

I. Hintergrund

Darf ein Marktbeherrscher einem Kunden Geld dafür bezahlen, dass er nicht bei der Konkurrenz einkauft? Die Europäische Kommission beantwortete diese Frage in der *Qualcomm*-Entscheidung aus dem Jahr 2018 mit Nein. Das Unternehmen, das auf dem Markt für LTE-Chipsätze über einen Marktanteil von über 90 % verfügte, hatte der Abnehmerin *Apple* in einem Zeitraum von mehr als fünf Jahren mehrere Milliarden US-Dollar dafür gezahlt, dass die Herstellerin von *iPhone*- und *iPad*-Geräten ausschließlich LTE-Chipsätze von *Qualcomm* und nicht von konkurrierenden Herstellern wie z.B. *Intel* bezieht. Die Europäische Kommission stellte einen rechtswidrigen Behinderungsmissbrauch fest.

Das Gericht der EU erklärt in dem nun vorliegenden Urteil die Entscheidung der Kommission samt der Geldbuße von knapp einer Milliarde Euro für nichtig. Einerseits hätten Verfahrensfehler die Verteidigungsrechte von *Qualcomm* beeinträchtigt. So sei die Fallakte nicht vollständig gewesen (keine ausreichende Aufzeichnung der Gespräche mit Dritten); und in Bezug auf die Abweichung der streitigen Entscheidung von der Mitteilung der Beschwerdepunkte hätte dem Unternehmen rechtliches Gehör und Gelegenheit zur Anpassung von Datenanalysen gegeben werden müssen. Andererseits habe die Kommission nicht ausreichend nachgewiesen, dass die Zahlungen geeignet waren, wettbewerbswidrige Wirkungen zu entfalten.

II. Bewertung

Zentrale Bedeutung hat das *Qualcomm*-Urteil für die Frage, wie hoch die Anforderungen an den Nachweis eines Behinderungsmissbrauchs sein sollten. Zum zweiten Mal in diesem Jahr (nämlich nach dem *Intel*-Urteil des Gerichts vom 26.1.2022 ECLI:EU:T:2022:19; nicht rechtskräftig) hebt das Gericht eine Milliardenbuße der Europäischen Kommission deshalb auf, weil Verdrängungswirkungen (*foreclosure effects*) nicht ausreichend bewiesen worden seien. Im *Intel*-Verfahren waren Zahlungen an Kunden zum Ausschluss konkurrierender Produkte noch als "reine Beschränkungen" (*naked restrictions*) qualifiziert worden, die keine weitere Wirkungsanalyse erforderlich machen (vgl. EuG ECLI:EU:T:2022:19, Rn. 90 ff.). Die erhöhten Anforderungen an den Nachweis von Verdrängungswirkungen bezogen sich im *Intel*-Verfahren lediglich auf die vom Marktbeherrscher gewährten Ausschließlichkeitsrabatte, die von der Europäischen Kommission als Treurabatte qualifiziert worden waren.

Das *Qualcomm*-Urteil scheint nun einen Schritt weiter zu gehen: Der Begriff der "reinen Beschränkung" taucht nicht mehr auf. Das Gericht moniert, dass die Kommission nicht alle relevanten tatsächlichen Umstände berücksichtigt habe. So habe *Apple* im relevanten Zeitraum keine technische Alternative zu den *Qualcomm*-Produkten gehabt. Unter Verweis auf den *Intel*-Fall hält das Gericht zwar fest, dass Ausschließlichkeitsbindungen gleich welcher Art als Missbrauch zu qualifizieren seien. Wenn der Marktbeherrscher im Verwaltungsverfahren aber Beweise dafür vorbringt, dass sein Verhalten nicht dazu geeignet gewesen sei, Verdrängungswirkungen hervorzubringen, müsse die Kommission näher untersuchen, ob ebenso effiziente Wettbewerber verdrängt werden können (Rn. 353 f.). Wie bereits ausführlich zum *Intel*-Verfahren angemerkt wurde, wird der Marktherrscher von dieser Möglichkeit in der Regel Gebrauch machen, so dass eine Wirkungsanalyse erforderlich wird.

Die Europäische Kommission hatte anhand interner Unterlagen durchaus aufgezeigt, dass *Apple* für einen Teil seiner einschlägigen Nachfrage zur *Qualcomm*-Konkurrentin *Intel*

wechseln wollte. Die von *Qualcomm* geleisteten Ausschließlichkeitszahlungen (die im Fall anderweitigen Einkaufs sogar rückwirkend hätten erstattet werden müssen) waren ein wesentlicher Faktor dafür, dass *Apple* den Anbieterwechsel aufschob (eine Art des *pay for delay*). *Apple* startete den Einkauf bei *Intel*, nachdem die Rückwirkungsklausel ausgelaufen war. Die Kommission fügte außerdem Analysen zum Ausmaß von *Qualcomms* Marktbeherrschung hinzu sowie zur wirtschaftlichen Bedeutung der Nachfrage von *Apple* auf dem relevanten Markt. Nach Auffassung des Gerichts reicht dies nicht aus, sondern die Kommission hätte in Bezug auf die Nachfrage nach LTE-Chipsätzen zwischen den Gerätegruppen *iPhone* und *iPad* unterscheiden müssen. In Bezug auf erstere habe es auf dem Markt in einem wesentlichen Teil des Untersuchungszeitraums keine konkurrierenden Chipsätze gegeben, welche die technischen Anforderungen von *Apple* erfüllten. Damit habe die Kommission nicht alle relevanten Tatsachen berücksichtigt (Rn. 411, 417, 425). Das Gericht geht sogar noch einen Schritt weiter: In Abwesenheit technischer Alternativen könne das Verhalten von *Qualcomm* als Leistungswettbewerb ("competition on the merits") qualifiziert werden (Rn. 414).

Diese Einschätzung ist abzulehnen. Das Gericht begnügt sich mit einer statischen Analyse, in deren Mittelpunkt die Frage steht, ob es im Untersuchungszeitraum technisch gleichwertige Konkurrenzprodukte gab. Im Gegensatz hierzu sollte eine dynamische Perspektive eingenommen werden: Ist die betreffende Verhaltensweise geeignet, das Aufkommen gleichwertiger, besserer oder billigerer Produkte zu verhindern? Diese Frage ist für die Ausschließlichkeitszahlungen mit Ja zu beantworten. Die Tatsache, dass Kunden (in diesem Fall sogar eine Abnehmerin von so überragender Bedeutung wie *Apple*) durch die Gewährung von Vorteilen an die Marktbeherrscherin gebunden werden, ist dazu geeignet, Konkurrenten von Investitionen in Substitute abzuhalten. Innovationen werden hierdurch behindert. In einem Hochtechnologiebereich ist dies noch einmal schädlicher. Geradezu widersinnig ist es, das Verhalten der Marktbeherrscherin als Leistungswettbewerb zu adeln. Warum sollte die Marktbeherrscherin Zahlungen in Milliardenhöhe unter der Bedingung der Ausschließlichkeit leisten, wenn es auf absehbare Zeit keine Ausweichmöglichkeit gibt? Die Ausführungen des Gerichts erwecken den Eindruck, dass kurzfristige, tatsächliche Beschränkungen des Wettbewerbs verlangt werden. Dies steht im Gegensatz zur allgemein und auch vom Gericht im Prinzip anerkannten Auslegung von Art. 102 AEUV, wonach lediglich die Eignung zur Beschränkung aktuellen oder potentiellen Wettbewerbs nachzuweisen ist.

III. Praxisfolgen

Was die festgestellten Verfahrensfehler betrifft, so werden die Kartellbehörden ihre Praxis leicht anpassen können. So sind auch die Sitzungen und Telefonkonferenzen mit Dritten in einer von der Behörde gewählten Form hinreichend aufzuzeichnen. Außerdem ist bei Abweichungen zwischen Mitteilung der Beschwerdepunkte und finalem Beschluss dem beschuldigten Unternehmen rechtliches Gehör zu gewähren, wenn sich die Änderung auf die Relevanz der Daten auswirkt, mit denen das Unternehmen eine Verdrängungswirkung bestreitet.

Was den Nachweis von Verdrängungswirkungen betrifft, so setzt das *Qualcomm*-Urteil eine bedenkliche Entwicklung fort. Immer ausladender werden die Anforderungen an die Wirkungsanalysen, die von Kartellbehörden zum Nachweis eines Behinderungsmissbrauchs anzustellen sind. Die Vorhersehbarkeit der Kartellrechtsanwendung wird hierdurch

beeinträchtigt, und die Verwaltungs- und Rechtsmittelverfahren ziehen sich in die Länge. Es ist an der Zeit, diesen Trend zu stoppen. Griffige Regeln sind zu entwickeln, mit denen die Eignung zur Hervorbringung wettbewerbswidriger Wirkungen auf vorhersehbare und rasche Art und Weise ermittelt werden kann. Sonst kann es wieder zu Verzögerungen wie im *Intel*-Fall kommen, der mit der Beschwerde der Konkurrentin im Jahr 2000 begann und auch 22 Jahre später noch nicht abgeschlossen, sondern zum zweiten Mal beim Europäischen Gerichtshof hängig ist. Komplexität ließe sich reduzieren, wenn man auch bei Art. 102 AEUV eine Balance zwischen form- und wirkungsbezogenem Ansatz fände, z.B. durch das Konzept der "reinen Beschränkung". Sonst wird sich der Gesetzgeber gezwungen sehen, wie im Digital Markets Act starre, rein formbasierte Regeln zu erlassen, die nicht einmal mehr eine Effizienzrechtfertigung zulassen. Die Anwendung des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots würde durch eine Präzisierung der besonders wettbewerbschädlichen Verhaltensweisen an Vorhersehbarkeit gewinnen, und die Verfahrensdauern könnten beträchtlich verkürzt werden.

Prof. Dr. Andreas Heinemann, Universität Zürich und schweizerische Wettbewerbskommission