D. Der more economic approach in der Entscheidungspraxis

Nachdem die Inhalte des more economic approach dargestellt wurden, ist auch die Analyse der Entscheidungspraxis notwendig, um den bisherigen Umgang mit ökonomischen Erkenntnissen zu bewerten. Es stellt sich deswegen die Frage, in welcher Form die Prioritätenmitteilung und der more economic approach Einfluss auf die Entscheidungspraxis der Kommission und der europäischen Gerichte genommen haben. Ergebnis der Analyse ist, dass es der Kommission nicht gelingt, die eigene Prioritätenmitteilung und den more economic approach konsequent in der Anwendungspraxis umzusetzen. Die Analyse identifiziert mehrere Gründe hierfür. Die dabei identifizierten Defizite sind Ausgangspunkt und Maßstab für eine Weiterentwicklung des more economic approach. Die Darstellung beginnt mit den identifizierten Defiziten (dazu I.). Diese sind das eigentliche Ergebnis der Analyse, aber dieser vorangestellt. Sie werden begründet durch die Anwendung der vorgestellten Methode auf die Untersagungsentscheidungen der europäischen Kommission (sog. Materialdurchlauf, hierzu II.) und durch die Zusammenfassungen der einzelnen Kategorien (hierzu III.). Im Anschluss werden auch die gerichtliche Überprüfung dieser Entscheidungen sowie weitere Entscheidungsarten analysiert (hierzu IV). Zusammenfassend werden anhand der identifizierten Defizite Forschungsfragen formuliert, die als Maßstab für die Weiterentwicklung des more economic approach dienen (hierzu V.).

I. Identifizierte Defizite

Aus der Analyse der Untersagungsentscheidungen und unterstützt durch die weiteren betrachteten Entscheidungen ergeben sich drei Defizite, die adressiert werden müssen und den Maßstab für eine Weiterentwicklung des more economic approach bilden:

– Das Scheitern der Prioritätenmitteilung als einzigem Regelwerk zu Art. 102 AEUV inklusive des darin enthaltenen Maßstabs der Verbraucherwohlfahrt;

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

– die extensive Auswirkungsanalyse in den Entscheidungen;
– die Inflexibilität gegenüber Veränderungen.

1. Scheitern der Prioritätenmitteilung

Der more economic approach und die Prioritätenmitteilung haben nicht dazu geführt, dass die Europäische Kommission die Verbraucherwohlfahrt als Maßstab in der Anwendungspraxis konsequent angewendet hat.

Dies ergibt die Auswertung der Kategorien „(1) Fallgruppen", „(2) Marktverschließung" und „(4) Verbraucherwohlfahrt" sowie der Zusagenentscheidungen.[294] Die Verbraucherwohlfahrt ist integraler Bestandteil des more economic approach und sowohl Merkmal der einzelnen Fallgruppen in der Prioritätenmitteilung als auch des Auffangtatbestandes der Marktverschließung.

Die Analyse zeigt, dass die Kommission anfänglich die Prioritätenmitteilung tatsächlich wie eine Leitlinie zur Auslegung von Art. 102 AEUV herangezogen und deswegen auch deren spezielle Kriterien angewendet hat. Allerdings ist sie nach den anfänglichen Entscheidungen ausdrücklich und auch inhaltlich, mit Ausnahme der Rechtfertigung, davon abgerückt. Dies zeigt sich darin, dass die Kommission die Tatbestandsmerkmale aus der Prioritätenmitteilung nicht prüft, die Marktverschließung nicht als Maßstab anwendet und selbst den AEC-Test nach anfänglicher Anwendung nicht mehr konsequent umsetzt.[295]

Dem Tatbestand der Marktverschließung kommt nicht die zentrale Rolle als allgemeiner Maßstab für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit zu, wie dies in der Prioritätenmitteilung angelegt war. Theoretisch wäre die wettbewerbswidrige Marktverschließung der Maßstab für jede Verhaltensweise, die nicht nach den speziellen Kriterien einer der Fallgruppen beurteilt wird. Allerdings wendet die Kommission den Tatbestand der Marktverschließung nur in wenigen Entscheidungen an. In diesen Entscheidungen folgt sie auch nicht der Definition der Prioritätenmitteilung.[296]

Auch eine separate Prüfung der Verbraucherwohlfahrt findet nicht statt. Sie wird gerade in den späteren Entscheidungen gar nicht mehr angesprochen und auch ansonsten nur oberflächlich geprüft.[297] Die europäischen

294 S. dazu D.III.1. und IV.2.a.cc.
295 S. dazu D.III.1.b.
296 S. dazu D.III.1.c.
297 S. dazu D.III.1.e.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gerichte haben zum Maßstab der Verbraucherwohlfahrt nicht klar Stellung bezogen, wie sich aus der Analyse der Entscheidungen der europäischen Gerichte ergibt.[298]

Es ist deswegen erforderlich, dass der Maßstab neu definiert wird. Die Verbraucherwohlfahrt als Maßstab für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit war integraler Bestandteil des more economic approach, was sowohl das Gutachten der EAGCP als auch die Prioritätenmitteilung zeigen. Gleichzeitig offenbart das Scheitern der Prioritätenmitteilung eine Lücke im europäischen Kartellrecht. Es fehlt an einem konkretisierenden Regelwerk zu Art. 102 AEUV. Da die Kommission die Prioritätenmitteilung wie eine Leitlinie ausgestaltet, steht sie weiterhin als offizielles Kommissionsdokument im Raum, das zwar inhaltlich eine Auslegung von Art. 102 AEUV enthält, aber praktisch keine Relevanz hat. Schon aus Gründen der Rechtssicherheit ist es also nötig, dass die Kommission neue Leitlinien formuliert. Die fehlende Rechtssicherheit war schon maßgeblich für den Beginn des Reformprozesses und wird als Grund für die anfängliche und andauernde Zurückhaltung bei der Anwendung von Art. 102 AEUV angeführt.[299]

Neue Leitlinien sind erforderlich, wenn die Integration ökonomischer Erkenntnisse weiterentwickelt werden soll. Der more economic approach ist mit diesem Anliegen bei Art 102 AEUV gescheitert. Die Prioritätenmitteilung bleibt das einzige offizielle Dokument, das aktuell Aussagen zu der Rolle der Ökonomie in der Missbrauchsaufsicht macht. Sie hatte von Anfang an das Problem, dass die Rechtsnatur und Verbindlichkeit unklar waren. Dieses Problem hat sich auch in der Anwendungspraxis niedergeschlagen. Ein neuer Anlauf sollte diese Fehler nicht wiederholen. Es sind Leitlinien nötig, die hinsichtlich der Umsetzung ökonomischer Erkenntnisse Klarheit schaffen können.

Dabei stellt sich insbesondere die Frage, ob die Verbraucherwohlfahrt weiterhin zu berücksichtigen ist und welche Rolle die Ökonomie bei der Maßstabsbildung spielen kann.

2. Extensive Auswirkungsanalysen

Ohne die speziellen Kriterien der Prioritätenmitteilung fällt die Europäische Kommission auf eine Auswirkungsanalyse zurück. Das Prüfungsprogramm der Europäischen Kommission im Rahmen der Missbräuchlichkeit

298 S. dazu D.IV.1.

299 *O'Donoghue/Padilla*, The law and economics of article 102 TFEU, 2020, S. 87 f.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ist im Wesentlichen der Nachweis, dass die Verhaltensweise schädliche Auswirkungen auf den Wettbewerb hat. Die Analyse hat gezeigt, dass die Kommission in fast allen Fällen eine extensive Einzelfall- und Auswirkungsanalyse durchführt, die oft den Mittelpunkt der Prüfung der Missbräuchlichkeit darstellt.

Dies ergibt eine Auswertung der Kategorie „(4) Auswirkungsanalyse" und der Kategorien „(1) Fallgruppen" und „(2) Marktverschließung" sowie der rejection decisions.[300] In fast allen Entscheidungen führt die Europäische Kommission eine extensive Auswirkungsanalyse durch, statt allgemeinere Kriterien zu prüfen. Die Auswirkungsanalyse findet dabei teilweise auch im Rahmen der Kategorien (1) und (2) statt.

Ähnliches ergibt die Analyse der Kategorien „(4) Verbraucherwohlfahrt" und „(5) Rechtfertigung". In den wenigen Fällen, in denen die Kommission die Auswirkungen auf die Verbraucherwohlfahrt konsequent prüft, wird ebenfalls deutlich, dass dies mit einem erheblichen Aufwand verbunden ist. Die Anforderungen an die Rechtfertigung fallen ähnlich hoch aus.

Die Europäischen Gerichte billigen dieses Vorgehen zumindest, wie aus den Entscheidungen in der Rechtssache Intel hervorgeht.[301] Dies kann zu einem „underenforcement" des Missbrauchsverbots führen, welches auch unabhängig von der hier durchgeführten Analyse schon empirisch nachgewiesen ist.[302]

Es bleibt die Frage, ob die Einbindung ökonomischer Erkenntnisse zwangsläufig zu einer Auswirkungsanalyse führen muss. Stattdessen könnten die Erkenntnisse auch genutzt werden, um spezielle Normen und Tatbestandsvoraussetzungen zu schaffen, für die keine Auswirkungsanalyse nötig ist. Für die Weiterentwicklung eines more economic approach ergibt sich daraus das Erfordernis, dass nicht automatisch eine Einzelfall- und Auswirkungsanalyse durchgeführt werden sollte. Stattdessen muss ein Ansatz gefunden werden, der auch die Vorteile von weniger differenzierten Regeln umsetzen kann.

3. Fehlende Reaktion auf Entwicklungen

Die Weiterentwicklung des more economic approach muss die neue ökonomische Wirklichkeit und die neuen ökonomischen Erkenntnisse hierzu

300 S. dazu D.III.1. und IV.2.b.cc.
301 S. dazu. D.IV.1.a.aa.
302 *Budzinski* in: Competition policy and the economic approach, 2011, S. 111, 122 f.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aufgreifen. Gleichzeitig muss auch die Möglichkeit bestehen, auf zukünftige Entwicklungen und Lerneffekte flexibel reagieren zu können.

Dies ergibt sich aus der Kategorie „(1) Fallgruppen".[303] Die Europäische Kommission nahm graduell Abstand von den speziellen Kriterien der Fallgruppen. Während sie diese anfangs den Entscheidungen zugrunde gelegt hat, wandelt sich dies im Zuge der weiteren Entscheidungen. Die graduelle Abkehr von den speziellen Voraussetzungen zeigt, dass Raum für Veränderungen und Lerneffekte bestehen muss. Dies gilt sowohl für Lerneffekte im Umgang mit den Tatbestandsvoraussetzungen als auch für Veränderungen weg von bekannten und passenden Fällen hin zu neuen unbekannten Fällen. Dies sollte zu einem Wandel der zugrunde liegenden Regelwerke führen. Passiert das nicht, dann müssen die Wettbewerbsbehörden Regeln anwenden, die in der Praxis nicht handhabbar sind und die nicht zu den aktuellen Fällen passen. Durch eine rechtzeitige und flexible Integration neuer ökonomischer Erkenntnisse könnten neuartige Entscheidungen auf bessere und passendere Regeln setzen. Deswegen ist es wichtig, dass auch neue ökonomische Erkenntnisse Einzug in die Regelwerke halten und auf Lerneffekte flexibel reagiert wird.

II. Materialdurchlauf mit Zusammenfassungen

Die vorangestellten Defizite sind die Ergebnisse und Schlussfolgerungen aus dem Materialdurchlauf und den hieraus gezogenen Zusammenfassungen. Die Zusammenfassungen erfolgen für die einzelnen Entscheidungen (dazu hier) und übergreifend für jede der Kategorien (dazu D.III.1.).

Der Materialdurchlauf ist die Bearbeitung des Textmaterials mit Hilfe des Kategoriensystems.[304] Die relevanten Textstellen werden den einzelnen Kategorien zugeordnet.[305] Grundlage hierfür sind das Kategoriensystem und insbesondere die dort enthaltenen Definitionen. Die Darstellung folgt bei jeder Entscheidung dem gleichen Muster. Am Beginn steht eine Zusammenfassung von Sachverhalt und Verfahrensgang, um den Kontext der Entscheidung vorzustellen. Sodann werden für jede Kategorie die relevanten Textstellen benannt. In Einzelfällen wird die Auswahl oder die Auslassung einzelner Textstellen begründet. Direkt im Anschluss wird eine Zusammen-

303 S. dazu D.III.1.b.
304 *Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse, 2015, S. 99.
305 *Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse, 2015, S. 103.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

fassung der identifizierten Textstellen der jeweiligen Entscheidung für jede Kategorie vorgenommen. Die Darstellung ist nicht in indirekter Rede gehalten, sondern aus Perspektive der Europäischen Kommission. Dies ist zweckmäßig, denn die indirekte Rede ist nicht für die Abgrenzung zu anderen Inhalten notwendig, da der gesamte Inhalt der Kategorien eine zusammenfassende Wiedergabe der Kommissionsentscheidungen ist.

Das Ergebnis wird mit der Prioritätenmitteilung abgeglichen und anhand dieser bewertet. Dies dient als Zwischenergebnis, bereitet die abschließende Zusammenfassung pro Kategorie vor und ermöglicht eine Auswertung für jede einzelne Entscheidung. Bei der Zusammenfassung werden die Textstellen so generalisiert, dass sie möglichst allgemeine, nicht fallspezifische Aussagen zu den einzelnen Kategorien enthalten. Aufgrund dieser Generalisation kann analysiert werden, in welchem Umfang die Prioritätenmitteilung und der more economic approach in der Entscheidungspraxis umgesetzt werden. Die Bewertung folgt dabei immer dem Maßstab des more economic approach aus der Prioritätenmitteilung und dient nicht der Bewertung der Entscheidung als zutreffend oder begrüßenswert.

1. Intel (2009)

Das Verfahren gegen Intel begann schon vor Veröffentlichung der Prioritätenmitteilung. Die Entscheidung erging am 13.5.2009 und damit kurz nach deren Veröffentlichung. Dennoch betont die Kommission, dass die Entscheidung mit dem Inhalt der Prioritätenmitteilung in Einklang steht.[306] Deswegen dient die Entscheidung als Ausgangspunkt der Analyse des more economic approach in der Anwendungspraxis.

a. Überblick

Intel ist der führende Hersteller von Central Processing Units (CPUs) der x86-Architektur-Prozessoren für Computer. Die Kommission wirft Intel vor, bedingte Rabatte gewährt und Zahlungen an Abnehmer getätigt zu haben, um AMD, einen seit 2001 aufstrebenden Konkurrenten, zu behindern.[307]

306 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 916 – *Intel*.
307 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 14 – *Intel*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Im Mittelpunkt stehen bedingte Rabatte und Zahlungen. Die Rabatte wurden Erstausrüstern (Original Equipment Manufacturer – OEMs) unter der Bedingung gewährt, dass entweder ausschließlich oder zumindest 80% bzw. 95% der CPUs von Intel erworben werden müssen. Die Zahlungen richtete Intel an den größten Computer-Einzelhändler Europas (NEC) unter der Bedingung, dass dieser ausschließlich Intel-PCs verkauft. Ebenfalls Gegenstand der Entscheidung sind Zahlungen von Intel an OEMs dafür, dass diese die Markteinführung von Produkten mit AMD-Technologie erschweren. Dies umfasste mehrere Zahlungen an verschiedene OEMs unter der Bedingung, AMD-Produkte nur an kleine und mittlere Unternehmen zu verkaufen und die Markteinführung zu verzögern.[308]

Die Kommission hat mit ihrer Entscheidung beide Maßnahmenbündel als Verstoß gegen Art. 102 AEUV untersagt und mit insgesamt EUR 1.060.000.000 bebußt.[309] Sie stützt die Beurteilung der bedingten Rabatte dabei auf die Rechtsprechung des EuGH in der Sache Hoffmann-La Roche[310] und qualifiziert diese als Treuerabatte im Sinne der Rechtsprechung.[311] Die Zahlungen an den Computer-Einzelhändler werden diesen in ihren wirtschaftlichen Auswirkungen gleichgestellt.[312] Dem schließt die Kommission eine Prüfung der Maßnahmen nach dem AEC-Test an und begründet auch damit die Missbräuchlichkeit.[313]

Hinsichtlich der weiteren bedingten Zahlungen nimmt die Kommission Bezug auf die Rechtsprechung des EuG in der Rechtssache Irish Sugar[314] und stellt fest, dass Intel mit den Zahlungen den Markteintritt von AMD bewusst verzögert und damit einen Leistungswettbewerb verhindert hat.[315]

b. Textstellen

Die Kommissionsentscheidung umfasst 1803 Randnummern. Die rechtliche Beurteilung der Missbräuchlichkeit findet sich in den Rn. 913 – 1748.

308 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 165 ff. – *Intel*.
309 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1789 – *Intel*.
310 EuGH, 13.2.1979, Rs. 85/76, ECLI:EU:C:1979:36 – *Hoffmann-La Roche*.
311 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 914 – *Intel*.
312 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 926 – *Intel*.
313 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1002 ff. – *Intel*.
314 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1643 – *Intel*; EuG, Rs. T-228/97, ECLI:EU:T:1999:246 – *Irish Sugar*.
315 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1641 ff. – *Intel*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Beim Materialdurchlauf konnten die folgenden Textstellen den verschiedenen Kategorien zugeordnet werden:

Kategorie		Fundstellen (Rn.)
1. Fallgruppen	i.	916, 925, 1002-1009, 1013, 1036-1039, 1021-1023, 1037, 1038
	ii.	1010-1012, 1014-1035, 1040-1576
2. Marktverschließung	i.	919, 924, 925, 1597-1598, 1642
	ii.	1599-1616
3. Auswirkungsanalyse	i.	923, 926, 1643, 1653, 1654, 1685
	ii.	932-945, 954-958, 965-971, 974-979, 983-988, 996-999, 1653-1658, 1661-1664
4. Verbraucherwohlfahrt	i.	1653, 1679
	ii.	1653, 1679
5. Rechtfertigung	i.	925, 1617-1619, 1624-1627, 1676, 1680
	ii.	1620-1622, 1628-1640
6. Zitat	916, 919 (Fn.: 1219)	

Der Kategorie 1 ii wurde fast die gesamte Durchführung des AEC-Tests zugeordnet. Auch wenn die Prioritätenmitteilung diesen nicht sehr detailliert beschreibt, ist die Verfeinerung und Anwendung dennoch Ausdruck des dort entwickelten Grundkonzepts.

Die Textstellen der Kategorie 2 enthalten keine Textstellen, in denen die wettbewerbswidrige Marktverschließung zum alleinigen Maßstab der Missbräuchlichkeit gemacht wird. Trotzdem wird die Wirkung der Marktverschließung dort zumindest als weiteres Argument für die Missbräuchlichkeit angeführt, sodass eine Zuordnung zu dieser Kategorie möglich ist.

Die Entscheidung enthält in Rn. 1597 ff. den Gliederungspunkt „Harm to competition and consumers". Dieser muss trotz der Bezeichnung der Kategorie 2 zugeordnet werden, da die Kommission hier eine Marktverschließung durch das Verhalten Intels prüft und deswegen die Kategorie 2 spezieller ist als die Kategorie 4.

Die Rn. 1653 kann den Kategorien 3 und 4 zugeordnet werden, da hier die Auswirkungen auf die Verbraucherwohlfahrt thematisiert werden.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c. Zusammenfassung

Für jede Kategorie ergeben sich auf dem gewählten Abstraktionsniveau die folgenden Zusammenfassungen der Textstellen:

(1) Fallgruppen

i. Maßstab

In der Einleitung zur Beurteilung der Missbräuchlichkeit stellt die Kommission voran: Die Missbräuchlichkeit ist objektiv zu beurteilen und richtet sich nach der Rechtsprechung des EuGH zu bedingten Rabatten.[316] Die Prioritätenmitteilung findet keine Anwendung auf den Fall. Trotzdem ergeht die Entscheidung im Einklang mit den dort aufgeführten Orientierungshilfen.[317]

Speziell bei der Beurteilung von bedingten Rabatten soll der AEC-Test durchgeführt werden, um die wettbewerbswidrige Marktverschließung aufzuzeigen.[318] Dieser untersucht, ob ein hypothetischer Wettbewerber, der ebenso effizient wie Intel gleichwertige CPUs herstellt und ausliefert, den Markteintritt bei geringeren Absatzmengen ohne Verluste bewerkstelligen kann.[319] Dies wird anhand des Preises bestimmt, den der hypothetische Wettbewerber den Abnehmern anbieten muss, um diese dafür zu kompensieren, die Rabatte von Intel nicht mehr in Anspruch zu nehmen.[320] Relevante Parameter für diesen Test sind der bestreitbare Anteil der Nachfrage eines Abnehmers, der Zeithorizont der Abnehmer bei der Auswahl zwischen den Wettbewerbern und die durchschnittlich vermeidbaren Kosten (AAC).[321]

ii. Subsumtion

Bei der Durchführung des Testes bestimmt die Kommission zunächst die AAC von Intel. Dies fußt auf den Angaben von Intel zu den eigenen

316 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 916, 1685 – *Intel*.
317 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 916 – *Intel*.
318 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 925 – *Intel*.
319 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1003 – *Intel*.
320 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1004 – *Intel*.
321 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1009, 1013, 1036 f. – *Intel*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Produktionskosten. Eine von Intel vorgelegte Regressionsanalyse berücksichtigt die Kommission wegen methodischer Defizite nicht.[322] Bezüglich einzelner konkreter Kostenpunkte diskutiert die Kommission, ob diese AAC darstellen.[323] Auf Grundlage der identifizierten AAC und der jeweils gewährten Rabatte und Zahlungen lässt sich für jeden Abnehmer bestimmen, ob ein hypothetischer ebenso effizienter Wettbewerber einen Teil der Nachfrage für sich gewinnen konnte.

Für Dell, HP, Lenovo und MSH wird dabei zunächst der Anteil der Nachfrage bestimmt, den ein hypothetischer Wettbewerber für sich gewinnen muss, um mit Intel konkurrieren zu können („required share").[324] Daraufhin wird bestimmt, welcher Anteil der Nachfrage der OEMs überhaupt bestreitbar ist, da die OEMs nur einen Teil ihrer Nachfrage innerhalb eines Zeitraumes von höchstens einem Jahr[325] auf einen Wettbewerber verlagern können („contestable share").[326] Dieser Anteil lässt sich anhand der von den OEMs bereitgestellten Daten berechnen. Die beiden Anteile werden verglichen. Der contestable share ist dabei jeweils kleiner als der required share.[327] Hinzu treten verstärkende Faktoren. Dazu zählt, dass Intel nicht wahrgenommene Rabatte auf andere OEMs übertragen hätte[328], die Betroffenheit weiterer Produktgruppen[329] und die Tatsache, dass die Berechnungen auf Grundlage der Werte erfolgten, die möglichst günstig für Intel sind.[330]

Bezüglich der Zahlungen an den Einzelhändler NEC modifiziert die Kommission die Methode. Es wird der Wert des bestreitbaren Geschäfts von Intel mit NEC mit dem Wert der Zahlungen an NEC verglichen.[331] Dieser Vergleich lässt den Schluss zu, dass Intel unter AAC verkauft hat und ein hypothetischer Wettbewerber den bestreitbaren Anteil der Nachfrage nicht kostendeckend hätte bedienen können.[332]

---

322 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1075 ff. – *Intel*.
323 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1083–1142 – *Intel*.
324 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1157 – *Intel*.
325 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1014 ff. – *Intel*.
326 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1010 ff. – *Intel*.
327 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1154, 1281, 1406, 1456, 1507, 1573 ff. – *Intel*.
328 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1262 ff., – *Intel*.
329 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1265, 1392 f. – *Intel*.
330 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1360 – *Intel*.
331 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1408 – *Intel*.
332 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1453 ff. – *Intel*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(2) Marktverschließung

i. Maßstab

In der Einleitung zur Beurteilung der Missbräuchlichkeit stellt die Kommission fest, dass nach der Rechtsprechung der europäischen Gerichte der Nachweis einer erfolgreichen oder auch nur einer wahrscheinlichen Marktverschließung nicht nötig ist.[333] Die Durchführung des AEC-Tests soll dennoch die wettbewerbswidrige Marktverschließung nachweisen.[334]

In einem separaten Prüfungspunkt zur Schädigung von Wettbewerb und Verbrauchern wird außerdem gezeigt, dass durch die Rabatte die Wahlmöglichkeit der Verbraucher eingeschränkt und der Zugang von Wettbewerbern zum Markt abgeschottet wurde.[335] Auch die Zahlungen, die neben den Rabatten stehen, sind Teil der Strategie, die zu einer Marktverschließung führt.[336]

ii. Subsumtion

Die Kommission stellt im Rahmen der Prüfung der Schädigung von Wettbewerb und Verbrauchern fest, dass Intel durch die bedingten Rabatte die Wahlmöglichkeiten der Verbraucher reduziert und eine Marktabschottung herbeigeführt hat. Dies ergibt sich aus der dominanten Position Intels als unvermeidbarem Handelspartner.[337] Durch die Rabatte konnte Intel Kontrolle über die OEMs ausüben, sodass diese keine Produkte von Wettbewerbern anboten, was zu einer reduzierten Wahlmöglichkeit der Verbraucher führte.[338] Dies kann mit internen Dokumenten von Intel und OEMs nachgewiesen werden.[339]

Die reduzierte Wahlmöglichkeit war auch relevant, da Nachfrage nach den Produkten von AMD bestand, wie mit internen Dokumenten der OEMs und Äußerungen Intels in Bezug auf MSH nachgewiesen werden kann.[340]

333 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 919, 925 – *Intel*.
334 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 924, 925 – *Intel*.
335 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1597 f. – *Intel*.
336 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1642 – *Intel*.
337 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1599 – *Intel*.
338 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1603 – *Intel*.
339 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1600 ff. – *Intel*.
340 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1604 ff. – *Intel*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Marktabschottung hat auch einen längerfristigen Effekt, da Wettbewerber abgeschreckt wurden, in die Entwicklung neuer Technologie für x86-CPUs zu investieren.[341] Es ist wahrscheinlich, dass AMD aufgrund der Marktabschottung Schwierigkeiten dabei hatte, die eigenen Forschungs- und Entwicklungskosten zu decken.[342]

(3) Auswirkungsanalyse

i. Maßstab

In der Einleitung zur Beurteilung der Missbräuchlichkeit stellt die Kommission fest, dass nach der Rechtsprechung alle Umstände des Einzelfalls berücksichtigt werden müssen.[343] Deswegen werden neben der Durchführung des AEC-Tests die Auswirkungen des Verhaltens auf die Wahlfreiheit der direkten Abnehmer untersucht.[344] Im Rahmen einer Erwiderung auf Einwände von Intel stellt die Kommission aber klar, dass nicht die tatsächlichen Auswirkungen des Verhaltens nachgewiesen werden müssen.[345]

Im Hinblick auf die Zahlungen als „naked restrictions" weist die Kommission in der Einleitung zur Prüfung darauf hin, dass nach der Rechtsprechung diese Zahlungen auch missbräuchlich sein können, wenn diese die Struktur des Wettbewerbs untergraben.[346] Außerdem werden die Auswirkungen auf die Wahlmöglichkeit der Verbraucher und die Marktakzeptanz von AMD untersucht.[347]

ii. Subsumtion

Die Auswirkungen der bedingten Rabatte untersucht die Kommission für die verschiedenen Abnehmer.

Für Dell äußern diese sich durch die exklusive Loyalität.[348] Die Rabatte beeinflussten die Entscheidung von Dell, welche Prozessoren genutzt werden sollten, da sie mögliche Vorteile von AMD-Produkten aufwo-

341 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1614 – *Intel*.
342 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1615 – *Intel*.
343 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 923 – *Intel*.
344 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 926 – *Intel*.
345 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1685 – *Intel*.
346 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1643 – *Intel*.
347 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1643 f. – *Intel*.
348 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 932 – *Intel*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gen.[349] Verstärkt wurde dieser Effekt durch die Intransparenz des Rabattsystems.[350] Belegt werden diese Effekte mit Dokumenten von Dell und Äußerungen von Intel während des Verfahrens.[351]

Auch HP hat aufgrund der Rabatte die Einbindung von AMD-Produkten verringert, wie durch Äußerungen von HP deutlich wird.[352]

In Bezug auf NEC kam es sogar zu einer Umkehr des Einkaufsverhaltens, sodass Intel hier den Absatz steigern konnte.[353] Dies geht aus Äußerungen von NEC und internen Dokumenten von Intel hervor.[354]

Lenovo stornierte infolge der Abmachungen mit Intel alle AMD-Projekte, obwohl aus Sicht von Lenovo wirtschaftliche Gründe für die Einführung von AMD-Projekten gesprochen hätten.[355] Dies belegen Äußerungen von Lenovo sowie interne Dokumente von Intel und Lenovo.[356]

Die Zahlungen an MSH führten dazu, dass MSH davon absah, zu AMD-Produkten zu wechseln, obwohl diese aus Sicht von MSH eine attraktive Alternative zu Intel waren.[357] Dies kann mit internen MSH-Dokumenten belegt werden.

Auch die Auswirkungen der Zahlungen als „naked restrictions" prüft die Kommission. Diese hatten zur Folge, dass die Wahlmöglichkeiten der Verbraucher reduziert wurden und AMD nicht die Marktakzeptanz erlangte, die es wahrscheinlich hätte erreichen können. Dies ergibt sich daraus, dass Produkteinführungen durch HP, Acer und Lenovo verzögert und eingeschränkt wurden.[358] Das wird belegt mit Äußerungen von Lenovo[359] und Acer[360] sowie mit einer Prognose von HP, welche weit größere Verkaufszahlen von AMD-Desktops in Aussicht stellte.[361]

349 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 932 ff. – *Intel*.
350 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 942 ff. – *Intel*.
351 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 932 ff. – *Intel*.
352 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 954 ff. – *Intel*.
353 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 974 ff. – *Intel*.
354 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 975 ff. – *Intel*.
355 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 983 ff. – *Intel*.
356 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 983 ff. – *Intel*.
357 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 996 f. – *Intel*.
358 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1653 ff., 1661 f., 1663 f. – *Intel*.
359 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1663 – *Intel*.
360 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1661 – *Intel*.
361 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1654 – *Intel*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(4) Verbraucherwohlfahrt

i. Maßstab

Bei der Prüfung der Missbräuchlichkeit von Zahlungen als „naked restrictions" führt die Kommission die reduzierten Wahlmöglichkeiten der Verbraucher an.[362]

ii. Subsumtion

Die Prüfung beschränkt sich auf die Feststellung, dass Intel aufgrund der Zahlungen die Markteinführung von Produkten, für die eine Nachfrage bestand, verhindert oder verzögert und damit die Wahlmöglichkeit der Verbraucher beschränkt hat.[363]

(5) Rechtfertigung und Effizienzen

i. Maßstab

Die Kommission prüft eine mögliche Rechtfertigung des Verhaltens von Intel und kommt zu dem Ergebnis, dass dieses keine objektive Rechtfertigung hat oder Effizienzgewinne hervorbringt.[364] Nach der Rechtsprechung muss Intel selbst Argumente zur Rechtfertigung vortragen.[365] Intel müsste zeigen, dass die bedingten Rabatte Effizienzen generieren oder ein anderes legitimes Ziel fördern, das durch keine weniger wettbewerbsbeschränkende Maßnahme erreicht werden konnte, und außerdem im Bezug auf dieses Ziel verhältnismäßig sind.[366]

362 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1653, 1670, 1679 – *Intel*.
363 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1653, 1670, 1679 – *Intel*.
364 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 925, 1676, 1680 – *Intel*.
365 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1619 – *Intel*.
366 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1624 – *Intel*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ii. Subsumtion

Intel bringt vor, dass die Rabatte nötig gewesen seien, um dem Wettbewerb von AMD zu begegnen. Außerdem seien durch die Rabatte Effizienzen entstanden in Form von niedrigeren Preisen, Skaleneffekten, anderen Kostenersparnissen und Produktionseffizienzen sowie Risikoverteilung und Marketingeffizienzen.[367] Diese Argumente genügen der Kommission nicht für die Rechtfertigung des Verhaltens. Unabhängig von den Argumenten im Einzelnen charakterisiert Intel die gewährten Rabatte fehlerhaft.[368] Selbst wenn Intel bei der Einordnung zuzustimmen wäre, treffen die Argumente nicht zu.

Die Rabatte waren nicht geeignet, um einem stärkeren Wettbewerbsdruck standzuhalten.[369] Insofern argumentiert Intel auch widersprüchlich, da an anderer Stelle behauptet wird, dass AMD nicht genügend Kapazitäten und schlechtere Produkte hatte. Außerdem hat Intel nicht genügend Beweise vorgelegt.[370]

Intel kann nicht zeigen, warum gerade bedingte Rabatte nötig waren, um niedrigere Preise zu gewährleisten, und warum nicht einfache Rabatte hierfür genügt hätten.[371] Die weiteren behaupteten Effizienzen kann Intel nicht nachweisen und auch nicht auf die bedingten Rabatte zurückführen.[372]

(6) Zitat

Die Kommission geht zu Beginn der Prüfung einmal ausdrücklich auf die Prioritätenmitteilung ein und stellt fest, dass diese auf die Entscheidung nicht anwendbar ist, da sie das Aufgreifen zukünftiger Fälle betrifft und erst veröffentlicht wurde, nachdem Intel in diesem Verfahren Stellung zu den Vorwürfen nehmen konnte. Dennoch ergeht die Entscheidung im Einklang mit deren Anforderungen.[373]

367 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1632 – *Intel*.
368 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1620 f. – *Intel*.
369 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1629 f. – *Intel*.
370 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1631 – *Intel*.
371 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1634 – *Intel*.
372 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1636 ff. – *Intel*.
373 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 916, 919 – *Intel*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

d. Ergebnis der Analyse

Die gesamte Entscheidung spiegelt die Prioritätenmitteilung und den more economic approach wider. Die umfangreiche Durchführung des AEC-Tests ist dabei das markanteste Merkmal. Aber auch abseits dieses Tests greift die Kommission immer wieder auf Elemente der Prioritätenmitteilung und des more economic approach zurück. Marktverschließung, Verbraucherwohlfahrt und Auswirkungsanalyse finden sich in allen Teilen der rechtlichen Beurteilung.

aa. Abgleich

Die Kommission hat im Intel-Verfahren den AEC-Test aus der Prioritätenmitteilung konsequent angewendet. Dennoch betont sie, dass die Prioritätenmitteilung nicht anwendbar sei, der AEC-Test nicht hätte durchgeführt werden müssen und eine Verbraucher- oder Wettbewerbsschädigung nicht nachgewiesen werden müsse.[374]

Die Kommission ordnet das Verhalten entsprechend der Mitteilung als preisbezogenen Missbrauch ein und wendet deswegen den AEC-Test an. Bemerkenswert ist der Umfang des AEC-Tests. Dieser erstreckt sich über die Rn. 1002-1576 und nimmt damit nicht nur innerhalb der Missbrauchsprüfung (Rn. 913-1748), sondern in der gesamten Entscheidung (insgesamt 1803 Rn.) eine dominante Position ein. Da der AEC-Test in der Prioritätenmitteilung nur sehr knapp beschrieben ist, wird dieser in der Entscheidung noch weiter verfeinert, bleibt aber in den Grundlagen sehr nah an den Vorgaben der Prioritätenmitteilung. Die Kommission nutzt als Bezugspunkte die AAC, die von der Prioritätenmitteilung als strengster Maßstab vorgesehen sind.[375] Ebenfalls lässt die Kommission neben dem AEC-Test weitere Faktoren in die Beurteilung der Missbräuchlichkeit einfließen. Auch dies entspricht den Vorgaben der Prioritätenmitteilung.[376] Allerdings wird in der Entscheidung dem AEC-Test eine größere Bedeutung zugemessen, als

374 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 916 – *Intel*.

375 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 26.

376 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Be-

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dies nach der Prioritätenmitteilung zu erwarten gewesen wäre. Diese will den AEC-Test lediglich als einen Faktor bei der Beurteilung der wettbewerbswidrigen Marktverschließung berücksichtigen. In der Entscheidung ist dieses Verhältnis umgekehrt. Die wettbewerbswidrige Marktverschließung wird von der Kommission zusätzlich zum AEC-Test als unterstützendes Argument verwendet. Es wird darauf abgestellt, dass Wettbewerbern der Zugang zum Markt erschwert wurde und Verbraucher in ihrer Wahlmöglichkeit eingeschränkt wurden.[377] Die Prüfung fällt aber sehr viel knapper und eher als Nachbemerkung zum AEC-Test aus. Die Kommission stützt sich stärker auf den formalisierten AEC-Test, als dies nach der Prioritätenmitteilung vorgesehen ist.

Die Prüfung der Rechtfertigung folgt den Vorgaben der Prioritätenmitteilung, fällt aber insgesamt relativ knapp aus. Die meisten Rechtfertigungen, die von Intel vorgebracht werden müssen, werden mit wenigen Argumenten abgelehnt.[378]

Die Verbraucherwohlfahrt als Maßstab für die Missbräuchlichkeit hat neben dem AEC-Test und der wettbewerbswidrigen Marktverschließung, die beide in Bezug auf die Rabatte geprüft werden, keine eigenständige Bedeutung. Lediglich bei Beurteilung der „naked restrictions" wird auch darauf abgestellt, dass die Wahlmöglichkeiten der Verbraucher eingeschränkt werden. Dies kann aber nicht als Ausdruck des more economic approach gewertet werden, da keinerlei Nachweise erbracht werden.

Eine Auswirkungsanalyse findet auf allen Ebenen der Missbrauchsprüfung statt. Die Beurteilung der Rabatte nach der bisherigen Rechtsprechung setzt eine Auswirkungsanalyse voraus, die die Kommission auch vornimmt.[379] Sie weist nach, dass die Rabatte bei den Abnehmern zum Nachteil von AMD zu Bindungen geführt haben. Ein „per se" approach bleibt also selbst in den Segmenten der Prüfung aus, die sich gar nicht nach der Prioritätenmitteilung richten sollen. Die Nachweise der Auswirkungen erfolgen anhand der internen Kommunikation der Abnehmer. Auch wenn diese Art des Nachweises teilweise als zu subjektiv kritisiert wird[380], fällt es schwer, auf andere Weise Loyalitätswirkungen nachzuweisen. Auch bei der Beurteilung der „naked restrictions" werden konsequent die Auswirkungen

---

hinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 27.

377 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1597 f. – *Intel*.

378 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1617 ff. – *Intel*.

379 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 920 ff. – *Intel*.

380 *Akman*, Antitrust Law Journal 2016, 145, 156.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Zahlungen auf die Wettbewerbsstruktur und die Produkteinführungen von AMD angeführt und nachgewiesen.

bb. Würdigung

Die Entscheidung wird nicht umsonst als Paradebeispiel für den more economic approach angeführt.[381] Sie entstand teilweise parallel zu der Prioritätenmitteilung und steht laut Entscheidung im Einklang zu dieser.[382] Auf den ersten Blick wird dies auch durch die Analyse bestätigt, im Detail lassen sich aber Abweichungen und Defizite feststellen.

Die Kommission betont zu Beginn der Prüfung, dass das Verhalten nach der Rechtsprechung einem per se Verbot unterfalle und schon deswegen missbräuchlich i.S.d. Art. 102 AEUV sei.[383] Sodann führt sie aber paradoxerweise dennoch eine Prüfung der Missbräuchlichkeit nach eigenem Maßstab durch, die die Entscheidung dominiert. Dies führt dazu, dass die Hilfsbegründung um ein Vielfaches ausführlicher ausfällt als die tragende. Dieses Vorgehen ist allerdings der besonderen Position geschuldet, in der sich die Kommission in dieser Entscheidung wiederfindet. Die bisherige Rechtsprechung „steht auf ihrer Seite" und führt zum gleichen Ergebnis, zu dem auch die Kommission auf anderem Wege gekommen ist. Allerdings ist der Kommission die Etablierung dieses neuen Weges wichtig, sodass sie sich nicht mit dem Ergebnis begnügen kann. Sie zeigt in der Entscheidung, dass sie den more economic approach in die Anwendungspraxis umsetzen möchte, erkennt aber gleichzeitig an, dass die Gerichte bislang andere Vorgaben machen. Der einzige Weg für die Kommission, eine neue Anwendungspraxis zu etablieren, ist, diese auch tatsächlich durchzuführen.

Die Anwendung des more economic approach auf diesen Fall lässt sich allerdings bei einer gründlichen Betrachtung ebenfalls kritisieren. Der AEC-Test ist das eindeutige Herzstück der Prüfung. Nach der Prioritätenmitteilung dürfte der AEC-Test jedoch nur als „Vorprüfung" durchgeführt werden. Es heißt dort ausdrücklich, dass ein nicht bestandener AEC-Test nicht automatisch zur Missbräuchlichkeit führe. Vielmehr soll dieser nur als erster Anhaltspunkt genommen und sodann in die allgemeine Prüfung

381 *Banasevic/Hellstrom*, Journal of European Competition Law & Practice 2010, 301 ff.
382 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 916, 919 – *Intel.*
383 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 920 ff. – *Intel.*

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der wettbewerbswidrigen Marktverschließung integriert werden.[384] Das in der Entscheidung umgekehrte Verhältnis steht damit im Widerspruch zur Prioritätenmitteilung und auch zu den Grundlagen des more economic approach. Die starke Fokussierung auf den AEC-Test geht so beispielsweise auf Kosten des tatsächlichen Nachweises einer Verbraucherschädigung.[385] Diese wird zwar, wie die Analyse gezeigt hat, bejaht, aber äußerst knapp und ohne Nachweise. Auch die Forderung im Rahmen des more economic approach, alle Umstände des Einzelfalls im Rahmen der Auswirkungsanalyse zu berücksichtigen, ist nicht umgesetzt. Mit der Schwerpunktsetzung auf den AEC-Test wird eine formalisierte Betrachtung gewählt, die andere Aspekte ausklammert oder als weniger tragend darstellt. Die Entscheidung steht und fällt deswegen mit der Validität des AEC-Test. Während die konkrete Durchführung der Berechnungen und der Ermittlung der Kostengrößen in diesem konkreten Fall nicht bewertet werden soll oder kann, lässt sich der AEC-Test als solcher jedoch kritisieren. Das gilt auch dann, wenn man den more economic approach im Grundsatz akzeptiert. Da es bei der hier durchgeführten Analyse um die Frage geht, wie die Kommission den more economic approach in der Anwendungspraxis umgesetzt hat, soll hier auch nur solche Kritik aufgeführt werden, die die dargestellten und in der Prioritätenmitteilung enthaltenen Prämissen des more economic approach akzeptiert.

Ein Kritikpunkt ist, dass der AEC-Test zur Beurteilung von Kampfpreisen dienen sollte, wie auch aus der Prioritätenmitteilung hervorgeht.[386] Nun wendet ihn die Kommission zuerst bei der Beurteilung von bedingten Rabatten an. Diese unterscheiden sich aber maßgeblich von Kampfpreisen. Die Wettbewerbswidrigkeit von Kampfpreisen ergibt sich alleine aus der Preissetzung, weshalb an dieser Stelle ein Test, der das Verhältnis von Kosten zu gesetztem Preis untersucht, zielführend sein kann.[387] Bedingte

384 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, S. 27.

385 So auch *Geradin*, Journal of European Competition Law & Practice 2010, 112, 117.

386 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, S. 23 ff.

387 *Wils*, The Judgment of the EU General Court in Intel and the So-Called 'More Economic Approach' to Abuse of Dominance, 2014, S. 28.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rabatte enthalten ebenfalls ein Preiselement, da sie preisreduzierend wirken. Hinzu kommt aber auch eine Bindungswirkung über die Bedingung in Form von Exklusivität und vereinbarten Absatzmengen, die eintreten muss, um den Rabatt auszulösen.[388] Diese Bindung kann dazu führen, dass hypothetisch ebenso effiziente Wettbewerber weniger profitabel sein können, auch wenn die Preise über den Kosten liegen und deswegen aus dem Markt ausscheiden oder gar nicht erst eintreten. Zwar dürfte diese Kritik im vorliegenden Fall unerheblich sein, da der AEC-Test schon bei isolierter Betrachtung des Preiselementes zur Missbräuchlichkeit gelangt. Eine zusätzliche Betrachtung der Exklusivität ist dann zumindest nicht zwingend notwendig. Allerdings erscheint es fragwürdig, warum die Kommission die Entscheidung an anderer Stelle über mehrere Begründungen absichert, aber an dieser für den more economic approach so wichtigen Stelle dann eindeutig den AEC-Test in den Mittelpunkt stellt, obwohl dies noch nicht einmal der Prioritätenmitteilung entspricht.

Der AEC-Test stellt außerdem allein den Preis in die Betrachtung ein, während andere Aspekte, die für Verbraucher maßgeblich sein können, ausgeblendet werden.[389] Ebenso berücksichtigt der AEC-Test als Maßstab seinem Namen entsprechend nur einen ebenso effizienten Wettbewerber, lässt dabei aber außer Acht, dass auch weniger effiziente Wettbewerber Wettbewerbsdruck ausüben können. Dies ergibt sich daraus, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen Preise auch deutlich über der Kostengröße setzen kann. Auch weniger effiziente Wettbewerber können solche Preise aber unterbieten.[390]

Es zeigt sich gerade im vorliegenden Fall ein weiterer Nachteil des AEC-Tests. Er verschlingt große Mengen an Ressourcen. Schon der Raum, den der AEC-Test in der Entscheidung einnimmt, unterstreicht dieses Problem. Hinzu kommt, dass die Durchführung des Testes auch jenseits dessen, was sich verschriftlicht vorfinden lässt, mehr Ressourcen in Anspruch nimmt, als dies bei anderen Teilen der Entscheidung der Fall ist. Für die Durchführung des Tests sind Berechnungen und eine präzise Ermittlung der relevanten Kostengrößen unabdingbar. Wenn der AEC-Test als maßgeblicher

388 *Wils*, The Judgment of the EU General Court in Intel and the So-Called 'More Economic Approach' to Abuse of Dominance, 2014, S. 28.

389 *Wils*, The Judgment of the EU General Court in Intel and the So-Called 'More Economic Approach' to Abuse of Dominance, 2014, S. 28.

390 *Wils*, The Judgment of the EU General Court in Intel and the So-Called 'More Economic Approach' to Abuse of Dominance, 2014, S. 28; *Edlin*, The Yale Law Journal 2002, 941.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Standard etabliert wird, macht es dieser Aufwand schwieriger, ähnliche Verfahren zu führen.[391] Es lässt sich außerdem nur vermuten, mit welchem Anteil sich allein der AEC-Test in der Verfahrensdauer niedergeschlagen hat. Schätzungen belaufen sich auf eine zusätzliche Verfahrensdauer von zwei Jahren.[392] Zu lange Verfahren können wiederum dazu führen, dass die Abhilfemaßnahmen zu spät ergriffen werden und keine Wirkung mehr zeigen. Der wettbewerbliche Schaden ist dann schon angerichtet und kann nur schwer rückgängig gemacht werden.

Nach all diesen Kritikpunkten hätte sich die Kommission in der Entscheidung nicht im dargestellten Ausmaß auf den AEC-Test fokussieren sollen, da dies nach Prioritätenmitteilung und auch nach dem Gutachten der EAGCP nicht nötig gewesen wäre. Es wäre demnach vorzugswürdig gewesen, den AEC-Test in viel geringerem Umfang in die Entscheidung einzubeziehen und ihm auch ausdrücklich ein geringeres Gewicht zukommen zu lassen.

2. Telekomunikacja Polska (2011)

Die Entscheidung der Kommission vom 22.6.2011 ist die erste Untersagungsentscheidung, die unmittelbar in den Anwendungsbereich der Prioritätenmitteilung fällt.

a. Überblick

Inhaltlich geht es in der Untersagungsentscheidung der Kommission um eine missbräuchliche Lieferverweigerung, die die Kommission untersagt und mit EUR 127.554.194 bebußt.[393] Telekomunikacja Polska (TP) war das einzige polnische Telekommunikationsunternehmen, das ein flächendeckendes Telefonnetz betrieb. Dieses Netz konnte es durch Exklusivitätsrechte und die damit einhergehende Monopolrendite über einen längeren

391 *Wils*, The Judgment of the EU General Court in Intel and the So-Called 'More Economic Approach' to Abuse of Dominance, 2014, S. 29.
392 *Wils*, The Judgment of the EU General Court in Intel and the So-Called 'More Economic Approach' to Abuse of Dominance, 2014, S. 30.
393 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 921 – *Telekomunikacja Polska*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zeitraum aufbauen.[394] Die Entscheidung betrifft Verhaltensweisen gegenüber Alternativen Operatoren (AOs), die Zugang zum Netz von TP begehrten, um selbst Breitband-Telekommunikationsprodukte anbieten zu können. Die von der Kommission beanstandeten Verhaltensweisen waren: (i) TP verlange unangemessene Bedingungen in Verhandlungen mit AO, (ii) TP habe die Verhandlungen verzögert, (iii) TP schränke den Zugang zum Netz ein, (iv) TP schränke den Zugang zu „subscriber lines" ein und (v) TP verweigere verlässliche und vollständige Informationen.[395]

b. Textstellen

Die Kommissionsentscheidung umfasst 921 Randnummern. Die rechtliche Beurteilung der Missbräuchlichkeit findet sich in den Rn. 695-884. Beim Materialdurchlauf konnten die folgenden Textstellen den verschiedenen Kategorien zugeordnet werden:

Kategorie		Fundstellen (Rn.)
1. Fallgruppen	i.	700-703, 706, 812-815, 829, 838
	ii.	707- 811, 815-828, 830-863
2. Marktverschließung	i.	
	ii.	
3. Auswirkungsanalyse	i.	
	ii.	
4. Verbraucherwohlfahrt	i.	
	ii.	
5. Rechtfertigung	i.	873 f., 878 f.
	ii.	882, 880-883
6. Zitat	703, 807, 874, 878	

394 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 1 – *Telekomunikacja Polska*.

395 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 147 – *Telekomunikacja Polska*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c. Zusammenfassung

Für jede Kategorie ergeben sich auf dem gewählten Abstraktionsniveau die folgenden Zusammenfassungen der Textstellen:

(1) Fallgruppen

i. Maßstab

Die Kommission stellt in der Einleitung zur Prüfung der Missbräuchlichkeit fest, dass es sich um einen Fall der Lieferverweigerung handelt und bezieht sich konkret auf die in der Prioritätenmitteilung niedergelegten speziellen Kriterien für diese Fallgruppe: objektive Notwendigkeit des verweigerten Produktes/der Dienstleistung für Wettbewerb auf dem nachgelagertem Markt, wahrscheinliche Ausschaltung des wirksamen Wettbewerbs auf dem nachgelagerten Markt, wahrscheinlicher Verbraucherschaden.[396]

Die wahrscheinlichen Auswirkungen des Verhaltens auf den Wettbewerb werden dabei geprüft, indem die Wettbewerbsfähigkeit der Anbieter auf dem nachgelagerten Markt für DSL-Leistungen untersucht wird.[397] Dabei ist maßgeblich, dass diese Anbieter auf dem Markt wegen der Zugangsverweigerung qualitativ schlechtere Produkte anbieten müssen, ihr Absatz reduziert wird und sie im schlimmsten Fall aus dem Markt gedrängt werden oder schon ein Marktzutritt verhindert wird.[398] Es ist nicht notwendig, dass tatsächlich Konkurrenten aus dem Markt gedrängt wurden. Vielmehr genügt eine Benachteiligung und ein daraus resultierender geringerer Wettbewerbsdruck.[399] Auch wenn dies nach der Kommission angesichts der Rechtsprechung nicht nötig ist, wird auch ein möglicher Verbraucherschaden zur Bestimmung der Missbräuchlichkeit herangezogen.[400]

396 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 703, 706 – *Telekomunikacja Polska*.
397 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 814 f. – *Telekomunikacja Polska*.
398 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 814 – *Telekomunikacja Polska*.
399 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 815 – *Telekomunikacja Polska*.
400 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 813, 829 – *Telekomunikacja Polska*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ii. Subsumtion

Die Kommission stellt fest, dass die Lieferverweigerung durch mehrere Maßnahmen seitens TP umgesetzt wurde. Dies geht aus internen Dokumenten[401] TPs hervor, sowie aus unangemessenen Forderungen in den Verhandlungen mit AOs[402], Verzögerungstaktiken[403], dem eingeschränkten Zugang zum eigenen Netzwerk[404] und zu den Endnutzern[405] sowie der Bereitstellung von ungenauen und nicht nutzbaren Informationen[406] betreffend den Zugang von AOs zu den Breitbanddiensten. Die Maßnahmen werden jeweils belegt mit internen Dokumenten und Aussagen seitens TP sowie mit Aussagen der betroffenen AOs. Diese Maßnahmen stehen im Widerspruch zu der Zugangsverpflichtung TPs durch die nationale und europäische Regulierung.[407]

Eine alternative Infrastruktur stand für die AOs nicht bereit und die Errichtung einer eigenen war aufgrund von Kosten und administrativen Hindernissen nicht möglich.[408]

Die konkreten Auswirkungen auf den Wettbewerb sieht die Kommission als gegeben an, da TP als unausweichlicher Zugangspunkt durch die dargestellte Lieferverweigerung die Möglichkeiten des Marktzutritts eingeschränkt, die Ausübung von Wettbewerbsdruck erschwert und sogar zum Marktaustritt von Wettbewerbern beigetragen hat.[409] Dies wird belegt mit

401 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 707 ff. – *Telekomunikacja Polska*.
402 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 714 ff. – *Telekomunikacja Polska*.
403 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 722 – *Telekomunikacja Polska*.
404 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 748 ff. – *Telekomunikacja Polska*.
405 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 763 – *Telekomunikacja Polska*.
406 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 783 ff. – *Telekomunikacja Polska*.
407 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 804 ff. – *Telekomunikacja Polska*.
408 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 808 – *Telekomunikacja Polska*.
409 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 815, 817, 818 – *Telekomunikacja Polska*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Aussagen von AOs und internen Dokumenten TPs.[410] Als weitere Auswirkungen auf den Wettbewerb werden die Anzahl der abgebrochenen Verhandlungen und Beispiele für AOs genannt, die trotz Verträgen mit TP aufgrund der ungünstigen Bedingungen nicht in den Einzelhandelsmarkt eingetreten waren.[411] Außerdem wird eine quantitative Analyse der wahrscheinlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb durchgeführt. Diese stützt sich auf die Marktanteile TPs und des Tochterunternehmens PTK, die trotz der Marktöffnung nicht zurückgingen.[412] Gleichzeitig waren die Marktanteile der Wettbewerber immer sehr gering.[413] Angeführt wird außerdem die niedrige Durchdringung des polnischen Marktes mit Breitbanddienstleistungen.[414]

Als mögliche negative Auswirkungen auf die Verbraucher werden reduzierte Wahlmöglichkeiten und höhere Preise angesehen.[415] Dies wird mit den schon dargestellten Auswirkungen auf die Wettbewerbsstruktur auf dem Markt begründet.[416] Gleichzeitig war TP der einzige Nutznießer der Lieferverweigerung[417], deren negative Effekte auch nicht von Wettbewerbern neutralisiert werden konnten.[418]

Die quantitative Analyse kommt zu dem Ergebnis, dass TPs Verhalten zu einer geringeren Verbreitung von Breitbandleistungen in Polen geführt hat. Dies wird anhand der im Vergleich zu anderen europäischen Ländern geringen Verbreitung von Breitbandinternetzugang in Verbindung mit dem

410 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 816, 819 – *Telekomunikacja Polska*.
411 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 819 – *Telekomunikacja Polska*.
412 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 820 – *Telekomunikacja Polska*.
413 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 821 – *Telekomunikacja Polska*.
414 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 822 ff. – *Telekomunikacja Polska*.
415 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 829 – *Telekomunikacja Polska*.
416 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 830 – *Telekomunikacja Polska*.
417 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 831 ff. – *Telekomunikacja Polska*.
418 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 834 – *Telekomunikacja Polska*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zusammenhang zwischen Verbreitung und Wettbewerb belegt.[419] Nach Verbraucherbefragungen ist die geringe Verbreitung auf zu hohe Preise und fehlende Investitionen in den Netzausbau zurückzuführen.[420]

Außerdem führte TPs Verhalten zu geringen Verbindungsgeschwindigkeiten, da eine Kongruenz zwischen niedrigen Geschwindigkeiten und dem Local Loop Unbundling besteht, welches eine Zugangsmöglichkeit zum Netz von TP darstellt.[421] Weitere Folge sind hohe Preise, da auch hier eine Kongruenz mit dem niedrigen Unbundling besteht.[422]

(5) Rechtfertigung

i. Maßstab

Eine Rechtfertigung des missbräuchlichen Verhaltens hält die Kommission nur dann für möglich, wenn das Unternehmen nachweisen kann, dass das Verhalten Effizienzen hervorgerufen hat, die die negativen Effekte aufwiegen.[423] Eine Rechtfertigung ist außerdem möglich, wenn das Verhalten objektiv notwendig war. Objektiv notwendig ist es nur dann, wenn dies auf Gründe zurückzuführen ist, die außerhalb der Sphäre des Unternehmens liegen, für alle Unternehmen gleichermaßen zutreffen und ohne das missbräuchliche Verhalten die Produkte oder Dienstleistungen nicht hätten angeboten werden können.[424] Gleichzeitig darf das Verhalten den Wettbewerb aber nicht mehr als nötig beschränken und muss in einem angemessenen Verhältnis zu dem angestrebten Ziel stehen.[425]

419 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 839 ff. – *Telekomunikacja Polska*.
420 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 844 f. – *Telekomunikacja Polska*.
421 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 847 ff. – *Telekomunikacja Polska*.
422 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 852 ff. – *Telekomunikacja Polska*.
423 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 873 – *Telekomunikacja Polska*.
424 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 874, 878 – *Telekomunikacja Polska*.
425 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 878 – *Telekomunikacja Polska*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ii. Subsumtion

Die von TP vorgebrachten Verteidigungen erfüllen diese Kriterien nicht. TP bringt vor, dass es Schwierigkeiten hatte, die auferlegten regulatorischen Verpflichtungen zu erfüllen. Dies genügt den Anforderungen schon deswegen nicht, weil den Vorgaben ein langer Prozess voranging, in dem auch Anhörungen der Betroffenen stattgefunden haben. TP hat bewusst nicht hieran teilgenommen, sondern darauf hingewirkt, dass die regulatorischen Verpflichtungen zurückgezogen oder angepasst werden.[426] Diese Schwierigkeiten liegen außerdem in der Sphäre von TP und erfüllen deswegen nicht die Anforderungen an die Objektivität.[427] Weitere Rechtfertigungsgründe wie technische Schwierigkeiten, die Anpassung der Regulierung, zu niedrige Auftragsprognosen von AOs, das interne IT-System und die Effekte anderer Regulierungssysteme erfüllen ebenfalls die aufgestellten Kriterien nicht.[428]

(6) Zitat

Die Kommission zitiert die Prioritätenmitteilung zu Beginn der rechtlichen Prüfung und entnimmt dieser die Voraussetzungen der Prüfung.[429] Sie nimmt auch Bezug auf die Prioritätenmitteilung bei Prüfung des Zugangserfordernisses und der Effizienzeinrede.[430]

d. Ergebnis der Analyse

Die Entscheidung der Kommission ist in weiten Teilen eine Anwendung der Prioritätenmitteilung.

426 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 880 ff. – *Telekomunikacja Polska*.
427 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 881 – *Telekomunikacja Polska*.
428 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 883 – *Telekomunikacja Polska*.
429 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 703 – *Telekomunikacja Polska*.
430 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 807, 877, 878 – *Telekomunikacja Polska*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aa. Abgleich

Die Prüfung der Lieferverweigerung folgt den speziellen Kriterien, die in der Prioritätenmitteilung für die Beurteilung einer Lieferverweigerung aufgestellt wurden. Nach der Prioritätenmitteilung lauten diese:

> „[…] die Lieferverweigerung betrifft ein Produkt bzw. eine Dienstleistung, das bzw. die objektiv notwendig ist, um auf einem nachgelagerten Markt wirksam konkurrieren zu können, die Lieferverweigerung wird wahrscheinlich den wirksamen Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt ausschalten, und die Lieferverweigerung wird wahrscheinlich den Verbrauchern schaden."[431]

Diese Kriterien werden im Prüfungsprogramm der Entscheidung umgesetzt und auf die Prioritätenmitteilung wird hierbei ausdrücklich Bezug genommen.[432] Die Kommission geht wie in Intel vor und prüft die Verbraucherschädigung nur zusätzlich zu den Anforderungen des Europäischen Gerichtshofs.[433]

Auch die Auswahl der Beweismittel entspricht den Vorgaben der Prioritätenmitteilung. Sowohl bei dem Nachweis der wahrscheinlichen Wettbewerbsauswirkungen als auch dem Nachweis des wahrscheinlichen Verbraucherschadens werden qualitative und quantitative Beweismittel herangezogen. Dies entspricht dem Anspruch aus der Prioritätenmitteilung, die auch wahrscheinliche Auswirkungen genügen lässt, hierfür aber ausdrücklich den Rückgriff auf beide Arten von Beweismitteln zulässt.[434] Bei den rein qualitativen Beweismitteln werden größtenteils interne Dokumente von TP

431 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 81.

432 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 703 – *Telekomunikacja Polska*.

433 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. Rz. 813, 829 – *Telekomunikacja Polska*.

434 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 19.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und Aussagen der AOs herangezogen. Die internen Dokumente werden als unmittelbarer Beweis der Behinderungsstrategie dargestellt.[435]

Die Auswertung der quantitativen Beweismittel bleibt auch nicht oberflächlich. Es werden verschiedene Analysen in Hinblick auf Marktanteile, Marktdurchdringung und Preisentwicklung durchgeführt.[436] Allerdings fällt auf, dass nicht bei jedem Prüfungspunkt Beweismittel herangezogen werden. Die negativen Auswirkungen auf die Verbraucher in Form von reduzierten Wahlmöglichkeiten und höheren Preisen werden nicht belegt. Hier wird lediglich auf die schon zuvor getroffenen Feststellungen zur Wettbewerbsstruktur verwiesen.[437] Dies bleibt hinter den Anforderungen der Prioritätenmitteilung zurück, die ausdrücklich die Auswirkungen auf den Wettbewerb von den Auswirkungen auf die Verbraucherwohlfahrt trennt. Es kann also nicht im Sinne der Prioritätenmitteilung sein, dass der Verbraucherschaden nur mit einem Verweis auf den Wettbewerbsschaden begründet wird.

Die Prüfung der Rechtfertigung folgt ebenfalls der Prioritätenmitteilung, fällt aber recht knapp aus. Die meisten Einwände TPs werden nur knapp gewürdigt.

bb. Würdigung

Im Wesentlichen entspricht die Entscheidung der Prioritätenmitteilung und setzt, wie schon die Entscheidung in der Sache Intel, die Prioritätenmitteilung und den more economic approach in die Entscheidungspraxis um. Auch wenn die Entscheidung im Lichte eines more economic approach teilweise als nicht konsequent genug kritisiert wird, steht sie nicht im Widerspruch zur Prioritätenmitteilung.

Teilweise wird in der Literatur eine Abweichung von der Prioritätenmitteilung aufgrund des fehlenden AEC-Tests kritisiert.[438] Nach der Prioritätenmitteilung wäre der Test auf jeden preisbezogenen Behinderungsmissbrauch anzuwenden. Die Lieferverweigerung bezieht sich zumindest

435 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 816, 819 – *Telekomunikacja Polska*.
436 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 820 ff., 830 ff. – *Telekomunikacja Polska*.
437 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 830 – *Telekomunikacja Polska*.
438 Vgl. *Akman*, Antitrust Law Journal 2016, 145, 193.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

teilweise auf die unangemessenen Bedingungen, allerdings finden sich in der Diskussion dieser unangemessenen Bedingungen keine Verweise auf zu hohe Preise[439], sodass der von der Kommission entwickelte AEC-Test gar nicht durchgeführt werden konnte. Diese Kritik ist deswegen unbegründet.

Kritisch können die ausgewählten qualitativen Beweismittel betrachtet werden. Die Prioritätenmitteilung stellt an diese keine spezifischen Anforderungen. In der Entscheidung verweist die Kommission fast ausschließlich auf interne Dokumente von TP sowie auf Aussagen der AOs. Beide Arten von qualitativen Beweismitteln sind für sich genommen nur eingeschränkt aussagekräftig. Die internen Dokumente können bewusst den Erfolg eigener Maßnahmen übertreiben und gerade nicht konkrete Auswirkungen nachweisen. Die Aussagen der AOs sind mit besonderer Vorsicht zu würdigen, da diese ein Eigeninteresse an dem Ausgang des Verfahrens haben. Diese kritische Auseinandersetzung mit den Beweismitteln fehlt in der Entscheidung. Zitate aus diesen werden ohne Würdigung einfach als Belege angeführt. Formal sind damit die Anforderungen der Prioritätenmitteilung zwar eingehalten, allerdings widerspricht dies der stärkeren Fokussierung auf den Nachweis der Auswirkungen des jeweiligen Verhaltens.

Ebenfalls wird kritisiert, dass die Kommission nur die „wahrscheinlichen" Auswirkungen auf Wettbewerb und Verbraucherwohlfahrt prüft. Dies wird als Spekulation und als unvereinbar mit dem ökonomisch fundierten effects based approach angesehen.[440] Auffällig ist hier vor allem der Schluss von dem Wettbewerbsschaden auf den Verbraucherschaden, der einem more economic approach grundlegend widerspricht und auch nicht von der Prioritätenmitteilung abgedeckt ist. Diese Überlegung ist in der Entscheidung aber nicht alleine tragend, vielmehr wird direkt im Anschluss eine quantitative Analyse durchgeführt, die ebenfalls im Ergebnis zu einer Verbraucherschädigung kommt.

Der Prioritätenmitteilung widerspricht insbesondere das Abstellen auf die wahrscheinlichen Auswirkungen nicht. Dort ist nur die Rede davon, dass „das marktbeherrschende Unternehmen aller Wahrscheinlichkeit nach in der Lage ist, die Preise zum Nachteil der Verbraucher gewinnbringend zu erhöhen" und von einem „voraussichtlichen Schaden".[441] Der Nachweis eines tatsächlich eingetretenen Verbraucherschadens ist gerade

439 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 170 ff. – *Telekomunikacja Polska*.

440 *Akman*, Antitrust Law Journal 2016, 145, 51 f.

441 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Be-

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nicht nötig. Die Kommission geht hier in der quantitativen Analyse sogar weiter und kann zumindest Anhaltspunkte für einen tatsächlich eingetretenen Verbraucherschaden liefern, indem sie die Preisentwicklung auf den Märkten anderer Mitgliedstaaten mit der in Polen vergleicht. Es ist unklar, wie ein weitergehender Nachweis eines Verbraucherschadens geführt werden sollte. Vorschläge hierfür werden nicht genannt und ein noch nicht einmal theoretisch zu führender Nachweis kann von der Kommission kaum verlangt werden.

3. Romanian Power Exchange/OPCOM (2014)

Die kurze Entscheidung betrifft den rumänischen Energiemarkt, auf dem OPCOM Betreiber des einzigen Marktplatzes für Strom ist.

a. Überblick

Die Entscheidung vom 5.3.2014 betrifft die Anforderung von OPCOM, dass Energiehändler zum Tätigwerden an der Börse eine VAT-Registrierung in Rumänien vorweisen müssen. Voraussetzung für eine rumänische VAT-Registrierung ist, dass das Unternehmen selbst tatsächlich in Rumänien wirtschaftlich aktiv ist. Eine „Briefkastenfirma" genügt nicht, vielmehr müsste eine Zweigstelle mit ausreichend Personal und Ausstattung eingerichtet werden.[442] Die Kommission wirft OPCOM deswegen eine Diskriminierung von Unternehmen aus dem europäischen Ausland vor, die keine Zweigstelle in Rumänien betreiben und deswegen mit einem Marktzutrittshindernis konfrontiert sind, und untersagt die Verhaltensweise. Die Kommission verhängt eine Geldbuße von EUR 1.031.000.[443]

b. Textstellen

Die Kommissionsentscheidung umfasst 320 Randnummern. Die rechtliche Beurteilung der Missbräuchlichkeit findet sich in den Rn. 125 – 230. Beim

---

hinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 19.

442 Europäische Kommission, 5.3.2014, Case AT.39984, Rz. 64 f. – *Romanian Power Exchange/OPCOM*.

443 Europäische Kommission, 5.3.2014, Case AT.39984, Rz. 319 – *Romanian Power Exchange/OPCOM*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Materialdurchlauf konnten die folgenden Textstellen den verschiedenen Kategorien zugeordnet werden:

Kategorie		Fundstellen (Rn.)
1. Fallgruppen	i.	
	ii.	
2. Marktverschließung	i.	171-173
	ii.	174-185
3. Auswirkungsanalyse	i.	
	ii.	
4. Verbraucherwohlfahrt	i.	
	ii.	
5. Rechtfertigung	i.	145 f., 186-190
	ii.	147-160, 191-229
6. Zitat		

Separat betrachtet wäre die Textstelle unter der Rn. 171 den Kategorien 3 und 4 zuzuordnen. Sie steht aber in einem so engen Zusammenhang mit den Textstellen 172 f., dass sie ebenfalls der spezielleren Kategorie 2 zugeordnet wird.

c. Zusammenfassung

Für jede Kategorie ergeben sich auf dem gewählten Abstraktionsniveau die folgenden Zusammenfassungen der Textstellen:

(2) Marktverschließung

i. Maßstab

Die Kommission prüft die Auswirkungen des Verhaltens auf Wettbewerb und Verbraucher und dabei den Ausschluss von Wettbewerbern. Sie führt hierzu an, dass es nicht nötig ist, tatsächliche Effekte nachzuweisen, son-

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dern der Nachweis eines Verhaltens genügt, das potentiell einen solchen Effekt haben könnte.[444]

ii. Subsumtion

Das Registrierungserfordernis erfüllt diese Voraussetzung, da es den Zugang von verschiedenen Stromhändlern zum Markt verhindert hat.[445] Der fehlende Marktzugang führt wiederum zu einer geringeren Liquidität des Marktes, zu geringerer Preistransparenz und auf lange Sicht zu verzerrten Preisen und ausbleibenden Investitionen.[446] Die Kommission führt als Beweis für die Wirkung des Registrierungserfordernisses an, dass vergleichbare Märkte ohne Registrierungserfordernis größere Beteiligungen von ausländischen Händlern aufweisen.[447] Außerdem wird die Aussage von E.ON herangezogen, nach der E.ON wegen des Registrierungserfordernisses nicht im rumänischen Großhandel für Elektrizität tätig ist.[448]

(5) Rechtfertigung

i. Maßstab

Eine Rechtfertigung des Verhaltens wäre möglich, wenn OPCOM nur den nationalen Regulierungen folgen müsste und dem Unternehmen dabei kein Spielraum bei der Befolgung eingeräumt wird.

Eine Rechtfertigung ist auch dann möglich, wenn das Verhalten notwendig und verhältnismäßig ist und es insbesondere nicht den Wettbewerb mehr als nötig beschränkt, um das verfolgte Ziel zu erreichen.[449] Dabei sind

444 Europäische Kommission, 5.3.2014, Case AT.39984, Rz. 173 – *Romanian Power Exchange/OPCOM*.
445 Europäische Kommission, 5.3.2014, Case AT.39984, Rz. 174 f. – *Romanian Power Exchange/OPCOM*.
446 Europäische Kommission, 5.3.2014, Case AT.39984, Rz. 176 ff. – *Romanian Power Exchange/OPCOM*.
447 Europäische Kommission, 5.3.2014, Case AT.39984, Rz. 179 – *Romanian Power Exchange/OPCOM*.
448 Europäische Kommission, 5.3.2014, Case AT.39984, Rz. 182 – *Romanian Power Exchange/OPCOM*.
449 Europäische Kommission, 5.3.2014, Case AT.39984, Rz. 190 – *Romanian Power Exchange/OPCOM*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Rechtfertigungsgründe durch das Unternehmen vorzubringen, denn dieses trifft die Beweislast.[450]

ii. Subsumtion

Die Kommission kommt zu dem Schluss, dass die VAT-Registrierung von nationalem Recht nicht vorausgesetzt wird, sondern von OPCOM selbstständig und freiwillig umgesetzt wurde.[451] Dies wird gestützt auf Aussagen der Regulierungsbehörden.[452]

OPCOM beruft sich darauf, dass es sich der Strafverfolgung aussetzen würde. Dies genügt nicht zur Rechtfertigung, da OPCOM nicht darlegen konnte, warum es für fehlerhafte Angaben der Händler haftbar gemacht werden kann.[453]

OPCOM bringt außerdem vor, dass die VAT-Registrierung notwendig ist, da ohne diese OPCOM einen großen Betrag an VAT-Gebühren vorfinanzieren müsste. Allerdings kann OPCOM nicht nachweisen, dass die VAT-Registrierung die einzige mögliche und angemessene Lösung hierfür darstellt. Insbesondere könnten weniger einschneidende Maßnahmen ergriffen werden.[454]

d. Ergebnis der Analyse

Die Entscheidung richtet sich kaum nach dem Inhalt der Prioritätenmitteilung.

450 Europäische Kommission, 5.3.2014, Case AT.39984, Rz. 186 f. – *Romanian Power Exchange/OPCOM*.
451 Europäische Kommission, 5.3.2014, Case AT.39984, Rz. 147 ff. – *Romanian Power Exchange/OPCOM*.
452 Europäische Kommission, 5.3.2014, Case AT.39984, Rz. 148 f. – *Romanian Power Exchange/OPCOM*.
453 Europäische Kommission, 5.3.2014, Case AT.39984, Rz. 193 ff. – *Romanian Power Exchange/OPCOM*.
454 Europäische Kommission, 5.3.2014, Case AT.39984, Rz. 196 ff. – *Romanian Power Exchange/OPCOM*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aa. Abgleich

Die Kommission nimmt an keiner Stelle auf die Prioritätenmitteilung Bezug. Es werden die möglichen Auswirkungen des Verhaltens auf Wettbewerb und Verbraucher geprüft und in diesem Zusammenhang auch die Wirkung des Registrierungserfordernisses als Marktzutrittshindernis. Allerdings folgt diese Prüfung nicht der in der Prioritätenmitteilung niedergelegten Definition der Marktverschließung und fällt sehr knapp aus. Als Beweismittel werden – ebenfalls nur sehr knapp – die Aussage von E.ON und der Vergleich mit Energiemärkten anderer Mitgliedsstaaten herangezogen. Beiden wird jeweils nur eine Randnummer gewidmet. Es findet keine inhaltliche Auseinandersetzung damit statt.[455]

Bei Prüfung der Rechtfertigung folgt die Kommission der Prioritätenmitteilung, die ausdrücklich auch dann eine Rechtfertigung unabhängig von Effizienzvorteilen vorsieht, wenn das Verhalten objektiv notwendig gewesen ist.

bb. Würdigung

Die Entscheidung liefert keine Erkenntnisse zur Anwendung der Prioritätenmitteilung, da sie eine Diskriminierung behandelt. Die Prioritätenmitteilung soll nur auf Behinderungsmissbräuche Anwendung finden. Ob eine Diskriminierung als Behinderungsmissbrauch angesehen werden kann, ist letztlich unerheblich, da zumindest aus dem Diskussionspapier, das der Prioritätenmitteilung vorangegangen ist, ausdrücklich hervorgeht, dass diskriminierende Verhaltensweisen nicht unter deren Anwendungsbereich fallen sollen.[456] Unter Berücksichtigung der dargestellten Entstehungsgeschichte der Prioritätenmitteilung liegt es nahe, dass diese Einschränkung auch für diese gelten sollte. Der Anwendungsbereich und die Reichweite der enthaltenen Regeln haben sich bei der Umsetzung des Diskussionspapiers in die Prioritätenmitteilung verringert. Es würde dieser Entwicklung entgegenlaufen, wenn nun diskriminierende Missbräuche enthalten wären, auch wenn diese nicht mehr ausdrücklich ausgeschlossen werden.

455 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 173 ff. – *Telekomunikacja Polska*.

456 *Europäische Kommission*, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 2005, Rn. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Es mag auf den ersten Blick als Bestätigung des more economic approach gewertet werden, dass trotzdem die Auswirkungen des Verhaltens auf Wettbewerb und Verbraucher thematisiert und damit sowohl eine Auswirkungsanalyse als auch eine Wohlfahrtsbetrachtung vorgenommen werden. Allerdings fallen diese so kurz und oberflächlich aus, dass diese nicht als Ausdruck eines more economic approach angesehen werden können.

4. Motorola (2014)

Die Entscheidung im Fall Motorola betrifft die Schnittstelle zum Immaterialgüterrecht und setzt sich mit standardessentiellen Patenten auseinander.

a. Überblick

Die Kommission sieht in der Entscheidung vom 29.4.2014 in der Beantragung und Vollstreckung von Unterlassungsverfügungen gegen Apple auf Grundlage von standardessentiellen Patenten (SEP) den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Aufgrund der unklaren Rechtslage sieht die Kommission von einer Geldbuße ab.[457] Die hier streitgegenständlichen standardessentielle Patente haben die Besonderheit, dass sie Teil der GPRS-Mobilfunknorm des Europäischen Instituts für Telekommunikationsnormen (ETSI) sind. Dabei handelt es sich um die zentrale Industrienorm für mobile und drahtlose Telekommunikationsdienste.[458] Standards in der Telekommunikationsbranche sind nötig, um die Kompatibilität und Interoperabilität verschiedener Netzwerke und (End-)Geräte zu sichern. Ohne die Nutzung des Patentes können aber standardkonforme Produkte nicht hergestellt werden.[459] Deswegen verpflichtete sich Motorola – wie in diesen Fällen von der Standardisierungsorganisation vorgeschrieben – dazu, Lizenzen an seinen SEP an Lizenzsucher zu sog. FRAND-Bedingungen (Fair, Reasonable and Non-Discriminatory) zu erteilen.[460] Nachdem Motorola Unterlassungsverfügungen gegenüber Apple beantragte, machte Apple sechs Angebote hinsichtlich der Lizenzierung.[461] Dennoch trieb Motorola

457 Europäische Kommission, 29.4.2014, Case AT.39985, Rz. 560 – *Motorola*.
458 Europäische Kommission, 29.4.2014, Case AT.39985, Rz. 1, 227 ff. – *Motorola*.
459 Europäische Kommission, 29.4.2014, Case AT.39985, Rz. 207 ff. – *Motorola*.
460 Europäische Kommission, 29.4.2014, Case AT.39985, Rz. 62 ff. – *Motorola*.
461 Europäische Kommission, 29.4.2014, Case AT.39985, Rz. 123 ff. – *Motorola*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Verfahren und die Vollstreckung voran, bis sich die Parteien schlussendlich verglichen, nachdem ein deutsches Gericht die Vollstreckung einstweilig einstellte.[462]

b. Textstellen

Die Kommissionsentscheidung umfasst 561 Randnummern. Die rechtliche Beurteilung der Missbräuchlichkeit findet sich in den Rn. 271 – 496. Beim Materialdurchlauf konnten die folgenden Textstellen den verschiedenen Kategorien zugeordnet werden:

Kategorie		Fundstellen (Rn.)
1. Fallgruppen	i.	308, 309
	ii.	310-414
2. Marktverschließung	i.	
	ii.	
3. Auswirkungsanalyse	i.	
	ii.	
4. Verbraucherwohlfahrt	i.	
	ii.	
5. Rechtfertigung	i.	278, 421-423
	ii.	424-464, 480-491
6. Zitat		

Die Zuordnung der Textstellen zur Kategorie 1 ist nicht offensichtlich. Der Gliederung der Entscheidung folgend wäre auch eine Zuordnung zu der Kategorie 3 möglich, da die Ausführungen alleine die „Anti-competitive effects" betreffen. Nach der Prioritätenmitteilung sind die Voraussetzungen für die Missbräuchlichkeit einer Lizenzverweigerung die der Lieferverweigerung:

> „ […] die Lieferverweigerung betrifft ein Produkt bzw. eine Dienstleistung, das bzw. die objektiv notwendig ist, um auf einem nachgelagerten Markt wirksam konkurrieren zu können, die Lieferverweigerung wird wahrscheinlich den wirksamen Wettbewerb auf dem nachgelagerten

462 Europäische Kommission, 29.4.2014, Case AT.39985, Rz. 146 ff. – *Motorola*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> Markt ausschalten, und die Lieferverweigerung wird wahrscheinlich den Verbrauchern schaden."[463]

Diese Punkte finden sich etwas versteckt in diesen Ausführungen wieder, da dort vereinzelt auch die Auswirkungen auf die Verbraucherwohlfahrt geprüft werden. Schon im Rahmen der Marktabgrenzung prüft die Kommission außerdem die objektive Notwendigkeit des Inputs.[464]

c. Zusammenfassung

Für jede Kategorie ergeben sich auf dem gewählten Abstraktionsniveau die folgenden Zusammenfassungen der Textstellen:

(1) Fallgruppen

i. Maßstab

Die Kommission ordnet das Verhalten als Lieferverweigerung ein. Die Beurteilung der Missbräuchlichkeit stützt sich darauf, dass das Verhalten den Wettbewerb einschränkt oder zumindest imstande ist, dies zu tun, unabhängig vom tatsächlichen Erfolg.[465] Unerheblich ist, ob das Verhalten erst durch ein Gericht ermöglicht wird.[466]

ii. Subsumtion

Die Folgen der Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen durch Motorola sieht die Kommission in dem zeitweisen Verkaufsverbot in Deutschland, dem Vergleich mit ungünstigen Bedingung zu Lasten von Apple und den negativen Auswirkungen auf Standardisierungsbemühungen.[467]

Das zeitweise Verkaufsverbot beschränkt die Auswahlmöglichkeiten der Verbraucher und führt zu verringertem Wettbewerb im nachgelagerten

---

463 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 81.

464 Europäische Kommission, 29.4.2014, Case AT.39985, Rz. 193 ff. – *Motorola*.

465 Europäische Kommission, 29.4.2014, Case AT.39985, Rz. 308 – *Motorola*.

466 Europäische Kommission, 29.4.2014, Case AT.39985, Rz. 309 – *Motorola*.

467 Europäische Kommission, 29.4.2014, Case AT.39985, Rz. 310 ff. – *Motorola*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Produktmarkt.[468] Es ist auch unerheblich, dass das Verkaufsverbot lediglich ein paar Stunden galt, da die Wettbewerbsbeschränkung nicht erfolgreich sein muss.[469]

Die für Apple nachteiligen Lizenzbedingungen haben nachteilige Auswirkungen auf den Wettbewerb. Apple akzeptierte ein Kündigungsrecht Motorolas für den Fall, dass die SEPs durch Apple in ihrem Bestand angegriffen werden.[470] Das zieht zwei wettbewerbswidrige Auswirkungen nach sich. Apple hat eine schlechtere Verhandlungsposition hinsichtlich der Lizenzgebühren, da ein Vorgehen gegen das Patent de facto nicht möglich ist.[471] Außerdem kann die Bestimmung dazu führen, dass auch weitere Lizenzsucher für möglicherweise angreifbare Patente Lizenzgebühren zahlen müssen.[472] Andere Hersteller würden davon profitieren, wenn Apple erfolgreich die SEP von Motorola angreift, da diese dann selbst keine Lizenzgebühren zahlen müssten.[473] Dies hat auch positive Auswirkungen auf die Verbraucherwohlfahrt.[474] Mehr als 30 % der Nichtigkeitsverfahren haben Erfolg.[475] Apple als stärkster Wettbewerber Motorolas ist dabei einer der wenigen, die den Aufwand und die Kosten eines Nichtigkeitsverfahrens auch tatsächlich stemmen können.[476] Eine weitere nachteilige Lizenzbedingung ist die Aufnahme des iPhone 4S in die Liste der Produkte, die die SEP verletzten. Das hat den wettbewerbswidrigen Effekt, dass Apple gegen die Lizenzverpflichtungen bezüglich dieses Produkts nicht vorgehen kann.[477] Dies kann dazu führen, dass Apple Lizenzen ohne Grund zahlt, was einen höheren Verkaufspreis des Produktes zur Folge haben kann.[478] Die Einbeziehung vergangener Verletzungshandlungen in den Vergleich zwischen Apple und Motorola ist unter normalen Umständen nicht möglich und hat wettbewerbswidrige Auswirkungen.[479]

Auch der Vertrauensverlust hinsichtlich der Standardisierungsbemühungen ist eine negative Folge des Verhaltens von Motorola. Die Entscheidung

468 Europäische Kommission, 29.4.2014, Case AT.39985, Rz. 312 – *Motorola*.
469 Europäische Kommission, 29.4.2014, Case AT.39985, Rz. 319 – *Motorola*.
470 Europäische Kommission, 29.4.2014, Case AT.39985, Rz. 322 – *Motorola*.
471 Europäische Kommission, 29.4.2014, Case AT.39985, Rz. 329 ff., 337 ff. – *Motorola*.
472 Europäische Kommission, 29.4.2014, Case AT.39985, Rz. 336 – *Motorola*.
473 Europäische Kommission, 29.4.2014, Case AT.39985, Rz. 375 ff. – *Motorola*.
474 Europäische Kommission, 29.4.2014, Case AT.39985, Rz. 376 – *Motorola*.
475 Europäische Kommission, 29.4.2014, Case AT.39985, Rz. 382 – *Motorola*.
476 Europäische Kommission, 29.4.2014, Case AT.39985, Rz. 383 – *Motorola*.
477 Europäische Kommission, 29.4.2014, Case AT.39985, Rz. 384, 385 – *Motorola*.
478 Europäische Kommission, 29.4.2014, Case AT.39985, Rz. 387 – *Motorola*.
479 Europäische Kommission, 29.4.2014, Case AT.39985, Rz. 402 – *Motorola*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ist nötig, um die schützenswürdige Erwartung anderer Unternehmen zu stärken, dass nach einer Standardisierung Lizenzen zu FRAND-Bedingungen erteilt werden.[480]

(5) Rechtfertigung

i. Maßstab

Die Kommission prüft die Rechtfertigung des Verhaltens und hält diese dann für möglich, wenn das Unternehmen nachweisen kann, dass das Verhalten objektiv notwendig ist oder dass die Effekte des Verhaltens durch Effizienzen aufgewogen werden können, die auch den Verbrauchern zugutekommen. Allein die Inhaberschaft eines Immaterialgüterrechts stellt indes keine Rechtfertigung dar.[481]

ii. Subsumtion

Motorola bringt als Rechtfertigung drei Gründe vor, die aber jeweils verworfen werden: Schutz der eigenen wirtschaftlichen Interessen, Übereinstimmung des Verhaltens mit der deutschen Rechtsprechung, kein Widerspruch des Verhaltens zu der ETSI IPR Policy.[482]

(6) Zitat

Im Rahmen der hier analysierten rechtlichen Würdigung erfolgt keine ausdrückliche Bezugnahme auf die Prioritätenmitteilung. Allerdings findet sich zu Beginn der Entscheidung der Hinweis, dass diese im Einklang mit der Prioritätenmitteilung ergeht.[483]

480 Europäische Kommission, 29.4.2014, Case AT.39985, Rz. 417 – *Motorola*.
481 Europäische Kommission, 29.4.2014, Case AT.39985, Rz. 421 ff. – *Motorola*.
482 Europäische Kommission, 29.4.2014, Case AT.39985, Rz. 427 ff. – *Motorola*. Auf eine vertiefte Darstellung der Rechtfertigungsgründe wird verzichtet, da offensichtlich ist, dass diese nicht den Rechtfertigungsgründen entsprechen, die in der Prioritätenmitteilung niedergelegt sind, und eine weitere Darstellung dementsprechend für diese Analyse keinen Mehrwert hat.
483 Europäische Kommission, 29.4.2014, Case AT.39985, Rz. 1 – *Motorola*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

d. Ergebnis der Analyse

Die Entscheidung entspricht zwar formal den in der Prioritätenmitteilung niedergelegten Anforderungen, wird ihnen im Inhalt aber nicht gerecht.

aa. Abgleich

Die Prioritätenmitteilung wird nur in Ansätzen umgesetzt. Die Entscheidung nimmt neben einem generellen Hinweis keinen weiteren Bezug auf die Prioritätenmitteilung. Eine Prüfung nach der Prioritätenmitteilung ist aber möglich, da die Kommission die Lizenzverweigerung als Unterfall der Lieferverweigerung aufführt.[484] Die Kommission wird demnach nur tätig, wenn die Lieferverweigerung ein objektiv notwendiges Produkt oder eine Dienstleistung betrifft, den Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt wahrscheinlich ausschaltet und wahrscheinlich den Verbrauchern schadet.[485] Allerdings besteht nach der Prioritätenmitteilung die Möglichkeit, bei Sonder- und Exklusivrechten von diesen Voraussetzungen abzuweichen.[486]

Dieses Schema wird von der Kommission bei der rechtlichen Beurteilung des Falles nicht konsequent angewendet. Insbesondere werden Nachweise oft nicht erbracht. Der erste Prüfungsschritt der Notwendigkeit des Inputs wird von der Kommission mit Ausführungen zum Standardisierungsprozess und den Auswirkungen von SEPs ausführlich durchgeführt.[487] Lückenhaft bleibt die Prüfung der wahrscheinlichen Auswirkungen auf Wettbewerb und Verbraucher. Den Ausschluss des wirksamen Wettbewerbs will die Kommission, laut Prioritätenmitteilung, in solchen

484 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 78.

485 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 81.

486 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 82.

487 Europäische Kommission, 29.4.2014, Case AT.39985, Rz. 193 ff. – *Motorola*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Fällen aber generell annehmen, wenn der Input, hier also die Lizenz, objektiv nötig ist, um auf dem nachgelagerten Markt tätig zu werden.[488] Die Verbraucherschädigung wäre aber nach der Prioritätenmitteilung mit wenigen Ausnahmen in jedem Fall nachzuweisen.[489]

Bezüglich des zeitweisen Verkaufsverbots werden die Auswirkungen zumindest thematisiert. Die Kommission fasst sich hier aber kurz.[490] Dies kann mit der Prioritätenmitteilung noch in Einklang gebracht werden, da ein komplettes Verkaufsverbot immer eine Verdrängung des Wettbewerbers vom Markt nach sich ziehen kann. Unklar bleibt, ob in einem solchen Fall nach der Prioritätenmitteilung trotzdem noch die Auswirkungen auf die Verbraucher nachgewiesen werden müssen. In der Prioritätenmitteilung behält es sich die Kommission ausdrücklich vor, von den Voraussetzungen abzuweichen, wenn es offenkundig ist, dass „die Einführung einer Lieferpflicht für den Eigentümer des Inputs und/oder andere Marktteilnehmer weder ex ante noch ex post die Anreize für Investition und Innovation auf dem vorgelagerten Markt reduzieren kann."[491] Feststellungen hierzu werden in der Entscheidung nicht getroffen.

Die Kommission weist sodann die Auswirkungen auf die Verbraucher zumindest nicht nach, sondern begnügt sich mit einem Hinweis auf eingeschränkte Wahlmöglichkeiten.[492] Die Wettbewerbssituation im nachgelagerten Markt wird nicht untersucht.[493]

Nicht mehr offensichtlich sind die Auswirkungen bei dem von der Kommission untersuchten Vergleich. Die für Apple möglicherweise ungünstigen Bedingungen lassen noch keinen Schluss auf die Auswirkungen auf Wettbewerb und Verbraucher zu. Die Kommission verfolgt hier eine schlüssige

488 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 85.

489 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 21.

490 Europäische Kommission, 29.4.2014, Case AT.39985, Rz. 373 ff. – *Motorola*.

491 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 82.

492 Europäische Kommission, 29.4.2014, Case AT.39985, Rz. 312 – *Motorola*.

493 *Akman*, Antitrust Law Journal 2016, 145, 199.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Argumentation, Nachweise werden aber in keinem der einzelnen Punkte aufgeführt. Dies gilt auch für den von der Kommission unterstellten Vertrauensverlust in die Standardsetzung.[494]

bb. Würdigung

Die Entscheidung der Kommission im Fall Motorola wird der Prioritätenmitteilung und der darin vertretenen Form des more economic approach kaum gerecht. Das Prüfungsprogramm der Prioritätenmitteilung wird nur formal eingehalten. Es gibt keinen Hinweis darauf, dass die Kommission inhaltlich davon abweichen möchte, wie es in der Prioritätenmitteilung selbst vorgesehen ist.[495] Die Kommission füllt die Prüfung aber inhaltlich nur teilweise aus. Insbesondere werden kaum Nachweise für die Behauptungen erbracht, die die Kommission aufstellt.

Dies gilt zunächst für die angeblich eingeschränkte Wahlmöglichkeit der Verbraucher. Nachweise hierfür werden nicht erbracht. Die Kommission verweist lediglich darauf, dass das Verkaufsverbot die Wahlmöglichkeiten einschränke. Während es auf den ersten Blick selbstverständlich erscheint, ist es eher unverständlich, wenn man bedenkt, dass das Verkaufsverbot nur ein paar Stunden andauerte und nur Online-Verkäufe betraf. Deutlich wird hier, wie problematisch Nachweise der Auswirkungen auf Wettbewerb und Verbraucher sein können, wenn der bezweckte Erfolg der missbräuchlichen Verhaltensweise gerade nicht eingetreten ist. Rechtlich ist dies nach Ansicht der Kommission unerheblich, da eine voraussichtliche Schädigung für die Missbräuchlichkeit genügen würde. Allerdings ist in solchen Fällen der Nachweis dieser möglichen Auswirkungen erschwert, da die Marktentwicklung bei bestehendem Verkaufsverbot prognostiziert werden müsste, was hier nicht geschieht.

Ähnliches gilt für die Auswirkungen des dann geschlossenen Vergleichs zwischen Motorola und Apple. Hier wird zwar eine Möglichkeit aufgezeigt, wie sich die im Vergleich enthaltenen Bedingungen auf Wettbewerb und Verbraucherwohlfahrt auswirken könnten, aber nicht mit Nachweisen ver-

494 Europäische Kommission, 29.4.2014, Case AT.39985, Rz. 322 ff. – *Motorola*.

495 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 82.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sehen. Auch hier ist das wohl dem Umstand geschuldet, dass solche Nachweise schwer zu erbringen sein dürften. Im Sinne des more economic approach wäre ein Nachweis in diesem Punkt aber gerade besonders wichtig, da die Auswirkungen des nachteiligen Vergleiches besonders Apple treffen und gerade hier die Grenze zwischen Wettbewerber- und Wettbewerbsschutz zu verschwimmen droht. Dies sollte durch Einführung des more economic approach gerade verhindert werden.[496]

Auch der angebliche Vertrauensverlust in Standardisierungsbemühungen wird nicht nachgewiesen. Auch hier kann argumentiert werden, dass diese Behauptung nur schwer einem Beweis zugänglich ist. Dann wäre diese aber gar nicht erst anzustellen, wenn die Kommission es sich selbst auferlegt, Nachweise für die Auswirkungen des missbräuchlichen Verhaltens zu erbringen.

Insgesamt zeigt sich in der Entscheidung, dass die Kommission formal noch den Anforderungen aus der Prioritätenmitteilung folgen möchte und deswegen auch ausdrücklich Bezug auf diese nimmt, aber inhaltlich insbesondere auf Ebene der Nachweise diese Leistung nicht erbringt.

5. Slovak Telekom (2014)

Im Verfahren gegen Slovak Telekom (ST), einer Tochter der Deutschen Telekom, geht es, wie schon im Fall Telekomunikacja Polska, um den Zugang von AOs zu Breitbandleistungen.

a. Überblick

Die Entscheidung der Kommission vom 15.10.2014 rügt die Umstände und Konditionen, unter denen ST den AOs auf dem Großhandelsmarkt Zugang zu sog. Unbundled Local Loops (ULL) und damit zum Einzelhandelsmarkt für lokale Breitbandleistungen gewährt hat. ULL sind die Netzwerkverbindungen, die sich direkt in der Wohnung der Kunden befinden, beispielsweise die Telefonbuchse, über die auch der Breitbandinternetzugang angeschlossen wird.[497]

496 *Akman*, Antitrust Law Journal 2016, 145, 59.
497 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 179 – *Slovak Telekom*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Verhaltensweisen werden von der Kommission als Lieferverweigerung und als Kosten-Preis-Schere eingeordnet. Die Lieferverweigerung betrifft dabei das Zurückhalten von relevanten Informationen, den nur eingeschränkten Zugang zu Netzleitungen und die Konditionen, zu denen Zugang gewährt werden sollte.[498] Die Kommission sieht außerdem in den Konditionen eine Kosten-Preis-Schere, die das Tätigwerden von AOs auf dem Einzelhandelsmarkt auf lange Sicht unrentabel macht.[499]

Die Kommission verhängt ein Bußgeld in Höhe von insgesamt EUR 60.908.000.[500]

b. Textstellen

Die Kommissionsentscheidung umfasst 1543 Randnummern. Die rechtliche Beurteilung der Missbräuchlichkeit findet sich in den Rn. 335 – 1183. Beim Materialdurchlauf konnten die folgenden Textstellen den verschiedenen Kategorien zugeordnet werden:

Kategorie		Fundstellen (Rn.)
1. Fallgruppen	i.	355-371, 822-873
	ii.	378-821, 873-1045
2. Marktverschließung	i.	1046-1049
	ii.	1050-1109, 1116-1123
3. Auswirkungsanalyse	i.	1110
	ii.	
4. Verbraucherwohlfahrt	i.	357, 1047
	ii.	1125-1183
5. Rechtfertigung	i.	359, 1040
	ii.	1040
6. Zitat	873	

498 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 355 ff. – *Slovak Telekom*.
499 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 822 ff. – *Slovak Telekom*.
500 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 1542 f. – *Slovak Telekom*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c. Zusammenfassung

Für jede Kategorie ergeben sich auf dem gewählten Abstraktionsniveau die folgenden Zusammenfassungen der Textstellen:

(1) Fallgruppen

i. Maßstab

Die Kommission prüft das Zurückhalten von relevanten Informationen, den nur eingeschränkten Zugang zu Netzleitungen und die Konditionen, zu denen Zugang gewährt werden sollte, im Rahmen einer Lieferverweigerung und deren Auswirkungen auf die Wettbewerbsstruktur. Maßgebliches Prüfungskriterium der Kommission ist, dass die Lieferverweigerung dazu geeignet sein muss, den Eintritt anderer Anbieter in den Markt zu erschweren oder unmöglich zu machen. Dabei muss eine Lieferverweigerung nicht eine komplette Verweigerung sein, Erschwerungen genügen.[501] Entgegen der Ansicht von ST ist es nicht nötig, dass sich die Lieferverweigerung auf ein Produkt (hier das Netz) bezieht, das unverzichtbar für den Eintritt auf den Markt ist. Da hier kein alternativer Zugangsmechanismus besteht, ist nicht nachzuweisen, dass die Entwicklung eines eigenen Netzes unmöglich oder unangemessen schwierig ist.[502]

Die Kommission prüft die Kosten-Preis-Schere davon unabhängig als eine eigene Form des Missbrauchs.[503] Sie versucht nachzuweisen, dass die Kosten-Preis-Schere wettbewerbswidrige Auswirkungen hat, die Wettbewerber vom Markt ausschließen, die genauso effizient sind wie das marktbeherrschende Unternehmen. Nicht nötig ist indes, dass dieses Ziel auch tatsächlich erreicht wird.[504] Zur Beurteilung der Kosten-Preis-Schere wird ein AEC-Test durchgeführt, mit dem gezeigt wird, dass selbst das marktbeherrschende Unternehmen unter den Bedingungen nicht profitabel auf dem Markt tätig werden könnte. Dabei wird der AEC-Test neben den Breitbandleistungen auch auf das aggregierte Portfolio, Jahr für Jahr

501 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 361 – *Slovak Telekom*.
502 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 362 ff. – *Slovak Telekom*.
503 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 822 – *Slovak Telekom*.
504 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 825 – *Slovak Telekom*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und in Bezug auf von ST vorgeschlagene Zeitabschnitte angewendet.[505] Die LRAIC werden als die relevante Kostengröße genutzt.[506]

ii. Subsumtion

Bei der Prüfung der Lieferverweigerung stellt die Kommission fest, dass der Netzzugang für die AOs in der Slovakei von großer Bedeutung ist. Dies wird belegt mit den Marktanteilen von sDSL, den wachsenden Abnehmerzahlen, Entscheidungen von Regulierungsbehörden, der Kosteneffizienz und der Flexibilität im Betrieb.[507] ST verfolgte die interne Strategie, AOs möglichst von einem Markteintritt abzuhalten, was mit internen Dokumenten STs belegt wird.[508]

Die Verhinderung eines Markteintritts wird weiter damit begründet, dass die AOs Interesse an dem Marktzutritt hatten, wie aus Verhandlungen und Anfragen verschiedener AOs hervorgeht.[509]

Die Lieferverweigerung wurde dabei durch unfaire Vertragsbedingungen seitens ST umgesetzt: ST hielt für die AOs relevante Informationen zurück[510], Teile des Netzes wurden bewusst vom Zugang ausgenommen[511] und die Verträge enthielten unfaire Bestimmungen zu Zusammenstellung, Qualifizierung, Vorhersagen, Reparaturen, Instandhaltung und Banksicherheiten.[512]

Der AEC-Test wird zunächst nur für Breitbandleistungen durchgeführt. Dabei wird berechnet, ob das marktbeherrschende Unternehmen auf dem nachgelagerten Markt selbst profitabel tätig werden könnte, wenn es die gleichen Preise zahlen müsste, die es selbst von den Wettbewerbern auf dem nachgelagerten Markt verlangt.[513] Berechnet wird dies nicht nur anhand einzelner Produkte von ST, sondern anhand des aggregierten Produktportfolios. Als Zeitraum der Berechnung werden mehrere Abschnitte von je einem Jahr gewählt. Als relevante Kostengröße werden die LRAIC

505 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 831 ff., 843 ff. – *Slovak Telekom*.
506 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 860 ff. – *Slovak Telekom*.
507 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 378 ff. – *Slovak Telekom*.
508 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 389 ff. – *Slovak Telekom*.
509 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 394 ff. – *Slovak Telekom*.
510 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 431 ff. – *Slovak Telekom*.
511 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 535 – *Slovak Telekom*.
512 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 652 ff. – *Slovak Telekom*.
513 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 828 ff. – *Slovak Telekom*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ermittelt. Diese setzen sich aus allen variablen und festen Kosten zusammen, die ein Unternehmen eingehen muss, um ein bestimmtes Produkt oder eine bestimmte Dienstleistung zu erbringen. Da diese Kostengrößen von ST nicht hinreichend offengelegt wurden, berechnet die Kommission selbst einen Annäherungswert auf Grundlage der ermittelten Finanzdaten.[514] Diesen Kosten wird der Verkaufspreis entgegengestellt, den ST selbst im Absatz verlangt. Diese Gegenüberstellung ergibt eine negative Gewinnmarge. Ergebnis ist also, dass ein ebenso effizienter Wettbewerber nicht profitabel auf dem Markt hätte tätig werden können.[515] Gleiches gilt für die Kalkulationen bezogen auf verschiedene Zeiträume[516] und gebündelte Produkte.[517] Unterstützt wird der Test durch Präsentationen und andere interne Kommunikation, aus der hervorgeht, dass ST selbst davon ausgegangen ist, dass sie eine Kosten-Preis-Schere anwenden.[518]

(2) Marktverschließung

i. Maßstab

Zusätzlich prüft die Kommission, welche möglichen marktverschließenden Auswirkungen die Verhaltensweisen hatten. Dabei ist es nicht nötig, einen tatsächlichen Erfolg der Marktverschließung in Form der Verdrängung von Wettbewerbern nachzuweisen. Es genügt, dass dies möglich gewesen sein könnte.[519]

ii. Subsumtion

Als wesentliche Auswirkung in Form der Marktverschließung identifiziert die Kommission künstlich erhöhte Marktzutrittsschwellen für Leistungen im Breitbandeinzelhandel.[520] Diese ergeben sich aus den von ST geforderten Zugangsbedingungen, die einen profitablen Markteintritt praktisch

514 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 873 ff. – *Slovak Telekom*.
515 Die eigentliche Kalkulation ist in der Entscheidung nur im Ergebnis dargestellt und geschwärzt, sodass eine vertieftere Darstellung nicht möglich ist: Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 1007 ff. – *Slovak Telekom*.
516 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 1013 – *Slovak Telekom*.
517 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 1016 ff. – *Slovak Telekom*.
518 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 1024 ff. – *Slovak Telekom*.
519 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 1046 ff. – *Slovak Telekom*.
520 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 1049 ff. – *Slovak Telekom*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

unmöglich gemacht haben.[521] Außerdem wurde der Aufbau einer eigenen Infrastruktur der AOs dadurch erschwert, dass sie keinen effektiven Zugang zu den ULL hatten und deswegen schwerer eine Kundenbasis aufbauen und Gewinne erwirtschaften konnten, die in den Netzaufbau reinvestiert hätten werden können.[522] Außerdem führt die Kommission direkte quantitative Beweise für eine Marktverschließung an. Dabei stellt sie die Marktentwicklung auf dem Einzelhandelsmarkt für xDSL in der Slovakei der in der EU gegenüber. Während in der EU der Anteil der Markteintritte erhöhte, fiel er in der Slovakei stetig.[523] Außerdem verblieb der Marktanteil von ST auf einem höheren Niveau als dem der anderen Netzbetreiber in Europa.[524]

(3) Auswirkungsanalyse

i. Maßstab

Als weiteren Aspekt analysiert die Kommission die Auswirkungen auf den Wettbewerb. Dabei betont sie, dass es nach der bisherigen Rechtsprechung genüge, dass die möglichen Auswirkungen der Verhaltensweisen gezeigt, aber nicht nachgewiesen werden. Dennoch möchte sie die möglichen Auswirkungen in Form der Stärkung der marktbeherrschenden Stellung soweit wie möglich belegen.[525]

ii. Subsumtion

Als Beleg wird zunächst die Marktstruktur des betroffenen Einzelhandelsmarktes im Verlauf mehrerer Jahre dargestellt. Damit will die Kommission zeigen, dass ST durch die Praktiken ihre beherrschende Position auf diesem Markt beibehalten konnte.[526] Außerdem werden die Auswirkungen auf die Verbraucher mit qualitativen und quantitativen Beweismitteln belegt (s. dazu die Kategorie 4 ii).

521 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 1055 – *Slovak Telekom*.
522 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 1067 ff. – *Slovak Telekom*.
523 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 1117 – *Slovak Telekom*.
524 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 1121 – *Slovak Telekom*.
525 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 1110 f. – *Slovak Telekom*.
526 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 1111 – *Slovak Telekom*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(4) Verbraucherschaden

i. Maßstab

ST stellt im Rahmen eines eigenen Counterfactuals, also der Darstellung einer hypothetischen Marktentwicklung, in Frage, ob es zu einer Verbraucherschädigung kam.[527] Die Kommission stellt ausdrücklich klar, dass es nicht nötig sei, einen direkten Verbraucherschaden nachzuweisen.[528]

ii. Subsumtion

Auf den Einwand von ST, dass ein Verbraucherschaden im vorliegenden Fall unwahrscheinlich ist, widerlegt die Kommission die Ansicht STs anhand qualitativer und quantitativer Beweismittel und argumentiert, dass bei leichterem Netzzugang Verbraucher mehr Wahlmöglichkeiten hätten, Breitbandanschlüsse verbreiteter wären und größerer Kostendruck entstanden wäre.[529] Die Kommission vergleicht das Preisniveau in der Slovakei mit dem in anderen europäischen Staaten. Dabei analysiert sie verschiedene internationale Studien, die zu den Preisen auf dem Einzelhandelsbreitbandmarkt Daten erhoben und verglichen haben.[530] Da die Preise vor allem im Zeitraum 2007 bis 2009 im Vergleich zu anderen EU-Staaten hoch waren, kommt die Kommission zu dem Ergebnis, dass ohne STs missbräuchliches Verhalten die Preise auch in der Slovakei niedriger ausgefallen wären.[531] Als weitere Belege führt die Kommission Zahlen zur DSL-Verfügbarkeit in der Slovakei im Vergleich zur EU an.[532] Sie kommt hier zum gleichen Ergebnis. Außerdem werden interne Dokumente zitiert, nach denen ST negative Auswirkungen der Netzöffnung auf das eigene Geschäft erwartet hat.[533]

527 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 1125 – *Slovak Telekom*.
528 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 357, 1047 – *Slovak Telekom*.
529 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 1128 ff. – *Slovak Telekom*.
530 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 1135 ff. – *Slovak Telekom*.
531 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 1170 – *Slovak Telekom*.
532 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 1130, 1172 – *Slovak Telekom*.
533 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 1129 – *Slovak Telekom*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(5) Rechtfertigung

i. Maßstab

Die Kommission stellt fest, dass eine Rechtfertigung von ST vorgetragen werden könnte.[534]

ii. Subsumtion

ST hat keine Rechtfertigung geltend gemacht.[535]

(6) Zitat

Die Bezugnahme auf die Prioritätenmitteilung erfolgt nur bei Bestimmung der relevanten Kostengrößen für die Durchführung des AEC-Tests.[536]

d. Ergebnis der Analyse

Die Entscheidung stellt eine weitere Abkehr der Kommission vom Maßstab der Verbraucherschädigung dar. Die Kommission sieht sie in der Entscheidung ausdrücklich als nicht erforderlich an.

aa. Abgleich

Die Entscheidung der Kommission nimmt nur in zwei Fußnoten ausdrücklich Bezug auf die Prioritätenmitteilung. Dennoch enthält sie viele Elemente, die direkt aus deren Analyserahmen entnommen sind. Auffälligste Abweichung ist, dass die Kommission die Verbraucherwohlfahrt nur auf den Einwand von ST als Prüfungsmaßstab anwendet.

Die rechtliche Prüfung des Falles bezieht sich auf eine Lieferverweigerung und eine Kosten-Preis-Schere. Beide Verhaltensweisen sind in der Prioritätenmitteilung behandelt. Bei der Lieferverweigerung könnte die

534 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 359, 1040 – *Slovak Telekom*.
535 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 1040 – *Slovak Telekom*.
536 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 873 – *Slovak Telekom*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kommission das Schema aus der Prioritätenmitteilung zur Prüfung übernehmen, hätte aber nach der Prioritätenmitteilung auch die Möglichkeit, hiervon abzuweichen.[537] Sie lässt allerdings den letzten Prüfungspunkt der Verbraucherschädigung weitgehend offen und prüft diesen nur an anderer Stelle auf Einwand von ST.[538]

Die Prüfung der Kosten-Preis-Schere verläuft stärker nach dem Programm der Prioritätenmitteilung. Die Kommission wendet den in der Prioritätenmitteilung für preisbezogene Behinderungsmissbräuche angekündigten AEC-Test an.[539] Dabei nutzt sie die LRAIC als Referenzgröße, welche neben den AAC in der Prioritätenmittteilung zur Beurteilung eines preisbezogenen Behinderungsmissbrauchs herangezogen werden sollen.[540] Neben dem AEC-Test wird außerdem zur Begründung der Missbräuchlichkeit auf interne Kommunikation von ST verwiesen.[541] Das deckt sich mit der Prioritätenmitteilung, nach der der AEC-Test nicht allein zur Bestimmung der Missbräuchlichkeit herangezogen werden soll, sondern auch weitere Anhaltspunkte für eine wettbewerbswidrige Marktverschließung wie bspw. Nachweise einer gezielten Behinderungsstrategie.[542] Insgesamt fällt der AEC-Test kürzer aus, als dies noch in der Entscheidung Intel der Fall war. Die übrige rechtliche Würdigung hat eine eigenständige Bedeutung.

Die Prüfung der Marktverschließung hat die von ST geschaffenen Marktzutrittsschranken zum Gegenstand.[543] Diese fallen unter den Begriff der Marktverschließung nach der Prioritätenmitteilung, die jedes Verhalten umfasst, das „den Zugang zu Lieferquellen oder Märkten erschwert oder

537 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 82.

538 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 1125 ff. – *Slovak Telekom*.

539 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 831 ff. – *Slovak Telekom*.

540 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 26.

541 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 1024 ff. – *Slovak Telekom*.

542 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 27, 20.

543 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 1046 ff. – *Slovak Telekom*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

unmöglich macht".[544] Die ebenfalls von der Prioritätenmitteilung geforderte (voraussichtliche) Verbraucherschädigung in Form von Preissteigerungen wird wiederum an dieser Stelle nicht thematisiert.

Die Verbraucherschädigung wird von der Kommission in der eigenen Prüfung nicht thematisiert. Sie hält diesen Punkt vielmehr für entbehrlich. Erst auf den Einwand von ST im Rahmen des Counterfactuals beschäftigt sich die Kommission hiermit und nimmt dann eine Prüfung vor, die sich mit den Anforderungen der Prioritätenmitteilung deckt. Sie beweist diese mit dem Preisvergleich mit anderen Mitgliedsstaaten.[545]

bb. Würdigung

Die Entscheidung zeigt eine Abkehr vom Maßstab der Verbraucherwohlfahrt. Während weite Teile der Entscheidung dem Prüfungsprogramm der Prioritätenmitteilung entsprechen, wird eine Prüfung der Verbraucherschädigung abgelehnt und nur durchgeführt, um den Einwand von ST zu entkräften. Das ist bezeichnend, weil nach der Prioritätenmitteilung und dem allgemeinen Verständnis des more economic approach die Verbraucherschädigung das definierende Element darstellt. Diesen jetzt nur auf den Einwand hin zu prüfen, zeigt, dass dieses Element für die Kommission an Bedeutung verloren hat. In den vorhergehenden Entscheidungen Intel und Telekomunikacja Polska hat die Kommission die Prüfung noch ausdrücklich vorgenommen, auch wenn diese nach der Rechtsprechung nicht nötig gewesen wäre. Nunmehr dreht sie dieses Verhältnis um. Die Prüfung findet zwar noch statt, wird aber von der Kommission nicht mehr als Teil des eigenen Prüfprogramms betrachtet.

Man könnte daraus den Schluss ziehen, dass die Verbraucherschädigung nunmehr – wie auch die Effizienzgewinne im Rahmen der Rechtfertigung – nur auf Einwand des Entscheidungsadressaten geprüft wird und dieser hierfür darlegungs- und beweisbelastet ist. Die Voraussetzungen, nach denen ein Verhalten der Missbräuchlichkeit unterfällt, wären damit inhaltlich nicht geändert. Die praktische Anwendung würde sich damit aber erheb-

544 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 19.

545 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 1125 ff. – *Slovak Telekom*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lich verschieben, wenn die aufwendige Ermittlung des (ausbleibenden) Verbraucherschadens das marktbeherrschende Unternehmen trifft.

Das Vorgehen könnte jedoch auch die Ankündigung einer generellen Abkehr der Kommission vom Maßstab der Verbraucherwohlfahrt darstellen. Nach den bisherigen Entscheidungen in Sachen Intel und Telekomunikacja Polska wäre es angemessen, nicht sofort gänzlich auf eine Prüfung zu verzichten, nachdem diese in der Prioritätenmitteilung und in den genannten Entscheidungen noch als Anwendungspraxis dargestellt wurde. Um den Vertrauensschutz zu wahren, könnte die Kommission in dieser Entscheidung nur einen kleineren Schritt machen und die Verbraucherschädigung noch prüfen, aber ankündigen, diese nicht als Teil des Prüfungsprogramms anzusehen,

Diese zweite Interpretation der Entscheidung passt auch zu den Ergebnissen der Analyse der Entscheidungen Intel und Telekomunikacja Polska. Zwar wurde hier die Verbraucherschädigung noch ausdrücklich als Teil der Prüfung angesehen, jedoch hat die Analyse gezeigt, dass der Prüfungspunkt in beiden Entscheidungen kaum mit Inhalt gefüllt werden konnte und insbesondere Nachweise ausgeblieben sind. Das legt nahe, dass die Kommission in den vorausgehenden Entscheidungen Schwierigkeiten hatte, den Anforderungen der Prioritätenmitteilung gerecht zu werden. Aus dieser Lehre kann die Kommission die Konsequenzen ziehen und die Verbraucherwohlfahrt wieder aus dem eigenen Prüfungsmaßstab verabschieden.

Die Entscheidung ist damit eine deutliche Einschränkung der Prioritätenmitteilung. Sie ist eine weitere Abkehr vom more economic approach, da die Kommission die Verbraucherwohlfahrt, die maßgeblicher Bestandteil des more economic approach ist, ausdrücklich nicht als Teil des Prüfungsprogramms ansieht.

6. ARA Foreclosure (2016)

Die Entscheidung gegen die Altstoff Recycling Austria Aktiengesellschaft („ARA“) betrifft den österreichischen Markt für die Entsorgung von Haushaltsabfällen.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

a. Überblick

Die kurze Entscheidung der Kommission vom 20.9.2016 betrifft den Zugang zur Haushaltssammelinfrastruktur von ARA. ARA sammelt entgeltlich für Hersteller den Abfall ihrer Waren und „entpflichtet" sie damit von ihrer rechtlichen Verpflichtung, den Abfall selbst zu sammeln und zu verwerten. Hierfür bedient sich ARA vor allem fremder Sammelunternehmen, mit denen es Verträge geschlossen hat. Nach österreichischem Recht mussten Unternehmen, die auf dem Entpflichtungsmarkt tätig werden wollten, nachweisen, dass ihre Sammelinfrastruktur ganz Österreich umfasst. Dieses Erfordernis erfüllte nur die Sammelinfrastruktur von ARA, die nach Meinung der Kommission auch nicht duplizierbar war.[546] ARA hat eingeräumt, dass sie Unternehmen fahrlässig den Zugang zu ihrer Sammelinfrastruktur verweigert und damit gegen Art. 102 AEUV verstoßen hat.[547] Die Kommission bebußt das Verhalten mit einem Betrag von EUR 6.015.000.[548]

b. Textstellen

Die Kommissionsentscheidung umfasst 167 Randnummern. Die rechtliche Beurteilung der Missbräuchlichkeit findet sich in den Rn. 67 – 121. Beim Materialdurchlauf konnten die folgenden Textstellen den verschiedenen Kategorien zugeordnet werden:

546 Europäische Kommission, 20.9.2016, Case AT.39759, Rz. 21 ff. – *ARA Foreclosure*.
547 Europäische Kommission, 20.9.2016, Case AT.39759, Rz. 19 – *ARA Foreclosure*.
548 Europäische Kommission, 20.9.2016, Case AT.39759, Rz. 163 – *ARA Foreclosure*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kategorie		Fundstellen (Rn.)
1. Fallgruppen	i.	74-76
	ii.	78-94, 101-113
2. Marktverschließung	i.	
	ii.	
3. Auswirkungsanalyse	i.	69, 71
	ii.	
4. Verbraucherwohlfahrt	i.	71
	ii.	
5. Rechtfertigung	i.	73, 114, 115
	ii.	114, 115
6. Zitat		

c. Zusammenfassung

Für jede Kategorie ergeben sich auf dem gewählten Abstraktionsniveau die folgenden Zusammenfassungen der Textstellen:

(1) Fallgruppen

i. Maßstab

Die Kommission prüft eine Zugangsverweigerung anhand folgender Kriterien: Die Verweigerung betrifft ein Produkt oder eine Dienstleistung, die unabdingbar für den Eintritt auf einen nachgelagerten Markt ist, die Verweigerung führt wahrscheinlich zur Ausschaltung des Wettbewerbs auf dem betroffenen Markt, die Verweigerung kann nicht objektiv gerechtfertigt werden und wird nicht durch Effizienzgewinne aufgewogen.[549]

ii. Subsumtion

Die Feststellung, dass die Infrastruktur von ARA unabdingbar für den Eintritt auf einen nachgelagerten Markt ist, stützt die Kommission auf eine eigene Entscheidung aus dem Jahr 2003 sowie auf die rechtlichen,

549 Europäische Kommission, 20.9.2016, Case AT.39759, Rz. 76 – *ARA Foreclosure*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

praktischen und wirtschaftlichen Hürden, die damit verbunden wären, die Infrastruktur zu duplizieren.[550] Rechtliches sowie praktisches Hindernis ist dabei die notwenige behördliche Genehmigung, die nach Aussagen des zuständigen Ministeriums kaum zu erlangen wäre.[551] Dabei teilt die Kommission die Ansicht, dass eine Duplizierung der Infrastruktur dem öffentlichen Interesse widersprechen würde. Dies ergibt sich aus der Landschaftsbeeinträchtigung, dem höheren Müllabfuhraufkommen, höheren Gesamtkosten und dem größeren Aufwand für die Haushalte.[552] Wirtschaftliche Hindernisse sind die hohen Fixkosten, die anfallen würden, bevor die Tätigkeit überhaupt aufgenommen werden kann.[553]

Die Infrastruktur stand auch unter der Kontrolle von ARA, da allein ARA über die Art und Weise der Nutzung bestimmen konnte, auch wenn sie nicht Eigentümerin der gesamten Infrastruktur war.[554]

Die Verweigerung des Zugangs erfolgte in der Form, dass ARA von Bewerbern verlangte, für jede Region einzeln nachzuweisen, dass die Infrastruktur im Eigentum von ARA nicht duplizierbar sei.[555] Dadurch war ein Zugang zu der gesamten Infrastruktur in Österreich ausgeschlossen.[556]

Folge der Verweigerung war ein Ausschluss des Wettbewerbs, da keine anderen Unternehmen die Infrastruktur nutzen konnten.[557] Eine Kausalität ist nicht nachzuweisen, sodass unerheblich ist, ob andere Gründe dazu geführt haben, dass kein anderes Unternehmen tätig werden konnte. Es ist zumindest wahrscheinlich, dass das Verhalten ARAs den Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt ausgeschlossen hat.[558]

550 Europäische Kommission, 20.9.2016, Case AT.39759, Rz. 78 f. – *ARA Foreclosure*.
551 Europäische Kommission, 20.9.2016, Case AT.39759, Rz. 81 ff. – *ARA Foreclosure*.
552 Europäische Kommission, 20.9.2016, Case AT.39759, Rz. 86 ff. – *ARA Foreclosure*.
553 Europäische Kommission, 20.9.2016, Case AT.39759, Rz. 92 ff. – *ARA Foreclosure*.
554 Europäische Kommission, 20.9.2016, Case AT.39759, Rz. 95 ff. – *ARA Foreclosure*.
555 Europäische Kommission, 20.9.2016, Case AT.39759, Rz. 104 ff. – *ARA Foreclosure*.
556 Europäische Kommission, 20.9.2016, Case AT.39759, Rz. 110 – *ARA Foreclosure*.
557 Europäische Kommission, 20.9.2016, Case AT.39759, Rz. 112 – *ARA Foreclosure*.
558 Europäische Kommission, 20.9.2016, Case AT.39759, Rz. 113 – *ARA Foreclosure*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(3) Auswirkungsanalyse

i. Maßstab

Die Kommission stellt im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH fest, dass die Auswirkungen des Verhaltens auf Wettbewerb und Marktstruktur zu prüfen sind.[559]

ii. Subsumtion

Die Kommission führt keine eigenständige Subsumtion durch.

(4) Verbraucherwohlfahrt

i. Maßstab

Bezüglich der Verbraucherwohlfahrt betont die Kommission im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH, dass Auswirkungen auf die Verbraucher nicht nötig seien, sondern Auswirkungen auf die Wettbewerbsstruktur genügen.[560]

ii. Subsumtion

Die Kommission führt keine eigenständige Subsumtion durch.

(5) Rechtfertigung

i. Maßstab

Nach der Kommission kann das Unternehmen sein Verhalten objektiv rechtfertigen oder zeigen, dass die daraus entstandenen Effizienzen die negativen Effekte aufwiegen. Die Beweislast trifft dabei das Unternehmen.[561]

559 Europäische Kommission, 20.9.2016, Case AT.39759, Rz. 69 ff. – *ARA Foreclosure*.
560 Europäische Kommission, 20.9.2016, Case AT.39759, Rz. 71 – *ARA Foreclosure*.
561 Europäische Kommission, 20.9.2016, Case AT.39759, Rz. 114 – *ARA Foreclosure*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ii. Subsumtion

Im Zuge der Kooperation mit der Kommission hat ARA keine Rechtfertigung vorgetragen.[562]

d. Ergebnis der Analyse

In der Entscheidung finden sich kaum Elemente eines more economic approach oder der Prioritätenmitteilung.

aa. Abgleich

Die sehr knappe Entscheidung geht nicht explizit auf die Prioritätenmitteilung ein. Dennoch wird die Zugangsverweigerung als Unterfall der Lieferverweigerung geprüft. Diese wird als Lieferverweigerung auch in der Prioritätenmitteilung diskutiert. Hiernach sind die folgenden Merkmale zu prüfen:

> „[…] die Lieferverweigerung betrifft ein Produkt bzw. eine Dienstleistung, das bzw. die objektiv notwendig ist, um auf einem nachgelagerten Markt wirksam konkurrieren zu können, die Lieferverweigerung wird wahrscheinlich den wirksamen Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt ausschalten, und die Lieferverweigerung wird wahrscheinlich den Verbrauchern schaden."[563]

Dieses Prüfungsschema wird teilweise aufgegriffen. Die objektive Notwendigkeit wird geprüft, es findet eine eigenständige Subsumtion hierunter statt. Der Ausschluss des Wettbewerbs auf dem nachgelagerten Markt wird bejaht – allerdings ohne weitere Begründung oder Subsumtion. Insbesondere wird eine Kausalität zwischen Lieferverweigerung und Ausschluss des Wettbewerbs nicht verlangt.[564] Nach dem Wortlaut der Prioritätenmittei-

562 Europäische Kommission, 20.9.2016, Case AT.39759, Rz. 115 – *ARA Foreclosure*.

563 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 81.

564 Europäische Kommission, 20.9.2016, Case AT.39759, Rz. 76 ff. – *ARA Foreclosure*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lung wäre diese aber vorauszusetzen.[565] Auswirkungen auf Verbraucher werden ausdrücklich nicht geprüft, obwohl diese nach der Prioritätenmitteilung zum Prüfungsprogramm gehört hätten.[566]

Die Prioritätenmitteilung eröffnet jedoch eine Möglichkeit für eine solche verknappte Prüfung. Dort heißt es, dass eine vertiefte Prüfung nicht nötig ist, wenn die Lieferverpflichtung (hier: Zugangsverpflichtung) bereits auf einer mit dem Gemeinschaftsrecht zu vereinbarenden Entscheidung des Gesetzgebers oder einer Verwaltungsbehörde fußt. In dieser Situation erübrige sich eine vertiefte Prüfung, da die notwendige Abwägung schon in der vorgelagerten Entscheidung durchgeführt wird.[567] Die Entscheidung äußert sich nicht dazu, ob ein solcher Fall vorliegt.

bb. Würdigung

Die Entscheidung der Kommission hat keinerlei Prägung durch den more economic approach oder die Prioritätenmitteilung. Während die Lieferverweigerung teilweise – wie in der Prioritätenmitteilung angekündigt – geprüft wird, so fehlt jedoch die vertiefte Darstellung der kausalen Auswirkungen auf den Wettbewerb und das entscheidende Element der Verbraucherwohlfahrt, das den more economic approach ausmacht. Hierzu führt die Kommission keine eigenständige Subsumtion durch. Die Prioritätenmitteilung lässt zwar selbst Ausnahmen von diesen Erfordernissen zu, auf die und deren Gründe in der Entscheidung aber nicht eingegangen wird.

Die Entscheidung kann als weiterer Schritt weg vom Maßstab der Verbraucherwohlfahrt verstanden werden. In der Entscheidung Slovak Telekom prüfte die Kommission die Verbraucherschädigung zumindest noch auf den Einwand des marktbeherrschenden Unternehmens hin. Hier wird

565 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 81.

566 Europäische Kommission, 20.9.2016, Case AT.39759, Rz. 71 – *ARA Foreclosure*; *dies.*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 81.

567 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 82.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ein solcher Einwand wohl auch deswegen nicht erhoben, weil ARA mit der Kommission kooperiert hat. Deswegen darf die Bedeutung der Entscheidung insgesamt nicht überschätzt werden. Die Kooperation ist der Grund dafür, dass die Entscheidung sehr knapp ausfällt, da die Kommission keine Rechtsmittel befürchten musste und deswegen aus Effizienzgründen auf eine eingehendere Prüfung verzichten konnte. Diese wäre nötig gewesen, wenn konkrete kausale Auswirkungen auch auf die Verbraucherwohlfahrt hätten geprüft und belegt werden müssen. Es kann kritisiert werden kann, dass die Kommission aufgrund der Kooperation nur eine „Kurzfassung" einer Entscheidung trifft. Es lassen sich jedoch keine eindeutigen Aussagen über den more economic approach treffen.

7. Google Search – Shopping (2017)

Als eines von mehreren aktuellen Verfahren gegen den Suchmaschinenbetreiber Google und seine Muttergesellschaft Alphabet betrifft die hier dargestellte Entscheidung der Kommission den Preisvergleichsdienst „Google Shopping".

a. Überblick

Die Entscheidung der Kommission vom 27.6.2017 betrifft die Reihenfolge und Art der Darstellung von Suchergebnissen in Googles allgemeiner Suche. Die Kommission sieht es als missbräuchlich an, dass Googles eigener Preisvergleichsdienst (Google Shopping) gegenüber den Preisvergleichsdiensten von Wettbewerbern bevorzugt dargestellt wird.[568] Sie verhängt deswegen eine Geldbuße von EUR 2.424.495.000.[569]

In der allgemeinen Google-Suche (in Deutschland: www.google.de) können Nutzer durch die Eingabe einzelner Schlüsselworte nach Informationen aus dem Internet suchen. Für die Listung der Ergebnisse erhält Google keine Zahlungen von den Inhabern der angezeigten Seite. Auch kann durch Zahlungen die Stellung in den Ergebnissen nicht verbessert werden. Nach einer Suche werden neben diesen allgemeinen Suchergebnissen auch Wer-

568 Europäische Kommission, 27.6.2017, Case AT.39740, Rz. 344 ff. – *Google Search (Shopping)*.

569 Europäische Kommission, 27.6.2017, Case AT.39740, Rz. 754 – *Google Search (Shopping)*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

beanzeigen dargestellt. Diese AdWords-Anzeigen versteigert Google für bestimmte Suchworte an den Höchstbietenden. Daneben zeigt Google auch Suchergebnisse spezialisierter Google-Suchen (u.a. auch Google Shopping) an. Diese werden grafisch hervorgehoben und vor den allgemeinen Suchergebnissen platziert. Im Gegensatz zur allgemeinen Suche müssen andere Webseiten Zahlungen an Google leisten, um in dieser Suche gelistet zu werden. Die Abrechnung erfolgt bei Google Shopping über ein „pay per click"-System.[570] Als Folge dessen nimmt der „traffic", der von der allgemeinen Google-Suche kommt und auf Seiten der Wettbewerber geht, ab und der auf Google Shopping zu.[571]

b. Textstellen

Die Kommissionsentscheidung umfasst 755 Randnummern. Die rechtliche Beurteilung der Missbräuchlichkeit findet sich in den Rn. 331 – 671. Beim Materialdurchlauf konnten die folgenden Textstellen den verschiedenen Kategorien zugeordnet werden:

Kategorie		Fundstellen (Rn.)
1. Fallgruppen	i.	
	ii.	
2. Marktverschließung	i.	593
	ii.	594-596
3. Auswirkungsanalyse	i.	332 f., 336, 339, 341f., 589 f., 597
	ii.	444-588, 591, 600-607, 611-640, 642 ff.
4. Verbraucherwohlfahrt	i.	332, 339, 597
	ii.	598 f.
5. Rechtfertigung	i.	340, 653
	ii.	654-671
6. Zitat		

570 Europäische Kommission, 27.6.2017, Case AT.39740, Rz. 21 – *Google Search (Shopping)*.

571 Europäische Kommission, 27.6.2017, Case AT.39740, Rz. 452 ff. – *Google Search (Shopping)*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c. Zusammenfassung

Für jede Kategorie ergeben sich auf dem gewählten Abstraktionsniveau die folgenden Zusammenfassungen der Textstellen:

(2) Marktverschließung

i. Maßstab

Nach einer Darstellung des missbräuchlichen Verhaltens prüft die Kommission dessen Auswirkungen auf den Wettbewerb. Als ersten Punkt prüft sie die Marktverschließung als eine der Auswirkungen des Verhaltens.[572] Dabei stellt sie darauf ab, dass konkurrierende Preisvergleichsportale vom Markt ausgeschlossen werden. Dies kann zu höheren Preisen auch für Verbraucher und weniger Innovation auf dem Markt führen.[573]

ii. Subsumtion

Die Kommission begründet die Missbräuchlichkeit mit dem Umstand, dass Google ohne Wettbewerber die Preise für Händler erhöhen kann. Dies wirkt sich indirekt auf die Verbraucherpreise aus.[574] Die geringeren Innovationsanreize der Konkurrenten resultieren daraus, dass die Innovation sich aufgrund des Verhaltens von Google nicht auszahlen würde.[575] Google selbst hat außerdem keine Innovationsanreize, wenn es keinem Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist.[576]

572 Europäische Kommission, 27.6.2017, Case AT.39740, Rz. 593 – *Google Search (Shopping)*.
573 Europäische Kommission, 27.6.2017, Case AT.39740, Rz. 594 – *Google Search (Shopping)*.
574 Europäische Kommission, 27.6.2017, Case AT.39740, Rz. 593 – *Google Search (Shopping)*.
575 Europäische Kommission, 27.6.2017, Case AT.39740, Rz. 595 – *Google Search (Shopping)*.
576 Europäische Kommission, 27.6.2017, Case AT.39740, Rz. 596 – *Google Search (Shopping)*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(3) Auswirkungsanalyse

i. Maßstab

Die Kommission prüft zur Beurteilung der Missbräuchlichkeit die Auswirkungen des Verhaltens auf den Wettbewerb und dessen Struktur.[577] Dabei muss das Verhalten dazu neigen, den Wettbewerb einzuschränken oder in der Lage dazu sein; ein Erfolg ist nicht nötig.[578] Maßgeblich für die Beurteilung ist, dass für die Konkurrenten von Google Shopping aufgrund des Verhaltens von Google ein Großteil des für diese wichtigen Traffics verlorengegangen ist.[579] Teil der Prüfung ist auch die Eignung des Verhaltens, die beherrschende Position Googles auf dem Markt für Preisvergleichsdienste zu stärken oder auf diesem zumindest wettbewerbswidrige Effekte zu haben.[580] Eine weitere zu berücksichtigende Auswirkung ist die bereits angesprochene Einschränkung der Verbraucher in der Wahl der Preisvergleichsportale.[581]

ii. Subsumtion

Die Wichtigkeit des Traffics wird belegt mit Äußerungen der betroffenen Wettbewerber.[582] Die Auswirkungen des Verhaltens auf den Traffic zu Lasten der Wettbewerber und zu Gunsten von Google belegt die Kommission mit einer eigenen empirischen Analyse des Nutzerverhaltens[583], Aussagen der Wettbewerber zu dem eigenen Traffic[584], einer Analyse der Entwick-

577 Europäische Kommission, 27.6.2017, Case AT.39740, Rz. 332 f., 336 – *Google Search (Shopping)*.
578 Europäische Kommission, 27.6.2017, Case AT.39740, Rz. 339, 341 – *Google Search (Shopping)*.
579 Europäische Kommission, 27.6.2017, Case AT.39740, Rz. 342 – *Google Search (Shopping)*.
580 Europäische Kommission, 27.6.2017, Case AT.39740, Rz. 342 – *Google Search (Shopping)*.
581 Europäische Kommission, 27.6.2017, Case AT.39740, Rz. 597 – *Google Search (Shopping)*.
582 Europäische Kommission, 27.6.2017, Case AT.39740, Rz. 445 f. – *Google Search (Shopping)*.
583 Europäische Kommission, 27.6.2017, Case AT.39740, Rz. 454 ff. – *Google Search (Shopping)*.
584 Europäische Kommission, 27.6.2017, Case AT.39740, Rz. 463 ff. – *Google Search (Shopping)*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lung des Traffics über einen längeren Zeitraum[585], internen Dokumenten von Google[586] und einer Analyse der Entwicklung des Traffics von Google Shopping.[587] Die Bedeutung des Traffics wird belegt mit Kennzahlen, anhand derer nachvollzogen wird, woher der Traffic der konkurrierenden Preisvergleichsportale herrührte.[588] Anhand von Konsumentenstudien und Aussagen von Wettbewerbern wird außerdem belegt, dass der Traffic von Google nicht durch andere Quellen ersetzt werden kann.[589]

Die identifizierten wettbewerbswidrigen Auswirkungen sind die der Marktverschließung[590], die Auswirkungen auf die Verbraucher[591] und der Schutz der eigenen Position Googles, wie die Kommission mit internen Dokumenten Googles belegt.[592]

(4) Verbraucherwohlfahrt

i. Maßstab

Ebenfalls im Rahmen der Auswirkungen auf den Wettbewerb prüft die Kommission, dass das Verhalten auch Auswirkungen auf die Verbraucher in der Form haben könnte, dass diese nicht auf die relevantesten Preisvergleichsportale zugreifen können.[593]

ii. Subsumtion

Dies ergibt sich aus einer von der Kommission selbst durchgeführten Studie, die zeigt, dass die Verbraucher nur die zuerst angezeigten Ergebnisse

585 Europäische Kommission, 27.6.2017, Case AT.39740, Rz. 475 ff. – *Google Search (Shopping)*.
586 Europäische Kommission, 27.6.2017, Case AT.39740, Rz. 490 – *Google Search (Shopping)*.
587 Europäische Kommission, 27.6.2017, Case AT.39740, Rz. 494 ff. – *Google Search (Shopping)*.
588 Europäische Kommission, 27.6.2017, Case AT.39740, Rz. 540 – *Google Search (Shopping)*.
589 Europäische Kommission, 27.6.2017, Case AT.39740, Rz. 542 – *Google Search (Shopping)*.
590 Dazu schon oben die Kategorie 2.
591 Dazu sogleich die Kategorie 4.
592 Europäische Kommission, 27.6.2017, Case AT.39740, Rz. 642 f. – *Google Search (Shopping)*.
593 Europäische Kommission, 27.6.2017, Case AT.39740, Rz. 597 – *Google Search (Shopping)*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Suche nutzen, unabhängig von der Relevanz der späteren.[594] Außerdem informierte Google nicht hinreichend über die Kriterien der Reihenfolge der Anzeige bei den Ergebnissen.[595]

(5) Rechtfertigung

i. Maßstab

Google hat die Möglichkeit, sein Verhalten zu rechtfertigen, wenn dafür objektive Gründe vorgebracht werden können oder gezeigt wird, dass die negativen Wirkungen des Verhaltens durch Effizienzen aufgewogen werden.

ii. Subsumtion

Google bringt fünf Gründe für eine Rechtfertigung des Verhaltens vor, die die Kommission alle verwirft.

1. Google muss weiterhin die Suchrankings anpassen können.[596]
2. Das Ranking verbessert die Suchergebnisse.[597]
3. Die Anzeige von Wettbewerbern in der Suche reduziert selbst den Wettbewerb.[598]
4. Ein Verbot schränkt die Rechte aus der europäischen Grundrechtecharta ein.[599]
5. Eine Abänderung der Anzeige ist technisch nicht möglich.[600]

---

594 Europäische Kommission, 27.6.2017, Case AT.39740, Rz. 598 – *Google Search (Shopping)*.
595 Europäische Kommission, 27.6.2017, Case AT.39740, Rz. 599 – *Google Search (Shopping)*.
596 Europäische Kommission, 27.6.2017, Case AT.39740, Rz. 655 – *Google Search (Shopping)*.
597 Europäische Kommission, 27.6.2017, Case AT.39740, Rz. 656 – *Google Search (Shopping)*.
598 Europäische Kommission, 27.6.2017, Case AT.39740, Rz. 657 – *Google Search (Shopping)*.
599 Europäische Kommission, 27.6.2017, Case AT.39740, Rz. 658 – *Google Search (Shopping)*.
600 Europäische Kommission, 27.6.2017, Case AT.39740, Rz. 659 – *Google Search (Shopping)*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Kommission verwirft diese, da die Gründe zu 1. und 2. von der Entscheidung nicht betroffen sind[601], für 3. keine Beweise vorgebracht werden[602], aufgrund des Verbotes (zu 4.) die Rechte nicht beeinträchtigt sind, da Google nicht an der Monetarisierung der eigenen Dienste gehindert ist und die Einschränkung im Übrigen gerechtfertigt werden kann[603], und zu 5. Google nicht nachweisen kann, dass dies nicht möglich ist.[604]

d. Ergebnis der Analyse

Die Entscheidung ist nicht mehr Ausdruck des more economic approach aus der Prioritätenmitteilung.

aa. Abgleich

Die Kommission geht in der Entscheidung nicht auf die Prioritätenmitteilung ein. Eine dort dargestellte Fallgruppe des Missbrauchs wird nicht ausdrücklich erwähnt. Inhaltlich prüft die Kommission den allgemeinen Tatbestand der Marktverschließung – jedoch nicht nach der im Prioritätenpapier dargestellten Definition. Diese beinhaltet neben der Erschwerung des Zugangs zu Märkten, die hier geprüft wird, auch dessen Folge in Form einer voraussichtlichen Preiserhöhung zum Nachteil der Verbraucher. Diese mögliche Preiserhöhung thematisiert die Kommission jedoch nur kurz. Dort argumentiert sie, dass ohne Wettbewerber Google die Preise für Händler erhöhen könnte, was indirekten Einfluss auf Verbraucherpreise hat.[605] Diese allgemeine Feststellung trifft aber auf jeden Fall zu, in dem das marktbeherrschende Unternehmen Wettbewerber vom Markt verdrängt. Würde man immer diesen Schluss ziehen, wäre der Prüfungspunkt

601 Europäische Kommission, 27.6.2017, Case AT.39740, Rz. 661 ff. – *Google Search (Shopping)*.
602 Europäische Kommission, 27.6.2017, Case AT.39740, Rz. 663 – *Google Search (Shopping)*.
603 Europäische Kommission, 27.6.2017, Case AT.39740, Rz. 664 ff. – *Google Search (Shopping)*.
604 Europäische Kommission, 27.6.2017, Case AT.39740, Rz. 671 – *Google Search (Shopping)*.
605 Europäische Kommission, 27.6.2017, Case AT.39740, Rz. 593, 594 – *Google Search (Shopping)*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der erhöhten Verbraucherpreise inhaltsleer. Ein separater Nachweis, wie die Prioritätenmitteilung ihn ausdrücklich für den Verbraucherschaden ankündigt[606], oder auch nur eine vertiefte Darstellung bleiben aus. Die gesamte Prüfung der möglichen Preiserhöhung beschränkt sich auf einen Satz.[607] Auch die übrige Prüfung der Marktverschließung fällt sehr knapp aus und umfasst nur vier Randnummern. Belege für die dort aufgeführten Behauptungen der Folgen des Verhaltens werden keine aufgeführt.[608]

Es folgt eine Prüfung der Verbraucherschädigung in der Form, dass Verbraucher nicht auf andere Preisvergleichsportale zurückgreifen. Die Prüfung erfolgt anhand der eigenen Untersuchung der Kommission, die als Nachweis dafür angeführt wird, dass die nicht prominent angezeigten Ergebnisse von Verbrauchern nicht genutzt werden.[609] Diese Form der Verbraucherschädigung ist allerdings nicht von der Definition der Marktverschließung in der Prioritätenmitteilung umfasst. Diese bezieht sich ausdrücklich nur auf eine voraussichtliche Erhöhung der Preise.[610]

Die übrigen Auswirkungen auf den Wettbewerb werden hinsichtlich der verschiedenen bereits dargestellten Ausprägungen geprüft und dabei mit qualitativen und quantitativen Beweismitteln belegt.[611] Die Prüfung nimmt den Großteil der eigentlichen rechtlichen Würdigung ein. Die Darstellung erfolgt viel differenzierter als die Prüfung der Marktverschließung oder auch der Verbraucherschädigung. Sie ist damit der eigentliche Schwerpunkt der Prüfung.

606 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 19.

607 Europäische Kommission, 27.6.2017, Case AT.39740, Rz. 594 – *Google Search (Shopping)*.

608 Europäische Kommission, 27.6.2017, Case AT.39740, Rz. 593 ff. – *Google Search (Shopping)*.

609 Europäische Kommission, 27.6.2017, Case AT.39740, Rz. 454 ff. – *Google Search (Shopping)*.

610 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 19.

611 Europäische Kommission, 27.6.2017, Case AT.39740, Rz. 332 ff. – *Google Search (Shopping)*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Rechtfertigung wird knapp geprüft.[612] Die vielfältigen Rechtfertigungsgründe, die von Google vorgebracht werden, entsprechen mit Ausnahme des 4. Grundes (Verstoß gegen Grundrechtecharta) in ihrem Inhalt der Rechtfertigungsmöglichkeit nach der Prioritätenmitteilung, da sie entweder Effizienzen aufzeigen oder das Verhalten als objektiv notwendig darstellen. Allein die von Google erbrachten Nachweise genügen der Kommission nicht.

bb. Würdigung

In der Entscheidung setzt sich klar die Entwicklung fort, die sich schon in den vorgehenden Entscheidungen abgezeichnet hat. Während die Auswirkungen auf den Wettbewerb in den Mittelpunkt rücken, nimmt die Bedeutung der Verbraucherwohlfahrt weiter ab. Eine voraussichtliche Preiserhöhung, wie sie die Prioritätenmitteilung voraussetzt, wird gar nicht mehr thematisiert. Da im Fall Google Shopping keine direkten Entgelte durch die Verbraucher erbracht werden, wäre eine solche Preiserhöhung schwer fassbar.

Stattdessen sieht die Kommission die Verbraucherschädigung in einer geringeren Auswahlmöglichkeit. Auch diese wird aber nicht in der Tiefe geprüft, die die Prioritätenmitteilung voraussetzt. Es werden zwar in Form der eigenen Studie der Kommission zum Nutzerverhalten extensive quantitative Beweismittel präsentiert, allerdings weisen diese nur indirekt Bezug zu einer Verbraucherschädigung auf. Der Bezugspunkt der Studie ist die Frage, ob die Verbraucher aufgrund der Positionierung der Suchergebnisse nicht auf andere Preisvergleichsportale zurückgegriffen haben. Diese Frage könne bejaht werden, da die Studie zeige, dass nur die obersten Suchergebnisse von Verbrauchern genutzt werden. Jedoch lässt dies noch keinen Rückschluss auf eine Verbraucherschädigung zu. Allein die unterbliebene Nutzung anderer Preisvergleichsportale kann in sich noch keine Schädigung darstellen. Die konkurrierenden Portale könnten beispielsweise qualitativ hinter Google Shopping zurückbleiben oder zumindest „nur" gleichwertig sein, wenn sie selbst keine relevanteren Ergebnisse im Zuge des Preisvergleiches hervorbringen. Dann resultiert aus der Nutzung des gleichwertigen oder sogar höherwertigen Produkts „Google Shopping" kein

612 Europäische Kommission, 27.6.2017, Case AT.39740, Rz. 653 ff. – *Google Search (Shopping)*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

direkter Verbraucherschaden. Um den Verbraucherschaden zu begründen, sind weitere Zwischenschritte vorzunehmen. So müsste entweder nachgewiesen werden, dass die unterbliebene Nutzung selbst einen Schaden darstellt. Qualitative und/oder quantitative Beweismittel hierfür werden jedoch nicht vorgebracht und dürften auch schwer beizubringen sein. Alternativ müsste der Verbraucherschaden darüber hergeleitet werden, dass die Auswirkungen auf den Wettbewerb durch Verdrängung der Konkurrenten wiederum negative Auswirkungen auf die Verbraucher haben. Hier wären dann aber, entsprechend der Prioritätenmitteilung, Beweismittel anzuführen.

Die Entscheidung lässt sich zudem in keine der etablierten Fallgruppen einordnen. Die Kommission selbst verzichtet ganz auf die Benennung einer Fallgruppe. In der Literatur ist die Einordnung im Nachgang zur Entscheidung ungeklärt, auch hinsichtlich der durch die europäischen Gerichte anerkannten Fallgruppen.[613] Denkbar wäre eine Einordnung unter die Tatbestände der Lieferverweigerung (essential facility), Kopplung und Diskriminierung.

Das Verhalten Googles als Lieferverweigerung im Sinne der Prioritätenmitteilung zu behandeln ist problematisch, selbst wenn man der Einordnung Googles als vertikal integriertes Unternehmen folgt.[614] Es ist schon fraglich, ob der Sachverhalt überhaupt eine Lieferverweigerung umfasst. Eine kategorische Weigerung Googles gegenüber den übrigen Vergleichsportalen besteht nicht – diese werden ja aufgeführt, nur an ungünstigerer Stelle. Die Prioritätenmitteilung umfasst allerdings auch Lieferungen, die daran geknüpft sind, dass das belieferte Unternehmen Verhaltensbeschränkungen akzeptiert.[615] Der Sachverhalt in Google Shopping ist aber anders gelagert. Google knüpft keine Bedingungen an die Aufführungen der Preisvergleichsportale, sondern nimmt diese freiwillig vor, ohne eine Forderung gegenüber diesen zu stellen. Das Besondere des Falles ist, dass das relevante Verhalten nicht in Einschränkungen zu sehen ist, die die betroffenen Un-

613 *Akman*, Journal of Law, Technology and Policy 2017, 301, 355 ff.; *Diez*, Promoting Competition in Digital Markets; A Case Against the Google Case, and the Futile Search of 'Neutrality' in On-Line Searches, 2015.

614 *Akman*, Journal of Law, Technology and Policy 2017, 301, 308; *Bogenreuther*, Selbstbevorzugung auf Plattformmärkten, 2022, S. 322 ff.

615 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 77.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ternehmen akzeptieren müssen, sondern solche, die Google selbst festsetzen kann. Das unterscheidet sich maßgeblich von solchen Fällen, in denen die Drohung mit einer Lieferverweigerung zur Durchsetzung vorteilhafter Lieferbedingungen genutzt wird. Die Tatbestandsmerkmale, die die Kommission bei der Beurteilung dieser Fälle nach der Prioritätenmitteilung zugrunde legen würde, greifen nicht mehr, wenn eine Weigerung nie im Raum stand – auch nicht indirekt über die Verknüpfung der Lieferung mit bestimmten Bedingungen.

Man könnte diese Probleme überwinden, indem man eine „hypothetische Lieferverweigerung" prüft und die Frage stellt, ob Google die Preisvergleichsportale auch dann in die Suchergebnisse aufgenommen hätte, wenn es diese an prominenterer Stelle hätte aufführen müssen. Damit könnte man das Problem umgehen, dass sich Google der Missbräuchlichkeitsprüfung nach den speziellen Kriterien der Lieferverweigerung dadurch entzieht, dass es für die Durchsetzung der eigenen Bedingungen aufgrund der Produktgestaltung nicht auf die Mitwirkung der betroffenen Unternehmen angewiesen ist. Für die hier vorzunehmende Bewertung der Umsetzung eines more economic approach müssen diese Fragen nicht beantwortet werden; sie machen aber deutlich, dass eine Zuordnung zu der Fallgruppe der Lieferverweigerung nicht eindeutig möglich ist und dass die Prioritätenmitteilung bei der Formulierung der Fallgruppe andere Fälle erfassen sollte.

Hinsichtlich einer Kopplung oder Bündelung zeigt sich eine ähnliche Problemlage. Im vorliegenden Fall bestünde die relevante Kopplung zwischen der allgemeinen Suche und der Shopping Suche von Google. Die Prioritätenmitteilung führt die Kopplung ebenfalls als eigenständige Fallgruppe auf. Schon die Formulierung der entsprechenden Absätze zeigt aber, dass die Prioritätenmitteilung den vorliegenden Fall nicht ohne weiteres berücksichtigen kann. Darin ist immer davon die Rede, dass die gekoppelten Produkte zusammen „gekauft" werden müssen.[616] Die Prioritätenmitteilung geht dabei also von einem klassischen zu erwerbenden Produkt aus und nicht von der unentgeltlichen Nutzung eines Dienstes. Unabhängig davon weicht der Fall in einem weiteren Umstand maßgeblich von der dargestellten Fallgruppe ab. Google koppelt mit seiner allgemeinen

616 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 48.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Suche nicht nur Google Shopping, sondern auch andere konkurrierende Vergleichsportale. Die Entscheidung richtet sich außerdem gar nicht gegen die Kopplung an sich, sondern nur gegen die Art der Kopplung.

Die Diskriminierung als weitere mögliche Fallgruppe ist von der Prioritätenmitteilung nicht erfasst.

Die Betrachtung der einzelnen Fallgruppen zeigt, dass es im Lichte der Prioritätenmitteilung schwer fällt, den Fall zu fassen. Das Vorgehen der Kommission ist insofern folgerichtig, als sie den Fall unter der allgemeinen Kategorie der Marktverschließung behandelt. Dennoch ist es bezeichnend, dass der Fall durchaus einzelne Aspekte der Fallgruppen aufweist, sich aber im Ergebnis nur schwer unter die Fallgruppen subsumieren lässt. Die Tatbestandsmerkmale wurden mit Blick auf andere Sachverhalte formuliert. Die Subsumtion des vorliegenden Falles und des zugrunde liegenden speziellen Geschäftsmodells unter diese Tatbestandsmerkmale wäre nur unter Anpassungen möglich.

8. Baltic Rail (2017)

Das Verfahren betrifft das staatliche Bahnunternehmen Litauens „AB Lietuvos geležinkeliai" (LG), welches ein gesetzliches Monopol auf den Betrieb der Schieneninfrastruktur in Litauen innehat.[617] Das Verfahren wurde aufgrund der Beschwerde von „AB ORLEN Lietuva" (OL) eingeleitet.[618]

a. Überblick

Die Entscheidung vom 2.10.2017 richtet sich gegen die Entfernung eines Streckenabschnitts durch LG. Der Beschwerdeführer betreibt eine Raffinerie in Litauen in der Nähe der Grenze zu Lettland und ist auf den Transport auf dem Schienenweg zu einem litauischen Hafen angewiesen und deswegen wichtiger Kunde von LG. OL erwog, auf die Verschiffung über einen lettischen Seehafen umzusteigen und deswegen eine andere Transportroute zu wählen. In diesem Fall hätte OL für einen erheblich kürzeren Weg bis zur lettischen Grenze das Netz von LG nutzen müssen und wäre dann auf das Netz der lettischen Bahn „Latvijas dzelzceļš" (LDZ) umgestie-

617 Europäische Kommission, 2.10.2017, Case AT.39813, Rz. 3 – *Baltic rail.*
618 Europäische Kommission, 2.10.2017, Case AT.39813, Rz. 6 ff. – *Baltic rail.*

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gen. LG entfernte den Streckenabschnitt, der für diesen kürzeren Transportweg nötig gewesen wäre, komplett.[619] Die Kommission ordnet die Wiederherstellung des Streckenabschnitts an, untersagt ähnliche Beeinträchtigungen und verhängt eine Geldbuße von EUR 27.873.000.[620]

b. Textstellen

Die Kommissionsentscheidung umfasst 397 Randnummern. Die rechtliche Beurteilung der Missbräuchlichkeit findet sich in den Rn. 170 – 357. Beim Materialdurchlauf konnten die folgenden Textstellen den verschiedenen Kategorien zugeordnet werden:

Kategorie		Fundstellen (Rn.)
1. Fallgruppen	i.	
	ii.	
2. Marktverschließung	i.	178, 202, 317
	ii.	203, 205-324
3. Auswirkungsanalyse	i.	171, 174
	ii.	
4. Verbraucherwohlfahrt	i.	174
	ii.	
5. Rechtfertigung	i.	176, 325-326
	ii.	327-357
6. Zitat	176	

Die Zuordnung der Textstellen, die die Auswirkungen auf den Wettbewerb prüfen, erfolgt hier zur Kategorie 2 und nicht zur Kategorie 1 oder 3. Eine Zuordnung zur speziellen Kategorie 1 ist nicht möglich, da die Kommission das Entfernen der Strecke nicht als Lieferverweigerung prüft. Zum Begriff der wettbewerbswidrigen Marktverschließung wird zwar auch kein ausdrücklicher Bezug hergestellt, letztlich entspricht die vorliegende Prüfung aber zumindest einzelnen Elementen der wettbewerbswidrigen Marktverschließung nach der Prioritätenmitteilung, da es um den Zugang zu einem nachgelagerten Markt geht. Deswegen ist es gerechtfertigt, die Entschei-

619 Europäische Kommission, 2.10.2017, Case AT.39813, Rz. 16 ff. – *Baltic rail.*
620 Europäische Kommission, 2.10.2017, Case AT.39813, Rz. 364 ff. – *Baltic rail.*

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dung anhand des Maßstabes der wettbewerbswidrigen Marktverschließung aus der Prioritätenmitteilung zu überprüfen.

c. Zusammenfassung

Für jede Kategorie ergeben sich auf dem gewählten Abstraktionsniveau die folgenden Zusammenfassungen der Textstellen:

(2) Marktverschließung

i. Maßstab

Die Kommission kommt zu dem Schluss, dass das Entfernen der Strecke missbräuchlich war, da dies geeignet war, auf dem nachgelagerten Markt für Öl-Transportdienstleistungen wettbewerbswidrige Effekte in Form des Ausschlusses von Wettbewerbern vom Markt hervorzurufen.[621]

ii. Subsumtion

Zu den wettbewerbswidrigen Effekten der Verhaltensweise stellt die Kommission fest, dass LDZ vor der Entfernung des Streckenabschnitts die Möglichkeit hatte, Transportdienstleistungen für Öl anzubieten. Mit der Entfernung sind diese weggefallen. LDZ konnte deswegen keinen Wettbewerbsdruck auf LG ausüben und wurde damit vom Markt für diese Transportdienstleistungen ausgeschlossen.[622]

Die Feststellungen, dass LDZ die Möglichkeit zum Anbieten von Transportdienstleistungen hatte, sind gestützt auf das Verhalten von LDZ (Verhandlungen, Lizenzanträge, Aussagen der Geschäftsführung).[623] Es war LDZ technisch und hinsichtlich der Kapazitäten möglich, einen Großteil der relevanten Raffinerieprodukte zu transportieren.[624] Gestützt ist dies auf Aussagen von LG und OL sowie auf die Analyse eines internationalen Verkehrsabkommens, das zu Kapazitätsbeschränkungen hätte führen kön-

621 Europäische Kommission, 2.10.2017, Case AT.39813, Rz. 178, 202 – *Baltic rail*.
622 Europäische Kommission, 2.10.2017, Case AT.39813, Rz. 203 – *Baltic rail*.
623 Europäische Kommission, 2.10.2017, Case AT.39813, Rz. 205 ff. – *Baltic rail*.
624 Europäische Kommission, 2.10.2017, Case AT.39813, Rz. 209 ff. – *Baltic rail*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nen.[625] Den angefahrenen Häfen wäre es auch möglich gewesen, die Produkte zu verschiffen, wie Aussagen von OL und Zusicherungen des Hafens in Riga und Ventspils, sowie eine Analyse derer Kapazitäten ergeben.[626] Wie eine Analyse der Kostenfaktoren zeigt, wäre die entfernte Strecke außerdem für LDZ die kostengünstigste Transportalternative gewesen.[627] Auf dieser Grundlage wäre es LDZ möglich gewesen, ein wettbewerbsfähiges Angebot für den Transport zu machen. Dies geht aus einer Analyse der Kosten der verschiedenen Transportrouten hervor.[628]

Ohne die Strecke ist es LDZ nicht möglich, die Transportdienstleistungen anzubieten und damit Wettbewerbsdruck auf PL auszuüben. Zwar bestehen weiterhin andere Transportrouten, die alleine LG gehören, sodass deswegen mit diesen kein Wettbewerbsdruck auf LG ausgeübt werden kann.[629] LG hat auf diesen einen wettbewerblichen Vorteil, da LDZ Marktzutrittsschranken treffen, weil LG LDZ Zugang zum eigenen Netz gewähren muss.[630] Dies ist mit zusätzlichen Kosten und Unsicherheiten verbunden.[631] Gestützt ist dies auf Impact Assessments, Stakeholder-Umfragen und Studien zum Transportsektor.[632] Zumindest sind die Strecken nicht ebenso kosteneffizient wie die ursprünglich vorgesehene und entfernte Route, wie ein Kostenvergleich zeigt.[633] Zusätzliche Beweismittel in Form von internen Dokumenten LGs zeigen, dass LG den Markteintritt über diese Routen möglicherweise erschwert hätte.[634]

Die Auswirkung der Entfernung des Streckenabschnitts war, dass OL ein Angebot an LDZ zurückzuziehen musste und die Verhandlungen zwischen OL und LDZ über die Nutzung der neuen Transportroute abgebrochen wurden.[635] Die weiterhin hohen Gewinnmargen, die LG bei dem Transport der Güter von OL erwirtschaftet, und der hohe Anteil an deren Gewinnen sind weiteres Indiz für den fehlenden Wettbewerb auf dem Markt.[636]

625 Europäische Kommission, 2.10.2017, Case AT.39813, Rz. 209 ff. – *Baltic rail.*
626 Europäische Kommission, 2.10.2017, Case AT.39813, Rz. 222 ff. – *Baltic rail.*
627 Europäische Kommission, 2.10.2017, Case AT.39813, Rz. 244 ff. – *Baltic rail.*
628 Europäische Kommission, 2.10.2017, Case AT.39813, Rz. 356 ff. – *Baltic rail.*
629 Europäische Kommission, 2.10.2017, Case AT.39813, Rz. 285 ff. – *Baltic rail.*
630 Europäische Kommission, 2.10.2017, Case AT.39813, Rz. 309 ff. – *Baltic rail.*
631 Europäische Kommission, 2.10.2017, Case AT.39813, Rz. 305 ff., 309 ff. – *Baltic rail.*
632 Europäische Kommission, 2.10.2017, Case AT.39813, Rz. 295, 305 – *Baltic rail.*
633 Europäische Kommission, 2.10.2017, Case AT.39813, Rz. 309 – *Baltic rail.*
634 Europäische Kommission, 2.10.2017, Case AT.39813, Rz. 315 – *Baltic rail.*
635 Europäische Kommission, 2.10.2017, Case AT.39813, Rz. 320 ff. – *Baltic rail.*
636 Europäische Kommission, 2.10.2017, Case AT.39813, Rz. 324 – *Baltic rail.*

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(3) Auswirkungsanalyse

i. Maßstab

Die Kommission stellt im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH fest, dass die Auswirkungen des Verhaltens auf Wettbewerb und Marktstruktur zu prüfen sind.[637]

ii. Subsumtion

Die Kommission führt keine eigenständige Subsumtion durch.

(4) Verbraucherwohlfahrt

i. Maßstab

Die Kommission betont im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH, dass Auswirkungen auf die Verbraucher nicht nötig sind, sondern Auswirkungen auf die Wettbewerbsstruktur genügen.[638]

ii. Subsumtion

Die Kommission führt keine eigenständige Subsumtion durch.

(5) Rechtfertigung

i. Maßstab

Als objektive Rechtfertigung des Verhaltens kommt in Frage, dass der Streckenabschnitt unsicher für die Nutzung war.[639] LG ist hierfür beweisbelastet.[640]

637 Europäische Kommission, 2.10.2017, Case AT.39813, Rz. 69 ff. – *Baltic rail*.
638 Europäische Kommission, 2.10.2017, Case AT.39813, Rz. 71 – *Baltic rail*.
639 Europäische Kommission, 2.10.2017, Case AT.39813, Rz. 325 f. – *Baltic rail*.
640 Europäische Kommission, 2.10.2017, Case AT.39813, Rz. 326 – *Baltic rail*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ii. Subsumtion

LG bringt jedoch keine konsistente und überzeugende Begründung hierfür vor, sondern widerspricht sich. Vorgebracht wird eine Deformation eines Teils des Streckenabschnittes, die jedoch wegen der Entfernung desselben nicht mehr überprüft werden kann.[641] Zumindest kann nicht erklärt werden, warum deshalb der gesamte Streckenabschnitt entfernt werden musste.[642] Andere von LG vorgebrachte Bedenken finden sich nicht in der entsprechenden Dokumentation oder sind nicht erheblich genug, um die gesamte Entfernung der Strecke zu rechtfertigen. Sie können nicht mehr überprüft werden, sodass diese verworfen werden.[643]

(6) Zitat

Die Prioritätenmittelung wird zitiert, um die Rechtfertigungsmöglichkeit durch das betroffene Unternehmen zu begründen.

d. Ergebnis der Analyse

In der Entscheidung wird nur im Rahmen der Rechtfertigung kurz Bezug auf die Prioritätenmitteilung genommen. An weiteren ausdrücklichen Bezugnahmen fehlt es, auch inhaltlich finden sich nur wenige Elemente aus der Prioritätenmitteilung.

aa. Abgleich

Die Kommission prüft in der Sache eine wettbewerbswidrige Marktverschließung. Eine speziellere Fallgruppe wird nicht benannt. Nach der Prioritätenmitteilung könnte der Fall auch als Lieferverweigerung eingeordnet werden, da die Kommission hierunter ausdrücklich die Verweigerung des Netzzugangs fasst.[644] Das in der Prioritätenmitteilung genannte Prüfungs-

641 Europäische Kommission, 2.10.2017, Case AT.39813, Rz. 327 ff. – *Baltic rail.*
642 Europäische Kommission, 2.10.2017, Case AT.39813, Rz. 348, 356 – *Baltic rail.*
643 Europäische Kommission, 2.10.2017, Case AT.39813, Rz. 329 ff., 349 ff. – *Baltic rail.*
644 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Be-

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schema der wettbewerbswidrigen Marktverschließung wird nur teilweise eingehalten. Ausführlich wird geprüft, ob der Zugang zum Markt erschwert oder verhindert wird, da der Netzzugang nötig ist, um auf dem nachgelagerten Markt überhaupt tätig zu werden. Sodann werden auch die wettbewerblichen Effekte dieser Zugangsverhinderung geprüft.[645] Eine Prüfung der Verbraucherschädigung, die die Prioritätenmitteilung vorsieht,[646] findet allerdings ausdrücklich nicht statt. Allein die Betrachtung der hohen Gewinnmargen LGs geht in diese Richtung, hat aber in der Argumentation der Kommission keine eigenständige Bedeutung und wird nur sehr knapp angesprochen.[647]

Die Möglichkeit zur Rechtfertigung wird unter Bezugnahme auf die Prioritätenmitteilung bejaht.[648] Nach der Prioritätenmitteilung kann diese auch bei objektiver Notwendigkeit des Verhaltens bejaht werden. Die Entfernung wegen der unsicheren Nutzung passt zu diesem Prüfungskriterium.

bb. Würdigung

Insgesamt ist die Entscheidung kaum Ausdruck des more economic approach und folgt nur im Ansatz dem Referenzrahmen der Prioritätenmitteilung. Während die Auswirkungen auf den Wettbewerb noch recht ausführlich geprüft und auch belegt werden, fällt die Prüfung der Auswirkungen auf die Verbraucherwohlfahrt komplett weg. Das deckt sich mit der Entwicklung aus den vorangegangenen Entscheidungen.

Bezeichnend ist, dass noch nicht einmal mehr die Bezeichnungen der Fallgruppen aus der Prioritätenmitteilung herangezogen werden. Die Verweigerung des Netzzugangs fällt nach der Prioritätenmitteilung unter

---

hinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 78.

645 Europäische Kommission, 2.10.2017, Case AT.39813, Rz. 202 ff. – *Baltic rail*.

646 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 19.

647 Europäische Kommission, 2.10.2017, Case AT.39813, Rz. 324 – *Baltic rail*.

648 Europäische Kommission, 2.10.2017, Case AT.39813, Rz. 176, 325 ff. – *Baltic rail*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Lieferverweigerung[649], wird hier aber nach einem nicht bezeichneten allgemeinen Maßstab geprüft. Es wäre ein Leichtes gewesen, zumindest formal Bezug zur Prioritätenmitteilung zu nehmen und deren Terminologie in Form von Lieferverweigerung oder wettbewerbswidriger Marktverschließung zu verwenden.

Die einzige inhaltliche Bezugnahme auf die Prioritätenmitteilung erschöpft sich in der Rechtfertigung. Dies ist aber inhaltlich für den more economic approach ohne Belang, da es in dem Fall nicht um mögliche Effizienzgewinne, sondern allein um die objektive Erforderlichkeit geht.

Insgesamt hätte die Entscheidung auch ohne die Prioritätenmitteilung so ergehen können. Die Prüfung der Auswirkungen auf den Wettbewerb ist keine durch die Prioritätenmitteilung oder den more economic approach eingeführte Neuerung. Die Prüfung des für den more economic approach zentralen Punkts der Verbraucherwohlfahrt wird ausdrücklich abgelehnt. Es werden nicht einmal mehr die Bezeichnungen der Fallgruppen genutzt, die die Prioritätenmitteilung zur Verfügung stellt.

Die Bedeutung der Entscheidung für den more economic approach ist dennoch gering. Die Ausschaltung des Wettbewerbs ist der einzige Zweck der Entfernung des Streckenabschnittes. Ambivalente Effekte, die bei anderen missbräuchlichen Verhaltensweisen angeführt werden könnten, gibt es nicht. Während bei Kampfpreisen die Abnehmer (zumindest kurzfristig) profitieren oder bei Kopplungen Synergieeffekte erzielt werden können, ist die Entfernung des Streckenabschnittes eine reine Verhinderungstaktik. Insofern ist es eher bemerkenswert, dass dennoch der Prüfung der Auswirkungen auf den Wettbewerb so viel Platz eingeräumt wird. Die Entscheidung wäre also im Lichte eines more economic approach auch nicht als problematisch anzusehen. Die im Einzelfall diffizile und trennscharfe Abgrenzung von missbräuchlichen und prokompetitiven Verhaltensweisen, die der more economic approach gerade bewerkstelligen möchte, scheint hier nicht problematisch zu sein. Eine oberflächlichere Prüfung wäre somit auch mit einem more economic approach zu vereinbaren. Allerdings thematisiert die Kommission diesen Ausnahmecharakter in der Entscheidung nicht. Dies wäre zu erwarten, wenn sie in anderen Fällen an einem rigoroseren Prüfungsprogramm festgehalten hätte.

649 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 78.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

9. Qualcomm – Exclusivity Payments (2018)

Die Entscheidung betrifft eines von zwei Verfahren, das die Kommission gegen Qualcomm führt. Qualcomm handelt mit Chipsätzen für mobile Endgeräte. Das vorliegende Verfahren betrifft Exklusivitätszahlungen an den Abnehmer Apple.

a. Überblick

Die Entscheidung der Kommission vom 24.1.2018 betrifft zwei Vertragswerke (einen sog. „Übergangsvertrag" und dessen Änderung) zwischen Qualcomm und Apple, die vorsahen, dass Apple seinen gesamten Bedarf an LTE-Chipsätzen bei Qualcomm deckt. Im Gegenzug zahlte Qualcomm eine Summe von bis zu insgesamt 800 Millionen USD[650] in mehreren Raten, die sich reduzierte oder in Teilen von Apple erstattet werden sollte, wenn bestimmte Bedingungen eintreten. Dies wäre insbesondere dann der Fall, wenn bestimmte Absatzmengen nicht erreicht werden. Außerdem sieht die Änderung des Übergangsvertrages bei Kündigung weitere Zahlungen und Erstattungen von Qualcomm und Apple vor.[651] Die Kommission untersagt diese Maßnahmen und verhängt ein Bußgeld von EUR 997.439.000.[652]

b. Textstellen

Die Kommissionsentscheidung umfasst 599 Randnummern. Die rechtliche Beurteilung der Missbräuchlichkeit findet sich in den Rn. 377 – 533. Beim Materialdurchlauf konnten die folgenden Textstellen den verschiedenen Kategorien zugeordnet werden:

650 Die Zahl ergibt sich aus dem Maximalwert der Zahlungen nach dem „4-Year Transition Fund" und dem „Variable Incentive Fund", Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 145 ff. – *Qualcomm (Exclusivity payments)*.

651 Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 154 ff. – *Qualcomm (Exclusivity payments)*.

652 Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 598 – *Qualcomm (Exclusivity payments)*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kategorie		Fundstellen (Rn.)
1. Fallgruppen	i.	487
	ii.	488-503
2. Marktverschließung	i.	
	ii.	
3. Auswirkungsanalyse	i.	377, 379-383, 406
	ii.	406-486
4. Verbraucherwohlfahrt	i.	379
	ii.	
5. Rechtfertigung	i.	384-387, 504-407, 509
	ii.	507 f., 511-525
6. Zitat	526-533	

c. Zusammenfassung

Für jede Kategorie ergeben sich auf dem gewählten Abstraktionsniveau die folgenden Zusammenfassungen der Textstellen:

(1) Fallgruppen

i. Maßstab

Die Kommission stellt fest, dass die Durchführung eines AEC-Tests zur Beurteilung der Exklusivitätszahlungen nicht notwendig ist.[653]

ii. Subsumtion

Qualcomm selbst hat eine „critical margin analysis" vorgelegt, die zeigen soll, dass ein hypothetischer Wettbewerber mit den gleichen AVC („average variable costs") die Zahlungen hätte aufwiegen können.[654] Dieser Test räumt nach Ansicht der Kommission nicht die Eignung der Verhaltens-

653 Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 487 – *Qualcomm (Exclusivity payments)*.

654 Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 487 – *Qualcomm (Exclusivity payments)*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

weisen zu wettbewerbswidrigen Effekten aus.[655] Die Kommission verwirft die Analyse von Qualcomm aufgrund falscher und unrealistischer Annahmen.[656] Dies betrifft zunächst, dass Qualcomm bei der Analyse nicht die für den betreffenden Markt wichtigen Kosten für Forschung und Entwicklung einbezieht, die aus Sicht der Kommission zumindest teilweise berücksichtigt werden müssten.[657] Außerdem nimmt Qualcomm fehlerhaft an, dass der Bedarf von Apple an Chipsets für das Erscheinen der neuen iPhones in den Jahren 2012, 2013, 2014, 2015 und 2016 bestreitbar gewesen ist. Die Kommission verweist aber auf Aussagen und interne Dokumente von Qualcomm und Apple, die zeigen, dass Apple einen Wechsel ausschloss.[658] Zuletzt geht Qualcomm von fehlerhaften Annahmen dazu aus, welche Zahlungen an Apple nach den Vereinbarungen auch im Falle eines Wechsels noch hätten geleistet werden müssen. Eine Anpassung der Analyse durch die Kommission führt zu dem Ergebnis, dass ein ebenso effizienter Wettbewerber seine AVC nicht hätte decken können.[659]

(3) Auswirkungsanalyse

i. Maßstab

Die Kommission beginnt die Prüfung mit der Festlegung, dass die Verhaltensweisen dann als missbräuchlich anzusehen sind, wenn die Auswirkungen die Aufrechterhaltung oder die Steigerung des Restwettbewerbs auf dem Markt behindern.[660] Relevant ist nicht nur die direkte Verbraucherschädigung, sondern auch eine indirekte Verbraucherschädigung aufgrund der Auswirkungen auf den Wettbewerb.[661] Davon umfasst sind auch Preis-

655 Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 488 – *Qualcomm (Exclusivity payments)*.
656 Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 489 – *Qualcomm (Exclusivity payments)*.
657 Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 490 – *Qualcomm (Exclusivity payments)*.
658 Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 491 ff. – *Qualcomm (Exclusivity payments)*.
659 Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 498 ff. – *Qualcomm (Exclusivity payments)*.
660 Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 377 – *Qualcomm (Exclusivity payments)*.
661 Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 379 – *Qualcomm (Exclusivity payments)*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gestaltungen mit einem wettbewerbswidrigen Effekt, der Wettbewerber ausschließt, die für Verbraucher nicht weniger attraktiv wären.[662] Die konkreten Auswirkungen des Verhaltens müssen jedoch nicht nachgewiesen werden. Es genügt, zu zeigen, dass das Verhalten es unmöglich oder schwerer für ebenso effiziente Wettbewerber macht, in den Markt einzutreten.[663] Für Exklusivitätszahlungen gilt die Vermutung der Missbräuchlichkeit, die widerlegbar ist, wenn das Unternehmen zeigen kann, dass die Zahlungen nicht geeignet waren, den Wettbewerb zu beschränken.[664] In diesem Fall muss die Kommission den Grad der Marktbeherrschung, die von den Zahlungen betroffenen Marktanteile, die Bedingungen, Höhe und Dauer der Zahlungen und eine mögliche Strategie des Unternehmens zum Ausschluss von ebenso effizienten Wettbewerbern vom Markt untersuchen.[665] Die Vermutung ergibt sich im vorliegenden Fall aus einer Analyse der Umstände, die die Eignung der Zahlungen belegt, wettbewerbswidrige Effekte zu haben.[666]

ii. Subsumtion

Die Kommission stützt die Eignung der Zahlungen zur Wettbewerbsbeschränkung darauf, dass diese die Anreize Apples reduzieren, die Chips bei einem anderen Anbieter zu beziehen. Dies wird begründet mit dem Umfang der Zahlungen im Verhältnis zu Apples jährlichen Ausgaben, dem Umstand, dass solche Zahlungen nicht von anderen Anbietern hätten erlangt werden können und den Rückzahlungen, die bei Verletzung der Exklusivität oder Kündigung angefallen wären.[667] Die gesunkenen Anreize werden außerdem mit internen Dokumenten und Erklärungen von Apple

662 Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 380 – *Qualcomm (Exclusivity payments)*.
663 Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 381 – *Qualcomm (Exclusivity payments)*.
664 Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 382 f. – *Qualcomm (Exclusivity payments)*.
665 Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 383 – *Qualcomm (Exclusivity payments)*.
666 Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 406 – *Qualcomm (Exclusivity payments)*.
667 Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 413 ff. – *Qualcomm (Exclusivity payments)*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

belegt. Die Kommission stützt die Eignung zur Wettbewerbsbeeinträchtigung außerdem auf die von den Zahlungen betroffenen Marktanteile.[668]

Gleichzeitig ist Apple gerade für neu eintretende oder expandierende Wettbewerber ein attraktiver Abnehmer. Dies begründet die Kommission damit, dass Apple als Kunde Wettbewerbern eine größere Produktionsmenge und damit einhergehende Skaleneffekte ermöglicht[669], Komponenten nachfragt, die höhere Profitabilität mit sich bringen[670], und einen Reputationsgewinn darstellt.[671] Dies belegt die Kommission mit Aussagen von in der veröffentlichten Entscheidung nicht identifizierten Unternehmen. Unterstützend wird angeführt, dass ein Wettbewerber die Produktion mit den betreffenden Chipsätzen komplett einstellte, nachdem er Apple als Kunden verloren hatte.[672]

(4) Verbraucherschaden

i. Maßstab

Zu Beginn der Prüfung erklärt die Kommission, dass nicht nur die direkte Verbraucherschädigung, sondern auch eine indirekte Verbraucherschädigung aufgrund der Auswirkungen auf den Wettbewerb für die Bestimmung der Missbräuchlichkeit genügt.[673]

ii. Subsumtion

Eine weitere Prüfung der Verbraucherschädigung findet nicht statt.

668 Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 413 ff. – *Qualcomm (Exclusivity payments)*.
669 Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 474 ff. – *Qualcomm (Exclusivity payments)*.
670 Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 477 – *Qualcomm (Exclusivity payments)*.
671 Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 478 – *Qualcomm (Exclusivity payments)*.
672 Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 479 – *Qualcomm (Exclusivity payments)*.
673 Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 379 – *Qualcomm (Exclusivity payments)*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(5) Rechtfertigung

i. Maßstab

Die Kommission lässt eine Rechtfertigung des Verhaltens zu[674], wenn das Unternehmen[675] nachweisen kann, dass

- aus dem Verhalten wahrscheinlich Effizienzen resultieren, die die wahrscheinlichen wettbewerbswidrigen Auswirkungen aufwiegen,
- die Verhaltensweisen für die Erzeugung dieser Effizienzen notwendig sind
- und der effektive Wettbewerb nicht dadurch ausgeschlossen wird, dass alle Quellen von tatsächlichem oder potentiellem Wettbewerb ausgeschlossen werden.[676]

ii. Subsumtion

Qualcomm trägt vor, dass es Investitionen in die Entwicklung von für Apple spezialisierte Chipsets nur aufgrund der Exklusivitätszahlungen tätigen konnte, da Apple sich sonst nicht zur Nutzung von Qualcomms Chipsets verpflichtet hätte, keine Mindestabsatzmenge akzeptiert hätte und Mengenrabatte Qualcomm nicht die nötige Sicherheit gegeben hätten.[677] Zur Unterstützung dessen hat Qualcomm ein ökonomisches Modell entwickeln lassen, nach welchem die Zahlungen zur Absicherung der Investitionen unter bestimmten, in diesem Fall gegebenen, Voraussetzungen notwendig sind.[678] Der Vortrag weiterer Rechtfertigungen ist in der Entscheidung geschwärzt.[679]

---

674 Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 384 f. – *Qualcomm (Exclusivity payments)*.
675 Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 386 – *Qualcomm (Exclusivity payments)*.
676 Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 387 – *Qualcomm (Exclusivity payments)*.
677 Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 507 – *Qualcomm (Exclusivity payments)*.
678 Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 508 – *Qualcomm (Exclusivity payments)*.
679 Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 509 f. – *Qualcomm (Exclusivity payments)*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Kommission akzeptiert diese Rechtfertigungen nicht, da Qualcomm hierfür keine Beweise vorgebracht, selbst in der Vergangenheit gegenteilige Aussagen getätigt hat und weniger einschneidende Absicherungen der Investitionen hätte verlangen können. Auch das von Qualcomm entwickelte Modell weist die Kommission zurück, da es nicht die Tatsachen des Falls widerspiegelt. Die Investitionen waren nicht allein auf Apple als Kunden abgestimmt, andere Produzenten konnten die Chipsets ohne eine Ausschließlichkeitsbindung herstellen, die entwickelte Technologie hat aufgrund von Patenten auch nach der Vertragsbeziehung zu Apple noch Wert und alle Entwicklungskosten hätten auch über den Vertrag mit Apple kompensiert werden können.[680] Ein weiterer Grund für die Ablehnung des Modells ist teilweise geschwärzt und die Gründe sind deswegen nicht nachzuvollziehen.[681]

(6) Zitat

Die Kommission setzt sich in einem separaten Prüfungspunkt ausdrücklich mit der Anwendbarkeit der Prioritätenmitteilung auseinander, da sich Qualcomm aus Gründen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes auf deren Anwendbarkeit und die Durchführung eines AEC-Tests berufen hat.[682] Die Kommission stellt hierzu fest, dass die Prioritätenmitteilung nur die Prioritätensetzung betreffe und keinen Vertrauensschutz hinsichtlich der Anwendung des Rechts hervorrufen könne.[683] Außerdem könne Qualcomm nicht nachweisen, tatsächlich Vertrauen auf deren Anwendung gehabt zu haben.[684] Des Weiteren würde der Fall auch die Voraussetzung der Prioritätenmitteilung erfüllen, um als Priorität der Kommission behandelt zu werden.[685] Dabei beruft sie sich auf die vorgelegten qualitativen und

680 Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 519 ff. – *Qualcomm (Exclusivity payments)*.
681 Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 525 – *Qualcomm (Exclusivity payments)*.
682 Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 526 – *Qualcomm (Exclusivity payments)*.
683 Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 528 – *Qualcomm (Exclusivity payments)*.
684 Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 529 – *Qualcomm (Exclusivity payments)*.
685 Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 530 – *Qualcomm (Exclusivity payments)*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

quantitativen Beweismittel, die hierfür genügen würden.[686] Danach wären die folgenden Voraussetzungen aus der Prioritätenmitteilung nachgewiesen: die Marktbeherrschung durch Qualcomm, die Bedingungen für den Eintritt und die Expansion auf dem Markt, die Stellung von Qualcomms Wettbewerbern, die Stellung von Apple als Kunden und die Reichweite der Exklusivitätszahlungen.[687] Die Durchführung des AEC-Tests sei nach der Prioritätenmitteilung außerdem nur ein Faktor bei der Beurteilung des Verhaltens.[688]

d. Ergebnis der Analyse

Die Entscheidung reiht sich in die Entwicklung ein, nach der die Inhalte der Prioritätenmitteilung und des more economic approach zunehmend an Bedeutung verlieren.

aa. Abgleich

Die Kommission wendet nicht den nach der Prioritätenmitteilung vorgesehenen Maßstab an. Diese unterscheidet zwischen Alleinbezugsbindungen und bedingten Rabatten. Für die vorliegende Alleinbezugsbindung müsste dennoch der Analyserahmen der bedingten Rabatte verwendet werden, da nur dieser die Gegenleistung berücksichtigt, während die Alleinbezugsbindungen in der Prioritätenmitteilung ohne Bezug zu einer möglichen Gegenleistung behandelt werden. Wegen der vereinbarten Reduzierungen oder Erstattungen der Zahlungen sind die Zahlungen vergleichbar mit stufenweisen Rabatten. Anzuwenden wäre daher nach den allgemeinen Kriterien einer Marktverschließung auch der nach dem allgemeinen Analyserahmen für preisbezogene Missbräuche vorgesehene AEC-Test.[689]

686 Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 531 – *Qualcomm (Exclusivity payments)*.
687 Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 532 – *Qualcomm (Exclusivity payments)*.
688 Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 533 – *Qualcomm (Exclusivity payments)*.
689 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Be-

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Kommission führt diesen jedoch nicht selbst durch, sondern sieht für das Verhalten eine Vermutung der Missbräuchlichkeit, wenn die Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung nachgewiesen werden kann. Im Zuge dessen führt sie eine Auswirkungsanalyse durch und zeigt dabei insbesondere, dass Apple als wichtiger Abnehmer für neu eintretende oder expandierende Wettbewerber geringere Anreize hat, den Anbieter zu wechseln. Dies wird vor allem mit qualitativen Beweismitteln in Form von internen Dokumenten und Aussagen belegt. Konkrete Auswirkungen werden indes nicht geprüft. Auch eine Prüfung der Auswirkungen auf die Verbraucherwohlfahrt bspw. in Form höherer Preise unterbleibt. Die Kommission räumt Qualcomm zumindest die theoretische Möglichkeit ein, diese Vermutung zu widerlegen und würdigt in diesem Zusammenhang den von Qualcomm durchgeführten AEC-Test. Einen eigenen AEC-Test führt sie nicht durch.[690]

bb. Würdigung

Die Entscheidung ist eine weitere deutliche Distanzierung vom Inhalt der Prioritätenmitteilung und dem more economic approach. Die Kriterien der Prioritätenmitteilung werden ausdrücklich nicht mehr geprüft. Die Kommission kehrt diese um und lässt den AEC-Test nur zur Widerlegung der vermuteten Missbräuchlichkeit zu. Sie hält es nicht mehr für erforderlich, einen solchen Test selbst durchzuführen. Als Verteidigungsmittel liege die Darlegungs- und Beweislast für diesen allein bei Qualcomm. Damit ist die Kommission in einer Position, in der sie bei Ausschließlichkeitsbindungen keinen eigenen AEC-Test durchführen muss. Das betroffene Unternehmen müsste einen eigenen durchführen, den die Kommission inhaltlich auch akzeptieren müsste. Unklar bleibt, ob die Vermutung auch auf andere Weise widerlegt werden kann, sodass tatsächlich die Kommission selber den Test durchführen müsste. Dies ist in jedem Fall ein weiterer Schritt weg von dem Analyserahmen der Prioritätenmitteilung, die den AEC-Test als

hinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 23 ff.

690 Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 382 ff. – *Qualcomm (Exclusivity payments)*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zentrales Element der Beurteilung von preisbezogenen Behinderungsmissbräuchen ansieht.[691]

Innerhalb der durchgeführten Auswirkungsanalyse wird der Verbraucherwohlfahrt kein eigenes Gewicht beigemessen. Es verbleibt bei dem Hinweis zu Beginn der Prüfung, dass diese auch durch die Auswirkungen auf den Wettbewerb geschädigt werden könnte. Die nach der Prioritätenmitteilung und den Grundsätzen des more economic approach vorausgesetzte eigenständige Prüfung entfällt damit vollständig. Die Schädigung der Verbraucherwohlfahrt wird durch die wettbewerbswidrigen Auswirkungen indiziert.

Sehr deutlich ist die ausdrückliche Distanzierung von der Prioritätenmitteilung und die Beschränkung deren Anwendungsbereichs auf das Aufgreifermessen. Mit den Äußerungen aus vorangehenden Entscheidungen der Kommission ist dies nicht vereinbar. Dort wird zumindest auf den Einklang der Entscheidung mit der Prioritätenmitteilung verwiesen oder der Inhalt wird – wie bspw. in Intel[692] oder Slovak Telekom[693] – ausdrücklich direkt bei Prüfung des Falles angewendet.

Zwar schließt sich die Kommission diesem Verweis an, dass auch hier die Voraussetzungen der Prioritätenmitteilung gegeben seien, prüft dann aber nicht deren Voraussetzungen, sondern verweist generell auf die vorherigen Inhalte der Entscheidungen ohne Bezug zur Prioritätenmitteilung herzustellen.[694] Dies kann nur so verstanden werden, dass die Voraussetzungen der Prioritätenmitteilung bei der Entscheidung offensichtlich keinerlei Rolle gespielt haben. Da die Voraussetzungen noch nicht einmal klar benannt werden, muss darauf geschlossen werden, dass jegliche Auseinandersetzung mit diesen unterblieben ist.

10. Google Search – Android (2018)

Die zweite Entscheidung der Europäischen Kommission gegen Google und Alphabet wegen des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung betrifft die Vertragskonditionen bezüglich der Nutzung von Android und verschiedenen Apps von Google.

691 *Kadar*, Journal of European Competition Law & Practice 2019, 439, 445.
692 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 916, 919 – *Intel.*
693 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 873 – *Slovak Telekom.*
694 Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 532 f. – *Qualcomm (Exclusivity payments).*

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

a. Überblick

Die Entscheidung vom 18.7.2018 betrifft vier verschiedene Verhaltensweisen. Zunächst geht es um zwei als wettbewerbswidrige Kopplung eingestufte Praktiken: die Kopplung der Google Suche mit dem Android App Store sowie die Kopplung des Internetbrowsers Google Chrome mit dem Play Store und der Google Suche.[695]

Die dritte missbräuchliche Verhaltensweise ist die Lizensierung der Google Suche nur auf Grundlage der Anti-Fragmentierungsverpflichtungen. Diese Anti-Fragmentierungsverpflichtungen sind enthalten in den Vereinbarungen von Google mit Geräteherstellern. Die Gerätehersteller verpflichten sich darin, nur Android-kompatible Produkte zu vertreiben, eine Fragmentierung von Android in keiner Weise zu unterstützen und keine Werkzeuge zur Softwareentwicklung zu vertreiben oder auf andere Weise zur Schaffung von Werkzeugen zur Softwareentwicklung in Ableitung von Android beizutragen.[696] Erklärtes Ziel dieser Vereinbarungen war, sog. „Android-Forks" zu verhindern.[697] Dabei handelt es sich um modifizierte Versionen von Android.

Zuletzt geht es um Zahlungen von Google an Originalgerätehersteller und Mobilfunknetzbetreiber unter der Bedingung, dass sie keinen anderen allgemeinen Suchdienst auf einem bestimmten Portfolio von Geräten vorinstallieren (sog. portfolio based payments).[698]

Die Kommission untersagt diese Verhaltensweisen und verhängt ein Bußgeld in Höhe von EUR 4.342.865.000.[699]

b. Textstellen

Die Kommissionsentscheidung umfasst 1481 Randnummern. Die rechtliche Beurteilung der Missbräuchlichkeit findet sich in den Rn. 728 – 1332. Beim Materialdurchlauf konnten die folgenden Textstellen den verschiedenen Kategorien zugeordnet werden:

695 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 168 – *Google Android*.
696 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 157 – *Google Android*.
697 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 160 – *Google Android*.
698 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1195 – *Google Android*.
699 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1480 – *Google Android*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kategorie		Fundstellen (Rn.)
1. Fallgruppen	i.	741, 743-751, 877, 1188-1189
	ii.	752-870, 879-992, 1192-1322
2. Marktverschließung	i.	
	ii.	
3. Auswirkungsanalyse	i.	732 f., 1011
	ii.	1036-1154
4. Verbraucherwohlfahrt	i.	732
	ii.	1142
5. Rechtfertigung	i.	734-736, 742, 878, 1012, 1190 f.
	ii.	993-1008, 1155-1183, 1323-1332
6. Zitat		

Die Textstellen Rn. 1011, 1036 ff. werden keiner der Fallgruppen aus der Prioritätenmitteilung zugerechnet, sondern der allgemeinen Auswirkungsanalyse zugeordnet. Laut Prioritätenmitteilung ist die Lizensierung nur unter bestimmten Vertragsbedingungen kein Fall der Lieferverweigerung. Stattdessen wird auf die Ausschließlichkeitsbindungen verwiesen.[700] Der Abschnitt zu den Ausschließlichkeitsbindungen ist aber auch nicht anwendbar, da die Anti-Fragmentierungsvereinbarungen keine Bezugsbindung oder Ähnliches beinhalten, sondern nur die Entwicklung von Android-Forks verhindern sollen.[701]

700 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 77.

701 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 160 – *Google Android*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c. Zusammenfassung

Für jede Kategorie ergeben sich auf dem gewählten Abstraktionsniveau die folgenden Zusammenfassungen der Textstellen:

(1) Fallgruppen

i. Maßstab

Zur Beurteilung der Kopplungspraktiken von Google Suche mit dem App-Store und Chrome mit dem Play Store und der Suche stellt die Kommission vier Kriterien für die Feststellung der Missbräuchlichkeit auf:

- Die gekoppelten Produkte müssen verschiedene Produkte sein,
- das Unternehmen muss im Markt des Produkts, an das gekoppelt wird, marktbeherrschend sein,
- das Unternehmen lässt den Abnehmern keine Wahl, sowohl das koppelnde Produkt als auch das gekoppelte Produkt zu erhalten,
- die Kopplung ist dazu geeignet, den Wettbewerb zu beschränken.[702]

Hinsichtlich der ersten Voraussetzung ist dabei neben weiteren Faktoren[703] insbesondere die Nachfrage nach den Produkten einzeln zu berücksichtigen.[704] Bezüglich des dritten Kriteriums ist es denkbar, dass die Wahlmöglichkeiten der Abnehmer durch technische und/oder vertragliche Mechanismen eingeschränkt sind, auch wenn diese selber keinen Preis dafür zahlen und weiterhin die Möglichkeit haben, Produkte von Wettbewerbern zu nutzen.[705] Die vierte Voraussetzung verlangt nicht, dass eine tatsächliche Wettbewerbsbeschränkung nachgewiesen wird. Es genügt, wenn das Verhalten hierzu geeignet ist.[706] Verbraucher müssen hierdurch nicht direkt betroffen sein, es genügt eine mittelbare Betroffenheit durch die Auswirkungen auf die Wettbewerbsstruktur.[707] Für die Beurteilung der möglichen Wettbewerbsbeschränkung ist maßgeblich, dass:

- die Kopplung die Anreize der Nutzer senkt, sich für ein anderes als eines der gekoppelten Produkte zu entscheiden,

702 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 741 – *Google Android*.
703 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 744 f. – *Google Android*.
704 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 743 – *Google Android*.
705 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 746 ff. – *Google Android*.
706 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 749 – *Google Android*.
707 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 749 – *Google Android*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

– die Kopplung Abnehmer des beherrschenden Unternehmens davon abhält, Produkte anderer Unternehmen anzubieten,
– unbeteiligte Unternehmen dadurch angehalten werden, Produkte zu entwickeln, die die Technologie des gekoppelten Produktes nutzen.[708]

Bei der Beurteilung der Wettbewerbsbeschränkung ist außerdem zu berücksichtigen, ob technische und wirtschaftliche Einschränkungen die Nutzung von Konkurrenzprodukten durch die Verbraucher verhindern.[709]

Die Zahlungen an Originalgerätehersteller und Mobilfunknetzbetreiber behandelt die Kommission unter der Fallgruppe der Ausschließlichkeitsbindungen. Diese werden ohne weitere Voraussetzungen als missbräuchlich eingestuft, wenn durch Zahlungen Abnehmer dazu angehalten werden, den gesamten oder nahezu den gesamten Bedarf bei dem marktbeherrschenden Unternehmen zu decken.[710] Wenn das beherrschende Unternehmen allerdings fundierte Gründe vorbringt, die gegen eine Wettbewerbsbeschränkung sprechen, insbesondere gegen Marktverschließungseffekte, dann muss eine weitere Analyse vorgenommen werden.[711] Dabei sind zu berücksichtigen:

– der Umfang der Marktbeherrschung,
– der von den Zahlungen betroffene Marktanteil,
– die konkreten Bedingungen der Zahlungen,
– ihre Dauer und Höhe
– und eine mögliche Strategie, ebenso effiziente Wettbewerber vom Markt auszuschließen.[712]

ii. Subsumtion

Die Kopplung der Google Suche mit dem Android-App-Store erfüllt nach Prüfung durch die Kommission die Voraussetzungen einer missbräuchlichen Kopplung.

Es handelt sich um verschiedene Produkte, da sie verschiedene Funktionalitäten anbieten[713], andere Unternehmen die Produkte auch einzeln

708 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 750 – *Google Android*.
709 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 751 – *Google Android*.
710 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1188 – *Google Android*.
711 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1189 – *Google Android*.
712 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1189 – *Google Android*.
713 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 757 – *Google Android*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

anbieten[714], Google die Suche auch für andere Geräte entwickelt und anbietet[715], diese auch über andere nicht Android-App-Stores heruntergeladen werden kann[716] und Gerätehersteller den App-Store unabhängig von der Google-Suche[717] installieren wollten.

Die Kopplung – also der Umstand, dass die Produkte nicht getrennt abgenommen werden konnten – ergibt sich aus den Lizenzbedingungen[718], dem Umstand, dass Nutzer das eine Produkt nicht ohne das andere erhalten[719] und Gerätehersteller andere Such-Apps nur zusammen mit der Google Suche vorinstallieren können.[720] Irrelevant ist hingegen, dass die Google Suche kostenlos ist, da diese durch Werbung trotzdem monetarisiert wird[721] und die Kopplung unabhängig von einer Gegenleistung ist.[722] Unerheblich für die Kopplung ist ebenfalls, dass die Nutzer nicht gezwungen sind, die Google-Suche auch tatsächlich zu nutzen.[723]

Die Beschränkung des Wettbewerbs ergibt sich daraus, dass die Kopplung Google einen wettbewerblichen Vorteil verschafft, den Wettbewerber auf dem Markt für allgemeine Suchen nicht ausgleichen können. Die Kopplung hilft Google, die eigene marktbeherrschende Position beizubehalten und zu stärken. Den wettbewerblichen Vorteil begründet die Kommission damit, dass die Anzahl der allgemeinen Suchanfragen auf mobilen Endgeräten signifikant gestiegen ist, die Vorinstallation ein wichtiger Kanal für den Absatz von Suchdiensten ist und die Deinstallation teilweise unmöglich ist. Dies kann nicht von Wettbewerbern ausgeglichen werden und der Vorteil stimmt mit der Entwicklung der Marktanteile überein.[724] Google selbst belegt den Anstieg der Suchanfragen.[725] Die Vorinstallation als wichtiger Vertriebskanal wird belegt mit internen Dokumenten von Google, den Aussagen Googles im Verfahren, den Stellungnahmen anderer Unternehmen und einem Vergleich zwischen der Nutzung auf Geräten mit

714 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 758 – *Google Android*.
715 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 759 – *Google Android*.
716 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 760 – *Google Android*.
717 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 761 – *Google Android*.
718 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 765 – *Google Android*.
719 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 766 – *Google Android*.
720 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 767 – *Google Android*.
721 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 769 – *Google Android*.
722 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 770 – *Google Android*.
723 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 771 – *Google Android*.
724 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 775, 835 ff. – *Google Android*.
725 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 777 – *Google Android*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und ohne Vorinstallation.[726] Dass der hieraus resultierende wettbewerbliche Vorteil nicht aufgewogen werden kann, erklärt die Kommission damit, dass die alternativen Vertriebskanäle (Downloads, Vereinbarungen mit Browserentwicklern, Vorinstallationsvereinbarungen) nicht die Kopplung aufwiegen können. Dies wird jeweils belegt mit Aussagen von Wettbewerbern[727], Daten zu den Marktanteilen und der Nutzung der alternativen Vertriebswege[728] sowie eigenen qualitativen Überlegungen[729].

Die Prüfung der Kriterien in Hinblick auf die Kopplung von Google Chrome mit dem Play Store und der Google Suche folgt im Wesentlichen dem gleichen Ablauf und ist an vielen Stellen bis in den Wortlaut inhaltsgleich.[730] Auch die Art der verwendeten Beweismittel entspricht derer aus der vorangegangenen Prüfung.

Hinsichtlich der Zahlungen führt die Kommission aus, dass die Zahlungen als Ausschließlichkeitsbindungen zu qualifizieren sind und geeignet waren, den Wettbewerb zu beschränken. Die Qualifizierung als Ausschließlichkeitsbindung ist gestützt auf die betroffenen Absatzmengen und Aussagen der betroffenen Unternehmen sowie interne Dokumente von Google. Die Feststellung der Wettbewerbsbeschränkung durch die Zahlungen ist darauf gestützt, dass OEMs und MNOs (Mobile Network Operator) geringere Anreize hatten, konkurrierende Suchmaschinen vorzuinstallieren. Die Zahlungen machten den Zugang zu den nationalen Suchmaschinenmärkten schwieriger und verhinderten Innovation.[731]

Ohne die Zahlungen hätten die OEMs und MNOs wirtschaftliche Anreize gehabt, Suchmaschinen von Wettbewerbern vorzuinstallieren, was deren Besucherzahlen erhöht hätte. Dies wird gestützt auf Aussagen von Google und den betroffenen Wettbewerbern.[732] Andere Suchmaschinen konnten die Zahlungen von Google nicht ausgleichen, da sie selbst nicht die gleichen Absatzmengen wie Google hätten garantieren können, wie sich aus den (potentiellen) Anteilen der alternativen Suchmaschinen an den Suchanfragen auf den betroffenen Geräten ergibt.[733] Die Anteile errechnen sich unter anderem aus Datensätzen von Google und öffentlich zugänglichen

726 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 786 – *Google Android*.
727 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 807 – *Google Android*.
728 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 808 ff. – *Google Android*.
729 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 817 ff. – *Google Android*.
730 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 879 ff. – *Google Android*.
731 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1195 ff. – *Google Android*.
732 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1211 – *Google Android*.
733 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1225 ff. – *Google Android*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Datensätzen.[734] Die Zahlungen waren zumindest ein Grund für OEMs und MNOs davon abzusehen, andere Suchmaschinen vorzuinstallieren. Dies wird belegt mit entsprechenden Aussagen der Vertragspartner.[735]

Der erschwerte Zugang der Wettbewerber zu nationalen Suchmaschinenmärkten wird anhand der betroffenen Marktanteile festgestellt[736] und anhand des Umstands, dass die Zahlungen nicht durch konkurrierende Suchmaschinenbetreiber durch andere Vertriebskanäle hätten ausgeglichen werden können (dabei wird auf die Ausführungen zur Kopplung zu dem entsprechenden Punkt verwiesen).[737]

Die Verhinderung von Innovation wird belegt mit der Überlegung, dass weniger Suchmaschinen genutzt, die für die Verbesserung nötigen Datenmengen nicht erreicht und auch die hierfür nötigen werbebasierten Umsätze nicht erzielt werden konnten.[738] Außerdem wurden die Anreize Googles reduziert, das eigene Produkt zu verbessern.[739]

(3) Auswirkungsanalyse

i. Maßstab

Hinsichtlich der Lizenzierung des Play Stores und der Google Suche nur auf Grundlage der Anti-Fragmentierungsvereinbarungen stellt die Kommission die folgenden Kriterien zur Bestimmung der Missbräuchlichkeit auf:

- Die Verpflichtung steht in keiner Verbindung zu dem Gegenstand des Vertrages,
- das Unternehmen ist marktbeherrschend,
- die Vertragspartei kann das Produkt nur beziehen, wenn sie die Verpflichtung akzeptiert,
- die Verpflichtung ist geeignet, den Wettbewerb zu beschränken.[740]

734 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1231 ff. – *Google Android*.
735 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1273 – *Google Android*.
736 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1286 ff. – *Google Android*.
737 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1305 ff. – *Google Android*.
738 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1314 ff. – *Google Android*.
739 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1319 – *Google Android*.
740 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1011 – *Google Android*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ii. Subsumtion

Die Wettbewerbsbeschränkung begründet die Kommission damit, dass Android-Forks ein ernstzunehmendes Wettbewerbsprodukt für Google sind und Google die Einhaltung der Anti-Fragmentierungsvereinbarungen überwacht und diese durchsetzt. Dadurch hat Google die Entwicklung von Android-Forks behindert. Kompatible Forks sind eine wettbewerblich ernstzunehmende Alternative für Google. Die Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung wird dadurch verstärkt, dass die Programmierschnittstellen für Android nicht verfügbar sind. Das Verhalten stärkt und festigt die marktbeherrschende Stellung Googles in den nationalen Märkten für allgemeine Suchanfragen, verhindert Innovation und führt zumindest indirekt zu Verbraucherschäden.[741]

Die Kommission belegt diese Begründung mit:

- den Investitionskosten, die die Entwicklung eines neuen Betriebssystems mit sich bringen würde und mit Aussagen von Wettbewerbern und betroffenen Unternehmen hierzu[742],
- Fallbeispielen, in denen Google tatsächlich aufgrund der Vereinbarungen intervenierte sowie interner und externer Dokumente von Google[743],
- der Dauer und Reichweite der Vereinbarungen[744] und der Verhinderung von Vertriebsmöglichkeiten, die wiederum mit Fallbeispielen belegt werden[745],
- der Korrespondenz von Google mit Wettbewerbern und anderen Unternehmen, die entsprechende Forks entwickeln wollten und deren Aussagen[746],
- den Aussagen von Unternehmen, die Apps entwickeln und portieren, hinsichtlich der Schwierigkeit, die Kompatibilität einer App mit einer Fork herzustellen[747],
- dem Umstand, dass die Forks von anderen Suchmaschinen genutzt werden könnten.[748]

741 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1036 – *Google Android*.
742 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1038 ff. – *Google Android*.
743 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1050 – *Google Android*.
744 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1077 ff. – *Google Android*.
745 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1081 ff. – *Google Android*.
746 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1114 ff. – *Google Android*.
747 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1132 ff. – *Google Android*.
748 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1140 – *Google Android*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Außerdem werden Innovationsanreize bei der Entwicklung von Forks reduziert.[749] Verbraucher haben so weniger Wahlmöglichkeiten hinsichtlich der Betriebssysteme, da weniger Forks verfügbar sind.[750]

(4) Verbraucherwohlfahrt

i. Maßstab

Die Kommission spricht zu Beginn der Prüfung an, dass Verhaltensweisen missbräuchlich sind, wenn sie entweder die Verbraucher direkt oder über die Auswirkungen auf den Wettbewerb schädigen. Das Verhalten ist dann als missbräuchlich einzustufen, wenn es zum Nachteil der Verbraucher die Aufrechterhaltung oder das Wachstum des Wettbewerbs in einem Markt hindert.[751]

ii. Subsumtion

Der Verbraucherschaden wird im Rahmen der Prüfung der Anti-Fragmentierungsverpflichtungen damit begründet, dass Verbraucher weniger Wahlmöglichkeiten hinsichtlich der Betriebssysteme haben, da weniger Forks verfügbar sind.[752]

(5) Rechtfertigung

i. Maßstab

Das marktbeherrschende Unternehmen kann das eigene Verhalten rechtfertigen, wenn es objektiv notwendig war oder die negativen Effekte durch Vorteile, die auch die Verbraucher erreichen, aufgewogen werden.[753] Dafür muss das Unternehmen folgende Voraussetzungen belegen:

- Die Effizienzgewinne werden wahrscheinlich die negativen Auswirkungen ausgleichen,
- diese Effizienzgewinne sind zumindest wahrscheinlich Folge des Verhaltens,

749 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1141 – *Google Android*.
750 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1142 – *Google Android*.
751 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 162 – *Google Android*.
752 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1142 – *Google Android*.
753 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 734 – *Google Android*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

– das Verhalten ist notwendig, um diese Effizienzgewinne zu erzielen,
– das Verhalten schließt den effektiven Wettbewerb nicht dadurch komplett aus, dass alle bestehenden oder potentiellen Quellen von Wettbewerb ausgeschaltet werden.[754]

Hinsichtlich der Zahlungen konkretisiert die Kommission, dass bei der Beurteilung der negativen Auswirkungen auch die Eignung der Zahlungen zur Marktverschließung berücksichtigt werden muss.[755]

ii. Subsumtion

Hinsichtlich der Kopplungen bringt Google als Rechtfertigung vor, dass das Verhalten ein legitimer Weg ist, um die Investitionen in Android zu monetarisieren und dadurch Wettbewerb mit anderen vertikal integrierten Unternehmen zu betreiben. Der Play Store werde zudem kostenlos angeboten.[756] Die Kommission verwirft dies, da dies nicht die Voraussetzungen der Rechtfertigung erfüllt. Insbesondere hat Google nicht nachgewiesen, dass das Verhalten jeweils notwendig für die Erreichung der vorgebrachten Ziele war.[757]

Hinsichtlich der Lizenzierung des Play Stores und der Google Suche bringt Google vor, dass die Anti-Fragmentierungsvereinbarungen notwendig sind, um:

– Die Interoperabilität zu wahren,
– Fragmentierung zu verhindern, die das Android-Ökosystem beeinträchtigt,
– Googles Reputation zu schützen,
– OEMs daran zu hindern, Abstriche zu machen,
– free riding hinsichtlich des technischen Supports zu verhindern.

Außerdem hat Google die Vereinbarungen eingeführt, bevor es marktbeherrschend wurde. Die Vereinbarungen sollten nicht irreführend sein. Des Weiteren hat die Kommission die positiven und negativen wettbewerblichen Effekte nicht gegeneinander aufgewogen.

754 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 736 – *Google Android*.
755 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1190 f. – *Google Android*.
756 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 993 – *Google Android*.
757 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 995 ff. – *Google Android*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Kommission verwirft dies, da Google nicht nachgewiesen hat, dass die Vereinbarungen zur Interoperabilität notwendig sind[758] und dass die Fragmentierung das Android-Ökosystem beeinträchtigt.[759] Außerdem konnte Google nicht zeigen, dass die Vereinbarungen zum Reputationsschutz[760], zur Verhinderung von Corner Cutting[761] und zur Verhinderung von free riding hinsichtlich des technischen Supports notwendig sind.[762]

Darüber hinaus ist es unerheblich, wann Google die Vereinbarungen eingeführt hat.[763] Die Kommission muss Pro und Contra der kompetitiven Effekte nicht aufwiegen, da Google die Notwendigkeit des Verhaltens nicht nachweisen konnte.[764]

Hinsichtlich der Zahlungen bringt Google vor, dass diese notwendig waren, um OEMs und MNOs zu überzeugen, Geräte für das entstehende Android-Ökosystem zu produzieren und die Investitionen in Android auszugleichen. Zudem können so Android Geräte mit Apple konkurrieren, da die Preise niedriger ausfallen, die Qualität höher ist und OEMs und MNOs mehr in F&E investieren können.[765]

Die Kommission verwirft dies, da die Zahlungen zumindest dann nicht mehr nötig gewesen wären, als Android einen Marktanteil von 40% hatte, und damit kein Ökosystem im Entstehen mehr war.[766] Google konnte außerdem nicht nachweisen, dass die Zahlungen nötig waren, um die Investitionen in Android auszugleichen, zumal andere Monetarisierungsmöglichkeiten bereitstanden[767], und dass die Zahlungen nötig waren, um Android Geräte mit Apple konkurrieren lassen zu können.[768] Auch waren die Zahlungen nicht nötig, um OEMs vom Verkauf von Android Geräten zu überzeugen, die Kosten von OEMs und MNOs zu reduzieren, die Qualität der Geräte zu erhöhen oder mehr Investitionen in Forschung und Entwicklung zu erreichen. Dies wird von Google nicht behauptet und nicht nachgewiesen.[769]

---

758 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1157 ff. – *Google Android*.
759 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1163 ff. – *Google Android*.
760 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1172 ff. – *Google Android*.
761 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1177 – *Google Android*.
762 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1178 – *Google Android*.
763 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1182 – *Google Android*.
764 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1183 – *Google Android*.
765 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1323 – *Google Android*.
766 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1325 f. – *Google Android*.
767 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1327 – *Google Android*.
768 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1328 ff. – *Google Android*.
769 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1332 – *Google Android*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

d. Ergebnis der Analyse

Die inhaltliche Prüfung der einzelnen Verhaltensweisen orientiert sich nicht mehr an der Prioritätenmitteilung. Die eigenständige Prüfung der Verbraucherschädigung tritt weiter in den Hintergrund. Stattdessen führt die Kommission in dem Fall – teilweise innerhalb der jeweiligen Fallgruppen – eine extensive Auswirkungsanalyse durch.

aa. Abgleich

Bei den beiden Kopplungspraktiken folgt die Kommission im Grundsatz der bereits dargestellten Prüfung nach der Prioritätenmitteilung. Allerdings wird statt der wettbewerbswidrigen Marktverschließung als drittes Tatbestandsmerkmal die Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung geprüft.[770] Diese unterscheiden sich nicht nur im Namen, sondern auch inhaltlich. Die Feststellung einer wettbewerbswidrigen Marktverschließung auch bei Kopplungspraktiken hängt insbesondere von der Fähigkeit des marktbeherrschenden Unternehmens ab, als Folge der Kopplung die Preise zu erhöhen.[771] Die Prüfung der Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung in der Entscheidung erschöpft sich hingegen in den Auswirkungen des Verhaltens auf die Entscheidung der Abnehmer und unbeteiligten Unternehmen, welches Produkt genutzt werden soll.[772] Diese Auswirkungsanalyse ohne Berücksichtigung einer Verbraucherschädigung wird allerdings auch in der Subsumtion extensiv durchgeführt. Die Kommission ermittelt einen wettbewerblichen Vorteil Googles in Folge der Kopplungspraktik, der von Wettbewerbern nicht ausgeglichen werden könne, und belegt dies mit einer Vielzahl von qualitativen wie auch einzelnen quantitativen Beweismitteln.[773]

Die Einordnung der Zahlungen als Ausschließlichkeitsbindung wäre nach der Prioritätenmitteilung davon abhängig, ob sie zu einer wettbewerbswidrigen Marktverschließung führen. Maßgeblich ist nach der Prio-

770 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 749 ff. – *Google Android*.
771 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 55.
772 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 750 f. – *Google Android*.
773 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 835 ff. – *Google Android*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ritätenmitteilung auch die Frage, ob der Vorteil, der den Unternehmen aus der Ausschließlichkeitsbindung erwächst, an die Verbraucher weitergegeben werden kann.[774] Neben den allgemeinen Voraussetzungen einer Marktverschließung legt die Prioritätenmittteilung ein besonderes Augenmerk auf die Ausschaltung potentiellen Wettbewerbs.[775] In der Entscheidung wendet die Kommission dieses Prüfungsprogramm nicht direkt an. Stattdessen verweist sie darauf, dass eine Ausschließlichkeitsbindung schon per se missbräuchlich sei, wenn sie nahezu den gesamten Bedarf des gebundenen Abnehmers betrifft. Eine nähere Prüfung soll nur erfolgen, wenn fundierte Gründe insbesondere gegen eine Marktverschließung vorgebracht werden.[776] Die Kommission nimmt diese nähere Prüfung der Marktverschließung dann auch vor, weist jedoch eine Verbraucherschädigung dabei nicht nach. Im Übrigen setzt sie aber die Kriterien der Prioritätenmitteilung zur wettbewerbswidrigen Marktverschließung um und hinterlegt sie mit qualitativen und quantitativen Beweismitteln. Sie berücksichtigt auch den potentiellen Wettbewerb. Auf der Grundlage unterschiedlicher Datensätze errechnet sie potentielle Marktanteile, um die Auswirkungen der Ausschließlichkeitsbindung nachzuweisen.[777]

Die vierte Verhaltensweise ist die Lizenzierung des Play Stores und der Google Suche nur auf Grundlage der Anti-Fragmentierungsvereinbarungen. Hier prüft die Kommission nicht ausdrücklich eine bestimmte Fallgruppe der Missbräuchlichkeit. Zur Verfügung stünde jedoch die Fallgruppe der Lieferverweigerung. Allerdings fasst die Prioritätenmitteilung unter die Lieferverweigerung nur kategorische Verweigerungen und nicht auch die Lieferung nur unter Bedingung von bestimmten Verhaltensbeschränkungen.[778] Insofern müsste diese Verhaltensweise unter dem allge-

774 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 34.

775 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 36.

776 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1188 – *Google Android*.

777 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1195 ff. – *Google Android*.

778 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 77.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

meinen Analyserahmen der wettbewerbswidrigen Marktverschließung behandelt werden. Diese wird aber in der Entscheidung nicht aufgegriffen. Stattdessen misst die Kommission die bedingte Lieferverweigerung daran, ob die Bedingung in keiner Verbindung zu dem Gegenstand des Vertrages steht und geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken. Die Wettbewerbsbeschränkung sieht die Kommission darin, dass Google die Entwicklung von Android-Forks behindere und damit die eigene marktbeherrschende Stellung in den nationalen Märkten für Suchanfragen gestärkt und gefestigt habe.[779] Sie führt hierzu qualitative und quantitative Beweismittel an und sie prüft hierzu auch eine indirekte Verbraucherschädigung. Allerdings verwendet die Kommission hierauf nur einen kurzen Absatz, in dem sie die Verbraucherschädigung mit der geringen Auswahlmöglichkeit mangels mehrerer Android-Forks begründet.[780] Dem Prüfungspunkt kommt aber neben den Auswirkungen auf den Wettbewerb keine eigenständige Bedeutung zu.

Die Anforderungen, die die Kommission in der Entscheidung an die Rechtfertigung stellt, entsprechen denen, die in der Prioritätenmitteilung niedergelegt sind. Die Vielzahl von Rechtfertigungsgründen, die Google vorbringt, verwirft die Kommission aber, da Google keine Nachweise für die Notwendigkeit des Verhaltens erbringen kann.

bb. Würdigung

Die Entscheidung steht in engem Zusammenhang mit der vorhergehenden Entscheidung in Sachen Google Shopping. Auffällig ist, dass es der Kommission hier besser gelingt, die Verhaltensweisen unter schon bekannte Fallgruppen des Missbrauchs zu subsumieren. Die aufgegriffenen Verhaltensweisen entsprechen – anders als noch in Google Shopping – den Verhaltensweisen, die auch durch „analoge" Unternehmen in bisherigen Fällen eingesetzt werden. Es handelt sich trotz des betroffenen Unternehmens rechtlich eher um einen konventionellen Fall.

Die Prüfung knüpft auch mit Blick auf den more economic approach und die Prioritätenmitteilung an die vorherigen Fälle an. Obwohl zumindest drei der Verhaltensweisen entsprechend den Fallgruppen der Prioritätenmitteilung eingeordnet werden, werden deren Tatbestandsvor-

779 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 582 – *Google Android*.
780 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1142 – *Google Android*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aussetzungen nicht mehr übernommen. Die wettbewerbswidrige Marktverschließung, die danach eigentlich vorgesehen wäre, wird nur bei einer der vier untersuchten Verhaltensweisen zumindest begrifflich aufgegriffen. Inhaltlich fehlt bei jeder der Verhaltensweisen eine Prüfung des Verbraucherschadens. Dieser wird nur an einer Stelle praktisch am Rande erwähnt und keiner eigenständigen Prüfung unterzogen. Andere Aspekte der wettbewerbswidrigen Marktverschließung werden jedoch zumindest im Rahmen der weiteren Auswirkungsprüfung angesprochen.

Die Kommission nutzt für die Prüfung der Anti-Fragmentierungsverpflichtung eine nicht in der Prioritätenmitteilung enthaltene Fallgruppe, die sie im Rahmen der Auswirkungen auf den Wettbewerb prüft. Die Kommission entnimmt die Voraussetzungen dem Urteil des Gerichts erster Instanz in dem Verfahren Microsoft.[781] Dies lässt den Schluss zu, dass die vorgesehenen Fallgruppen aus der Prioritätenmitteilung auf diese Verhaltensweise nicht passen. Mit einer ähnlichen Problematik war die Kommission schon in der Entscheidung Google Shopping konfrontiert.

Kern der Entscheidung ist für jede der Verhaltensweisen eine extensive Prüfung der Auswirkungen auf den Wettbewerb. Diese stellt den Schwerpunkt bei jeder der Verhaltensweisen dar, auch wenn diese formal einer der Fallgruppen zugeordnet werden können. Hier prüft die Kommission die verschiedenen Auswirkungen und hinterlegt diese konsequent mit Beweismitteln. Für die Kopplung werden die Anzahl der Suchanfragen ermittelt, es wird ein Vergleich zwischen Geräten mit und ohne Vorinstallation vorgenommen und Daten zu den Marktanteilen ausgewertet.[782] Hinsichtlich der Zahlen wertet die Kommission die Suchanfragen auf den betroffenen Geräten aus, ermittelt den Marktanteil und würdigt Aussagen der Vertragspartner.[783] Bei den Anti-Fragmentierungsvereinbarungen stützt sich die Kommission auf deren Dauer und Reichweite, die Investitionskosten sowie auf Aussagen der Wettbewerber und von Google selbst.[784] Die Entscheidung hat damit in der Prüfung eine Tiefe, die sich auch in der Länge

781 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1011 – *Google Android*; EuG, 17.09.2007, Rs. T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, Rz. 859, 862, 864, 867, 869, 1144-1167 – *Microsoft/Kommission*.

782 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 775, 777, 786, 807 ff., 817 ff., 835, 879 ff. – *Google Android*.

783 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1195 ff, 1211, 1225 ff., 1273, 1286 ff., 1308 ff., 1314 ff, 1319 – *Google Android*.

784 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1038 ff., 1077 ff., 1114 ff., 1132 ff. – *Google Android*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

niederschlägt, wie sie sich in kaum keiner der anderen Entscheidungen wiederfinden lässt.

III. Zusammenfassungen und weitere Ergebnisse

Die Zusammenfassungen der einzelnen Entscheidungsarten ermöglichen einen Abgleich des angewendeten Maßstabs mit dem Maßstab des more economic approach und der Prioritätenmitteilung. Über einen einfachen Abgleich hinaus werden dabei Entwicklungen in der Entscheidungspraxis, Defizite in der Umsetzung und Probleme des Maßstabes identifiziert. Die Entscheidungen der europäischen Gerichte sowie die übrigen Entscheidungsarten der Kommission ergänzen diese Ergebnisse. Insbesondere die Zusammenfassungen zu den einzelnen Kategorien sind die Grundlage für die vorangestellten identifizierten Defizite der bisherigen Umsetzung.[785] Die Defizite gilt es bei der Weiterentwicklung des more economic approach zu beseitigen.

Die Untersuchung macht deutlich, dass sich die von der Kommission behandelten Fälle so verändert haben, dass die Fallgruppen aus dem Gutachten der EAGCP und der Prioritätenmitteilung inhaltlich keine Anwendung mehr finden. Die Kommission berücksichtigt die Fallgruppen bestenfalls noch formal. Entweder kann die Kommission keine der Fallgruppen anwenden oder wendet dennoch einen anderen Maßstab an als vorgesehen. Daraus folgt, dass die Berücksichtigung neuer ökonomischer Erkenntnisse nötig ist, um die Anwendung von Art. 102 AEUV rechtssicher und transparenter zu machen.

Es zeigt sich außerdem, dass die Maßstäbe des more economic approach aus dem Gutachten der EAGCP und der Prioritätenmitteilung für die Fallbearbeitung keine Rolle mehr spielen. Die Kommission prüft insbesondere den Maßstab der Verbraucherwohlfahrt gerade in den neueren Entscheidungen nicht oder zumindest nicht konsequent als eigenen Prüfungspunkt.

In fast allen Fällen nimmt die Kommission eine extensive Einzelfall- und Auswirkungsanalyse vor. Die Kommission fällt immer dann auf eine Einzelfall- und Auswirkungsanalyse zurück, wenn sie die speziellen Kriterien der einzelnen Fallgruppen nicht anwendet. Dadurch, dass sie die Fallgruppen – selbst wenn dies möglich wäre – kaum noch anwendet, wird der Auffangtatbestand zur Regel. Obwohl speziellere Regeln zur Beurteilung

785 S. D.I.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Verhaltensweisen bereitstünden, kommt eine aufwendige Einzelfall- und Auswirkungsanalyse zur Anwendung. Dadurch geht der Mehrwert der spezielleren Regeln verloren und es werden erhebliche Ressourcen für diese Analyse verwendet.

1. Ergebnisse der Kategorien

Die Ergebnisse werden für die einzelnen Kategorien erneut auf einem Abstraktionsniveau zusammengefasst, welches einen Vergleich zwischen den Entscheidungen zulässt und den Maßstab auf möglichst abstrakte Kriterien reduziert. Diese erneute Zusammenfassung ermöglicht es, Entwicklungen und Konstanten in der Entscheidungspraxis zu identifizieren und Ergebnisse nicht nur für einzelne Entscheidungen, sondern jeweils für die gesamte Kategorie zu finden. Damit werden die Probleme bei der Umsetzung des more economic approach besser identifiziert. Die Ergebnisse werden dementsprechend bei einer Entwicklung chronologisch dargestellt. Auf eine erneute Darstellung der Subsumtion unter die Maßstäbe wird verzichtet. Die Zusammenfassung der Subsumtion diente der Überprüfung, ob die Kommission den entwickelten Maßstab in der Prüfung auch umsetzt. Diese Feststellungen konnten schon im Rahmen der Analyse der Einzelentscheidungen vorgenommen werden, auf die nun zurückgegriffen wird, ohne dass dies einer erneuten Darstellung bedarf.

a. Quantitative Vorbemerkungen

Auch in einer qualitativen Analyse findet sich Raum für einzelne quantitative Elemente, ohne diesen zu viel Bedeutung beizumessen. Zur besseren Einordnung der weiteren Ergebnisse dienen die folgenden Zahlen aus der Entscheidungsanalyse:

In den analysierten 10 Entscheidungen werden insgesamt 18 Verhaltensweisen geprüft. Dabei werden 13 einer bestehenden Fallgruppe zugeordnet. Die übrigen 5 werden entweder anhand der Marktverschließung oder einer Auswirkungsanalyse beurteilt. Die Verbraucherschädigung wird bei 5 Verhaltensweisen, bei denen sie noch nicht Teil der Prüfung in den Kategorien (1) oder (2) war, separat geprüft – allerdings in 3 Entscheidungen nur formal und ohne entsprechende Inhalte. Die Rechtfertigung wird bezüglich aller Verhaltensweisen zumindest für möglich erachtet, aber greift bei keiner

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Entscheidung durch. Die Prioritätenmitteilung wird in 5 Entscheidungen zitiert.

Die folgende Tabelle gibt einen Überblick über die erzielten „Treffer" für die jeweiligen Kategorien.

Entscheidung	Verhaltensweisen	Kategorien					
		(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)
Intel	2	+	+	+		+	+
			+	+	(+)	+	
Telekomunikacja Polska	4	(+)				+	+
		(+)				+	
		(+)				+	
		(+)				+	
OPCOM	1		+			+	
Motorola	1	(+)				+	
Slovak Telekom	2	+	+	+	+	+	+
		+	+	+	+	+	
ARA	1	(+)				+	
Shopping	1		(+)	+	(+)	+	
Baltic Rail	1		+			+	+
Qualcomm	1	(+)		+		(+)	+
Android	4	(+)				+	
		(+)				+	
				+	(+)	+	
		(+)				+	

Diese Tabelle zeigt aber auch die Grenzen einer quantitativen Analyse auf. Während die Kategorien relativ viele Treffer erzielt haben, wird schon jetzt bei Einbeziehung der vorangegangenen Bewertungen der einzelnen Entscheidungen klar, dass viele dieser Treffer bei Betrachtung ihres Inhalts zwar als Treffer für die Kategorie gewertet werden können, aber nicht als Treffer für den more economic approach oder die Prioritätenmitteilung. Diese Divergenz ergibt sich daraus, dass die Kategorien jede Textstelle erfassen, die Bezug auf die vorher festgelegten Inhalte nimmt, auch wenn die Voraussetzungen des more economic approach oder der Prioritätenmitteilung nicht im Einzelnen übernommen werden. Die Bewertung, ob diese auch tatsächlich vorliegen, muss in einem separaten Schritt stärker anhand des Inhalts der jeweiligen Textstellen durchgeführt werden. In der Tabelle

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wurden einige der Treffer in Klammern gesetzt, um zu verdeutlichen, dass diese inhaltlich erheblich hinter den Voraussetzungen zurückbleiben, die aufgrund des more economic approach und der Prioritätenmitteilung geprüft werden müssten.

b. Fallgruppen

Bei den zwölf Verhaltensweisen, die einer der speziellen Fallgruppen der Kategorie (1) zugeordnet werden, handelt es sich um acht Fälle von Lieferverweigerungen (einmal zusätzlich in der Ausprägung einer Kosten-Preis-Schere) in den Entscheidungen Telekomunikacja Polska, Motorola, Slovak Telekom und ARA, um drei Ausschließlichkeitsbindungen in den Entscheidungen Intel, Qualcomm und Google Android und um zwei Kopplungen in dem Fall Google Android.

aa. Zusammenfassungen des Maßstabes

In der Entscheidung Telekomunikacja Polska wird der Maßstab für die missbräuchliche Lieferverweigerung wie folgt gesetzt:

- Produkt/Dienstleistung ist objektiv notwendig für Wettbewerb,
- wahrscheinliche Ausschaltung des wirksamen Wettbewerbs,
- wahrscheinlicher Verbraucherschaden.[786]

In der Entscheidung Motorola genügt der Kommission für die Lieferverweigerung wiederum, dass das Verhalten den Wettbewerb einschränkt oder zumindest imstande ist, dies zu tun, unabhängig vom tatsächlichen Erfolg.[787] In der Entscheidung Slovak Telekom prüft die Kommission, ob die Lieferverweigerung dazu in der Lage ist, den Eintritt anderer Anbieter in den Markt zu erschweren oder unmöglich zu machen.[788] Zur Beurteilung der Kosten-Preis-Schere in der gleichen Entscheidung wird ein AEC-Test durchgeführt, der zeigt, dass selbst das marktbeherrschende Unternehmen unter den Bedingungen nicht profitabel auf dem Markt tätig werden konn-

786 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 703, 706 – *Telekomunikacja Polska*.
787 Europäische Kommission, 29.4.2014, Case AT.39985, Rz. 308 – *Motorola*.
788 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 361 – *Slovak Telekom*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

te.[789] In der Entscheidung ARA wendet die Kommission wiederum die beiden ersten Kriterien aus Telekomunikacja Polska an, verzichtet aber auf die Voraussetzung der wahrscheinlichen Verbraucherschädigung.[790]

Der Maßstab zur Prüfung einer Ausschließlichkeitsbindung stellt sich in den genannten Entscheidungen wie folgt dar:

In der Entscheidung Intel führt die Kommission zur Beurteilung von bedingten Rabatten den AEC-Test durch und prüft damit, ob ein hypothetischer Wettbewerber, der ebenso effizient wie Intel gleichwertige CPUs herstellt und ausliefert, den Markteintritt bei geringeren Absatzmengen ohne Verluste bewerkstelligen kann.[791] In der Entscheidung Qualcomm wird der AEC-Test nicht mehr von der Kommission durchgeführt. Die Missbräuchlichkeit der Verhaltensweise wird vermutet, wenn diese geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken. Diese Vermutung kann durch das Unternehmen widerlegt werden. Erst in diesem Rahmen würdigt die Kommission einen vom Unternehmen durchgeführten AEC-Test. In Google Android werden die Zahlungen an Abnehmer ohne weitere Voraussetzungen als missbräuchlich eingestuft, wenn durch Zahlungen Abnehmer dazu angehalten werden, den gesamten oder nahezu den gesamten Bedarf bei dem marktbeherrschenden Unternehmen zu bedienen.[792] Nur wenn das marktbeherrschende Unternehmen fundierte Gründe vorbringt, die gegen eine Wettbewerbsbeschränkung, insb. gegen eine Marktverschließung, sprechen, muss eine weitere Analyse vorgenommen werden.

In Google Android knüpft die Kommission die Beurteilung der Kopplungen an vier Voraussetzungen:

- Verschiedene Produkte,
- Marktbeherrschung im Markt des gekoppelten Produktes,
- keine Wahl der Abnehmer, Produkte getrennt zu erhalten,
- Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung.[793]

bb. Ergebnis

Hieraus ergeben sich die folgenden Ergebnisse.

789 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 831 ff., 843 ff. – *Slovak Telekom*.
790 Europäische Kommission, 20.9.2016, Case AT.39759, Rz. 76 – *ARA Foreclosure*.
791 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 925, 1003 – *Intel*.
792 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1188 – *Google Android*.
793 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 741 – *Google Android*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(1) Preisbezogene Behinderungsmissbräuche

Konsequent ist die Kommission anfänglich bei der Beurteilung der preisbezogenen Behinderungsmissbräuche. Diese finden sich den Entscheidungen Intel und Slovak Telekom. In beiden Fällen wird konsequent der AEC-Test nach den Vorgaben der Prioritätenmitteilung angewendet – in der Entscheidung Slovak Telekom allerdings erst auf Einwand des betroffenen Unternehmens. Diese Entwicklung setzt sich in der Entscheidung Qualcomm fort. Hier führt die Kommission keinen eigenen AEC-Test mehr durch, sondern würdigt lediglich im Rahmen der Widerlegung der Vermutung der Missbräuchlichkeit einen von Qualcomm vorgelegten AEC-Test. Es ist also eine klare Entwicklung zu beobachten, dass die Kommission den AEC-Test nicht mehr bei allen preisbezogenen Behinderungsmissbräuchen anwenden will. Während die Kommission in Intel den AEC-Test noch ausdrücklich unter Bezugnahme auf die Prioritätenmitteilung anwendet, wird dieser in Slovak Telekom schon nicht mehr in Eigeninitiative angewendet. Die komplette Distanzierung erfolgt in Qualcomm. In Intel ist der AEC-Test noch der Schwerpunkt der Entscheidung. In der Entscheidung Qualcomm ist er schon darauf reduziert, dem vom Unternehmen vorgelegten Test die Aussagekraft abzusprechen. Als Grund für diesen Wandel kann zumindest nicht die Rechtsprechung angeführt werden. Der EuGH hat in der Rechtssache Intel dem AEC-Test keinen ausdrücklichen Riegel vorgeschoben.[794]

(2) Lieferverweigerungen

Bei Beurteilung der Lieferverweigerungen wendet die Kommission in der Entscheidung Telekomunikacja Polska als erster Entscheidung zu dieser Fallgruppe die Kriterien aus der Prioritätenmitteilung an. In den folgenden Entscheidungen Motorola und Slovak Telekom nimmt sie keinen Bezug mehr auf diese Voraussetzungen, sondern prüft eine Einschränkung des Wettbewerbs bzw. die Erschwerung des Markteintritts. In der Entscheidung ARA stellt sich die Kommission ausdrücklich gegen die Verbraucherschädigung als Voraussetzung, die in der Prioritätenmitteilung noch genannt ist.[795]

794 S. dazu nachfolgend den Punkt D.IV.1.a.aa.(2).

795 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Be-

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Voraussetzungen aus der Prioritätenmitteilung werden schon nach der ersten Anwendung nicht mehr berücksichtigt. Die Kommission versucht noch nicht einmal, formal an den Voraussetzungen festzuhalten, sondern ersetzt das Prüfungsprogramm aus der Prioritätenmitteilung.

Die Verbraucherschädigung als Voraussetzung wird fallengelassen. Schon in der Entscheidung Telekomunikacja Polska wird bei näherer Betrachtung klar, dass die Verbraucherschädigung selbst nicht nachgewiesen wird, sondern auf diese geschlossen wird, ohne sie einer eigenständigen Prüfung zu unterziehen. In den folgenden Entscheidungen wird sie dann nur noch in Slovak Telekom auf den Einwand des betroffenen Unternehmens geprüft, aber im Rahmen des regulären Prüfungsprogramms nicht aufgegriffen.

Daneben verbleibt in dieser Fallgruppe nur die Entscheidung Google Android. Insofern kann auf das Ergebnis der Entscheidungsanalyse in diesem Fall verwiesen werden, wonach eine Umsetzung der Kriterien der Prioritätenmitteilung nicht zu erkennen war.[796]

(3) Kopplung

Da die Kopplung nur in einer Entscheidung behandelt wurde, kann insofern ebenfalls auf das Ergebnis der Entscheidungsanalyse für Google Android verwiesen werden.[797] Die Kommission wendet für die Kopplung die Voraussetzungen aus der Prioritätenmitteilung an, verzichtet aber auf die Prüfung und den Nachweis einer Verbraucherschädigung.

cc. Würdigung

Die Fallgruppen der Prioritätenmitteilung haben nach einer anfänglichen Anwendung keine Bedeutung mehr für die Fallpraxis. Besonders deutlich wird dies für die Verbraucherschädigung als Tatbestandsmerkmal der Fallgruppen und den AEC-Test bei den preisbezogenen Verhaltensweisen. Das Merkmal der Verbraucherschädigung wird zwar anfänglich noch aufgeführt, aber nie inhaltlich angewendet. Es verschwindet sodann auch schnell aus dem Prüfungsprogramm, um zuletzt ausdrücklich von der Kommission

hinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 81.

796 S.o. D.II.10.d.

797 S.o. D.II.10.d.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

abgelehnt zu werden. Der AEC-Test spielt zunächst eine herausgehobene Rolle und verliert dann graduell an Bedeutung. Eine solche Entwicklung ist verständlich, wenn über einen langen Zeitraum hinweg viele Entscheidungen getroffen werden und der spezielle Tatbestand nach und nach an Bedeutung verliert. Hier geschieht die Abkehr jedoch in kurzer Zeit und mit wenigen Entscheidungen.

Ein Beispiel ist die Entscheidung Google Shopping und in Teilen die Entscheidung Google Android. Hier zeigt sich, dass die Verhaltensweisen Googles sich teilweise gar nicht mehr den Fallgruppen zuordnen lassen. Die Signifikanz dieser Fälle lässt sich auch nicht dadurch beiseiteschieben, dass sie Ausnahmen darstellen würden. Beide Fälle werden von der Kommission und in der Öffentlichkeit als bedeutende und wegweisende Entscheidungen wahrgenommen und zählen auch hinsichtlich der Geldbußen zu den gewichtigsten Kommissionsentscheidungen. Die Entscheidungen zeigen damit, dass Verhaltensweisen nicht in die bestehenden Schemata eingeordnet werden können, denen trotzdem erhebliche Bedeutung zukommt. Sie weisen damit auf einen „blinden Fleck" der bestehenden Kategorisierung hin.

Die graduelle Entwicklung lässt den Schluss zu, dass die Voraussetzungen aus der Prioritätenmitteilung überholt sind, da sie auf dem Gutachten der EAGCP aus dem Jahr 2005 basieren. Während dessen Erkenntnisse zu Beginn noch umsetzbar waren, wandelte sich die Anwendungspraxis graduell. Hierfür gibt es mehrere mögliche Gründe.

Das Gutachten und die Prioritätenmitteilung enthalten Empfehlungen für die damals aktuellen Fälle. Die Fallgruppen im Gutachten orientieren sich an den etablierten Fallgruppen der missbräuchlichen Verhaltensweisen. Neue Verhaltensweisen wie bspw. in Google-Shopping sind in dem Gutachten und in der Prioritätenmitteilung nicht abgebildet. Die digitale Ökonomie hat tiefgreifende Veränderungen mit sich gebracht.[798] Entsprechend fällt es der Kommission schwer, die Prioritätenmitteilung auf diese Fälle anzuwenden. Stattdessen müsste auf aktuelle ökonomische Erkenntnisse zurückgegriffen werden.

Die Voraussetzungen haben sich als nicht praktikabel erwiesen. Während die Kommission anfangs noch versuchte, die Voraussetzungen umzu-

798 Vgl. *Schweitzer/Haucap/Kerber u.a.*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, S. 6 ff.; *Crémer/Montjoye/Schweitzer*, Competition policy for the digital era, 2019, S. 19 ff.; *Marsden/Podszun*, Restoring Balance to Digital Competition, 2020, S. 12 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

setzen, zeigen sich Lerneffekte und eine Abkehr von den Voraussetzungen. So ist beispielsweise die Entscheidung Intel maßgeblich von dem durchgeführten AEC-Test geprägt. Dieser ist mit erheblichem Ressourcen- und Zeitaufwand verbunden. Die graduelle Abkehr zeigt, dass die Kommission nicht mehr bereit war, diesen Aufwand zu stemmen. Das deckt sich insbesondere mit der Verlagerung des Tests auf das betroffene Unternehmen – wie in den Entscheidungen Slovak Telekom und Qualcomm, in der die Kommission selbst keinen Test durchführt, aber den vom betroffenen Unternehmen vorgelegten Test würdigt.

Die Fallgruppen aus dem Gutachten der EAGCP und der Prioritätenmitteilung sind deswegen nicht mehr zeitgemäß. Sie bedürfen einer Überarbeitung. Dabei müssen aktuellere ökonomische Erkenntnisse zugrunde gelegt und die Lerneffekte aus der Anwendungspraxis berücksichtigt werden.

c. Marktverschließung

Die wettbewerbswidrige Marktverschließung wird über fünf Entscheidungen hinweg bei sieben Verhaltensweisen als Maßstab bei der Beurteilung der Missbräuchlichkeit angewendet. Allerdings ist sie bei den Entscheidungen OPCOM und Baltic Rail der alleinige Maßstab für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit. Bei den anderen Entscheidungen wird die Marktverschließung nur zusätzlich zu den speziellen Kriterien der Fallgruppen oder zusätzlich zu einer Auswirkungsanalyse geprüft.

aa. Zusammenfassungen des Maßstabes

Der Maßstab zur Prüfung einer wettbewerbswidrigen Marktverschließung stellt sich in diesen Entscheidungen wie folgt dar:

In der Entscheidung Intel prüft die Kommission zusätzlich zu den speziellen Kriterien, dass die Wahlmöglichkeit der Verbraucher eingeschränkt und der Zugang von Wettbewerbern zum Markt abgeschottet wurde.[799]

In den Entscheidungen OPCOM, Slovak Telekom und Baltic Rail prüft die Kommission die Marktverschließung in Form des Ausschlusses von Wettbewerbern, hält aber ausdrücklich den Nachweis eines tatsächlichen

799 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1597 f. – *Intel*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Effekts und der Verbraucherschädigung für nicht erforderlich.[800] In der Entscheidung Slovak Telekom wird der Nachweis auf Einwand von Slovak Telekom dennoch erbracht.[801]

In der Entscheidung Google Shopping (die nach den Entscheidungen Intel, OPCOM und Slovak Telekom, aber vor Baltic Rail erging) wird der Ausschluss von Wettbewerbern geprüft und als dessen Folge auch ein Verbraucherschaden in Form höherer Preise und weniger Innovation angenommen, der allerdings nicht eigenständig nachgewiesen wird.[802]

bb. Ergebnis

Die Marktverschließung ist nach der Prioritätenmitteilung das zentrale Kriterium bei der Beurteilung von Behinderungsmissbräuchen und als allgemeiner Tatbestand immer dann anwendbar, wenn keine der spezielleren Fallgruppen einschlägig ist. Sie ist ein

> „Sachverhalt, in dem das marktbeherrschende Unternehmen durch sein Verhalten vorhandenen oder potenziellen Wettbewerbern den Zugang zu Lieferquellen oder Märkten erschwert oder unmöglich macht und als Folge das marktbeherrschende Unternehmen aller Wahrscheinlichkeit nach in der Lage ist, die Preise zum Nachteil der Verbraucher gewinnbringend zu erhöhen."[803]

Eine zentrale Rolle als allgemeiner Maßstab für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit kommt der wettbewerbswidrigen Marktverschließung in der Entscheidungspraxis nicht zu. Theoretisch wäre die wettbewerbswidrige Marktverschließung der Maßstab für jede Verhaltensweise, die nicht nach den speziellen Kriterien einer der Fallgruppen beurteilt wird. Für die vorliegende Analyse wäre sie also bei fünf Verhaltensweisen anzuwenden. Bei diesen wird sie mit Ausnahme der Anti-Fragmentierungsvereinbarungen

800 Europäische Kommission, 5.3.2014, Case AT.39984, Rz. 173 – *Romanian Power Exchange/OPCOM*; Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 1046–1048 – *Slovak Telekom*; Europäische Kommission, 2.10.2017, Case AT.39813, Rz. 178, 202 – *Baltic rail*.

801 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 1125 ff – *Slovak Telekom*.

802 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 593 f. – *Intel*.

803 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 19.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

in der Entscheidung Google Android auch in die Prüfung einbezogen. Allerdings ist sie nur in den Entscheidungen OPCOM und Baltic Rail der alleinige Maßstab für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit. In den anderen Entscheidungen ist sie nur (kleiner) Teil der Auswirkungsanalyse.

Unabhängig davon, in welcher Form die wettbewerbswidrige Marktverschließung Eingang in die Prüfung erhält, entspricht auch ihr Inhalt nicht der Definition aus der Prioritätenmitteilung. Die Definition aus der Prioritätenmitteilung wird nicht verwendet. Insbesondere das Merkmal der Verbraucherschädigung (Preiserhöhung) wird in keinem der Fälle als Teil der wettbewerbswidrigen Marktverschließung geprüft. In den Entscheidungen Intel und Slovak Telekom wird diese Prüfung aber zumindest an anderer Stelle vorgenommen. Hingegen wird in den späteren Entscheidungen Google Shopping und Baltic Rail keine eigenständige Verbraucherschädigung mehr geprüft oder sogar ausdrücklich abgelehnt.

cc. Würdigung

Die Gründe dafür, dass die wettbewerbswidrige Marktverschließung als Auffangtatbestand versagt, decken sich mit Gründen, die schon beim Versagen der Fallgruppen aufgeführt wurden. Sie resultieren daraus, dass die Kriterien aus den Fallgruppen nur spezielle Erscheinungsformen der wettbewerbswidrigen Marktverschließung darstellen. So ist bspw. die Verbraucherschädigung in beiden als Merkmal enthalten. Insofern gilt hier ebenfalls, dass neue ökonomische Erkenntnisse nötig sind und die Lerneffekte insbesondere bei Prüfung der Verbraucherwohlfahrt berücksichtigt werden müssen.

d. Auswirkungsanalyse

Bei acht Verhaltensweisen über fünf Entscheidungen hinweg führt die Kommission eine Auswirkungsanalyse durch.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aa. Zusammenfassungen des Maßstabes

Der Maßstab zur Prüfung der Auswirkungen auf den Wettbewerb stellt sich in diesen Entscheidungen wie folgt dar:

In der Entscheidung Intel untersucht die Kommission zusätzlich zum übrigen Prüfungsprogramm die Auswirkungen des Verhaltens auf die Wahlfreiheit der direkten Abnehmer und die Marktakzeptanz des Wettbewerbers. Sie stellt aber später klar, dass nicht die tatsächlichen Auswirkungen des Verhaltens nachgewiesen werden müssen, sondern die Geeignetheit des Verhaltens, negative Auswirkungen hervorzurufen, ausreicht.[804]

In der Entscheidung Slovak Telekom führt die Kommission qualitative und quantitative Beweise an, die die Stärkung der marktbeherrschenden Stellung soweit möglich belegen, betont aber auch hier, dass ein Aufzeigen der möglichen Auswirkungen genügt.[805]

In der Entscheidung Google Shopping prüft die Kommission, ob das Verhalten in der Lage ist, die marktbeherrschende Position Googles zu stärken oder wettbewerbswidrige Effekte zu haben.[806] Ein Erfolg ist aber nicht nötig.[807]

In der Entscheidung Qualcomm führt die Kommission eine Auswirkungsanalyse durch, um die Vermutung der Missbräuchlichkeit der Ausschließlichkeitsbindung begründen zu können. Dafür prüft sie, ob die Verhaltensweise dazu geeignet ist, wettbewerbswidrige Effekte zu haben.[808]

In der Entscheidung Google Android prüft die Kommission anhand von vier Voraussetzungen die Missbräuchlichkeit von Lizenzbedingungen. Eine der Voraussetzungen ist die Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung, die damit begründet wird, dass die Entwicklung von Produkten von Wettbewerbern behindert, die marktbeherrschende Stellung Googles gefestigt und Innovation verhindert wird.[809]

804 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 926, 1685, 1643 f. – *Intel*.

805 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 1110 f. – *Slovak Telekom*.

806 Europäische Kommission, 27.6.2017, Case AT.39740, 342 – *Google Search (Shopping)*.

807 Europäische Kommission, 27.6.2017, Case AT.39740, 339, 341 – *Google Search (Shopping)*.

808 Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 506 – *Qualcomm (Exclusivity payments)*.

809 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1011, 1036 – *Google Android*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bb. Ergebnis

Die Auswirkungsanalyse ist ein zentraler Bestandteil des more economic approach, wie aus dem Gutachten der EAGCP ersichtlich ist. Danach soll eine Verhaltensweise nur dann als missbräuchlich eingestuft werden, wenn sie tatsächlich wettbewerbswidrige Auswirkungen herbeiführt. Dies steht im Gegensatz zu einem per se Verbot, welches bestimmte Verhaltensweisen an sich untersagt, ohne dass deren konkrete Auswirkungen untersucht werden müssen.

Eine Auswirkungsanalyse findet sich fast in allen Entscheidungen, auch über die dieser Kategorie zugeordneten Textstellen hinweg. Insbesondere im Rahmen der Prüfung von Fallgruppen nach Kategorie (1) oder der wettbewerbswidrigen Marktverschließung nach Kategorie (2) nimmt die Kommission eine Auswirkungsanalyse vor. Die Fallgruppen enthalten häufig Tatbestandsmerkmale, die auch eine Auswirkungsanalyse veranlassen. Dies zeigt sich bei Betrachtung der Fälle, die im Schwerpunkt den beiden ersten Kategorien zugeordnet wurden. Formal lassen sich diese den Kategorien zuordnen, da entweder Fallgruppen geprüft werden oder der Begriff der wettbewerbswidrigen Marktverschließung verwendet wird. Die vorgehende inhaltliche Analyse hat jedoch gezeigt, dass statt der Umsetzung der spezielleren Kriterien letztlich in den meisten Fällen eine reine Auswirkungsanalyse verbleibt und die Auswirkungen des Verhaltens auf den Wettbewerb geprüft werden. Gleichzeitig ist dieser Punkt auch häufig der Schwerpunkt der Prüfung.

cc. Würdigung

Die hier aufgeführten Auswirkungsanalysen, die unabhängig von Fallgruppen oder der wettbewerbswidrigen Marktverschließung geprüft wurden, zeigen, dass die Auswirkungsanalyse der eigentliche Auffangtatbestand der Kommission ist, obwohl speziellere Regeln zur Beurteilung der Verhaltensweisen bereitstünden. Dies offenbart mehrere Defizite des more economic approach.

Die spezielleren Kriterien finden keine Anwendung. Die Auswirkungsanalyse selbst sieht kein klares Prüfungsprogramm vor. Stattdessen müssen alle Auswirkungen in jedem Einzelfall berücksichtigt werden. Jeder Sachverhalt ist unterschiedlich und die konkreten Auswirkungen des Ver-

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

haltens dementsprechend schwer zu erfassen. Dies führt zu fehlerhaften Entscheidungen, wenn schädliche Verhaltensweisen deswegen nicht untersagt werden können. Das daraus resultierende „underenforcement" kann auch empirisch nachgewiesen werden.[810]

Im Gegensatz zu spezielleren Regeln bringt die Einzelfall- und Auswirkungsanalyse auch einen größeren Aufwand mit sich. Außerdem ist der Nachweis in den Fällen, in denen er gelingt, aufwendig. Das kann dazu führen, dass die Behörde nicht genügend Ressourcen hat, andere – ebenfalls schädliche – Verhaltensweisen zu untersuchen. Der erhöhte Aufwand schlägt sich außerdem in der Verfahrensdauer nieder, sodass richtige Entscheidungen erst spät getroffen werden können. Dies spiegelt sich in der Entscheidungsanalyse wider. Gerade in den Entscheidungen, in denen die Kommission neben einer formbasierten Prüfung auch eine Einzelfallanalyse durchführt, ist deren Umfang und Aufwand leicht vergleichbar. Dies gilt bspw. für die Entscheidung Intel. Dort nimmt die Einzelfall- und Auswirkungsanalyse jeweils ein Vielfaches des Umfangs der formbasierten Prüfung ein und ist in ihren Nachweiserfordernissen ebenfalls wesentlich anspruchsvoller.

Der Mehrwert der formulierten spezielleren Regeln geht außerdem verloren. Sämtliche Kosten, die mit der Formulierung spezieller Kriterien einhergehen, sind umsonst aufgewendet, wenn diese spezielleren Kriterien keine Anwendung finden. So ist es gerade der Zweck spezieller Kriterien, eine Einzelfallanalyse und den damit einhergehenden Aufwand und die Kosten zu vermeiden. Wenn ohnehin eine Einzelfallanalyse in jedem Fall durchgeführt wird, hat die Prioritätenmitteilung ihre Existenzberechtigung verloren.

Gleichzeitig verschließt sich eine solche Fallpraxis komplett allen Vorteilen, die mit der Formulierung von Regeln einhergehen. Ein niedriger Abstraktionsgrad und eine geringere Differenzierung bei Regeln können zwar im Einzelfall fehleranfälliger sein, bringen aber höhere Rechtssicherheit und Kostenvorteile mit sich.[811] Ein genereller Rückfall auf die Auswirkungsanalyse ist deswegen nicht empfehlenswert.

Ein weiterer Nachteil der Einzelfall- und Auswirkungsanalyse ist, dass diese der Wettbewerbsbehörde einen größeren Entscheidungsspielraum einräumt, da keine klaren Regeln vorhanden sind, die die Entscheidung

810 *Budzinski* in: Competition policy and the economic approach, 2011, S. 111, 122.
811 S. dazu vertieft E.II.2.b.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

vorgeben. Klar formulierte Regeln binden Behörden stärker und reduzieren damit sachfremde Einflussmöglichkeiten auf die Entscheidungsfindung.[812]

e. Verbraucherwohlfahrt

Die Verbraucherwohlfahrt wird über vier Entscheidungen hinweg bei der Beurteilung von fünf Verhaltensweisen als separater Prüfungspunkt herangezogen.

aa. Zusammenfassungen des Maßstabes

Der Maßstab zur Prüfung der Auswirkungen auf den Wettbewerb stellt sich in diesen Entscheidungen wie folgt dar:

In der Entscheidung Intel führt die Kommission bei der Prüfung der Missbräuchlichkeit reduzierte Wahlmöglichkeiten der Verbraucher als Kriterium an.[813]

In der Entscheidung Slovak Telekom prüft die Kommission auf Grundlage einer Darstellung der hypothetischen Marktentwicklung, ob es zu einer Verbraucherschädigung kam.[814] Die Kommission stellt trotzdem klar, dass es nicht nötig sei, einen direkten Verbraucherschaden nachzuweisen.[815]

In der Entscheidung Google Shopping prüft die Kommission im Rahmen der Auswirkungen auf den Wettbewerb, dass das Verhalten auch Auswirkungen auf die Wahlmöglichkeit der Verbraucher haben könnte.[816]

In der Entscheidung Google Android spricht die Kommission zu Beginn der Prüfung an, dass Verhaltensweisen missbräuchlich sind, wenn sie entweder die Verbraucher direkt oder über die Auswirkungen auf den Wett-

812 S. dazu vertieft E.II.2.b. und 3.c.cc.
813 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1653, 1670, 1679 – *Intel*.
814 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 1125 – *Slovak Telekom*.
815 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 357, 1047 – *Slovak Telekom*.
816 Europäische Kommission, 27.6.2017, Case AT.39740, Rz. 597 – *Google Search (Shopping)*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bewerb schädigen und prüft die Missbräuchlichkeit der Verhaltensweisen anhand der eingeschränkten Wahlmöglichkeiten der Verbraucher.[817]

bb. Ergebnis

Die Verbraucherwohlfahrt als Maßstab bei der Beurteilung missbräuchlicher Verhaltensweisen ist neben der Auswirkungsanalyse der zweite Pfeiler des more economic approach. Danach sollen Verhaltensweisen nur dann missbräuchlich sein, wenn sie gerade auf die Abnehmer negative Auswirkungen haben.

Bei den Ergebnissen ist zunächst darauf zu achten, dass nicht allein aufgrund der wenigen Treffer darauf geschlossen werden kann, dass die Verbraucherwohlfahrt nicht als Maßstab angewendet wird. Die Verbraucherwohlfahrt als Tatbestandsvoraussetzung ist ebenfalls in den Kategorien 1 und 2 enthalten, da sie sowohl bei den Fallgruppen als auch der wettbewerbswidrigen Marktverschließung als eigenständiger Prüfungspunkt aufgeführt ist.

cc. Würdigung

Allerdings ergibt auch eine Gesamtschau zusammen mit den Ergebnissen aus Kategorie 1 und 2, dass die Verbraucherwohlfahrt als eigenständiger Prüfungspunkt in der Entscheidungspraxis keine Bedeutung (mehr) hat. Die einzige konsequente Prüfung eines Verbraucherschadens findet sich in der Entscheidung Slovak Telekom, in der versucht wird, diesen anhand einer hypothetischen Marktentwicklung nachzuweisen. Selbst in dieser Entscheidung prüft die Kommission den Verbraucherschaden aber nur auf einen Einwand hin und stellt zuvor klar, dass sie dies nicht als Teil des regulären Prüfungsprogramms ansieht. Andere Entscheidungen wie bspw. Intel oder Google Shopping führen die Verbraucherschädigung zwar an, unterziehen diese aber keiner eigenständigen Prüfung. Stattdessen wird von der Wettbewerbsschädigung automatisch auf eine Verbraucherschädigung geschlossen. Wie schon gezeigt, entspricht dies nicht den Anforderungen des more economic approach, der die Verbraucherschädigung gerade als eigenständig nachzuweisenden Prüfungspunkt konzipiert. Dieser ver-

817 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 162, 1142 – *Google Android*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

liert seine Bedeutung, wenn er durch die Wettbewerbsschädigung indiziert oder unwiderleglich vermutet wird.

Dieser Befund deckt sich mit der Entwicklung der (fehlenden) Anwendung der Fallgruppen. Die Kommission zeigte, dass sie die Verbraucherschädigung als eigenständige Voraussetzung prüfen möchte, und führte diese deswegen in den Entscheidungen auf. Eine inhaltlich konsequente Prüfung gelang ihr aber in den wenigsten Fällen. Die Kommission trifft in den meisten Fällen nur knappe Feststellungen zu der Verbraucherwohlfahrt oder lehnt deren Prüfung ab. Die knappen Feststellungen erschöpfen sich bspw. darin, dass die Wahlmöglichkeiten der Verbraucher[818] eingeschränkt seien, ohne dies nachzuweisen oder die Auswirkungen zu analysieren. Das ist eine Abkehr von dem ausdrücklich preisbezogenen Verständnis in der Prioritätenmitteilung.[819]

Anhand der Feststellungen zur Auswirkungsanalyse und anhand der Entwicklung im Laufe der Entscheidungen können Vermutungen angestellt werden, aus welchem Grund die Kommission den Maßstab der Verbraucherwohlfahrt fallengelassen hat.

Die Entscheidungsanalyse hat eine sukzessive Entwicklung gezeigt. Während die Kommission die Verbraucherwohlfahrt in den früheren Entscheidungen zumindest noch formal prüft, wälzt sie zunächst die Prüfung als Verteidigungsmöglichkeit auf die betroffenen Unternehmen ab und lässt sie zuletzt komplett als eigenständigen Prüfungspunkt fallen. Als Grund für diesen Wandel kann zumindest nicht die Rechtsprechung angeführt werden, die sich nicht ausdrücklich gegen den Maßstab der Verbraucherschädigung stellt.[820] Stattdessen weist die sukzessive Entwicklung auf einen Lernprozess aus den früheren Fällen hin. Die anfängliche Entwicklung, nach der die Kommission den Maßstab nicht in jedem Fall prüft oder die Prüfung auf die betroffenen Unternehmen abwälzt, ist ein Indiz dafür, dass sie den Maßstab zunächst nicht vollständig fallen lassen wollte, aber diesen nicht in jedem Fall einzeln nachweisen konnte. Dies zeigt sich darin, dass die anfänglich hierfür erbrachten Nachweise sehr komplex und umfangreich waren. Dies wird ebenfalls von den Feststellungen zur Auswirkungsanalyse gestützt. Schon der Nachweis der Auswirkungen des

818 Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 1142 – *Google Android*.

819 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 19.

820 S.u. D. IV. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verhaltens auf den Wettbewerb erfordert einen erheblichen Aufwand, der sich entsprechend in den Entscheidungen niederschlägt. Wenn nun zusätzlich in jedem Fall der Nachweis einer Verbraucherschädigung erforderlich wäre, dann würde dieser Aufwand noch weiter steigen. Dies zeigt auch die Analyse der Entscheidungen, in denen die Kommission eine solche Prüfung unternimmt.

f. Rechtfertigung

Eine Rechtfertigungsmöglichkeit wird über alle Entscheidungen hinweg für alle Verhaltensweisen für möglich gehalten.

aa. Zusammenfassungen des Maßstabes

Der Maßstab zur Prüfung der Rechtfertigung stellt sich in diesen Entscheidungen wie folgt dar:

Eine Rechtfertigung ist möglich, wenn das Verhalten objektiv notwendig ist oder Effizienzgewinne hervorbringt.[821] Das betroffene Unternehmen muss diese Umstände selbst vorbringen und beweisen.[822] In den Entscheidungen Intel, Telekomunikacja Polska, OPCOM, Motorola, ARA, Qualcomm und Android werden die Voraussetzungen der Effizienzrechtfertigung weiter ausgeführt.[823]

---

821 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 925, 1676, 1680 – *Intel*; Europäische Kommission, 29.4.2014, Case AT.39985, Rz. 421 – *Motorola*; Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 734 – *Google Android*; Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 384 f. – *Qualcomm (Exclusivity payments)*.

822 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1619 – *Intel*; Europäische Kommission, 5.3.2014, Case AT.39984, Rz. 186 f. – *Romanian Power Exchange/OPCOM*; Europäische Kommission, 29.4.2014, Case AT.39985, Rz. 422 – *Motorola*; Europäische Kommission, 2.10.2017, Case AT.39813, Rz. 326 – *Baltic rail*; Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 734 – *Google Android*; Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 359, 1040 – *Slovak Telekom*; Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 386 – *Qualcomm (Exclusivity payments)*.

823 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 874, 878 – *Telekomunikacja Polska*; Europäische Kommission, 5.3.2014, Case AT.39984, Rz. 190 – *Romanian Power Exchange/OPCOM*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

So werden in der Entscheidung Intel zunächst drei Voraussetzungen verlangt:

- Das Verhalten muss Effizienzen oder ein anderes legitimes Ziel fördern,
- dies darf nicht durch weniger wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen erreichbar sein,
- die Verhaltensweise muss verhältnismäßig sein.[824]

In den Entscheidungen Telekomunikacja Polska und ARA wird zusätzlich zu der ersten Voraussetzung verlangt, dass die erzielten Effizienzen die negativen Auswirkungen aufwiegen müssen.[825] In der Entscheidung Motorola wird dies dadurch ergänzt, dass diese Effizienzen auch den Verbrauchern zugutekommen müssen.[826] In den Entscheidungen Qualcomm und Android wird dies wiederum modifiziert, da hier die Effizienzgewinne nur „wahrscheinlich" die negativen Effekte aufwiegen und „wahrscheinlich" Folge des Verhaltens sein müssen. Gleichzeitig wird die Verhältnismäßigkeitsprüfung konkretisiert, indem verlangt wird, dass das Verhalten den effektiven Wettbewerb nicht dadurch komplett ausschließt, dass alle bestehenden oder potentiellen Quellen von Wettbewerb ausgeschaltet werden.[827]

bb. Ergebnis

Nach der Prioritätenmitteilung ist eine Rechtfertigung immer dann möglich,

> „[…] wenn das Verhalten objektiv notwendig ist oder dadurch erhebliche Effizienzvorteile erzielt werden, die etwaige wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen zulasten der Verbraucher aufwiegen […] [und] das fragliche Verhalten für das Erreichen des vom marktbeherrschenden Unternehmen verfolgten Ziels unverzichtbar und verhältnismäßig ist."[828]

824 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1624 – *Intel*.
825 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 873 – *Telekomunikacja Polska*; Europäische Kommission, 20.9.2016, Case AT.39759, Rz. 114 – *ARA Foreclosure*.
826 Europäische Kommission, 29.4.2014, Case AT.39985, Rz. 421–423 – *Motorola*.
827 Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 387 – *Qualcomm (Exclusivity payments)*; Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 736 – *Google Android*.
828 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Be-

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Nachzuweisen ist dies durch das marktbeherrschende Unternehmen. Hinsichtlich der Effizienzvorteile konkretisiert die Kommission diese Vorgaben noch weiter und verlangt kumulativ[829]:

- „die Effizienzvorteile wurden bzw. werden wahrscheinlich als Ergebnis des fraglichen Verhaltens erzielt. […]"
- „das Verhalten ist für das Erreichen der Effizienzvorteile unverzichtbar. […]"
- „die durch das Verhalten herbeigeführten Effizienzvorteile wiegen etwaige negative Auswirkungen auf den Wettbewerb und das Verbraucherwohl auf den betroffenen Märkten auf,"
- „durch das Verhalten wird der wirksame Wettbewerb nicht ausgeschaltet, indem alle bzw. fast alle bestehenden Quellen tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerbs zum Versiegen gebracht werden. […]"

Die Kommission folgt in den analysierten Entscheidungen diesem Muster. Zwar werden nicht in jeder Entscheidung alle Voraussetzungen genannt, was aber darauf zurückgeführt werden kann, dass nicht in jeder Entscheidung jede der Voraussetzungen entscheidungserheblich ist. Da diese kumulativ vorliegen müssen, kann sich die Kommission damit begnügen, eine der Voraussetzungen in der Prüfung abzulehnen. Über die Entscheidungen hinweg zeigt sich aber, dass die Voraussetzungen wie von der Prioritätenmitteilung vorgegeben, auch angewendet werden und lediglich kleinere Modifizierungen enthalten.

cc. Würdigung

Bei der Effizienzeinrede zeigt sich die konsequenteste Umsetzung des more economic approach, wenn man dies an dem von der Kommission angelegten Maßstab der Rechtfertigung misst. Allerdings fällt die Prüfung der Effizienzvorteile regelmäßig äußerst knapp aus. Meistens beschränkt sich die Kommission darauf, die vorgebrachten Rechtfertigungsgründe kurz zu verneinen. Eine vertiefte inhaltliche Auseinandersetzung findet nicht statt.

---

hinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 28.

829 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 30.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Entscheidungsanalyse ist hier allerdings auch auf die Untersagungsentscheidungen beschränkt. Es handelt sich also nur um Entscheidungen, in denen die Rechtfertigung im Ergebnis gerade nicht bejaht werden konnte. Dennoch spricht die jeweils nur sehr kurze Behandlung und knappe Verneinung der Rechtfertigung dafür, dass deren Anforderungen hoch sind. Keinem der Unternehmen gelang es, dass die Kommission sich in der Entscheidung vertieft mit dem Vorbringen auseinandergesetzt hat. Angesichts der Vielfältigkeit der Fälle, der Anzahl der betroffenen Verhaltensweisen und den enormen Ressourcen, die in die Aufarbeitung dieser Fälle gesteckt werden, drängt sich die Frage auf, ob die Effizienzeinrede überhaupt einen praktischen Anwendungsbereich hat, wenn in keinem der untersagten Fälle den Effizienzerwägungen auch nur ansatzweise Gewicht zukam.

Es zeigt sich hierbei ein ähnliches Problem wie schon im Rahmen der Auswirkungsanalyse. Die Voraussetzungen der Rechtfertigung verlangen detaillierte Nachweise, die in jedem Einzelfall sehr schwer beizubringen sein dürften. Gerade der genaue Nachweis der Effizienzvorteile und die Gegenüberstellung mit dem Verbraucherschaden sind – wenn überhaupt – nur unter sehr hohem Aufwand zu leisten.[830] Die Rechtfertigung aufgrund von Effizienzen spiegelt damit die Probleme der Auswirkungsanalyse. Während die Einzelfall- und Auswirkungsanalyse die Kommission zu aufwendigen Nachweisen zwingt, trifft dies für die Effizienzen nun die Unternehmen. Die Vorteile weniger komplexer Regeln mit höherem Abstraktionsgrad gehen hier aber ebenso verloren. Statt einem Nachweis im Einzelfall könnten auch hier speziellere Regeln geschaffen werden.

g. Zitat der Prioritätenmitteilung

Die Zitation der Prioritätenmitteilung stützt die bisher gefunden Ergebnisse. Die Prioritätenmitteilung wird nur in fünf der untersuchten rechtlichen Würdigungen überhaupt zitiert. Zusätzlich erfolgt außerhalb der rechtlichen Würdigung noch ein Zitat in der Entscheidung Motorola.

Bemerkenswert ist die Auseinandersetzung in der Entscheidung Qualcomm, die eine ausdrückliche Abwendung der Kommission von der Prioritätenmitteilung als Vorgabe für die Anwendung von Art. 102 AEUV darstellt und stattdessen allein auf das Aufgreifermessen verweist. Das steht zumin-

830 Vgl. zum Effizienzeinwand in der Fusionskontrolle: *Leber*, Dynamische Effizienzen in der EU-Fusionskontrolle, S. 234 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dest im Widerspruch mit dem Umgang in anderen Entscheidungen, in denen ausdrücklich dem Maßstab der Prioritätenmitteilung gefolgt oder zumindest erklärt wird, die Entscheidung stehe im Einklang mit ihr. Ein konsequentes Zitieren bspw. bei der Herleitung des Prüfungsmaßstabs findet aber gerade in den späteren Entscheidungen nicht statt. Dies unterstützt die zuvor dargestellten Ergebnisse, dass sich die Entscheidungen bei dem angewandten Maßstab nicht an dem der Prioritätenmitteilung orientieren.

2. Rückblick auf die Methode

Nach der Durchführung der Methode bestätigen sich deren Vorteile. Allerdings zeigt die Durchführung auch, dass sich die inhaltlich strukturierende Entscheidungsanalyse nicht für jeden Untersuchungsgegenstand gleichermaßen eignet.

Die anfangs mit der Methode verbundenen Vorteile haben sich in der Durchführung bestätigt. Der hohe Aufwand resultiert in Ergebnissen, die sonst schwer in dieser Präzision aus den großen Mengen an Textmaterial herausgefiltert werden können. Gemeinsamkeiten, Unterschiede und Muster lassen sich aufgrund der Zusammenfassungen auf ein einheitliches Abstraktionsniveau leichter erkennen.

Die Zuordnung zu den Kategorien ist aufgrund des Kategoriensystems leichtgefallen und durch die Darstellung des Materialdurchlaufs für jeden nachvollziehbar und überprüfbar. Die Analyse erspart in Zukunft eine komplette Lektüre der Entscheidungen. Die jeweiligen Inhalte können anhand der Einordnung in das Kategoriensystem nachvollzogen werden.

Einschränkungen sind lediglich hinsichtlich des Anwendungsbereichs nötig. Wegen des großen Aufwandes schon im Vorfeld der eigentlichen Analyse ist die Methode bei Einzelentscheidungen nicht zielführend. Ihr Anwendungsbereich sollten Analysen von vielen und längeren Entscheidungen sein, um alle relevanten Inhalte im Textmaterial zu finden. Die Methode ist deswegen auch weniger relevant, wenn nur punktuelle Einzelfragen untersucht werden sollen, die leichter in den Entscheidungen zu verorten sind.

Für die hier gestellte Forschungsfrage war die inhaltlich strukturierende Entscheidungsanalyse die richtige Wahl.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3. Weitere Erkenntnisse zum Missbrauchsverbot

Auch außerhalb des gewählten Kategoriensystems kann die Entscheidungsanalyse Erkenntnisse hervorbringen, die über den Untersuchungsgegenstand hinausgehen. Bei der Aufbereitung des Materials und beim Materialdurchlauf selbst ergaben sich Erkenntnisse zur Ausübung des Aufgreifermessens durch die Europäische Kommission, zur Überprüfbarkeit der Entscheidungen und zur Fallzahl.

a. Methodische Vorbemerkungen

Die hier aufgeführten Erkenntnisse finden keine Abbildung im Kategoriensystem und sind damit „Zufallsfunde". Die Untersuchung diente nicht dem Zweck, sie zu finden. Dies ist nicht als Schwäche der Methode anzusehen, da sie für den hier gewählten Untersuchungsgegenstand nur am Rande Relevanz aufweisen. Wären sie für die gestellte Forschungsfrage von Bedeutung, hätte im Anschluss an einen ersten Materialdurchlauf das Kategoriensystem überarbeitet werden müssen, sodass alle relevanten Textstellen auch aufgefunden werden.[831]

Diese Zufallsfunde stellen trotzdem eine methodische Herausforderung dar. Mit welcher Rechtfertigung können diese Punkte aufgeführt werden, wenn an anderer Stelle betont wird, wie wichtig eine im Vorfeld festgelegte und objektiv überprüfbare Methode ist?

Diese Erkenntnisse fallen aus dem Anwendungsbereich der Methode. Sie sind in ihrer Auswahl und in ihrem Inhalt viel subjektiver geprägt und nicht der gleichen intersubjektiven Überprüfbarkeit zugänglich wie die Ergebnisse der Kategorien. Sie sind keine empirischen Aussagen. Trotzdem sind sie Eindrücke und Folgerungen, die nach einer intensiven Auseinandersetzung mit dem Material entstanden sind. Deswegen können sie zumindest als neue Hypothesen angesehen werden, die für weitere Untersuchungen als Grundlage dienen. An die Hypothesenbildung sind keine hohen Anforderungen zu stellen. Hypothesen zeichnen sich gerade dadurch aus, dass sie noch der Überprüfung unterzogen werden müssen. Nach *Karl Popper* gibt es keine Methode, um neue Ideen zu entwickeln.[832]

831 Vgl. C. II. 3.
832 *Popper*, Logik der Forschung, 2005, S. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Hypothesen speisen sich aus der Vorstellungskraft.[833] Die Rückkopplung der Hypothesenbildung an das zu untersuchende Material ist insofern ein methodischer Fortschritt. Dieser Mechanismus ist der qualitativen Inhaltsanalyse nicht fremd. Bei der induktiven Kategorienbildung ist anerkannt, dass Kategorien auch aus dem Textmaterial selbst gewonnen werden können.[834]

b. Geringe Zahl der Entscheidungen

Nicht beim Materialdurchlauf, sondern schon bei der Auswahl der Entscheidungen fällt deren geringe Zahl auf. Im gesamten Untersuchungszeitraum, der sich auf über 11 Jahre erstreckt, hat die Europäische Kommission lediglich 11 auf Art. 102 AEUV gestützte Untersagungsentscheidungen veröffentlicht. Die Suche im gleichen Zeitraum zu Untersagungsentscheidungen, die auf das Kartellverbot nach Art. 101 AEUV gestützt sind, führt zu 51 Treffern.[835] Dies ist ein erheblicher Unterschied, dessen Ursachen unklar sind und weiter untersucht werden sollten.

Eine naheliegende Erklärung wäre, dass weniger Verstöße gegen Art. 102 AEUV begangen werden als gegen das Kartellverbot nach Art. 101 AEUV. Das wäre ein plausible Erklärung, da der Anwendungsbereich der Missbrauchsaufsicht dadurch eingeschränkt ist, dass diese nur für Unternehmen mit beherrschender Stellung gilt. Es ist ebenfalls denkbar, dass die Verfahren aufwändiger sind und die Kommission im Rahmen von Art. 102 AEUV nicht von „leniency applications" profitiert, bei denen der Sachverhalt von am Kartell beteiligten Unternehmen aufbereitet bei der Europäischen Kommission eingeht. Eine weitere Erklärung wäre, dass die Kommission angesichts der wenigen eigenen Entscheidungen und wenigen Vorgaben durch die europäischen Gerichte unter größerer Unsicherheit agieren muss und deswegen zurückhaltender dabei ist, Sachverhalte aufzugreifen, und in den Verfahren einen größeren Begründungsaufwand leistet.

833 *Boumans/Davis*, Economic methodology, 2016, S. 82.

834 Vgl. *Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse, 2015, S. 85.

835 Die Datenbank ist unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/index.html durchsucht worden. Bei allen Suchen wurden die folgenden Filter genutzt, die teilweise nur in der „Advanced Search" zur Verfügung stehen: Policy Area – Antitrust/Cartels, Cartel. Für die Entscheidungsart wurde unter „Document Type" in der „Advanced Search" ausgewählt: „Prohibition Decision (Art. 101 Ex 81)".

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Treffen die letzten beiden Erklärungen zu, gibt es ein Durchsetzungsdefizit in der Missbrauchsaufsicht. Dieses müsste durch Anpassungen im materiellen Recht oder im Durchsetzungsregime behoben werden.

c. Ausübung des Aufgreifermessens

Es fällt außerdem ein Muster auf, nach dem die Europäische Kommission ihr Aufgreifermessen ausübt. Ein Großteil der Entscheidungen betrifft Unternehmen mit beachtlicher Marktmacht, die eine Infrastruktur zur Verfügung stellen. Auch die Entscheidungen Google Shopping und Google Android sollten vor diesem Hintergrund betrachtet werden.

Die Entscheidungen Telekomunikacja Polska, Romanian Power Exchance/OPCOM, Slovak Telekom, ARA und Baltic Rail betreffen alle klassischen Infrastrukturen wie Telekommunikations-, Strom- und Schienennetze sowie die Kreislaufwirtschaft. In diesen Entscheidungen öffnet die Europäische Kommission den jeweiligen Markt, indem sie die Zugangsverweigerung als missbräuchliches Verhalten einstuft.[836] Mit einer solchen Prioritätensetzung geht die Europäische Kommission gegen Unternehmen vor, die ihre marktbeherrschende Stellung einem natürlichen Monopol zu verdanken haben oder von staatlichen Privilegien profitieren. Diese Prioritätensetzung erscheint gerechtfertigt, da die betroffenen Märkte aufgrund der starken Stellung der beherrschenden Unternehmen besonders vulnerabel sind und teilweise erst mit den Entscheidungen überhaupt Wettbewerb auf den jeweils nachgelagerten Märkten hergestellt werden kann.[837] Die neueren Entscheidungen gegen Alphabet und Google passen ebenfalls in dieses Muster. Der Suche von Google kommt eine ähnliche Bedeutung zu wie einem allgemeinen Zugangspunkt zum Internet.[838] Ohne Suchmaschinen ist das Internet nur sehr eingeschränkt nutzbar. Die Google-Suche hat auf diesem Markt eine überragende Stellung inne. Auch hier folgt die Prioritätensetzung der Logik, dass ein aufgrund der überragenden Marktstellung besonders vulnerabler Markt betroffen ist. Art 102 AEUV ist in der Anwen-

836 Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Artikel 1 – *Telekomunikacja Polska*; Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Artikel 1 – *Slovak Telekom*; Europäische Kommission, 5.3.2014, Case AT.39984, Artikel 1 – *Romanian Power Exchange/OPCOM*; Europäische Kommission, 20.9.2016, Case AT.39759, Rz. 167 – *ARA Foreclosure*; Europäische Kommission, 2.10.2017, Case AT.39813, Rz. 390 – *Baltic rail*.

837 Europäische Kommission, 20.9.2016, Case AT.39759, Rz. 112 f. – *ARA Foreclosure*.

838 *Marsden/Podszun*, Restoring Balance to Digital Competition, 2020, S. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dung durch die Kommission eine Vorschrift zum Aufbrechen von besonders hohen Marktzutrittsschranken auf Infrastrukturmärkten. Diese Sachverhalte dürften indes nur einen Bruchteil der möglichen Anwendungsfälle von Art. 102 AEUV darstellen.

Die Prioritätensetzung, die zu solchen Entscheidungen führt, erscheint jedoch folgerichtig. Die Europäische Kommission widmet sich in den aufwändigen Verfahren den Märkten, die besonders auf eine Intervention angewiesen sind. Gleichzeitig geht die Europäische Kommission damit auch keine Risiken ein. In vielen der Entscheidungen steht es außer Zweifel, dass das betroffene Unternehmen marktbeherrschend ist. Diese Risikoaversion bei der Frage der Marktbeherrschung erscheint gerade in Hinblick auf die ohnehin geringe Zahl an Entscheidungen gerechtfertigt. Die Europäische Kommission vermeidet es damit, dass die teilweise sehr umfangreichen Ermittlungen und aufwändigen Begründungen zur Missbräuchlichkeit gänzlich unerheblich wären, wenn ein europäisches Gericht schon die marktbeherrschende Stellung verneint. Diese Risikoaversion kann auch kritisch gesehen werden, wenn deswegen Zweifelsfälle nicht mehr geklärt werden. Allerdings betrifft die hier unterstellte Risikoaversion nur die marktbeherrschende Stellung. Gerade in den Entscheidungen Google Shopping und Google Android geht die Europäische Kommission neue Wege bei der Begründung der Missbräuchlichkeit.

Für die weitere Forschung stellt sich die Frage, ob die Europäische Kommission mit ihrer Prioritätensetzung recht behalten hat. Deswegen wäre zu erforschen, ob die Interventionen erfolgreich waren und die beherrschende Stellung auf den (nachgelagerten) Märkten aufbrechen konnten. Wenn dies nicht der Fall wäre, müsste diese Art der Prioritätensetzung überdacht werden.

d. Schwere Überprüfbarkeit

Bei der intensiven Auseinandersetzung mit den Entscheidungen beim Materialdurchlauf fällt auf, wie schwer diese zu überprüfen sind. Auch wenn dies nicht Teil der Untersuchung ist, stellt man sich automatisch die Frage, ob die Entscheidungen zutreffend sind.

Die Beantwortung dieser Frage gelingt kaum. Dies ergibt sich zunächst aus der geringen Zahl an Entscheidungen zum Missbrauchsverbot. Sowohl die Europäische Kommission als auch die europäischen Gerichte haben nur wenige Entscheidungen getroffen, die den Inhalt von Art. 102 AEUV

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

konkretisieren können. Dies verstärkt das Problem der Unsicherheit, welches aus der offenen Formulierung des Art. 102 AEUV und der Bedeutungslosigkeit der Regelbeispiele folgt.

Bei den hier untersuchten Entscheidungen kommt hinzu, dass diese oft so komplex sind, dass sie inhaltlich kaum mehr nachvollzogen werden können. So können beispielsweise die Ausführungen der Europäischen Kommission in den Entscheidungen Intel[839] und Slovak Telekom[840] zum AEC-Test kaum nachvollzogen werden, selbst wenn sie nicht geschwärzt wären. Dies würde vertiefte ökonomische und mathematische Kenntnisse voraussetzen. Ähnliches gilt für die empirische Untersuchung des Nutzerverhaltens durch die Europäische Kommission in der Entscheidung Google Shopping.[841] Eine Nachvollziehbarkeit ist für das juristische Fachpublikum kaum möglich.

Dies muss keine Schwäche der Entscheidungen sein. Die Aufbereitung komplexer Sachverhalte ist aufwändig. Es stellt sich dennoch die Frage, ob dies für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit nötig ist oder ob nicht auch eine weniger komplexe Prüfung genügen könnte und angebracht wäre. Diese Frage wird im Folgenden noch beantwortet.[842] Über den Gegenstand dieser Arbeit hinaus stellt sich die Frage, wie die europäischen Gerichte mit diesen Anforderungen umgehen und ob die Komplexität der Entscheidungen die Fähigkeit der Gerichte zu effektiver Kontrolle schwächt. Gleichzeitig entzieht die Europäische Kommission sich so auch der Kontrolle durch die rechtswissenschaftliche Öffentlichkeit. Ohne zusätzliche Kenntnisse können die Entscheidungen nur oberflächlich kommentiert werden. Eine genauere Überprüfung kann nur unter Zuhilfenahme anderer Disziplinen – wenn überhaupt – erfolgen.

IV. Sonstige relevante Entscheidungen

Neben den Untersagungsentscheidungen können auch aus den Entscheidungen der europäischen Gerichte Rückschlüsse auf die Umsetzung des more economic approach gezogen werden. Gleiches gilt für andere Arten von Kommissionsentscheidungen.

839 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 925 ff. – *Intel*.
840 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 831 ff. – *Slovak Telekom*.
841 Europäische Kommission, 27.6.2017, Case AT.39740, Rz. 494 ff. – *Google Search (Shopping)*.
842 Vgl. E. II.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

I. Die Gerichte und der more economic approach

Im Anschluss an die Analyse der Kommissionsentscheidungen zeigen die Entscheidungen der europäischen Gerichte deren Umgang mit dem more economic approach bei Art. 102 AEUV. Dabei handelt es sich zunächst um die Verfahren, die die genannten Kommissionsentscheidungen betreffen. Gleichzeitig lassen aber auch andere Entscheidungen vereinzelt Rückschlüsse auf die Position der europäischen Gerichte zur Entscheidungspraxis der Kommission zu. Insgesamt bringt die Rechtsprechung aber keine Klarheit hinsichtlich der Akzeptanz des more economic approach und verpasst es, grundsätzlich Stellung zu beziehen.

a. Überprüfung der Kommissionsentscheidungen

Besondere Bedeutung für die Umsetzung des more economic approach haben die Verfahren, in denen sich die europäischen Gerichte unmittelbar mit den Kommissionsentscheidungen auseinandersetzen, die nach Veröffentlichung der Prioritätenmitteilung ergangen sind. Zum Zeitpunkt der Analyse lagen lediglich die Entscheidungen zu den Verfahren Intel, Slovak Telekom und Google Shopping vor. Rechtsmittel sind allerdings auch in den Verfahren Google Android und Qualcomm anhängig.

aa. Intel

Intel ist gegen die Untersagungs- und Bußgeldentscheidungen vor dem EuG vorgegangen. Nachdem dieses am 12.6.2014 die Entscheidung der Kommission bestätigt hat, hat der EuGH am 6.9.2017 das Urteil des EuG aufgehoben und die Sache zur erneuten Entscheidung zurückverwiesen. Daraufhin hat das EuG mit Urteil vom 26.1.2022 die Entscheidung der Europäischen Kommission aufgehoben. Gegenwärtig ist die Rechtssache aufgrund von Rechtsmitteln der Europäischen Kommission wieder beim EuGH anhängig.

(1) Die Entscheidung des EuG

Das EuG bestätigte die Entscheidung des Kommission. Nach Ansicht des EuG war es nicht nötig, eine tatsächliche oder potentielle Verdrängungs-

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wirkung im Sinne der Marktverschließung zu prüfen. Es sei im Sinne der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache Hoffmann-La Roche ausreichend, die Rabatte als Treuerabatte (das EuG verwendet den Begriff Ausschließlichkeitsrabatte) einzustufen. Diese seien nämlich bereits ihrer Art nach geeignet, Wettbewerber zu verdrängen.[843]

Insbesondere stellt sich das EuG auf den Standpunkt, dass der AEC-Test nicht nötig und außerdem auch nicht geeignet sei, um die Verdrängungsfähigkeit der Ausschließlichkeitsrabatte nachzuweisen.[844] Der Test sei nicht nötig, da die Rechtsprechung des EuGH diesen insbesondere im Fall der Ausschließlichkeitsrabatte nicht fordere.[845] Ein AEC-Test könne außerdem eine Verdrängungswirkung nicht ausschließen. Für diese genüge, dass der Zugang zum Markt erschwert wird. Der AEC-Test könne aber lediglich ermitteln, ob es wirtschaftlich unmöglich ist, auf dem Markt tätig zu sein.[846]

In diesem Zusammenhang äußert sich das EuG auch zu der Prioritätenmitteilung, bezieht diese aber allein auf die Prioritätensetzung, die für den Fall Intel aber zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Mitteilung schon abgeschlossen war. Dementsprechend sei die Prioritätenmitteilung nicht anwendbar.[847]

(2) Die Entscheidung des EuGH

Mit seiner Entscheidung vom 6.9.2017 hat der EuGH das Urteil des EuG aufgehoben und die Sache zur erneuten Entscheidung zurückverwiesen. Das EuG habe zu Unrecht das Vorbringen von Intel ignoriert, dass die Kommission bei Anwendung des AEC-Tests Fehler begangen habe.

Zunächst macht der EuGH Ausführungen zu den allgemeinen Grundsätzen des Missbrauchsrechts und verweist auf die eigene Rechtsprechung zu Treuerabatten. Dabei bezieht sich der EuGH auf sein Urteil in der Sache Hoffmann-La Roche und wiederholt, dass Treuerabatte ebenso wie Ausschließlichkeitsbindungen den Missbrauch einer beherrschenden Stellung nach Art. 102 AEUV darstellen.[848]

843 EuG, 12.6.2014, Rs. T-286/09, ECLI:EU:T:2014:547, Rz. 87 – *Intel*.
844 EuG, 12.6.2014, Rs. T-286/09, ECLI:EU:T:2014:547, Rz. 142 ff. – *Intel*; *Barthelmeß*, NZKart 2014, 492 ff.
845 EuG, 12.6.2014, Rs. T-286/09, ECLI:EU:T:2014:547, Rz. 152 – *Intel*.
846 EuG, 12.6.2014, Rs. T-286/09, ECLI:EU:T:2014:547, Rz. 150 – *Intel*.
847 EuG, 12.6.2014, Rs. T-286/09, ECLI:EU:T:2014:547, Rz. 156 ff. – *Intel*.
848 EuGH, 6.9.2017, Rs. C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, Rz. 137 – *Intel*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Diese Rechtsprechung wird vom EuGH nicht ausdrücklich aufgegeben. Sie soll lediglich konkretisiert werden, wenn das betroffene Unternehmen sich im Verwaltungsverfahren mit Beweisen dagegen wendet, dass sein Verhalten geeignet gewesen sei, den Wettbewerb zu beschränken und insb. Wettbewerber vom Markt zu verdrängen.[849]

Wenn dies der Fall sei, müsse die Kommission neben anderen Gesichtspunkten auch die Strategie zur Verdrängung der mindestens ebenso leistungsfähigen Wettbewerber analysieren. Diese Analyse sei außerdem wichtig für die Frage, ob das Rabattsystem zu rechtfertigen ist.[850]

Das EuG habe eine solche von der Kommission vorgenommene Analyse dann auch zu überprüfen. Der EuGH erkennt, dass die Kommission betont hat, dass der von ihr ausführlich angewandte AEC-Test nicht nötig sei.[851] Dennoch nimmt der EuGH ohne weitere Begründung an, dass dieser ausführliche AEC-Test auch eine tatsächliche Bedeutung für die Beurteilung der Rabatte gehabt habe.[852] Deswegen hätte das Gericht das Vorbringen von Intel überprüfen müssen.

(3) Die erneute Entscheidung des EuG

In Folge des Urteils des EuGH hat das EuG am 26.1.2022 die Entscheidung der Kommission in weiten Teilen aufgehoben. Dabei setzt es die Entscheidung des EuGH folgerichtig um.

Das EuG sieht nunmehr die Einordnung von bedingten Rabatten nur noch als eine Vermutung der Missbräuchlichkeit, die jedoch widerlegt werden könne.[853] Demnach sei die Begründung der Kommission, dass sie die marktverschließenden Wirkungen nicht hätte evaluieren müssen, rechtsfehlerhaft.[854] Der AEC-Test sei hierfür nicht zwingend notwendig, müsse aber in die Beurteilung einfließen, wenn die Europäische Kommission einen solchen durchführt.[855]

Das EuG überprüft sodann auch ausführlich den von der Europäischen Kommission durchgeführten AEC-Test auf die von den Klägern vorge-

849 EuGH, 6.9.2017, Rs. C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, Rz. 138 – *Intel*.
850 EuGH, 6.9.2017, Rs. C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, Rz. 139, 140 – *Intel*.
851 EuGH, 6.9.2017, Rs. C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, Rz. 142 – *Intel*.
852 EuGH, 6.9.2017, Rs. C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, Rz. 143 – *Intel*.
853 EuG, 26.1.2022, Rs. T-286/09 RENV, ECLI:EU:T:2022:19, Rz. 124 – *Intel Renv*.
854 EuG, 26.1.2022, Rs. T-286/09 RENV, ECLI:EU:T:2022:19, Rz. 145 – *Intel Renv*.
855 EuG, 26.1.2022, Rs. T-286/09 RENV, ECLI:EU:T:2022:19, Rz. 126 – *Intel Renv*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

brachten Fehler.[856] Es kommt zu dem Ergebnis, dass der Europäischen Kommission mehrere methodische Fehler unterlaufen seien, wegen derer die Entscheidung aufgehoben werden müsse.[857]

Gleichzeitig hebt das EuG die Entscheidung auch deswegen auf, da die Europäische Kommission nicht allen Umständen hinreichend Rechnung getragen habe, die nach der Rechtsprechung des EuGH zur Bestimmung der Missbräuchlichkeit nötig seien.[858] So fehle es nach dem EuG an einer umfassenden Auseinandersetzung mit dem Umfang der Markterfassung der Rabatte und der Dauer der Rabatte.[859]

Die Europäische Kommission hat Rechtsmittel gegen das Urteil eingelegt.[860]

(4) Würdigung

Der EuGH hatte die Gelegenheit, sich klar zum more economic approach zu positionieren und klarzustellen, ob und wie die Auswirkungen des Rabattsystems durch die Kommission zu prüfen sind. Nach seinem Urteil ist aber unklar, ob er das getan hat.[861] Das erklärt auch, warum die Europäische Kommission nach dem erneuten Urteil des EuG wiederum Rechtsmittel eingelegt hat. Die Linie des EuG ist angesichts der bisherigen Rechtsprechung konsequent. Der AEC-Test wird zunächst abgelehnt und deswegen überhaupt nicht geprüft, das ursprüngliche Urteil kann deswegen auch als Absage an den more economic approach verstanden werden.[862] In der Folgeentscheidung setzt es die Entscheidung des EuGH um und überprüft deswegen auch den durchgeführten AEC-Test. Allerdings setzt es

856 EuG, 26.1.2022, Rs. T-286/09 RENV, ECLI:EU:T:2022:19, Rz. 150 ff. – *Intel Renv*.
857 EuG, 26.1.2022, Rs. T-286/09 RENV, ECLI:EU:T:2022:19, Rz. 482 – *Intel Renv*.
858 EuG, 26.1.2022, Rs. T-286/09 RENV, ECLI:EU:T:2022:19, Rz. 483 ff. – *Intel Renv*.
859 EuG, 26.1.2022, Rs. T-286/09 RENV, ECLI:EU:T:2022:19, Rz. 485 ff., 501 ff. – *Intel Renv*.
860 Anhängig beim EuGH unter dem Aktenzeichen C-240/22 P - Commission v Intel Corporation.
861 *Carli/Pardolesi*, Intel and the Tale of Rebates: The (More) Economic Approach to the Rescue!, 2017; *Wernicke*, EuZW 2017, 850, 860; *Haberer*, WuW 2017, 526 ff.
862 EuG, 12.6.2014, Rs. T-286/09, ECLI:EU:T:2014:547, Rz. 142 ff – *Intel*; *Nihoul*, Journal of European Competition Law & Practice 2014, 521 ff.; *Pereira*, European Law Reporter 2014, 204 ff.; *Petit*, Intel, Leveraging Rebates and the Goals of Article 102 TFEU, 2015; *Rizzo*, Italian Antitrust Review 2014, 250 ff.; *Wernicke*, EuZW 2015, 19 ff.; *Whish*, Journal of European Competition Law & Practice 2015, 1 f.; *Geradin*, Journal of Competition Law & Economics 2015, 579 ff.; *Molestina/Picht*, IIC 2015, 203, 208.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

damit nur eine von mehreren möglichen Deutungen des Urteils des EuGH um.

Das EuG interpretiert die Entscheidung des EuGH so, dass dieser den AEC-Test akzeptiert, um bei Rabattsystemen eine wettbewerbswidrige Marktverschließung nachzuweisen. Der EuGH schränkt dies selbst ein und sieht es nur in solchen Fällen als nötig an, in denen sich das betroffene Unternehmen selbst auf einen AEC-Test beruft.[863] Dies dürfte in der Anwendungspraxis dennoch darauf hinauslaufen, dass in jedem preisbezogenen Missbrauchsfall ein AEC-Test von der Kommission durchzuführen ist, da sich jedes Unternehmen hierauf berufen könnte.

Gerade die Einleitung zu dieser Rechtsfrage lässt aber auch die Deutung zu, dass die Entscheidung allein prozessuale Rechte des jeweiligen Unternehmens betrifft. Der EuGH gibt die bisherige Rechtsprechung aus Hoffmann-La Roche nicht auf, sondern konkretisiert sie nur

> „für den Fall, dass das betroffene Unternehmen im Verwaltungsverfahren, gestützt auf Beweise, geltend macht, dass sein Verhalten nicht geeignet gewesen sei, den Wettbewerb zu beschränken und insbesondere die beanstandeten Verdrängungswirkungen zu erzeugen."[864]

Dies kann so gedeutet werden, dass die Kommission selbst keinen AEC-Test durchführen, aber alle von dem betroffenen Unternehmen vorgebrachten Beweise würdigen muss. In der Sache ginge es also nicht um die Auslegung von Art. 102 AEUV, sondern um die Gewähr rechtlichen Gehörs.[865] Dies deckt sich auch mit der darauffolgenden Passage, dass die Kommission in diesem Fall einen AEC-Test durchgeführt hat und „unter diesen Umständen" das EuG zur Überprüfung des Vorbringens von Intel verpflichtet ist.[866] Hieraus kann man den Umkehrschluss ziehen, dass es nicht immer zu beanstanden ist, wenn der AEC-Test nicht angewendet wird. Außerdem wendet sich der EuGH nirgends ausdrücklich gegen die Meinung der Kommission, dass es in diesem Fall nicht nötig gewesen wäre, eine Analyse aller Umstände des Einzelfalls durchzuführen.

---

863 *Colangelo/Maggiolino*, IIC 2018, 685 ff.; *Ibáñez*, The Future of Article 102 TFEU after Intel, 2018, S. 10; *Körber/Schweitzer/Zimmer* in: Immenga/Mestmäcker Band 1: EU, 2019, Ökonomische Grundlagen und die Leitlinienpolitik der Kommission Rn. 32 ff.

864 EuGH, 6.9.2017, Rs. C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, Rz. 138 – *Intel*.

865 *Podszun*, EuCML 2018, 57, 57 ff.

866 EuG, 12.6.2014, Rs. T-286/09, ECLI:EU:T:2014:547, Rz. 143, 144 – *Intel*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Diese weiterhin bestehende Unklarheit wird der EuGH in dem erneuten Verfahren ausräumen müssen. Zunächst hat er die Chance verstreichen lassen, sich eindeutig zu dem more economic approach bei Behinderungsmissbräuchen zu positionieren. Dies führt nun dazu, dass das Verfahren immer noch nicht beendet ist. Nach nunmehr 13 Jahren seit der Entscheidung der Europäischen Kommission und 23 Jahren nach der Beschwerde von AMD ist weiterhin unklar, welche Anforderungen an Rabattsysteme zu stellen sind und ob das Verhalten Intels tatsächlich missbräuchlich war. Diese langwierige Aufarbeitung sollte nicht als Sieg des Rechtsstaates gefeiert werden.[867] Für die Rechtswissenschaft mag diese zusätzliche Erkenntnisse mit sich bringen. Sie ist aber äußerst ineffizient. Sowohl EuG als auch EuGH sind nunmehr zweifach mit der Entscheidung befasst. Die Verfahren binden Ressourcen der europäischen Gerichte, der Europäischen Kommission und der beteiligten Unternehmen. Für die betroffenen Märkte spielt die Entscheidung kaum mehr eine Rolle, da die Verhaltensweisen so lange zurückliegen.

Das Verfahren, das einst als Paradebeispiel des more economic approach galt, macht deutlich, welche Schwierigkeiten damit verbunden sind. Die extensive Auswirkungsanalyse bringt einen Aufwand mit sich, der nicht nur das ursprüngliche Verfahren der Europäischen Kommission in die Länge zieht, sondern auch die anschließenden Verfahren vor den Gerichten. Gleichzeitig macht der AEC-Test die Entscheidung äußerst fehleranfällig. Mit der Durchführung des AEC-Test wollte die Europäische Kommission die Entscheidung auf eine zweite ökonomische Begründung stützen. Damit hat sie sich unnötig angreifbar gemacht.

bb. Slovak Telekom

Gegen die oben dargestellte Entscheidung der Kommission hat ST Nichtigkeitsklage vor dem EuG erhoben. ST wendet sich dabei gegen die rechtliche Beurteilung der Lieferverweigerung, gegen die Art und Weise, in der die Kommission den AEC-Test bei Beurteilung der Kosten-Preis-Schere durchführt, gegen die Verletzung von Verfahrensrechten durch die Kommission, die Passivlegitimation sowie die Höhe des Bußgeldes.[868] Die Verletzung

867 So aber *Ibáñez*, Case T-286/09 RENV, Intel v Commission, or the sign of an effective competition law system, 2022.

868 Slovak Telekom, T-851/14 – *Action brought on 26 December 2014*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

von Verfahrensrechten, die Passivlegitimation und Bußgeldhöhe sind nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

(1) Die Entscheidung des EuG

Gegen die Beurteilung der Lieferverweigerung als missbräuchlich wendet ST im Wesentlichen ein, dass die Kommission nicht geprüft habe, ob der Zugang zum Netz von ST für Wettbewerber unabdingbar war, um auf dem nachgelagerten Markt zu konkurrieren. Dabei beruft sich ST insbesondere auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache Bronner.[869] Das Gericht verwirft diesen Einwand. Das Kriterium der Unabdingbarkeit aus Bronner sei in diesem Fall nicht anwendbar, da im vorliegenden Fall schon ex ante eine regulatorische Zugangsverpflichtung von ST gegeben war.[870] Aus dem gleichen Grund widerspricht das Vorgehen der Kommission auch nicht der Entscheidung im Fall Clearstream, denn auch dort fehlte es an der regulatorischen Lieferverpflichtung und an einem rechtlich eingeräumten Monopol.[871]

Außerdem bezieht sich das Gericht auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache TeliaSonera, nach dem die Bronner-Kriterien nicht zwangsläufig angewendet werden müssen. Diese sei nicht nur auf den dort behandelten Fall der Kosten-Preis-Schere, sondern auch auf die vorliegende Lieferverweigerung anwendbar.[872]

Das Gericht verwirft außerdem das Argument STs, dass es widersinnig wäre, in dem vorliegenden Fall niedrigere Anforderungen an die Missbräuchlichkeit zu stellen, da es sich lediglich um eine konstruktive Verweigerung und keine kategorische handle. Das Gericht setzt dem entgegen, dass die Schwere des Verstoßes nicht allein von dessen Erscheinungsform abhänge.[873]

Hinsichtlich der Kosten-Preis-Schere wendet sich ST gegen die Ermittlung der Kosten-Preis-Schere auf Basis eines Zeitraums über mehrere Jahre. Die Kommission berechnete den Gewinn nicht auf einer Jahresbasis, sondern über den gesamten Zeitraum des Verstoßes. Dadurch wurde der erzielte Gewinn in einigen Jahren mit dem Verlust der übrigen Zeitspanne verrechnet, was erst eine Einordnung als Kosten-Preis-Schere zuließ. Das

869 EuG, 13.12.2018, Rs. T-851/14, ECLI:EU:T:2018:929, Rz. 95 ff. – *Slovak Telekom*.
870 EuG, 13.12.2018, Rs. T-851/14, ECLI:EU:T:2018:929, Rz. 119 – *Slovak Telekom*.
871 EuG, 13.12.2018, Rs. T-851/14, ECLI:EU:T:2018:929, Rz. 138 – *Slovak Telekom*.
872 EuG, 13.12.2018, Rs. T-851/14, ECLI:EU:T:2018:929, Rz. 126 – *Slovak Telekom*.
873 EuG, 13.12.2018, Rs. T-851/14, ECLI:EU:T:2018:929, Rz. 133 – *Slovak Telekom*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gericht gab ST insofern Recht und klammerte ein Jahr aus dem Zeitraum der Zuwiderhandlung aus, da hier die Kommission keinen Verlust seitens ST und auch keine wettbewerbswidrigen Wirkungen zeigen könne.

Außerdem wendet sich ST gegen die Ermittlung der LRAIC durch die Kommission. Diese war nötig, da Zahlen zu den LRAIC nicht vorlagen. ST brachte im Verfahren dann Anmerkungen und Nachbesserungen zu den Berechnungen der Kommission vor, die größtenteils übernommen wurden. Allerdings zog ST zur Berechnung der eigenen LRAIC die Kosten für den Aufbau eines optimierten modernen Netzwerkes heran. Das Gericht folgte diesem Ansatz nicht, da die tatsächlich angefallenen Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens zugrunde gelegt werden müssten und nicht die Kosten eines hypothetischen Wettbewerbers, der zum jetzigen Zeitpunkt den Aufbau eines Konkurrenznetzes unternehmen würde.[874]

(2) Die Entscheidung des EuGH

Auf Rechtsmittel STs hin hat der EuGH die Entscheidung des Gerichts aufrechterhalten. Der EuGH stützt die Argumentation der Kommission und des Gerichts im Hinblick auf die Kriterien zur Beurteilung der Lieferverweigerung. Die Prüfung der Unabdingbarkeit könne entfallen, da über den eigentlichen Zugangsanspruch schon entschieden sei und der Missbrauch lediglich die Bedingungen des Zugangs betrifft.[875]

Auch hinsichtlich der Kosten-Preis-Schere teilt der EuGH die Beurteilung des Gerichts. Die Kostenberechnung durch ST verfolge ein anderes Ziel und könne nicht die Kosten eines ebenso effizienten Wettbewerbers abbilden.[876]

(3) Würdigung

Die Entscheidung billigt das Vorgehen der Kommission, das stark vom more economic approach geprägt ist. Insbesondere akzeptiert die Rechtsprechung den AEC-Test.[877] Allerdings ist der Erkenntnisgewinn für die Validität des more economic approach sehr beschränkt. Viele der Fragen betreffen den more economic approach nicht. Das gilt bspw. für die Aus-

874 EuG, 13.12.2018, Rs. T-851/14, ECLI:EU:T:2018:929, Rz. 228 – *Slovak Telekom*.
875 EuGH, 25.3.2021, Rs. C-165/19 P, ECLI:EU:C:2021:239, Rz. 59 – *Slovak Telekom*.
876 EuGH, 25.3.2021, Rs. C-165/19 P, ECLI:EU:C:2021:239, Rz. 116 – *Slovak Telekom*.
877 *Geradin/O'Donoghue*, Papering Over the Cracks: The GCEU Judgement in Case T-851/14 Slovak Telekom v Commission, 2019.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einandersetzung mit den Voraussetzungen eines Zugangsanspruches, die in diesem Fall sogar von der Prioritätenmitteilung ausgeklammert werden.

Außerdem bleibt weiterhin unklar, ob das Vorgehen der Kommission in dieser Form auch nötig gewesen wäre oder ob stattdessen die gleiche Entscheidung auch niedrigschwelliger hätte begründet werden können. Auch fehlt eine Auseinandersetzung mit dem Maßstab der Verbraucherwohlfahrt. Damit bleibt eine der wesentlichen Fragen des more economic approach unbeantwortet und die Unklarheit hinsichtlich des anzuwendenden Maßstabes bleibt bestehen.

cc. Google Search – Shopping

Google und Alphabet sind gegen die oben dargestellte Kommissionsentscheidung vorgegangen. Das EuG hat die Entscheidung mit Urteil vom 10.11.2021 im Ergebnis bestätigt. Für die vorliegende Untersuchung sind die Ausführungen des EuG zu der Fallgruppe des Missbrauchs, der Auswirkungsanalyse und dem AEC-Test relevant.

(1) Die Entscheidung des EuG

Das EuG stuft die Bevorzugung des eigenen Preisvergleichsdienstes durch Google als missbräuchlich ein.

Die Missbräuchlichkeit ergebe sich aus der „Abnormalität“[878] einer Ungleichbehandlung.[879] Eine Suchmaschine habe ähnliche Eigenschaften wie eine Infrastruktureinrichtung. Für das Internet kommt ihr deswegen eine besondere Rolle zu. Sie sei gerade auch auf die Ergebnisse Dritter (hier der konkurrierenden Preisvergleichsportale) auslegt und angewiesen.[880] Die Anforderungen an die Zugangsverweigerung klassischer „essential facilities“ seien dennoch nicht übertragbar, da es vorliegend nicht um den Zugang gehe, sondern um eine Diskriminierung.[881] Die Missbräuchlichkeit habe die Kommission aber zutreffend mit der Bedeutung des Traffics von Googles allgemeiner Suche für Preisvergleichsdienste, dem Nutzerver-

878 „Abnormality“ im Original. Eine deutsche Übersetzung liegt nicht vor.
879 EuG, 10.11.2021, Rs. T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763, Rz. 176 – *Google Shopping*.
880 EuG, 10.11.2021, Rs. T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763, Rz. 177 f. – *Google Shopping*.
881 EuG, 10.11.2021, Rs. T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763, Rz. 240 – *Google Shopping*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

halten und der fehlenden Substituierbarkeit des Traffics begründet.[882] Es handle sich deswegen nicht um ein Mittel des Leistungswettbewerbs.[883]

Das Gericht würdigt auch die von der Kommission durchgeführte Auswirkungsanalyse. Die Kommission müsse zumindest potentielle Auswirkungen nachweisen.[884] Gleichzeitig könne nicht allein aufgrund der Auswirkungen auf die Missbräuchlichkeit geschlossen werden.[885] Dennoch begründet das EuG die Missbräuchlichkeit auch mit den von der Kommission tatsächlich nachgewiesenen Auswirkungen.[886] Einzig die potentiellen Auswirkungen des Verhaltens auf dem Markt für allgemeine Suchanfragen sieht das Gericht nicht als nachgewiesen an.[887]

Den Einwand, dass die Kommission einen AEC-Test hätte durchführen müssen, verwirft das EuG mit der Begründung, dass es sich vorliegend um keinen preisbezogenen Missbrauch handle.[888]

(2) Würdigung

Während die Entscheidung für die Rolle des Kartellrechts in der Plattformökonomie große Bedeutung hat, sind für den hier untersuchten more economic approach nur einzelne Aspekte relevant.

Das Gericht bestätigt die Einschätzung, dass es neuer kartellrechtlicher Kategorien bedarf. Der Sachverhalt ist neuartig und seine Besonderheiten müssen gewürdigt werden. Das EuG tut dies, indem es mit der Selbstbevorzugung eine neue Kategorie von missbräuchlichen Verhaltensweisen schafft. Die Selbstbevorzugung kann jedoch auch als Ausweitung der schon etablierten Fallgruppe der Diskriminierung angesehen werden.[889] Unabhängig hiervon zeigt das EuG die Bereitschaft, die bestehenden Kategorien zu erweitern oder auszudehnen und reagiert damit angemessen auf neue Sachverhalte und Erkenntnisse.

882 EuG, 10.11.2021, Rs. T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763, Rz. 169 ff. – *Google Shopping*.
883 EuG, 10.11.2021, Rs. T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763, Rz. 185, 195 – *Google Shopping*.
884 EuG, 10.11.2021, Rs. T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763, Rz. 518 – *Google Shopping*.
885 EuG, 10.11.2021, Rs. T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763, Rz. 195 – *Google Shopping*.
886 EuG, 10.11.2021, Rs. T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763, Rz. 442 ff., 519 ff. – *Google Shopping*.
887 EuG, 10.11.2021, Rs. T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763, Rz. 450 ff. – *Google Shopping*.
888 EuG, 10.11.2021, Rs. T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763, Rz. 538 – *Google Shopping*.
889 Vgl. *Ahlborn/van Gerven/Leslie*, Journal of European Competition Law & Practice 2022, 87 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Konsequent ist auch der Verzicht auf einen AEC-Test, da es sich nicht um einen preisbezogenen Missbrauch handelt.[890]

Bedeutend für den more economic approach ist der Umgang des EuG mit der extensiven Auswirkungsanalyse der Kommission. Obwohl sie nach der Ansicht des Gerichts nicht nötig sei, stützt es die Annahme der Missbräuchlichkeit auf diese. Damit wird der Kommission ein Anreiz gesetzt, weiterhin Auswirkungsanalysen durchzuführen. Selbst wenn diese nicht notwendig sind, um einen Missbrauch nachzuweisen, sichern sie die Kommission vor Gericht zusätzlich ab. Wenn schon potentielle Auswirkungen genügen, haben tatsächlich nachgewiesene Auswirkungen erst recht vor Gericht bestand. Dem EuG ist diese Handhabung nicht vorzuwerfen, da es eine Übererfüllung der Vorgaben nicht rügen kann. Aus Sicht der Kommission stellt sich dennoch die Frage, ob an der Praxis der extensiven Auswirkungsanalysen festgehalten werden sollte. Dies führt sicherlich zu gerichtsfesteren Entscheidungen, gleichzeitig werden dadurch – wie schon beschrieben – erhebliche Ressourcen gebunden, die Analyse nimmt viel Zeit in Anspruch und andere Verstöße können nicht effektiv verfolgt werden.

b. Weitere Verfahren vor den Gerichten

Neben die Urteile zu den untersuchten Kommissionsentscheidungen treten auch Entscheidungen der europäischen Gerichte in anderen Rechtssachen, die Rückschlüsse auf den Umgang mit dem more economic approach zulassen.

Teilweise werden schon frühere Entscheidungen als erste Ansätze eines more economic approach in der Rechtsprechung angesehen. Angeführt werden hier Kosten-Preis-Vergleiche wie EuG und EuGH sie in den Entscheidungen AKZO[891], Deutsche Telekom/Kommission[892] und Telefóni-

890 Kritisch *Gaudin/Mantzari*, Journal of European Competition Law & Practice 2022, 125 ff.

891 EuGH, 3.7.1991, Rs. C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286, Rz. 225 – *AKZO*.

892 EuGH, 14.10.2010, Rs. C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603, Rz. 177 ff. – *Deutsche Telekom*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ca/Kommission[893] durchgeführt haben.[894] Die dort geführten Preisvergleiche sind ein Schritt weg von einem reinen form based approach und stellen in der Sache die Durchführung eines AEC-Tests dar.[895] Sie stellen erste Ansätze einer Auswirkungsanalyse dar, die aber in der Missbrauchsaufsicht unter dem Merkmal der Berücksichtigung aller Besonderheiten des Einzelfalls stets vertreten war. Ein konkrete Prüfung der Auswirkungen oder eine eigenständige Berücksichtigung der Konsumentenwohlfahrt findet sich in diesen Entscheidungen nicht. Gleiches gilt für die Entscheidung im Vorabentscheidungsverfahren in der Rechtssache Post Danmark I.[896]

In den Entscheidungen Tomra[897] und Post Danmark II[898] zeigt der EuGH, dass er bei der Beurteilung von Rabattsystemen die Durchführung eines AEC-Test nicht für notwendig hält.[899] Beide Entscheidungen liegen im Zeitraum nach der Veröffentlichung der Prioritätenmitteilung. Die Entscheidung in der Rechtssache Tomra behandelt eine Kommissionsentscheidung, die allerdings schon vor Veröffentlichung der Prioritätenmitteilung liegt, weswegen der EuGH diese für den Fall als nicht entscheidungserheblich ansah.[900] Tomra nutzte ein auf die einzelnen Kunden abgestimmtes Rabattsystem, das deren gesamte Nachfrage betraf, und gewährte rückwirkende Treuerabatte.[901] Tomra führte in dem Verfahren an, dass zur Beur-

893 EuGH, 19.12.2013, C-274/12 P, ECLI:EU:C:2013:852, Rz. 188 ff. – *Telefonica/European Commission*; *Diez*, Article 82, sector-specific regulation, Microsoft and Telefonica: really a new economic understanding of abusive practices under EC law?, 2011.

894 *Lübbig/Huttenlauch* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff u.a. (Hrsg.) Kartellrecht, 2020, Art. 102 AEUV Rn. 16.

895 *Fuchs* in: Immenga/Mestmäcker Band 1: EU, 2019, Art. 102 AEUV Rn. 376; *Keller*, Würzburger Arbeiten zum Wirtschaftsrecht 2012, Bd. 2, 1, 41 f.

896 *Bien/Krah*, European Competition Law Review 2012, 482, 483; EuGH, 27.3.2012, Rs. C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172 – *Post Danmark I*; *Dittert*, European Competition Journal 2012, 570 ff.; kritisch *Marty*, As-Efficient Competitor Test in Exclusionary Prices Strategies: Does Post-Danmark Really Pave the Way towards a More Economic Approach?, 2013; *Witt*, The European Court of Justice and the More Economic Approach – Is the Tide Turning?, 2018, S. 40.

897 EuGH, 19.4.2012, Rs. C-549/10 P, ECLI:EU:C:2012:221 – *Tomra*.

898 EuGH, 6.10.2015, Rs. C-23/14, ECLI:EU:C:2012:172 – *Post Danmark II*.

899 Vgl. *Frenz*, WRP 2013, 428, 429; *Huttenlauch* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff u.a. (Hrsg.) Kartellrecht, 2020, AEUV Art. 102 Rn. 16; *Bien/Rummel*, EuZW 2012, 737 ff.; *Samà*, The Antitrust Treatment of Loyalty Discounts and Rebates in the EU Competition Law: In Search of an Economic Approach and a Theory of Consumer Harm, 2012, S. 36.

900 EuGH, 19.4.2012, Rs. C-549/10 P, ECLI:EU:C:2012:221, Rz. 81 – *Tomra*.

901 EuGH, 19.4.2012, Rs. C-549/10 P, ECLI:EU:C:2012:221, Rz. 75 – *Tomra*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

teilung des Rabattsystems ein AEC-Test durchgeführt werden müsse. Der EuGH verneint das und verlangte auch keine Analyse der Auswirkungen des Rabattsystems auf den Wettbewerb. Es genügte vielmehr schon die Feststellung des EuG, dass das Rabattsystem eine Treue- und Sogwirkung entfalten könne.[902]

Die Entscheidung in der Rechtssache Post Danmark II folgte auf ein Vorabentscheidungsverfahren und setzt sich mit der Beurteilung eines Rabattsystems mit standardisierten Mengenschwellen auseinander.[903] Der EuGH hält für die Beurteilung der Ausschlusswirkung eine Gesamtwürdigung von Rückwirkung, Dauer, betroffenen Kunden und der Wettbewerbssituation für erforderlich.[904] Nicht nötig ist indes die Durchführung eines AEC-Tests.[905]

c. Zwischenergebnis

Die Rezeption der Rechtsprechung zum more economic approach für Art. 102 AEUV zeigt, dass diese nicht für das Scheitern des more economic approach und der Prioritätenmitteilung verantwortlich ist. Auch wenn die Gerichte in der Akzeptanz zurückhaltender sind, ist keine klare Absage an die Position der Kommission ersichtlich. Eine solche ist auch kaum möglich, da der EuGH bislang lediglich über zwei der hier untersuchten Kommissionsentscheidungen entscheiden konnte.

2. Weitere Entscheidungen der Kommission

Neben den Untersagungsentscheidungen finden sich mit den Zusagenentscheidungen und den rejection decisions weitere Entscheidungsarten, die theoretisch Rückschlüsse auf die Umsetzung eines more economic approach zulassen. Die Auswertung dieser Entscheidungen durch andere Wissenschaftler bestätigt die bisherigen Ergebnisse, hat für die vorliegenden Forschungsfragen aber nur begrenzt Aussagekraft.

902 EuGH, 19.4.2012, Rs. C-549/10 P, ECLI:EU:C:2012:221, Rz. 79 – *Tomra*.
903 EuGH, 6.10.2015, Rs. C-23/14, ECLI:EU:C:2012:172, Rz. 6 ff. – *Post Danmark II*.
904 EuGH, 6.10.2015, Rs. C-23/14, ECLI:EU:C:2012:172, Rz. 29 – *Post Danmark II*.
905 EuGH, 6.10.2015, Rs. C-23/14, ECLI:EU:C:2012:172, Rz. 51 ff. – *Post Danmark II*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

a. Zusagenentscheidungen

Eine Untersuchung der Zusagenentscheidungen im Hinblick auf eine Umsetzung des more economic approach ist im Vergleich zu den Untersagungen nicht aussagekräftig. Die Entscheidungen enthalten nur eine kurze vorläufige rechtliche Würdigung. Eine eigene Untersuchung wird deswegen nicht vorgenommen. Um trotzdem eine möglichst vollständige Abbildung der Entscheidungspraxis zu gewährleisten, wird auf die Forschung von *Akman* zu diesem Thema zurückgegriffen und eine Würdigung derer vorgenommen. Diese betrifft zwar nur den Zeitraum bis 2014, kann damit aber einen Überblick über die Entscheidungspraxis in den ersten Jahren nach Veröffentlichung der Prioritätenmitteilung geben.

aa. Verfahren und Inhalt

Die Grundlage für Zusagenentscheidungen findet sich in Art. 9 Abs. 1 VO 1/2003. Danach kann in Fällen, in denen die Kommission eine Untersagungsentscheidung treffen möchte, das marktbeherrschende Unternehmen Verpflichtungen vorschlagen, die das Verhalten abstellen und von der Kommission für verbindlich erklärt werden. Nach Erwägungsgrund 13 der VO 1/2003 und dem „Antitrust Manual" der Generaldirektion Wettbewerb sollen Zusagenentscheidungen dann nicht eingesetzt werden, wenn die Verhängung eines Bußgeldes angemessen ist. Wenn eine Zusagenentscheidung angestrebt wird, verzichtet die Kommission im Regelfall auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte und übermittelt stattdessen ein „Preliminary Assessment", welches in Umfang und Tiefe hinter einem Statement of Objections zurückbleiben kann. Wenn die Verpflichtungszusagen von der Kommission als hinreichend eingestuft werden, ermöglicht diese Dritten die Stellungnahme in einem sog. „market test". Erst dann ergeht die Zusagenentscheidung nach Art. 9 Abs. 1 VO 1/2003.[906]

Die Entscheidung enthält keine Feststellungen hinsichtlich des Rechtsverstoßes oder auch des Fehlens eines solchen. Es werden die angebotenen Verpflichtungen für verbindlich erklärt und festgestellt, dass keine Gründe mehr für das Einschreiten durch die Kommission vorliegen. In der Entscheidung wird nur eine kurze vorläufige Beurteilung des Verhaltens

906 Vgl. zu dem ganzen Verfahrensgang *Europäische Kommission*, Antitrust Manual of Procedures, 2012, Abschnitt 16 Rn. 19 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

vorgenommen. Im Übrigen enthält die Entscheidung eine Darstellung der Beteiligten und des Verfahrens.[907]

bb. Die Entscheidungen

Da eine eigene Untersuchung nicht vorgenommen wird, muss auf die Untersuchung der Zusagenentscheidungen durch *Akman* nach der Veröffentlichung der Prioritätenmitteilung zurückgegriffen werden.[908] Im Untersuchungszeitraum von 2009 bis 2014 ergingen 16 Zusagenentscheidungen. Aus diesen werden die Entscheidungen Rambus, IBM, Samsung, Microsoft (Tying), Reuters und Standard and Poor's gesondert beleuchtet.

Die Entscheidung im Fall Rambus betraf einen Standardisierungsprozess, in dem Rambus es unterließ, Patente und deren Anwendungsmöglichkeiten offenzulegen, die für die Verwirklichung des Standards relevant sind. Die vorläufige Einschätzung stützte die Kommission darauf, dass Rambus deswegen höhere Lizenzgebühren verlangen konnte und das Vertrauen in Standardisierungsbemühungen untergraben habe, die Bedeutung für den technischen Fortschritt, die Marktentwicklung und damit auch für die Verbraucherwohlfahrt haben.[909]

In IBM[910] wurden keine relevanten Bezüge zur Prioritätenmitteilung festgestellt.[911]

Die Entscheidung Samsung enthält die vorläufige Einschätzung der Kommission zur Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen von Samsung gegen Apple aus standardessentiellen Patenten. Die vorläufige Einschätzung stützt die Kommission darauf, dass die Unterlassungsverfügungen dazu geeignet waren, Apple vom Markt auszuschließen.[912]

In der Entscheidung Microsoft (Tying), welche die Kopplung des Browsers Internet Explorer mit dem Windows Betriebssystem betrifft, nimmt die Kommission ausdrücklich Bezug auf die Prioritätenmitteilung und erklärt,

907 *Europäische Kommission*, Antitrust Manual of Procedures, 2012, Abschnitt 16 Rn. 70 ff.
908 *Akman*, Antitrust Law Journal 2016, 145 ff.
909 Europäische Kommission, 9.12.2009, Case COMP/38.636, Rz. 27 ff. – *Rambus*.
910 Europäische Kommission, 13.12.2011, Case COMP/39.692 – *IBM*.
911 *Akman*, Antitrust Law Journal 2016, 145, 174.
912 Europäische Kommission, 29.4.2014, Case AT.39939, Rz. 52 ff. – *Samsung*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dass sich die vorläufige Einschätzung der Missbräuchlichkeit mit dieser decke.[913]

Die Entscheidung Reuters betrifft Einschränkungen, die Thomson Reuters Kunden bei der Nutzung von Reuters Instrument Codes auferlegte. Dabei handelt es sich um ein Identifikationssystem für Finanzinstrumente und Indizes. Die vorläufige Einschätzung stützt sich darauf, dass dadurch erhebliche Hürden für einen Anbieterwechsel geschaffen würden.[914]

Die Entscheidung Standard & Poor's betrifft einen Ausbeutungsmissbrauch hinsichtlich der verlangten Preise für U.S. International Securities Identification Numbers.[915]

cc. Würdigung

Die Zusagenentscheidungen lassen nur beschränkt Rückschlüsse auf die Umsetzung eines more economic approach zu, weshalb hier auf eine tiefergehende Analyse verzichtet wurde. Grund hierfür ist, dass die Entscheidungen nur eine sehr knappe vorläufige Einschätzung der Verhaltensweisen enthalten, die nicht mit der tiefgehenden rechtlichen Würdigung aus den Untersagungsentscheidungen vergleichbar ist.

Die genannte Untersuchung von *Akman* kommt zu dem Ergebnis, dass die Kommission diese Entscheidungsart nach Veröffentlichung der Prioritätenmitteilung erheblich häufiger eingesetzt hat als zuvor. Während im Zeitraum zwischen Veröffentlichung des Diskussionspapiers 2005 und der Prioritätenmitteilung 2009 nur vier Zusagenentscheidungen ergingen, ergingen im Zeitraum nach Veröffentlichung der Prioritätenmitteilung 2009 bis 2014 sechzehn. Die Prioritätenmitteilung wird nur in drei der Entscheidungen zitiert.

Schon dieser massive Anstieg sollte im Lichte eines more economic approach kritisch gesehen werden. Der more economic approach will sicherstellen, dass eine Intervention nur dann erfolgt, wenn im konkreten Fall negative Auswirkungen des Verhaltens nachgewiesen werden können. Bei einer nur vorläufigen Einschätzung mit geringem Umfang unterbleibt dies. Der Eingriff in den Markt erfolgt trotzdem, indem die Kommission

913 Europäische Kommission, 6.3.2013, Case AT.39530, Rz. 38 ff. – *Microsoft (Tying)*.
914 Europäische Kommission, 20.12.2012, Case AT.39654, 37 ff. – *Reuters Instrument Codes*.
915 Europäische Kommission, 15.11.2011, Case COMP/39.592, Rz. 26 ff. – *Standard & Poor's*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zusagen verbindlich erklärt, die sonst nicht gemacht worden wären. Zwar geschieht dies im Einvernehmen mit dem betroffenen Unternehmen, dennoch können diese Zusagen auch negative Auswirkungen auf das Unternehmen und den Markt haben.

Diese eingeschränkte Prüfung bei gleichzeitig hoher Fallzahl erschwert auch die Beurteilung, ob der more economic approach in der Entscheidungspraxis umgesetzt wurde. Die vorliegende Forschung kann dies im Hinblick auf die Zusagenentscheidungen nicht feststellen. Wie auch schon die Zitate finden sich inhaltliche Bezugnahmen auf die Prioritätenmitteilung nur selten wie bspw. in der Entscheidung Microsoft (Tying). Die Entscheidung Rambus nimmt zumindest auch Bezug auf die Verbraucherwohlfahrt, sieht deren Verschlechterung aber nur als weitere Folge des Verhaltens an und nicht als maßgebliches Kriterium bei Beurteilung der Missbräuchlichkeit. Dies stützt die Ergebnisse der Analyse der Untersagungsentscheidungen, nach denen die Prioritätenmitteilung nur wenig Einfluss auf die Entscheidungspraxis hatte und insbesondere die Auswirkungen auf die Verbraucherwohlfahrt nicht als eigenständiger Prüfungspunkt umgesetzt wurden.

Weitere Kritik an den Zusagenentscheidungen betrifft insbesondere Fälle wie Rambus, Reuters und Standard & Poor's. Diese betreffen außergewöhnliche Sachverhalte, bei denen der rechtliche Maßstab unklar ist. Die Kommission kann hier über den Weg der Zusagenentscheidung eine tiefergehende rechtliche Prüfung und auch eine gerichtliche Überprüfung verhindern. Das reduziert die Rechtssicherheit und erschwert die Fortentwicklung der Prüfungsmaßstäbe. Dies bekräftigt ein weiteres Ergebnis der Entscheidungsanalyse der Untersagungsentscheidungen, wonach die Fallgruppen der Prioritätenmitteilung für neuartige Fälle nicht geeignet sind. Es ist möglich, dass dieses Ergebnis noch deutlicher hervorgetreten wäre, wenn auch die hier genannten Zusagenentscheidungen als Untersagung ergangen wären und die Kommission eine tiefergehende rechtliche Würdigung hätte vornehmen müssen.

b. Rejection decisions

Die Untersuchung der rejection decisions hat nur geringe Aussagekraft für die hier durchgeführte Untersuchung. Dies liegt vor allem an deren beschränktem Inhalt. Eine rejection decision gem. Art. 7 Abs. 2 VO 773/2004

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ist eine Entscheidung der Kommission, kein Verfahren einzuleiten, die auf eine Beschwerde hin ergeht. Um diese dennoch zu berücksichtigen, wird auf die quantitative Untersuchung der rejection decisions durch *Kreifels* zurückgegriffen.[916] Dessen Ergebnisse können einzelne Aspekte der hier durchgeführten qualitativen Analyse bestätigen.

aa. Verfahren und Inhalt

Das Beschwerdeverfahren ist in Kapitel IV der VO 773/04 geregelt. Eine formale Beschwerde kann von jedem Akteur eingereicht werden, der ein berechtigtes Interesse an der Einleitung des Verfahrens aufgrund Zuwiderhandlung gegen Art. 101 oder 102 AEUV hat und die formalen Vorgaben des Art. 5 VO 773/2004 einhält.[917] Nach einer anfänglichen Bewertung entscheidet die Kommission, ob die Beschwerde Anlass zum Aufgreifen bietet, und informiert bei Einleitung des Verfahrens den Beschwerdeführer.[918] Bei beabsichtigter Abweisung übermittelt die Kommission dem Beschwerdeführer einen Art. 7 Abs. 1 (VO 773/2004) Brief, der die Gründe für die beabsichtigte Abweisung enthält. Reagiert er hierauf nicht innerhalb von vier Wochen, gilt die Beschwerde gem. Art. 7 Abs. 3 VO 773/2004 als zurückgezogen. Hält die Kommission nach einer Stellungnahme an ihrer Ansicht fest, ergeht die formale Entscheidung nach Art. 7 Abs. 2 VO 773/2004, die sog. rejection decision. Die Kommission hat ein Ermessen bei der Entscheidung, welche Fälle sie aufgreifen möchte. Dies spiegelt sich in den Gründen zur Abweisung der Beschwerde wider:

1. Vorbefassung, Art. 13 VO 1/2003
2. Mangelndes Unionsinteresse
3. Mangelnde Substantiiertheit
4. Keine Beweise für Verstoß gegen Unionsrecht

Die Entscheidung wird teilweise veröffentlicht, aber nicht in jedem Fall in Englisch. Sie enthält die Gründe für die Abweisung, aber keine abschließende Entscheidung über das (Nicht-) Vorliegen einer Zuwiderhand-

916 *Kreifels*, Die Prioritätensetzung der Europäischen Kommission beim Aufgreifen kartellrechtlicher Fälle, 2019.

917 *Kreifels*, Die Prioritätensetzung der Europäischen Kommission beim Aufgreifen kartellrechtlicher Fälle, 2019, S. 42, 44.

918 *Kreifels*, Die Prioritätensetzung der Europäischen Kommission beim Aufgreifen kartellrechtlicher Fälle, 2019, S. 44 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lung.[919] Gegen sie kann Nichtigkeitsklage gem. Art. 263 AEUV erhoben werden, die Kommission aber aufgrund des ihr zustehenden Aufgreifermessens nicht zur Einleitung eines Verfahrens verpflichtet werden.[920]

bb. Entscheidungen nach der Prioritätenmitteilung

In der oben genannten Forschung von *Kreifels* untersucht dieser alle 45 veröffentlichten rejection decisions der Europäischen Kommission im Zeitraum zwischen dem 1.5.2004 und dem 30.9.2017. Auf den Zeitraum nach Veröffentlichung der Prioritätenmitteilung am 24.2.2009 entfallen 35 Entscheidungen.[921]

In der quantitativen Untersuchung wird folgende Hypothese aufgestellt:

> „Die Kommission folgt einem klar an den Auswirkungen auf die Wirtschaft – insbesondere mit Hinsicht auf die Verbraucherwohlfahrt – orientierten Ansatz beim Aufgreifen von Fällen."[922]

Diese Hypothese kann die Einflüsse des more economic approach auf die Entscheidungspraxis abbilden. Die Analyse untersucht sodann, welche Gründe von der Kommission in den rejection decisions angegeben wurden. Für die genannte Hypothese sind das die folgenden Kriterien:

- Mangelnder grenzüberschreitender Bezug
- Verhaltensweise wurde abgestellt
- Geringe wirtschaftliche Relevanz für den Markt oder Betroffene
- Kaum Auswirkungen auf Verbraucher/wenige betroffen
- Keine anderen Unternehmen betroffen

Das Ergebnis der quantitativen Analyse ist, dass die Kommission in einem Großteil der Fälle eine Auswirkungsanalyse anhand der genannten Kriterien vornimmt und die Beschwerde wegen zu geringer Auswirkungen ab-

919 *Kreifels*, Die Prioritätensetzung der Europäischen Kommission beim Aufgreifen kartellrechtlicher Fälle, 2019, S. 61, 64.

920 *Kreifels*, Die Prioritätensetzung der Europäischen Kommission beim Aufgreifen kartellrechtlicher Fälle, 2019, S. 53.

921 *Kreifels*, Die Prioritätensetzung der Europäischen Kommission beim Aufgreifen kartellrechtlicher Fälle, 2019, S. 137 ff. Es erfolgt hierbei nicht in allen Fällen eine Differenzierung zwischen Art. 101 AEUV und Art. 102 AEUV.

922 *Kreifels*, Die Prioritätensetzung der Europäischen Kommission beim Aufgreifen kartellrechtlicher Fälle, 2019, S. 151.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

weist.[923] Unter den Entscheidungen, in denen die Auswirkungen auf eine zu geringe Anzahl an Verbrauchern angeführt werden, findet sich nur ein Fall, in dem die Kommission dies begründet und die Anzahl der betroffenen Verbraucher ermittelt.[924]

cc. Würdigung

Die Analyse der rejection decisions lässt nur eingeschränkt Rückschlüsse auf die Umsetzung des more economic approach zu. Die vorliegende quantitative Analyse stützt jedoch die Ergebnisse der qualitativen Analyse der Untersagungsentscheidungen.

Während die Auswirkungsanalyse nach der quantitativen Analyse in den meisten Fälle relevant für die rejection decisions ist, so spielt die Prüfung der Auswirkungen auf die Verbraucherwohlfahrt eine geringere Rolle. Relevant ist jeweils nur, dass die Verhaltensweisen nur eine geringe Anzahl von Verbrauchern betreffen. In keinem Fall hat die Kommission die Abweisung darauf gestützt, dass die Auswirkungen tatsächlich nicht bestehen oder nicht hinreichend nachweisbar sein werden. Das Kriterium umfasst dies. Eine solche Prüfung wäre aber zu vermuten, wenn in den rejection decisions der Maßstab der Verbraucherschädigung als eigenständige Voraussetzung der Missbrauchsprüfung angesehen würde.

Der Erkenntnisgewinn aus der Untersuchung der rejection decisions ist für die vorliegende Fragestellung insgesamt eher gering. Die rejection decisions enthalten keine inhaltliche Prüfung der Fälle. Die Gründe für die Ablehnung des Aufgreifens enthalten keine Feststellungen über die materiellen Voraussetzungen des Verstoßes. Ein Vorschlag ist, die Fälle einer rejection decision darauf zu überprüfen, ob ein Einschreiten unter den Voraussetzungen der Rechtsprechung möglich gewesen wäre, aber – aufgrund der Anwendung der strengeren Kriterien eines more economic approach – unterblieben ist.[925] Selbst wenn eine solche hypothetische Prüfung durchführbar wäre, würde sie keine abschließenden Antworten liefern können. Es ist gerade davon auszugehen, dass auch schon vor dem

923 *Kreifels*, Die Prioritätensetzung der Europäischen Kommission beim Aufgreifen kartellrechtlicher Fälle, 2019, S. 151.

924 *Kreifels*, Die Prioritätensetzung der Europäischen Kommission beim Aufgreifen kartellrechtlicher Fälle, 2019, S. 153; Europäische Kommission, 29.3.2012, Case COMP/39892 – *Numericable Luxembourg*.

925 *Akman*, Antitrust Law Journal 2016, 145, 206.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

more economic approach oder der Prioritätenmitteilung eine Vielzahl von Fällen nicht aufgegriffen wurde, auch wenn die Voraussetzungen für ein Eingreifen vorlagen. Die Kommission kann nicht in jedem Fall, in dem die Voraussetzungen hierfür gegeben sind, zu einer Untersagungsentscheidung kommen. Dies wird gerade durch das Institut des Aufgreifermessens und die weiten Ablehnungsgründe abgebildet.

c. Ergebnis zu den weiteren Entscheidungsarten

Die Einbindung der weiteren Entscheidungsarten kann trotz ihrer begrenzten Aussagekraft einzelne Ergebnisse der Entscheidungsanalyse bestätigen. Dies betrifft insbesondere die große Bedeutung der Auswirkungsanalyse in der Entscheidungspraxis bei gleichzeitig geringer Bedeutung der Verbraucherwohlfahrt. Aufgrund der spezifischen Inhalte dieser Entscheidungsarten kommt diesen allerdings für die hier gestellte Forschungsfrage eine untergeordnete Bedeutung zu.

V. Zusammenfassung des Maßstab für die Weiterentwicklung

Aus der Analyse der Untersagungsentscheidungen und unterstützt durch die sonstigen betrachteten Entscheidungen ergeben sich die eingangs ausführlich dargestellten Defizite[926]:

- Das Scheitern der Prioritätenmitteilung als einzigem Regelwerk zu Art. 102 AEUV inklusive des darin enthaltenen Maßstabs der Verbraucherwohlfahrt;
- die extensive Auswirkungsanalyse in den Entscheidungen;
- die Inflexibilität gegenüber Veränderungen.

Aus diesen drei Defiziten ergeben sich die folgenden Fragestellungen, die beantwortet werden müssen, um den more economic approach fortzuentwickeln und um ökonomische Erkenntnisse bei der Auslegung und Konkretisierung des Missbrauchsverbots nach Art. 102 AEUV besser nutzen zu können.

Das Scheitern der Prioritätenmitteilung und des Maßstabes der Verbraucherwohlfahrt führt dazu, dass ein neuer Maßstab und ein neues Regelwerk

926 S. D.I.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

für Art. 102 AEUV entwickelt werden muss. Es stellt sich deswegen die Frage:

1. Welche Grenzen hat die Ökonomie als Wissenschaft, insbesondere bei der Bestimmung, anhand welcher Maßstäbe Verhaltensweisen gemessen werden sollten, und welche Fragen kann sie hierbei nicht beantworten?
   Die extensive Auswirkungsanalyse als Teil des more economic approach führt zu langen und aufwändigen Entscheidungen. Es stellt sich deswegen die Frage:
2. Wie können Normen auf Grundlage ökonomischer Erkenntnisse geschaffen werden, ohne zwangsläufig zu einer Einzelfall- und Auswirkungsanalyse zu gelangen?
   Die fehlende Reaktion auf Entwicklungen und die neuartigen ökonomischen Erkenntnisse und Sachverhalte stellen das Rechtssystem vor die Herausforderung, wie diese rechtzeitig nutzbar gemacht und in das Regelungssystem integriert werden können. Es stellt sich deswegen die Frage:
3. Wie können Wandel und Pluralismus in der Ökonomie von einem durch Regelungen und Entscheidungen geprägten Rechtssystem abgebildet werden?

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748941071-101 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -