gebühren sowie das Vorliegen einer eventuellen Strategie zur Verdrängung eines seiner Handelspartner vom nachgelagerten Markt, der mindestens ebenso leistungsfähig ist wie seine Wettbewerber, zu bewerten“.¹²⁴

Fraglich ist hingegen, ob die Behinderungsdiskriminierung auf der primären Ebene tatsächlich eine eigenständige missbräuchliche Praxis darstellt, die sich von anderen Verhaltensweisen wie Rabatten oder Exklusivverträgen unterscheidet.¹²⁵ Unabhängige, eigenständige Behinderungsdiskriminierungen auf der primären Ebene sind schwer vorstellbar, wie die oben erwähnte Rechtsprechung bereits gezeigt hat. In diesem Zusammenhang wurde bereits mit *Post Danmark I* der Praxis ein Ende gesetzt, einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot zu anderen Verstößen gegen den Verdrängungswettbewerb hinzuzufügen. *Google Shopping* zeigt, dass eine Diskriminierung nur dann einen Missbrauch darstellen kann, wenn es sich tatsächlich um eine eigenständige Praxis handelt. Für den Fall, dass eine solche Praxis auch im Zusammenhang mit einem Schaden auf

124 EuGH, Urt. v. 19.4.2018, C-525/16 – MEO, ECLI:EU:C:2018:270, Rn. 31.

125 *Bergqvist* (Fn. 1), 8.

der primären Ebene zutage tritt, scheint eine Gesamtschau der Fallpraxis aufgrund der noch nicht etablierten Schadenstheorie zu ergeben, dass eine ausschließende Wirkung zuzüglich der besonderen Umstände im Einzelfall erforderlich ist. Dies geht einher mit der sich herausbildenden allgemeinen Dogmatik, zwischen bezweckten und bewirkten missbräuchlichen Verhaltensweisen auch bei Art. 102 AEUV (*by object* und *by effect abuses*) zu unterscheiden;¹²⁶ nicht etabliert als wettbewerbsschädigendes Verhalten ist unter die Kategorie der bewirkten missbräuchlichen Verhaltensweisen zu fassen, da es nicht offensichtlich wettbewerbswidrig ist.

Grundsätzlich zeugt der auf die wettbewerbswidrigen Auswirkungen abstellende Ansatz, bei dem alle relevanten Einzelfallumstände berücksichtigt werden, von einer sorgfältigen Abwägung, die vor allem für eine relativ neue Praxis, wie diejenige der Selbstbevorzugung auf digitalen Märkten, angebracht ist. Häufig wurde in der Literatur die Auffassung vertreten, dass Eigenwerbung eine gängige Geschäftspraxis sei und dass marktbeherrschende Unternehmen nicht verpflichtet seien, die Produkte ihrer Konkurrenten in gleichem Maße zu bewerben wie ihre eigenen.¹²⁷ Der auf den Auswirkungen und spezifischen Umständen basierende Ansatz unterscheidet jedoch zwischen der üblichen Geschäftspraxis der Eigenwerbung und der schädlichen Selbstbevorzugung. In diesem Sinne steht er auch im Einklang mit der ökonomischen Forschung zur Selbstbevorzugung, die eine Einzelfallprüfung auf der Grundlage der Auswirkungen fordert.¹²⁸

Die Rechtsprechung, allen voran *Google Shopping*, hat einmal mehr unterstrichen, wie wichtig es ist, alle Umstände und Begleitpraktiken zu bewerten, um einen Missbrauch nach Art. 102 AEUV festzustellen, vor allem wenn es sich um neue Praktiken handelt. Es besteht hier jedoch noch Bedürfnis für weitere Klärung. Bei *Google Shopping* war auf der einen Seite die besondere Selbstbegünstigungspraktik in Form von einer Kombination zweier Praktiken, nämlich „der bevorzugten Positionierung und Präsentation der spezialisierten Ergebnisse von Google auf ihren allgemeinen Ergebnisseiten gegenüber den Ergebnissen der konkurrierenden Preisvergleichsdienste und zum anderen der gleichzeitigen Herabstufung der Ergebnisse der konkurrierenden Preisvergleichsdienste durch Anpas-

126 Zelger (Fn. 15), 23, 28 mwN.

127 Vesterhof (Fn. 97), 5.

128 Wiethaus, JECLAP 2015, 506, 511; Bouette/Gautier/Marty, JECLAP 2022, 136 ff.; Peitz, JECLAP 2023, 310 ff.

sungsalgorithmen¹²⁹ sowie die Bedeutung des von Googles allgemeiner Suchmaschine für Shopping-Vergleichsdienste erzeugten Verkehrs, das Online-Suchverhalten der Nutzer und der Umfang des umgeleiteten Verkehrs ausschlaggebend¹³⁰. Die Praktiken und diese spezifischen Umstände sind von Fall zu Fall verschieden, so dass erst weitere höchstrichterliche Entscheidungen klären werden, wann, wie und welche Umstände ausreichen, damit eine diskriminierende Selbstbegünstigung einen Missbrauch darstellen kann. Die Umstände, das Verhalten und die Stellung von Google auf den relevanten und benachbarten Märkten im Fall *Google Shopping* zeigen jedoch, dass die Messlatte hoch angesetzt ist.

Der Nichtanwendung der *Bronner*-Kriterien vor allem im Kontext der Behinderungsdiskriminierung auf der sekundären Ebene ist im Endeffekt zuzustimmen. Das Argument in *Google Shopping*, dass häufig eine stillschweigende Verweigerung des Geschäftsabschlusses – und eben auch häufig ein diskriminierendes Element – vorliegt, ist stichhaltig. Die Unerlässlichkeit im Sinne der *Bronner*-Rechtsprechung schafft auch relativ hohe Anforderungen, die schwer zu überwinden und nur in Situationen, wo die Vertrags- und Eigentumsfreiheit der Unternehmen durch eine Verweigerung des Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen beeinträchtigt ist, als Kriterium gerechtfertigt ist. Seine breite Anwendung würde dem Zweck von Art. 102 AEUV widersprechen.¹³¹ Zu einer Prüfung der Unerlässlichkeit sollte es nur kommen, wenn der Marktbeherrscher gezwungen wird, mit einem Dritten zu handeln oder zu kontrahieren, mit dem dieser nicht handeln oder kontrahieren wollte und nicht, wenn Zugang zur wesentlichen Infrastruktur gewährt wird, der Zugang aber diskriminierend oder auf eine andere Art und Weise missbräuchlich ausgestaltet ist.

V. Fazit

Es bleibt abzuwarten, ob im Vergleich zu den in Art. 6 Abs. 5 DMA oder § 19a Abs. 2 Nr. 1 GWB vorgesehenen speziellen Regelungen zur Selbstbe-

129 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 187, 261; EuGH, Urt. v. 10.9.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:726, Rn. 107, 108, 244.

130 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 166 – 176; EuGH, Urt. v. 10.9.2024, C-48/22 P – Google Shopping, ECLI:EU:C:2024:726, Rn. 159 – 161.

131 EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17 – Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 234.

vorzugung für digitale Torwächtern, eine eigenständige Durchsetzung des Diskriminierungsmissbrauchs nach Art. 102 AEUV praktisch relevant sein wird. Ein Anwendungsbereich wird zumindest für alle nicht von den speziellen Verboten des Art. 6 Abs. 5 DMA oder § 19a Abs. 2 Nr. 1 GWB erfassten Verhaltensweisen und Märkten bleiben. Für digitale Märkte zeigt sich das Potential des Diskriminierungsmissbrauchs nach Art. 102 AEUV in den vielen Ermittlungen auf EU und mitgliedstaatlicher Ebene.¹³² Vor allem Selbstbevorzugungspraktiken können jedoch auch für nicht-digitale Märkte relevant werden, z.B. für die oft erwähnten Supermärkte oder Einkaufszentren, die ihre eigenen Produkte und Geschäfte bevorzugen.¹³³ In diesen Fällen müssten die Dimensionen und Umstände jedoch ein gewisses Maß erreichen, um mit den Ausschlusseffekten und spezifischen Umstände der hier aufgeführten Fälle gleichziehen zu können. Wie oben dargelegt, legt die Rechtsprechung die Messlatte recht hoch. Die begleitenden Praktiken eines marktbeherrschenden Unternehmens und die Gesamtumstände der missbräuchlichen Diskriminierung müssten ein vergleichbares Niveau erreichen.

Der ausdrückliche Verweis des EuG in *Google Shopping* auf den allgemeinen Grundsatz der Gleichbehandlung im Zusammenhang mit Art. 102 AEUV könnte zudem als subtiler Hinweis darauf dienen, die Ermittlungen und Durchsetzung von Diskriminierungsmissbräuchen zu verstärken. In diesem Sinne könnte man insbesondere an die Durchsetzung personalisierter Preispraktiken gegenüber Endverbrauchern auf digitalen Märkten denken.¹³⁴ Während das Regelbeispiel des Art. 102 lit. c AEUV nicht als Rechtsgrundlage herangezogen werden kann, da Endverbraucher nicht miteinander konkurrieren und daher nicht „im Wettbewerb benachteiligt“ werden können, kann auf die Generalklausel des Art. 102 AEUV abgestellt werden. Zwar gibt es nur sehr wenige Fälle, die sich mit Endverbrauchern befassen, doch existieren Präzedenzfälle, wie der Fall der *Fußballweltmeisterschaft 1998*.¹³⁵ Eine solche Durchsetzung würde auch mit der historischen Auslegung von Art. 102 AEUV übereinstimmen.¹³⁶ Die oben genannten historischen Dokumente zeigen auch, dass die ursprüngliche Absicht der Bestimmung über den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

132 Dazu Colangelo, GRUR Int 2023, 538 ff.

133 Siehe weitere Beispiele in Wiethaus (Fn. 128), 508.

134 Ähnlich Akman, ELR 2007, 492, 498.

135 Kommission v. 20.7.1999, IV/36.888 – Fußballweltmeisterschaft 1998.

136 Akman (Fn. 12), 267.

darin bestand, in erster Linie die Ausbeutung auch von (End)kunden zu verbieten; die wirtschaftliche Freiheit der Wettbewerber der marktbeherrschenden Unternehmen stand nicht im Fokus des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung.¹³⁷ Im heutigen Kontext muss zudem die zunehmende Fähigkeit von Unternehmen auf digitalen Märkten berücksichtigt werden, die direkt mit den Verbrauchern interagieren und durch Algorithmen und Big-Data-Analysen über ein wachsendes Potenzial verfügen, Verbraucher auf individueller Basis (preislich) zu diskriminieren.¹³⁸ Die genauen Voraussetzungen eines Missbrauchs in Form der personalisierten Preisgestaltung müssen sich natürlich von der Prüfung bei *Google Shopping* oder *MEO* unterscheiden, da die Endkunden nicht miteinander konkurrieren und ähnliche Auswirkungen nicht festgestellt werden können. In der Literatur finden sich bereits einige Vorschläge, die hier nicht im Detail diskutiert werden können.¹³⁹ Insbesondere ist sorgfältig zu prüfen, ob eine mit den oben genannten Fällen vergleichbare geografische Diskriminierung zwischen Verbrauchern aus verschiedenen Mitgliedstaaten bei der Durchsetzung des Missbrauchs der personalisierten Preisgestaltung vor dem Hintergrund des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes wieder aufgenommen werden sollte.

VI. Zusammenfassung

- 1) Für einen Diskriminierungsmissbrauch nach Art. 102 AEUV ist Voraussetzung, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen ungleiche Bedingungen auf gleichwertige Transaktionen oder gleichwertige Bedingungen auf unterschiedliche Transaktionen anwendet. Das marktbeherrschende Unternehmen kann die Diskriminierung objektiv rechtfertigen, obwohl eine Rechtfertigung selten akzeptiert wird.
- 2) Die Analyse der Fallpraxis, vor allem des Falls *Google Shopping* hat auch die weiteren Voraussetzungen für die missbräuchlichen Diskriminierung in seinen drei analytischen Kategorien der Ausbeutungsdiskri-

137 Schweitzer (Fn. 119), 136.

138 OECD, Personalised Pricing in the Digital Era – Background Note by the Secretariat, DAF/COMP(2018)13.

139 Siehe z.B. Graef, CJEL 2018, 541 ff.; Paal, GRUR 2019, 43 ff.; Maggolino, Bocconi Legal Studies Research Paper No 2984840, abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2984840.

minierung sowie Behinderungsdiskriminierung auf der primären und auf der sekundären Ebene herausgearbeitet.

- 3) Eine Gesamtschau der Fallpraxis vor dem Hintergrund des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes zeigt, dass in solchen Fällen eine Diskriminierung nur dann zu einem Verstoß gegen Art. 102 AEUV führt, wenn sie eine (potentielle) ausschließende Wirkung hat. Dabei sind alle spezifischen Umstände des Einzelfalls zu betrachten, die ein gewisses Ausmaß erreichen müssen. Eine Unerlässlichkeit des Zugangs zu der diskriminierten Leistung im Sinne der *Bronner*-Rechtsprechung ist hingegen nicht erforderlich.
- 4) Dies erlaubt ein analytisches Modell für den Diskriminierungsmissbrauch, welches auch aktuelle Phänomene auf digitalen Märkten, wie eine auf Big-Data-Analysen beruhende personalisierte Preispolitik als möglicherweise marktmachtmissbräuchliches Verhalten nach Art. 102 AEUV erfasst.

