

## Aufsätze

Prof. Dr. Torsten Körper, Göttingen\*

### Machtmissbrauch durch Android? – Zum Wettbewerb auf den Märkten für mobile Betriebssysteme und Anwendungen

Der nachfolgende Beitrag behandelt den möglichen nächsten großen Kartellrechtsfall der EU auf dem IT-Sektor. Die Kommission überlegt dieser Tage, ob sie ein weiteres Missbrauchsverfahren gegen Google eröffnen soll. Möglicher Gegenstand ist das Lizenzierungssystem des führenden mobilen Betriebssystems Android sowie beliebter Apps wie Google Play, Maps oder YouTube. Der Beitrag vergleicht die wettbewerbliche Situation mit den *Microsoft*-Fällen von 2004 und 2009 und kommt zu dem Schluss, dass für ein Eingreifen der Kommission derzeit kein Anlass besteht.

#### I. Einleitung

Die Frage, ob Google seine Marktführerschaft auf dem Gebiet der Internetsuche missbraucht hat, um eigene Dienste in den Vordergrund zu rücken und Wettbewerber zu benachteiligen, beschäftigt seit geraumer Zeit die Kartellbehörden. Im Januar 2013 schloss die US-Federal Trade Commission (FTC) ein Verfahren gegen Google mit einem Vergleich ab, in dem die Behördenvertreter einstimmig den Vorwurf eines „search bias“ verwarfen.<sup>1</sup> Im Februar 2014 einigte sich Wettbewerbskommissar Almunia mit Google auf Verpflichtungszusagen, die dem Vorwurf mangelnder Suchneutralität begegnen sollen<sup>2</sup> und die zurzeit nochmals nachverhandelt werden.

Wenig beachtet wurde demgegenüber bisher ein anderes Feld. Googles mobiles Betriebssystem Android hat sich zum Marktführer sowohl bei Smartphones als auch bei Tablets entwickelt und auch einige Google Applikationen (Apps) bzw. Dienste wie Google Maps oder YouTube erfreuen sich großer Beliebtheit. Dies ist insbesondere Microsoft, das nach wie vor die PC-Märkte dominiert, aber angesichts der Migration der Nutzer zu mobilen Endgeräten zusehends an Boden verliert, ein Dorn im Auge. Im März 2013 erhielt die Europäische Kommission eine Beschwerde der Anti-Google Lobbying-Organisation „FairSearch“, unter deren Mitgliedern allein Microsoft/Nokia auf dem Markt für mobile Betriebssysteme mit Google im Wettbewerb steht. FairSearch beschwerte sich darüber, dass Google seine beherrschende Stellung auf dem Markt für mobile Betriebssysteme missbrauche, indem es das Android-Betriebssystem gratis lizenziere, um dadurch „den ganzen mobilen Sektor zu monopolisieren“. Google schließe zudem konkurrierende Entwickler von Apps vom Markt aus, indem es seine Apps zur „Google Mobile Applications Suite“ (GMS) kopple und dadurch den Herstellern mobiler Endgeräte (Original Equipment Manufacturers, OEMs) und Nutzern aufzwingt.<sup>3</sup> Diese Vorwürfe sind nicht wirklich neu. Sie waren bereits Gegenstand von Untersuchungen der US FTC und wurden von dieser im Januar 2013 ebenso zurückgewiesen<sup>4</sup> wie im Juli 2013 von der Südkoreanischen FTC.<sup>5</sup>

Der nachfolgende Beitrag unterzieht die von FairSearch gegen Google vorgebrachten Vorwürfe einer kritischen kartellrechtlichen Analyse anhand des EU-Rechts. Dabei werden Parallelen, vor allem aber auch Unterschiede zu den EU-Verfahren deutlich, in welchen sich Microsoft in den Jahren 2004 bzw.

2009 wegen der Koppelung von Windows mit dem Windows Media Player bzw. mit dem Microsoft Internet Explorer verantworten musste. Im Mittelpunkt steht dabei das Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV.

#### II. Ökonomischer und rechtlicher Hintergrund

##### 1. Das Geschäftsmodell von Google

Auf traditionellen Märkten stehen sich Anbieter und Nachfrager unmittelbar gegenüber. Dies gilt auch für viele Softwaremärkte, auf denen der Hersteller eine Lizenz erteilt und der Nutzer dafür einen Preis zahlt. Internetbasierte Dienste werden dagegen regelmäßig kostenlos angeboten. Die Anbieter dieser Dienste erzielen ihre Einnahmen indirekt, regelmäßig von Werbekunden. Ein solches zwei- oder mehrseitiges Geschäftsmodell<sup>6</sup> ist nicht internetspezifisch. Anzeigenblätter oder sog. „Free-TV“ (RTL, Sat1 usw.) funktionieren in gleicher Weise: Die Kunden bestimmen über Auflage oder Zuschauerzahl über den wirtschaftlichen Erfolg auf den verbundenen Werbemärkten, zahlen aber keine direkte monetäre Gegenleistung für die betreffenden Waren oder Dienste.<sup>7</sup> Ganz ähnlich funktioniert – stark vereinfacht dargestellt – auch das Geschäftsmodell von Google: Google lizenziert das mobile Betriebssystem Android und seine mobilen Apps kostenfrei an die OEMs und bietet auch seine mobilen Dienste (Suche, Karten, Videostreaming usw.) kostenfrei an. Dadurch können die OEMs die Geräte kostengünstig verkaufen. Die Zahl der Nutzer steigt und damit auch das Potential für den Abruf von Google-Diensten (und konkurrierenden Diensten). Je mehr Nutzer vorhanden sind und je häufiger diese Google-Dienste in Anspruch nehmen, umso wahrscheinlicher ist auch, dass die entsprechenden Werbeangebote (z.B. suchbezogene Werbung, Bannerwerbung, In-App-Werbung) angeklickt werden, wodurch dann wiederum Google Einnahmen erzielen kann.

\* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Kartellrecht, Versicherungs-, Gesellschafts- und Regulierungsrecht an der Georg-August-Universität Göttingen und Mitherausgeber der NZKart. Dieser Beitrag basiert auf einem für Google erstellten Gutachten (s. Fn. 3 a. E.).

1 S. <http://www.ftc.gov/opa/2013/01/google.shtm>.

2 KOMM., 5.2.2014, COMP/C-3/39.740 – *Foundem and others*; [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-116\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-116_en.htm); dazu auch Körper, NZKart 2014, 293; ; *ders.*, GRUR\_Newsletter I 2014, 6; *ders.*, JIPLAP 2014, 517; *ders.*, WRP 2012, 761

3 S. <https://www.fairsearch.org/mobile/fairsearch-announces-complaint-in-eu-on-googles-anti-competitive-mobile-strategy/>. FairSearch unterstützend *Edelman*, <http://www.benedelman.org/news/021314-1.html> (Feb 13, 2014); *ders.*, <http://ssrn.com/abstract=2436940>. Dagegen Körper, <http://ssrn.com/abstract=2462393> (englische Fassung des Gutachtens für Google).

4 S. Nachweis oben in Fn. 1.

5 S. [http://www.pcworld.idg.com.au/article/521393/korea\\_drops\\_anti-trust\\_investigation\\_against\\_google/](http://www.pcworld.idg.com.au/article/521393/korea_drops_anti-trust_investigation_against_google/) zur Entscheidung 2013 Seo-Gam 1025 (unveröffentlicht).

6 S. auch den Beitrag von *Dewenter/Rösch/Terschüren* in diesem Heft auf S. 387.

7 Man könnte allerdings argumentieren, die Nutzer erbrächten eine Art nichtmonetäre Gegenleistung durch ihre Aufmerksamkeit und in Form von Daten.

## 2. Vertragliche Rahmenbedingen des Android-Betriebssystems

a) *Android Lizenzvereinbarung.* Das mobile Betriebssystem Android ist eine Open Source-Software, die primär für Smartphones und Tablets gedacht ist. Es wurde 2007 von Google auf den Markt gebracht und wird seitdem kostenfrei lizenziert.<sup>8</sup> Die Lizenznehmer (OEMs) können den Android Quellcode nach Belieben und ohne Gegenleistung herunterladen, verbreiten und sogar modifizieren. Sie können Geräte mit „purem“ Android anbieten oder Android weitgehend hinter einer eigenen Nutzeroberfläche (UI) verstecken. Sie können auch eigene, abgewandelte Varianten von Android („forked versions“) herstellen, wie dies z.B. Amazon bei seinem „Fire OS“ getan hat.

b) *Optionale weitere Vereinbarungen in Bezug auf mobile Geräte.* Die offene Lizenzierung hat zur Folge, dass in Bezug auf Android ein erheblich größerer Variantenreichtum existiert als bei geschlossenen Betriebssystemen wie Apples iOS oder Microsofts Windows Phone. Dies führt einerseits zu größerer Vielfalt bei den Endgeräten und damit zu mehr Wettbewerb nicht nur zwischen den Betriebssystemen, sondern auch innerhalb des Betriebssystems. Diese Vielfalt hat aber auch ihre Schattenseite in Gestalt der „Android Fragmentierung“:<sup>9</sup> Die Vielzahl von unterschiedlichen Geräten und herstellereigenen Nutzeroberflächen erschwert eine einheitliche Nutzererfahrung. Zudem treten Interoperabilitätsprobleme zwischen verschiedenen Android-Geräten auf. Da die Android-Lizenz auch Modifikationen des Betriebssystems erlaubt, ist nicht zwingend gewährleistet, dass jede Android-App auch auf jedem Android-Gerät läuft. Um dies auszugleichen und das Fragmentierungsproblem abzumildern, bietet Google den OEMs ein gestuftes System freiwilliger vertraglicher Vereinbarungen an.

aa) *Stufe 1: Android Compatibility Definition Document (CDD).* Im „CDD“ formuliert Google allgemeine Anforderungen im Sinne von Mindeststandards hinsichtlich der Software und Hardware, die eingehalten werden müssen, um ein Android-kompatibles Gerät herzustellen. Für jede Android-Generation wird ein neues CDD erstellt und im Internet veröffentlicht.<sup>10</sup> Das CDD legt u. a. sog. „intents“ fest, d. h. dass ein bestimmter Funktionsaufruf (z.B. Eingabe einer E-Mail-Adresse) zu einer bestimmten Funktion (hier: Starten eines E-Mail-Programms) führt.<sup>11</sup> Dies verbessert die Interoperabilität auch zugunsten dritter Anbieter von Apps. Außerdem wird bestimmt, dass jedes Gerät bestimmte „Android core applications“ (Desk Clock, Browser, Calendar, Contacts, Gallery, GlobalSearch, Launcher, Music and Settings) enthalten muss. Es steht den Anbietern frei, diese mit Android gelieferten Apps durch andere, kompatible Anwendungen zu ersetzen.

bb) *Stufe 2: Anti-Fragmentation Agreement (AFA).* Die OEMs können mithilfe eines kostenlos zur Verfügung gestellten Programmpakets (CTS) überprüfen, ob ihre Geräte dem CDD entsprechen und insoweit eine Selbstzertifizierung vornehmen.<sup>12</sup> Sie können sich aber auch vertraglich gegenüber Google dazu verpflichten, nur CDD-kompatible Geräte herzustellen, indem sie das sog. „AFA“ unterzeichnen. OEMs, die das AFA unterzeichnet haben, dürfen ihre Geräte als „Android-kompatibel“ bezeichnen und das Android Kompatibilitätslogo verwenden. Der kundenschützende Zweck dieser Regelung leuchtet unmittelbar ein. Das AFA verpflichtet ebenso wenig wie das CDD dazu, irgendwelche Google-Apps oder Google-Dienste zu installieren oder entsprechende Voreinstellungen vorzunehmen. Die OEMs bleiben frei, statt-

dessen eigene Apps und Dienste einzusetzen, wie dies z.B. Amazon bei seinen Geräten tut.

cc) *Stufe 3: Mobile Application Distribution Agreement (MADA).* OEMs, die das AFA unterzeichnet haben, können (müssen aber nicht) noch einen Schritt weiter gehen und eine separate, kostenfreie Lizenz für die Installation bestimmter Google-Apps erwerben. Die Lizenzierung des Programmpakets GMS erfolgt auf der Basis des sog. „MADA“. Anders als das AFA bezieht sich das MADA nicht auf die gesamte Produktion des OEM. Es wird auf Gerätebasis abgeschlossen, d. h. OEM, die das MADA unterschrieben haben, können gleichzeitig Geräte mit und ohne GMS anbieten. Das MADA wird individuell ausgehandelt. Es unterliegt daher – wie bei solchen Lizenzverträgen üblich – der Vertraulichkeit. Wenn in der Literatur aus der MADA-Vertraulichkeit vereinzelt abgeleitet wird, dass diese auf eine „Täuschung der Öffentlichkeit“ durch Google gerichtet sei,<sup>13</sup> ist das daher eine grobe Verzerrung der Tatsachen.

Inhaltlich ist das MADA im Kontext der Android-Fragmentierung und des Wettbewerbs zwischen verschiedenen „mobilen Ökosystemen“ zu sehen. Android-Geräte stehen im Wettbewerb mit Apple iOS-Geräten (z.B. iPhone) und Windows Phone-Geräten. Diese Geräte verfügen anders als Android-Geräte nicht nur über eine einheitliche Nutzeroberfläche, sondern auch über eine Reihe in den Programmcode der Betriebssysteme selbst integrierter Programme. Sie ermöglichen den Konsumenten daher, von Beginn an eine konsistente Nutzererfahrung „out of the box“, die diese schätzen und erwarten. Um sich diesem Wettbewerb zu stellen, bietet Google das Programmpaket GMS an. Die darin enthaltenen Google-Apps<sup>14</sup> können nur auf der Basis „Alles oder nichts“ installiert werden. Das MADA verbietet also ein „Rosinenpicken“. Außerdem müssen das Google Search Widget und das Google Play Icon auf dem Startbildschirm (Home Screen) und die übrigen Google-Apps im Apps-Ordner des Geräts platziert werden.<sup>15</sup> Das MADA gebietet aber keinerlei Exklusivität. Es steht den OEMs frei, eigene Apps oder Drittanbieter-Apps vorzuinstallieren und prominent zu platzieren. Das MADA ermöglicht lediglich eine „Google-Nutzererfahrung“, die im Inter-Betriebssystemwettbewerb (z.B. zur „Apple-Erfahrung“ oder zur „Microsoft-Erfahrung“), aber auch im Intra-Betriebssystemwettbewerb (z.B. zur „Amazon-Fire-Erfahrung“) steht, während iOS und Windows Phone überhaupt keinen Intra-Betriebssystem-Wettbewerb verschiedener Programmpakete zulassen.

8 S. [http://en.wikipedia.org/wiki/Android\\_%28operating\\_system%29](http://en.wikipedia.org/wiki/Android_%28operating_system%29) sowie KOMM., 13.2.2012, COMP/M.6381 – *Google/MMI*, Tz. 18. Android wird primär unter einer Apache 2.0 open-source-Lizenz lizenziert.

9 S. z. B. <http://www.zdnet.com/androids-fragmentation-problem-just-got-a-whole-lot-weirder-and-bigger-7000026681/>.

10 S. <http://static.googleusercontent.com/media/source.android.com/de/compatibility/android-cdd.pdf>.

11 S. <http://static.googleusercontent.com/media/source.android.com/de/compatibility/4.4/android-4.4-cdd.pdf>; zum Begriff „intent“ s. <http://developer.android.com/guide/components/intents-filters.html>.

12 S. <http://source.android.com/compatibility/cts-intro.html>.

13 S. <http://www.benedelman.org/news/021314-1.html> (Feb 13, 2014), wo *Edelman* eine wahre „Verschwörungstheorie“ entfaltet, die letztlich einer seriösen Grundlage entbehrte, aber gleichwohl von den US-Medien unreflektiert aufgegriffen worden ist.

14 Im Google-HTC-MADA von 2011 waren das z.B. die Apps Set-Up Wizard, Google Phone-Top Search, Gmail, Google Calendar, Google Talk (heute: Google Hangouts), YouTube, Google Maps for Mobile, Google Street View, Contact Sync, Android Market Client (heute: Google Play), Google Voice Search und Network Location Provider.

15 Vgl. das auf <http://www.benedelman.org/docs/htc-mada.pdf> veröffentlichte HTC-MADA von 2011.

### III. Marktabgrenzung

Art. 102 AEUV verbietet es marktbeherrschenden Unternehmen, ihre Stellung zu wettbewerbswidrigen Zwecken zu missbrauchen. Die wettbewerbliche Analyse setzt daher regelmäßig bei der Marktabgrenzung und der Ermittlung einer marktbeherrschenden Stellung an, um festzustellen, ob das eines Verstoßes beschuldigte Unternehmen überhaupt Normadressat ist.

„Mit der Abgrenzung eines Marktes in sowohl seiner sachlichen als auch seiner räumlichen Dimension soll ermittelt werden, welche konkurrierenden Unternehmen tatsächlich in der Lage sind, dem Verhalten der beteiligten Unternehmen Schranken zu setzen und sie daran zu hindern, sich einem wirksamen Wettbewerbsdruck zu entziehen.“<sup>16</sup>

Während die räumliche Abgrenzung der Märkte für mobile Betriebssysteme, Apps und Dienste wohl vergleichsweise einfach im Sinne eines weltweiten Marktes vorgenommen werden kann,<sup>17</sup> fällt die sachliche Marktabgrenzung aus unterschiedlichen Gründen schwer. An dieser Stelle können und sollen nur einige vergleichsweise knappe und summarische Überlegungen angestellt und insbesondere die Besonderheiten im Vergleich zu anderen Märkten herausgearbeitet werden.

#### 1. Markt für mobile Betriebssysteme

Mit Blick auf den Markt für mobile Betriebssysteme hat die EU-Kommission in ihrer Fusionskontrollentscheidung *Google/MMI* einerseits nicht entschieden, ob dieser nur lizenzierbare oder auch nicht lizenzierbare Betriebssysteme umfasst und andererseits sogar explizit offen gelassen, ob insoweit zwischen Smartphones und Tablets unterschieden werden muss.<sup>18</sup> Bedenkt man allerdings, dass Wettbewerb in Bezug auf Android in erster Linie von Apples iOS ausgeht (und umgekehrt) und dass es gerade Sinn und Zweck der Markt-abgrenzung ist, den bestehenden Wettbewerbsdruck zu ermitteln, so spricht dies klar für einen sowohl lizenzierbare als auch nicht-lizenzierbare Betriebssysteme umfassenden Markt. Die Kommission hat jüngst in einer Antwort an das Europäische Parlament angedeutet, dass sie diese Auffassung teilt.<sup>19</sup> Schon in *Google/MMI* hatte die Kommission zudem darauf hingewiesen, dass sich die meisten befragten Unternehmen für einen einheitlichen Markt für mobile Betriebssysteme ausgesprochen hätten, der Smartphones und Tablets einschließt.<sup>20</sup> Diese Auffassung ist zutreffend, denn *erstens* erfüllen die Geräte weitgehend identische Funktionen, *zweitens* gibt es Zwischenformen (sog. „phablets“) – beides deutet auf eine starke Konvergenz – und *drittens* sind dementsprechend auch die meisten mobilen Betriebssysteme einheitlich für alle mobilen Geräte ausgelegt (neben Android z.B. auch iOS). Letztlich ist das nur bei Windows (noch) anders (Windows Phone und Windows 8 für Tablets).

#### 2. Märkte für mobile Apps und damit verbundene mobile Dienste

Mit Blick auf die Ebene der Apps ist die Frage aufgeworfen, ob insoweit eher auf einen Markt für App-Sammlungen (wie GMS) oder auf Märkte für einzelne Apps abzustellen ist. Für die erstgenannte Abgrenzung könnte sprechen, dass der Wettbewerb im Bereich der Smartphones und Tablets im Wesentlichen ein solcher zwischen mobilen „Ökosystemen“ (z.B. Android, iOS, Windows Phone) ist, auf dem (zumindest auch) unterschiedliche App-Sammlungen und damit Nutzererfahrungen im Wettbewerb miteinander stehen.

### IV. Marktbeherrschende Stellung

Die Kommission hat eine marktbeherrschende Stellung in ihrer Prioritätenmitteilung zu Art. 102 AEUV im Einklang mit der ganz h.M. definiert „als die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens, die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztendlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten.“<sup>21</sup>

#### 1. Markt für mobile Betriebssysteme

a) *Marktanteile.* Eine Marktanteilsbetrachtung scheint auf den ersten Blick für eine Dominanz von Android zu sprechen. So betrug der weltweite Anteil der Android-Smartphones im 2. Quartal 2014 (bezogen auf die Verkaufszahlen) 84,6 % (iOS: 11,9 %, Windows Phone: 2,7 %, BlackBerry OS: 0,6 %, andere: 0,2 %).<sup>22</sup> Ähnlich sah es 2013 bei den Tablets aus (Android: 61,9 %, iOS: 36,0 %, Windows Phone: 2,1 %, andere: unter 0,1 %).<sup>23</sup> Allerdings dient eine Marktanteilsbetrachtung der Kommission nur als „erster aufschlussreicher Indikator“.<sup>24</sup> Und selbst als solcher taugen die Verkaufsanteile hier wenig. So ist bereits fraglich, ob die Verkaufszahlen überhaupt Google zuzurechnen sind, weil es Android kostenfrei lizenziert und die Endgeräte anders als Apple und Microsoft/Nokia nicht selbst herstellt.<sup>25</sup> Betrachtet man die Bereiche, aus denen Google sein Einkommen bezieht, so fällt zudem auf, dass zwar mehr Apps über Google Play heruntergeladen werden als über Apples App Store, Apple aber gleichwohl mehr als doppelt so hohe Einkünfte aus App-Verkäufen erzielt als Google, weil die Zahlungsbereitschaft von iOS-Nutzern deutlich höher ist als diejenige von Android-Nutzern.<sup>26</sup> Betrachtet man den Marktanteil der Webbrowser (über die ein Großteil der mobilen Werbung konsumiert wird), so fällt auf, dass iOS-Nutzer trotz ihrer geringeren Zahl zusammengenommen wiederum deutlich mehr Zeit online verbringen als Android-Nutzer.<sup>27</sup>

b) *Dynamische Betrachtung der Marktstruktur.* Bei all diesen Zahlen handelt es sich letztlich nur um Momentaufnahmen von begrenzter Aussagekraft. Entscheidend ist letztlich eine dynamische Betrachtung unter Einbeziehung aktuellen und potentiellen Wettbewerbs und gegenläufiger Faktoren.

16 Komm., Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. 1997 C 372/5 (9.12.1997), Tz. 2.

17 Vgl. KOMM., 13.2.2012, COMP/M.6381 – *Google/MMI*, Tz. 31 ff.

18 KOMM., 13.2.2012, COMP/M.6381 – *Google/MMI*, Tz. 24 und 30.

19 S. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2013-013770&language=EN>, "[I]t is not clear that Apple has attained a dominant position with its mobile devices at this stage. In addition, Apple does not seem to hold a dominant position on the market for mobile operating systems". Dies macht nur Sinn, wenn der betroffene Markt nicht nur iOS, sondern auch lizenzierbare Betriebssysteme umfasst.

20 KOMM., 13.2.2012, COMP/M.6381 – *Google/MMI*, Tz. 28.

21 Komm., Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. 2009 C 45/7, Tz. 10.

22 S. <http://blogs.strategyanalytics.com/WSS/post/2014/07/30/Android-Captured-Record-85-Percent-Share-of-Global-Smartphone-Shipments-in-Q2-2014.aspx>.

23 S. <http://techcrunch.com/2014/03/03/gartner-195m-tablets-sold-in-2013-android-grabs-top-spot-from-ipad-with-62-share/>.

24 Komm., Prioritätenmitteilung, Tz. 13.

25 Google vertreibt nur vergleichsweise wenige, fremdproduzierte Geräte unter der Marke „Nexus“ selbst und hat seine Tochter Motorola zwischenzeitlich an Lenovo veräußert.

26 S. <http://blog.appannie.com/app-annie-index-market-q3-2013/#sthash.bTuRqNK9.dpuf>.

27 S. <http://netmarketshare.com/>.

In diesem Zusammenhang *erstens* fällt auf, dass die Kommission einen Anteil von über 90 % auf dem Markt für PC-Betriebssysteme im *Microsoft-Fall* von 2004 für relevant erachtete, während sie einen Anteil von 90 % auf dem Markt für Konsumentenkommunikationsdienste im Zusammenschlussverfahren *Microsoft/Skype* für unbedenklich hielt. Der Unterschied lag primär darin begründet, dass der Marktanteil von Microsoft bei Windows (auch aufgrund hoher Wechselkosten) über einen Zeitraum von mehr als zehn Jahren stabil geblieben war,<sup>28</sup> während der Marktanteil von Skype höchst volatil war und es für die Nutzer ein Leichtes war, zu einem anderen Dienst zu wechseln.<sup>29</sup>

Betrachtet man in diesem Lichte den Markt für mobile Betriebssysteme, so ist *zweitens* bemerkenswert, dass die Marktführerschaft hier in den letzten zehn Jahren mehrfach zwischen Windows Mobile, Symbian, BlackBerry, iOS und Android gewechselt hat. Android ist (bezogenen auf die Verkaufszahlen) bei Smartphones erst 2011 und bei Tablets erst 2013 in Führung gegangen.<sup>30</sup> Die scheinbar starke Marktstellung ist also noch sehr jung und der Markt überaus dynamisch. Hinzu kommt, dass die Innovationszyklen auf dem Markt für mobile Betriebssysteme sehr kurz sind. Die führenden Hersteller bringen jedes Jahr eine neue Version auf den Markt und viele Nutzer erwerben (oft im Zusammenhang mit Mobilfunkverträgen) jedes oder jedes zweite Jahr ein neues Smartphone. Auch das ist im Bereich der PC-Betriebssysteme ganz anders. Windows XP hat 13 Jahre nach seiner Markteinführung 2001 immer noch einen Marktanteil von 28,98 %.<sup>31</sup>

Betrachtet man den aktuellen und potentiellen Wettbewerb auf dem Markt für mobile Betriebssysteme, wird *drittens* deutlich, dass lebhafter Wettbewerb (insbesondere zwischen iOS und Android) besteht. Bei Android kommt (anders als bei den geschlossenen Betriebssystemen iOS und Windows Phone) ein Intra-Android-Wettbewerb hinzu. So war z. B. in den USA 2013 jedes dritte verkaufte Android-Tablet ein Amazon Kindle Fire, auf dem Fire OS, eine Android-Variante ohne Google-Apps, läuft.<sup>32</sup>

*Viertens* treten (anders als im PC-Sektor) ständig neue mobile Betriebssysteme bzw. Android-Varianten auf den Markt. So hat Mozilla kürzlich „Firefox OS“ vorgestellt, vor allem aber setzt Weltmarktführer Samsung zunehmend auf sein eigenes Betriebssystem „Tizen“, das z. B. auf den Samsung-Smartwatches bereits Android verdrängt hat. Unternehmen wie Samsung, HTC und Amazon verfügen zudem auch als Nachfrager für Android und ggf. GMS über eine erhebliche gegenwärtige Marktmacht (abgesehen davon, dass Android und GMS ohnehin kostenfrei lizenziert werden).

Maßgebliche Unterschiede zu traditionellen Software-Märkten bestehen schließlich *fünftens* auch in Bezug auf Skalen- und Netzwerkeffekte. In den *Microsoft-Fällen* hatte die Kommission betont, dass es ausgesprochen teuer sei, ein neues PC-Betriebssystem zu erstellen und zu vermarkten. Der Marktzutritt sei für Newcomer schwierig, weil ein Betriebssystem umso attraktiver sei, je mehr Programme dafür existierten. Viele Programme gäbe es aber nur für Windows. Anbieter neuer Betriebssysteme müssten daher zugleich auch auf dem Markt für Programme für ein hinreichendes Angebot sorgen, und Windows-Nutzer müssten bei einem Wechsel zusätzliche Kosten für neue Programme und Hardware aufwenden (Anwendungs-Markteintrittsbarriere).<sup>33</sup> All dies lässt sich auf den Markt für mobile Betriebssysteme nur sehr eingeschränkt übertragen. So ist die Entwicklung mobiler Betriebssysteme und Apps viel kostengünstiger als diejenige

von PC-Betriebssystemen und PC-Programmen. Wie z. B. Amazon gezeigt hat, können Wettbewerber einfach Android (das Open Source ist) als Basis verwenden und daraus ein eigenes Betriebssystem formen, oder sie können auf demselben Linux-Kernel wie Android aufbauen, wie Samsung das bei Tizen getan hat. Sie müssen also nicht „bei Null“ anfangen. Schließlich werden auch Apps heute regelmäßig für mehrere mobile Betriebssysteme geschrieben (sog. „multi-homing“). Nach einer aktuellen Umfrage schreiben 73 % der App-Entwickler ihre Programme für zwei oder mehr mobile Betriebssysteme, 62 % sogar für drei oder mehr.<sup>34</sup> Diese Entwicklung wird noch erleichtert durch die kürzlich erfolgte Einführung von HTML5. HTML5 ist eine Programmiersprache, die (ähnlich wie Java) nicht auf einem bestimmten Betriebssystem aufsetzt, sondern mit jedem modernen Internetbrowser zusammenarbeitet. D. h. App-Programmierer können eine App in HTML5 programmieren, die dann unabhängig vom Betriebssystem auf jedem mobilen Endgerät läuft.

Schließlich sind *sechstens* auch die Nutzer mobiler Betriebssysteme viel flexibler als diejenigen von PC-Betriebssystemen. Die gilt nicht nur mit Blick auf den bereits beschriebenen häufigeren Endgerätewechsel, sondern auch mit Blick auf die App-Nutzung. Einerseits nutzen auch viele Endnutzer mehrere Apps für die gleiche Funktion, z. B. parallel YouTube und andere Video-Apps (sog. „multi-homing“). Andererseits sind Apps im Gegensatz zu den oft sehr teuren PC-Programmen in aller Regel gratis, weil die App-Entwickler ihr Geld auf andere Weise (z. B. durch Werbung) verdienen. Da fast alle wichtigen Apps für mehrere Betriebssysteme existieren und bei einem Betriebssystemwechsel allenfalls marginale Kosten für den Neuerwerb von Apps anfallen, fällt auch der Wechsel (etwa von Android zu iOS oder umgekehrt) deutlich leichter als etwa derjenige von Windows zu MacOS oder zu Linux in der „alten Welt“ der Desktop-PCs.

## 2. Märkte für mobile Apps und mobile Dienste

Auch in Bezug auf die Märkte für mobile Apps und Dienste indizieren hohe Marktanteile nicht notwendig Marktmacht. Besondere Vorsicht ist geboten, wenn von der „Reichweite“ (reach) bestimmter Apps oder Dienste die Rede ist. So hatte z. B. Google Maps laut *comScore* im Jahre 2012 mit 65,9 % die zweitgrößte Reichweite nach Facebook.<sup>35</sup> Doch ist „Reichweite“ angesichts des verbreiteten Multi-Homing nicht gleich Marktanteil, sondern bezeichnet nur den Anteil der Nutzer, die ein Programm oder einen Dienst im Untersuchungszeitraum genutzt haben. Die Reichweitenanteile liegen daher aufaddiert regelmäßig über 100 %. Von den meistgenutzten Apps waren drei von 16 Google-Apps (Maps, YouTube, Google+), aber nur zwei der dahinterstehenden Dienste

28 KOMM., 24.3.2004, COMP/C-3/37.792 – *Microsoft (Interoperability and Media Player)*, Tz. 432; KOMM., 16.12.2009, COMP/C-3/39.530 – *Microsoft (Internet Explorer)*, Tz. 24.

29 KOMM., 7.10.2011, COMP/M.6281 – *Microsoft/Skype*, Tz. 108 ff., bestätigt durch EuG, 11.12.2013, T-79/12, Tz. 69 ff. – *Cisco Systems and MessageNet/Commission*.

30 Vgl. z. B. [https://www.comscore.com/ger/Insights/Press\\_Releases/2013/2/comScore\\_Releases\\_the\\_2013\\_Mobile\\_Future\\_in\\_Focus\\_Report](https://www.comscore.com/ger/Insights/Press_Releases/2013/2/comScore_Releases_the_2013_Mobile_Future_in_Focus_Report), S. 29; [http://readwrite.com/2010/06/30/android\\_gaining\\_on\\_apple\\_says\\_report#awesm=~oIyObV0D7s5D05](http://readwrite.com/2010/06/30/android_gaining_on_apple_says_report#awesm=~oIyObV0D7s5D05).

31 S. [http://en.wikipedia.org/wiki/Windows\\_XP](http://en.wikipedia.org/wiki/Windows_XP).

32 S. <http://arstechnica.com/gadgets/2013/01/kindle-fire-nabs-33-of-android-tablet-market-nexus-7-just-8/>.

33 Vgl. KOMM., 16.12.2009, COMP/C-3/39.530 – *Microsoft (Internet Explorer)*, Tz. 26 ff.; KOMM., 24.3.2004, COMP/C-3/37.792 – *Microsoft (Interoperability and Media Player)*, Tz. 452 ff.

34 S. <http://www.appcelerator.com.s3.amazonaws.com/pdf/enterprise-survey-q3-2013.pdf>.

35 S. [https://www.comscore.com/ger/Insights/Press\\_Releases/2013/2/comScore\\_Releases\\_the\\_2013\\_Mobile\\_Future\\_in\\_Focus\\_Report](https://www.comscore.com/ger/Insights/Press_Releases/2013/2/comScore_Releases_the_2013_Mobile_Future_in_Focus_Report), S. 36.

(Maps, YouTube) waren Marktführer.<sup>36</sup> Dies deutet auf eine weitere wichtige Besonderheit: Es wäre falsch, mobile Apps und mobile Dienste gleichzusetzen. Die meisten mobilen Dienste (einschließlich Google Maps und YouTube) können heute nicht nur unabhängig vom verwendeten mobilen Betriebssystem, sondern auch ganz ohne eine zugehörige App genutzt werden. Sie sind als mobile Webseiten wie „m.youtube.de“ über jeden beliebigen Internetbrowser erreichbar.

Der Wettbewerb auf den Märkten für mobile Apps und Dienste ist schließlich überaus dynamisch. Für iOS und Android existieren jeweils mehr als eine Million Apps und auch für Windows Phone trotz des späten Starts bereits über 200.000.<sup>37</sup> Der Erfolg von Android ist ein Beleg für diese Dynamik, denn Android hatte gerade in Bezug auf die Zahl der Apps zunächst einen großen Rückstand gegenüber iOS, den es zwischenzeitlich bei den Smartphone-Apps aufgeholt hat,<sup>38</sup> während es bei den Tablet-optimierten Apps immer noch deutlich hinter iOS zurückliegt.<sup>39</sup> Darin liegt ein weiterer wesentlicher Unterschied zu den *Microsoft*-Fällen von 2004 bzw. 2009: Nachdem Microsoft auf dem Markt für Webbrowser Netscape eliminiert und damit ein Quasi-Monopol für seinen Internet-Explorer 6.0 erlangt hatte, konnte es mangels konkurrierender Programme die Weiterentwicklung seines Webbrowsers für Jahre schleifen lassen.<sup>40</sup> Das wäre auf den Märkten für mobile Apps und Dienste aufgrund des starken Wettbewerbsdrucks vollkommen undenkbar.

### 3. Zwischenfazit

Hohe Marktanteile haben auf den Märkten für mobile Betriebssysteme, Apps und Dienste nur einen sehr beschränkten Aussagewert. Diese Märkte sind ausgesprochen dynamisch und von regem Wettbewerb und kontinuierlichem Marktzutritt neuer Wettbewerber gekennzeichnet. Im Fall *Microsoft/Skype* hielt die Kommission einen Marktanteil von 90 % auf dem Markt für Konsumentenkommunikationsdienste angesichts der bestehenden Dynamik für unbedenklich. Die tatsächliche Entwicklung gab ihr Recht. Heute dominiert auf diesem Markt nicht Skype, sondern WhatsApp, an das 2011 noch niemand dachte. Dass Google, Apple oder ein anderes Unternehmen „bei seinen Entscheidungen keine Rücksicht auf Vorgehen und Reaktionen der Wettbewerber, Abnehmer und letztlich auch der Verbraucher nehmen muss“, d. h. auf einem der hier relevanten Märkte für mobile Betriebssysteme oder Apps marktbeherrschend i. S. d. Art. 102 AEUV ist, erscheint vor diesem Hintergrund überaus zweifelhaft. Gleichwohl soll eine marktbeherrschende Stellung auf den jeweils relevanten Märkten nachfolgend für Zwecke der Untersuchung unterstellt werden, um festzustellen, ob die Lizenzierung von Android oder GMS, gesetzt den Fall Google wäre marktbeherrschend, überhaupt als missbräuchlich angesehen werden könnte.

## V. Machtmissbrauch

Das kartellrechtliche Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV ist nicht gegen Marktmacht als solche gerichtet. Erforderlich ist ein Machtmissbrauch. Die Kommission hat dazu in Tz. 19 ihrer Prioritätenmitteilung ausgeführt, sie wolle durch Anwendung dieser Norm sicherstellen, „dass Unternehmen in marktbeherrschender Stellung den wirksamen Wettbewerb nicht beeinträchtigen, indem sie ihre Konkurrenten in wettbewerbswidriger Weise vom Markt ausschließen und auf diese Weise die Verbraucherwohlfahrt beeinträchtigen“.

### 1. Preismissbrauch durch „Verschenken“ von Android?

Mit Blick auf die Lizenzierung von Android an OEMs trägt die FairSearch-Beschwerde vor, dass Google seine beherr-

schende Stellung auf dem Markt für mobile Betriebssysteme missbrauche, indem es das Android-Betriebssystem gratis lizenziere, um dadurch „den ganzen mobilen Sektor zu monopolisieren“.<sup>41</sup> FairSearch wirft Google also eine Preismissbrauchsstrategie vor. Eine solche würde allerdings voraussetzen, dass „das marktbeherrschende Unternehmen nicht kostendeckende Preise praktiziert“<sup>42</sup> bzw. „Kampfpreise praktiziert und bewusst kurzfristige Verluste oder Gewinneinbußen in Kauf nimmt“.<sup>43</sup>

Die Annahme, dass dies bei der kostenfreien Lizenzierung eines Betriebssystems der Fall ist, scheint auf den ersten Blick nahe zu liegen. Doch gilt dies nur, wenn man in den Kategorien traditioneller bilateraler Geschäftsmodelle stehenbleibt und davon ausgeht, dass die Entwicklungskosten für Software nur durch ihre Lizenzierung amortisiert werden könnten. Das ist überholt. Das von Google und vielen anderen Software- und Internetunternehmen (einschließlich der meisten Anbieter von Apps und mobilen Diensten) verfolgte Geschäftsmodell ist deutlich differenzierter. Wie eingangs ausgeführt, werden Apps und Dienste zwar ohne unmittelbare monetäre Gegenleistung angeboten, doch werden Einnahmen indirekt (z.B. durch Werbung) erzielt. Kostenfreie Lizenzierung ist im Rahmen solcher zwei- oder mehrseitiger Marktbeziehungen ein Mittel zum Zweck. Das scheinbare „Verschenken“ von Android, Apps und Diensten stellt keinen Verzicht auf kostendeckende Einnahmen dar, sondern ist im Gegenteil Voraussetzung dafür, dass Einnahmen erzielt werden können. Google ist – wie viele andere Unternehmen der digitalen Wirtschaft auch – mit diesem Modell sehr erfolgreich. Dass andere Unternehmen davon nicht vom Marktzutritt abgeschreckt, sondern eher dazu animiert werden, wird durch den beständigen Marktzutritt neuer mobiler Betriebssysteme, Apps und Dienste belegt.

Die von FairSearch angedeutete Möglichkeit, dass Google seine Geschäftsstrategie ändern und nach weiterer Festigung seiner Marktstellung Geld für Android verlangen könnte, erscheint vor diesem Hintergrund äußerst unwahrscheinlich. Dies hat auch die Kommission im Fall *Google/MMI* ausdrücklich unterstrichen.<sup>44</sup> Eine aktuelle Ankündigung von Microsoft bestätigt diese Vermutung. Microsoft hat mitgeteilt, dass es Windows Phone in Zukunft für Smartphones und kleine Tablets ebenfalls kostenfrei lizenzieren und damit dem Beispiel Googles folgen wird.<sup>45</sup> Das ist zu begrüßen. Microsoft stellt sich auf diese Weise dem Wettbewerb, statt zu versuchen, sein traditionelles, immer weniger erfolgreiches Geschäftsmodell durch Kartellbeschwerden *vor dem Wettbewerb* durch innovative Geschäftsmodelle zu schüt-

36 S. <http://blogs.cio.com/mobile-apps/18229/globalwebindex-most-popular-mobile-apps-google>.

37 Für iOS s. <http://ipod.about.com/od/iphonesoftwareterms/qt/apps-in-app-store.htm>; für Android s. <http://www.appbrain.com/stats/number-of-android-apps>; für Windows Phone s. <http://www.phonedog.com/2013/12/17/windows-phone-store-crosses-200-000-app-mark-as-microsoft-works-to-expand-carrier-billing/>.

38 Dazu auch *Evans/Schmalensee*, The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses, Dec. 2012, <http://ssrn.com/abstract=2185373>, S. 19 Fn. 29.

39 Vgl. zu letzterem <http://liferhacker.com/ios-vs-android-which-platform-has-better-tablet-suppo-1560660066>.

40 Vgl. KOMM., 16.12.2009, COMP/C-3/39.530 – *Microsoft (Internet Explorer)*, Tz. 54 ff.

41 S. <https://www.fairsearch.org/mobile/fairsearch-announces-complaint-in-eu-on-googles-anti-competitive-mobile-strategy/>.

42 KOMM., Prioritätenmitteilung, Tz. 25 zum preisbezogenen Behinderungsmissbrauch.

43 KOMM., Prioritätenmitteilung, Tz. 63 zu Kampfpreisen.

44 KOMM., 13.2.2012, COMP/M.6381 – *Google/MMI*, Tz. 93.

45 S. <http://www.reuters.com/article/2014/04/02/us-microsoft-windows-idUSBREA3110 X20140402>.

zen.<sup>46</sup> Die kostenfreie Lizenzierung mobiler Betriebssysteme ermöglicht zudem sehr günstige Endgeräte.<sup>47</sup> Sie öffnet damit weiteren Kundenkreisen, auch jenen aus einkommensschwachen Schichten und in ärmeren Ländern, einen Zugang zu mobilen Diensten. Dies trägt dazu bei, eine „digitale Spaltung“ der Gesellschaft zu verhindern, während eine kartellbehördlich erzwungene Kostenpflicht mobile Geräte künstlich verteuern würde; ganz zu schweigen davon, dass ein kartellbehördliches Eingreifen weitere Kartellbeschwerden gegen andere innovative Open Source-Unternehmen animieren und damit letztlich innovationsbehindernd wirken könnte.

Die kostenfreie Lizenzierung von Android steht mithin im Einklang mit dem Kartellrecht. Sie führt nicht zu einer Wettbewerbsbehinderung, sondern fördert Wettbewerb und Konsumentenwohlfahrt.

## 2. Wettbewerbswidrige Koppelung der Google-Apps auf der Basis des MADA?

Die zweite Argumentationslinie der FairSearch-Beschwerde betont, Google schließe konkurrierende Entwickler von Apps vom Markt aus, indem es seine Apps zum Programmpaket GMS kople, dessen Installation auf Android-Geräten erzwingt und dadurch seine Apps und Dienste den OEMs und Nutzern zum Nachteil der Wettbewerber aufzwingt.<sup>48</sup> In eine ähnliche Richtung geht eine im Juni 2014 bei der Kommission eingereichte Beschwerde des portugiesischen App Stores Aptoide, in der Google vorgeworfen wird, Android mit dem eigenen App Store „Google Play“ zu koppeln, über Play keine anderen App Stores zu vertreiben und ganz allgemein die Installation anderer App Stores zu behindern.<sup>49</sup> Diese Vorwürfe erinnern im ersten Zugriff an die gegen Microsoft gerichteten Vorwürfe einer Koppelung von Windows mit Windows Media Player (2004) bzw. Internet Explorer (2009). Doch der Schein trügt.

Die Kommission hat in Tz. 49 ihrer Prioritätenmitteilung betont, Koppelungsstrategien seien grundsätzlich „gängige Geschäftspraktiken, mit denen Abnehmern bessere Produkte bzw. Angebote zu günstigeren Konditionen geboten werden sollen“, doch könnten sie auch zu Marktverschließungseffekten führen. Die Kommission werde daher auf der Basis des Art. 102 AEUV tätig, „wenn ein Unternehmen eine beherrschende Stellung auf dem Kopplungsmarkt hat und zudem die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind: i) Kopplungsprodukt und gekoppeltes Produkt sind klar voneinander getrennte (separate) Produkte und ii) es besteht die Wahrscheinlichkeit, dass die Kopplung zu einer wettbewerbswidrigen Marktverschließung führt“ (Tz. 50) und keine überwiegenden Effizienzvorteile eine Koppelung legitimieren (Tz. 62).

a) *Beherrschende Stellung auf dem Koppelungsmarkt.* Mit Blick auf das Erfordernis einer beherrschenden Stellung auf dem Koppelungsmarkt ist zunächst zu ermitteln, um welchen Markt es sich handelt. Fest steht, dass es dabei (anders als die Aptoide-Beschwerde andeutet) jedenfalls nicht um den Markt für mobile Betriebssysteme gehen kann, denn anders als in den *Microsoft*-Fällen, in denen Media Player bzw. Internet Explorer technisch in das Windows-Betriebssystem integriert waren, enthält Android keine Google-Apps oder Google-Dienste (wie Play, Maps, YouTube etc.), und es wird ohne jegliche Verpflichtung lizenziert, solche Apps oder Dienste zu installieren. Die Lizenzierung der Google-Apps erfolgt separat über das *optionale* MADA, das gerätebezogen abgeschlossen werden kann und den OEMs zudem keinerlei Exklusivität vorschreibt.<sup>50</sup>

In Betracht kommt damit lediglich eine Koppelung von zwei oder mehr im Programmpaket GMS enthaltenen Google-Apps. Insoweit erscheint es bereits zweifelhaft, ob Hersteller in Bezug auf einzelne Apps überhaupt „marktbeherrschend“ sein können, denn die meisten Apps dienen lediglich dazu, mobile Dienste abzurufen. Diese mobilen Dienste sind aber regelmäßig auch über konkurrierende Apps oder ganz einfach als mobile Webseiten über jeden Webbrowser nutzbar. Die Google-Apps sind daher regelmäßig kaum mehr als nicht-exklusive und letztlich verzichtbare Hilfsmittel zur Nutzung bestimmter mobiler Dienste.

b) *Koppelungsprodukt und gekoppeltes Produkt als separate Produkte.* Lässt man diese Bedenken beiseite und unterstellt für Zwecke dieser Untersuchung, dass die Apps Play, Maps und YouTube zur Koppelung geeignete Produkte seien, so ist die Frage aufgeworfen, ob es sich bei diesen und weiteren in der GMS enthaltenen Apps (z.B. Google+ oder Hangouts) wirklich um „separate Produkte“ handelt. Insoweit lässt sich argumentieren, dass eher auf den Wettbewerb zwischen verschiedenen Programmpaketen und den damit verbundenen Nutzererfahrungen abgestellt werden sollte. Schließlich ist es maßgeblich dieser Wettbewerb, der ausschlaggebend für die Kaufentscheidungen bei mobilen Geräten ist. Die Kunden kaufen ihre Geräte nicht aufgrund einzelner vorinstallierter Apps, sondern weil sie eine bestimmte Apple-, Google-, Amazon- oder Windows-Nutzererfahrung wünschen, die durch die Summe aus Hardware, Betriebssystem und vorinstalliertem Programmpaket definiert ist.

Die Kommission hat in den *Microsoft*-Fällen allerdings eine vergleichsweise enge Position vertreten. Sie hat Microsofts (an sich überzeugenden) Vortrag, dass der Windows Media Player integraler Bestandteil eines innovativen multimedialen Windows-Betriebssystems sei und insoweit gar keine Koppelung, sondern eine Produktinnovation vorliege, zurückgewiesen.<sup>51</sup> Die Kommission hat es daher für die Annahme zweier separater Produkte ausreichen lassen, dass konkurrierende Media Player von Dritten auch separat angeboten würden.<sup>52</sup> Lässt man dies ausreichen, so lässt sich auch argumentieren, dass die in der GMS enthaltenen einzelnen Apps durch das MADA vertraglich miteinander verbundene, separate Produkte seien.

c) *Wettbewerbswidrige Marktverschließung?* Entscheidend ist letztlich, ob von der Verbindung mehrerer Apps zu einem Programmpaket auf der Grundlage des MADA ein wettbewerbswidriger Marktverschließungseffekt ausgeht, der unter Berücksichtigung der ebenfalls vom MADA ausgehenden Effizienzvorteile „unter dem Strich“ wettbewerbsmäßig negativ zu bewerten ist. In diesem Zusammenhang wird in den Beschwerden in Bezug auf das MADA insbesondere hervorgehoben, das MADA verpflichte zum Nachteil konkurrierender Apps zur Vorinstallation bestimmter Google-Apps durch

46 Die FairSearch-Beschwerde erinnert insoweit an die Beschwerde von Euro-Cities („Verschenken“ von Google Maps als Behinderung des kostenpflichtigen Angebots von Online-Karten), die von BKartA wie Kommission zu Recht zurückgewiesen wurde, vgl. <http://www.i-comp.org/wp-content/uploads/2013/07/Google-Im-Fadenkreuz.pdf>; Körper, WRP 2012, 761, 767.

47 Die günstigsten Android-Geräte kosteten im August 2014 mit rund 50 Euro weniger als 10 % des Preises des günstigsten iPhones.

48 S. <https://www.fairsearch.org/mobile/fairsearch-announces-complaint-in-eu-on-googles-anti-competitive-mobile-strategy/>.

49 S. <http://www.areamobile.de/news/27463-aptoide-betreiber-von-alternativem-app-store-reicht-beschwerde-gegen-google-ein>.

50 Dazu (auch zu den in Android enthaltenen, austauschbaren Kernapplikationen) ausführlich oben II.2.

51 Kritisch dazu schon Körper, RIW 2004, 568 ff.

52 KOMM., 24.3.2004, COMP/C-3/37.792 – *Microsoft (Interoperability and Media Player)*, Tz. 804.

die OEMs, zur prominenten Platzierung dieser Apps sowie dazu, bestimmte Google-Dienste als Standard (default) vorzuzustellen.

aa) *Pflicht zur Vorinstallation bestimmter Google-Apps.* Durch das MADA werden OEMs, die bestimmte Apps wie Play oder Google Maps installieren wollen, in der Tat verpflichtet, ein ganzes Paket von Google-Apps (GMS) vorzuzustellen.<sup>53</sup> Das erinnert auf den ersten Blick an die zwingende Installation von Windows Media Player oder Internet Explorer in den *Microsoft*-Fällen. In Anlehnung an diese Fälle wird Google durch FairSearch und Aptoide vorgeworfen, die Vorinstallation von Google-Apps schließe Drittanbieter vom Wettbewerb aus. Das ist allerdings zu kurz gegriffen.

*Erstens* sind die GMS-Apps anders als die Microsoft-Programme nicht technisch integrierter Teil des Betriebssystems und daher nicht in gleichem Maße omnipräsent wie z. B. der Internet Explorer auf Windows-Geräten. Die Apps werden separat von Android lizenziert.<sup>54</sup> Die im *Microsoft*-Fall von 2004 angeordnete Abhilfemaßnahme, eine Windows-Variante ohne Media Player („Windows N“) anzubieten, ist bei Android also bereits der Normalfall.<sup>55</sup>

*Zweitens* kann das MADA gerätebezogen abgeschlossen werden. Ein Hersteller kann sich daher auch entscheiden, nur in Bezug auf bestimmte Geräte auf die GMS zu verzichten. Dies hat neben Amazon (Fire-Geräte) z. B. auch Nokia bei seinen Nokia X-Smartphones getan, auf denen ein Programmpaket von Microsoft statt der GMS vorinstalliert war. HTC hat Smartphone-Varianten mit Yandex-Apps statt der GMS angekündigt. Im 2. Quartal 2014 liefen weltweit bereits auf 20 % der Android-Smartphones Android-Varianten ohne GMS.<sup>56</sup> In China kommen sogar schätzungsweise 70 % aller Android-Smartphones ohne die GMS auf den Markt.<sup>57</sup> Die Nutzer solcher Smartphones müssen trotzdem auf beliebte Google-Dienste wie Maps oder YouTube nicht verzichten, weil diese auch über Drittanbieter-Apps oder einfach über jeden Webbrowser aufgerufen werden können.

*Drittens* schreibt das MADA grundsätzlich keine Exklusivität vor. Es steht den OEMs frei, zusätzlich zu den Google-Apps weitere eigene Apps oder Drittanbieter-Apps zu installieren. Anders als die PC-Hersteller in den *Microsoft*-Fällen<sup>58</sup> machen die Hersteller mobiler Geräte heute davon auch regen Gebrauch. Auf dem populären, aktuellen Samsung-Smartphone Note 3 sind beispielsweise zwei Webbrowser, zwei Emailprogramme, zwei Fotobetrachter, zwei Kommunikationsprogramme, zwei Suchprogramme und sogar drei cloudbasierte Speicherdienste vorinstalliert. Die Nutzer haben damit offensichtlich keine Probleme. Sie sind an ein sog. „Multi-Homing“ gewöhnt.

In diesem Zusammenhang ist *viertens* relevant, dass es auch den Nutzern völlig freisteht, zusätzlich zu den vorinstallierten Apps weitere Apps zu installieren. Anders als in PC-Zeiten machen sie hiervon regen Gebrauch. Mit Blick auf Windows-PCs hatte die Kommission noch 2009 festgestellt, dass es zwar theoretisch möglich, für die meisten Nutzer aber tatsächlich zu beschwerlich sei, konkurrierende Webbrowser zusätzlich zum vorinstallierten Internet-Explorer herunterzuladen und zu installieren; deshalb verzichteten die meisten Nutzer damals darauf.<sup>59</sup> Das ist bei mobilen Endgeräten heute anders. Diese Geräte sind für den App-Download konstruiert. Die App Stores verfügen über spezielle Such- und Bewertungsfunktionen, die es auch für unerfahrene Nutzer sehr einfach machen, die passenden Apps zu finden und binnen weniger Sekunden ohne Fachkenntnisse zu installieren. Zudem sind die meisten Apps kostenfrei. Dies senkt die

Hemmschwelle, sie herunterzuladen und auszuprobieren. Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass der durchschnittliche Android-Nutzer heutzutage mehr als 50 zusätzliche Apps installiert.<sup>60</sup> Insgesamt wurden allein 2013 über 56 Milliarden Apps heruntergeladen,<sup>61</sup> und Mitte Juli 2014 existierten rund 1,3 Mio. unterschiedliche Android-Apps.<sup>62</sup>

All diese Zahlen belegen, dass von einer „Marktverschließung“, die konkurrierenden App-Herstellern „keine Chance auf Leistungswettbewerb“ lässt, offensichtlich nicht die Rede sein kann. Im Gegenteil existiert intensiver Wettbewerb. Auf manchen Feldern sind Google-Dienste und die entsprechenden Apps führend. Dies gilt etwa für Play, Maps oder YouTube. In anderen Bereichen dominieren dagegen konkurrierende Dienste. So ist z. B. Google+ Teil von GMS, und trotzdem ist Facebook klarer Marktführer bei den sozialen Netzwerken. Weltmarktführer Samsung installiert auf seinen Smartphones eine Messenger-App für den eigenen Dienst ChatOn und die GMS-App Google Hangouts; führend sind aber nicht diese Apps bzw. Dienste sondern eher WhatsApp, Skype und Twitter. Von den drei auf aktuellen Samsung-Geräten vorinstallierten Cloud-Diensten (Samsung Hub, Google Drive und Dropbox) geht der erste Platz klar an den Drittanbieter Dropbox, der einen größeren Nutzeranteil erreicht als die beiden Wettbewerber zusammen.<sup>63</sup>

Die Beobachtung, dass Android besonders offen für Wettbewerb ist, gilt *fünftens* auch in Bezug auf mit Google Play konkurrierende App Stores. Insoweit ist bemerkenswert, dass Android einen Wettbewerb zwischen verschiedenen App Stores und sogar direkte Downloads von Android-Apps aus dem Internet (etwa direkt von der Hersteller-Webseite) überhaupt zulässt, denn Apple (iOS) und Microsoft (Windows Phone) lassen den Nutzern, OEMs und App-Entwicklern diese Freiheit nicht. Für diese Betriebssysteme gibt es genau einen exklusiven App Store (den von Apple bzw. Microsoft), und Apps können ausschließlich über diesen App Store vertrieben und bezogen werden. Das bedeutet zugleich, dass es bei iOS und Windows Phone anders als bei Android keinen Wettbewerb unterschiedlicher Vertriebswege für Apps gibt. Für Android existieren demgegenüber nach letzter Zählung mindestens 36 App Stores.<sup>64</sup> Den OEMs steht es nach dem MADA frei, neben Google Play zusätzliche App Stores vorzuzustellen. So installiert beispielsweise Samsung auf seinen Geräten auch den eigenen „Samsung Apps Store“.

Eine wettbewerbswidrige Behinderung konkurrierender App Stores kann *sechstens* auch nicht in der Weigerung gesehen werden, konkurrierende App Stores über Google Play zu vertreiben. Nach geltendem Wettbewerbsrecht muss grund-

53 S. oben II.2.

54 S. oben II.2.

55 S. <http://arstechnica.com/gadgets/2013/01/kindle-fire-nabs-33-of-android-tablet-market-nexus-7-just-8/>.

56 S. <https://www.abiresearch.com/press/2q-2014-smartphone-results-for-ked-android-aos-gro>.

57 See <http://thenextweb.com/asia/2013/11/25/foreign-games-in-china-loose-potential-revenue-by-using-google-in-app-billing-says-report/>.

58 Vgl. KOMM., 16.12.2009, COMP/C-3/39.530 – *Microsoft (Internet Explorer)*, Tz. 42 f. und KOMM., 24.3.2004, COMP/C-3/37.792 – *Microsoft (Interoperability and Media Player)*, Tz. 855.

59 KOMM., 16.12.2009, COMP/C-3/39.530 – *Microsoft (Internet Explorer)*, Tz. 41, 47 ff.; s. auch KOMM., 24.3.2004, COMP/C-3/37.792 – *Microsoft (Interoperability and Media Player)*, Tz. 870.

60 S. <http://www.asymco.com/2013/05/31/100-billion-app-downloads/> (May 2013).

61 S. <http://blog.appannie.com/app-annie-index-market-q3-2013/#sthsh.bTuRqNK9.dpuf>.

62 S. <http://www.appbrain.com/stats/number-of-android-apps>.

63 S. <http://www.engadget.com/2013/03/21/strategy-analytics-cloud-media-market-share/> (für die USA).

64 S. <http://www.onepf.org/appstores/>.

sätzlich niemand fremden Wettbewerb fördern. Anderes könnte allenfalls gelten, wenn Play eine „essential facility“ wäre, d.h. wenn es keinen anderen – notfalls auch weniger effektiven<sup>65</sup> – Weg gäbe, App Stores auf Android-Geräten zu installieren. Das ist aber nicht der Fall. Es steht den OEMs frei, weitere App Stores (auch solche von Drittanbietern) vorzuinstallieren. Zudem können die Nutzer weitere App Stores direkt aus dem Internet herunterladen. Aptoide selbst hat eine Anleitung ins Netz gestellt, die zeigt, wie einfach dies in vier Schritten binnen weniger Sekunden und ohne Fachkenntnisse möglich ist.<sup>66</sup> Vor allem aber lehnt Google den Vertrieb konkurrierender App Stores nicht ohne Grund ab. Die Rechtfertigung dafür liegt in der im Vergleich zu geschlossenen Systemen wie iOS deutlich größeren Bedrohung durch Schadsoftware (z.B. Trojaner). Bei Apps, die über Play vertrieben werden, ist diese Bedrohung letztlich nicht größer als bei iOS.<sup>67</sup> Bei Programmen, die *nicht* über Play vertrieben werden, kann Google dagegen keine Sicherheitsüberprüfung vornehmen. Deshalb vertreibt Google zwar (obwohl es dazu wettbewerbsrechtlich nicht verpflichtet wäre) durchaus konkurrierende Apps über Play (z.B. Such-Apps von Bing oder Yahoo), nicht aber konkurrierende App Stores, weil App Stores anders als andere Apps ein Einfallstor für Schadsoftware sein können.

Nicht der Behinderung der Wettbewerber, sondern dem Schutz vor Schadsoftware dient insoweit auch der Warnhinweis „unbekannte Quelle“, den Android anzeigt, wenn Nutzer ein Programm aus Quellen herunterladen, für deren Sicherheit weder Google noch der Gerätehersteller garantieren können.<sup>68</sup> Anders als iOS und Windows Phone, die solche Downloads gar nicht erst zulassen, beschränkt sich Android auf einen bloßen Warnhinweis. Die Nutzer können dann frei entscheiden, ob sie die App trotzdem installieren wollen. Das erscheint nicht nur angemessen, sondern ist zum Schutz unerfahrener Nutzer geradezu unverzichtbar.

Schließlich führt die Verpflichtung zur Vorinstallation bestimmter Google-Apps *siebtens* entgegen vereinzelter Literaturstimmen auch weder dazu, dass die „beschränkten Geräteressourcen“ zum Nachteil konkurrierender Apps mit Google-Apps belastet werden, noch dazu, dass den OEMs die Möglichkeit genommen wird, Einnahmen durch die Vorinstallation konkurrierender Apps zu erzielen und diese dann über günstigere Gerätepreise an die Nutzer weiterzugeben.<sup>69</sup> Der Hinweis auf die „beschränkten Ressourcen“ stammt aus dem *Microsoft-Fall* von 2004.<sup>70</sup> Dieses Argument war schon damals falsch. Heute ist es absurd, denn Apps werden für den mobilen Download konzipiert und sind daher im Vergleich zum Speicherplatz mobiler Geräte in aller Regel winzig. Selbst preisgünstige Android-Smartphones wie das Samsung Galaxy S3 mini werden heute mit einem Speicher von 8 GB (d.h. 8.192 MB) geliefert. Die durchschnittliche App ist ganze 23 MB groß.<sup>71</sup> Google Maps (16 MB) und YouTube (13 MB) sind sogar noch kleiner. Die YouTube-App belegt z. B. nur 0,16 % des Speichers des S3 mini oder 0,04 % des Speichers eines Samsung Galaxy Note 3.

Gleichermaßen fernliegend ist das Argument, dass das MADA zu einer Verteuerung von Android-Geräten führe. Das Programmpaket GMS wird über das MADA ebenso kostenfrei lizenziert wie Android selbst kostenfrei ist. Dies macht Android-Geräte deutlich *billiger* als iPhones oder Windows Phone-Geräte. Hinzu kommt, dass das MADA keine Exklusivität vorschreibt. Den App-Entwicklern steht es daher frei, mit den OEMs Verträge über eine Vorinstallation weiterer Apps zu schließen, wie es z. B. das FairSearch-Mitglied TripAdvisor und viele andere getan haben. Richtig ist lediglich,

dass die OEMs ohne das MADA *noch größere* Einnahmen durch exklusive Lizenzverträge und die Errichtung sog. „walled gardens“ erzielen könnten, in denen die Nutzer für bestimmte Funktionen exklusiv nur bestimmte Apps oder Dienste nutzen dürfen (ähnlich wie Amazon nur seinen eigenen App Store zulässt). Für die Nutzer, denen die Möglichkeit genommen würde, konkurrierende Apps und Dienste herunterzuladen und zu nutzen, wäre eine solche Exklusivität aber offensichtlich ebenso nachteilig wie für den Wettbewerb.<sup>72</sup> Das MADA verhindert – insbesondere dadurch, dass zwingend Play installiert sein muss – solche „walled gardens“. Es wirkt insoweit nicht marktverschließend, sondern marktöffnend.

bb) *Pflicht zur prominenten Platzierung und Voreinstellung bestimmter Google-Apps*. Das MADA schreibt vor, dass OEMs, welche die GMS-Apps (Play, Maps usw.) installieren wollen, diese Apps in bestimmter Weise auf dem Bildschirm platzieren müssen. Daraus ist in der Literatur ebenfalls eine Marktverschließung abgeleitet worden, weil dieses Erfordernis die Aufmerksamkeit der Nutzer für konkurrierende Apps „stark einschränke“ und es „ausschließe, dass diese in Leistungswettbewerb mit den Google-Apps träten“.<sup>73</sup> Diese Argumentation klingt abstrakt plausibel, fällt aber sofort in sich zusammen, wenn man sie mit der Wirklichkeit konfrontiert. Das MADA schreibt nämlich lediglich vor, dass das „Google Search Widget“ (also das Suchfenster) und das Google Play Icon auf dem Startbildschirm platziert sein müssen. Alle weiteren Google-Apps (d.h. auch alle mutmaßlich „geköpften“ Programme) müssen nur in einem gemeinsamen Ordner auf dem Anwendungsbildschirm zu finden sein, sind also eher versteckt als hervorgehoben platziert.<sup>74</sup>

In Zahlen ausgedrückt: Search und Play belegen maximal 20 % des ersten Startbildschirms und die andern GMS-Apps zusammen maximal 4 % des Anwendungsbildschirms.<sup>75</sup> Auf den aktuellen HTC-Geräten sind Search und Play sogar erst auf dem zweiten Bildschirm zu finden (der erste wird mit HTC-Diensten gefüllt). Samsung wiederum platziert das Icon seines eigenen „Samsung App Store“ direkt neben das Google Play Icon und macht den Startbildschirm dadurch zu einem „App Store Auswahlbildschirm“. Insgesamt nehmen die eigenen Apps und Dienste der OEMs wesentlich mehr Platz auf den Bildschirmen ein als die Google-Apps, und auch für Drittanbieter-Apps ist mehr als ausreichend Platz an prominenter Stelle vorhanden.

Schließlich sind die Platzierungsregelungen des MADA ohnehin nur für die OEMs bindend. Den Nutzern steht es frei, die

65 Vgl. EuGH, 26.11.1998, Rs. C-7/97, Slg. 1998, I-7791 Tz. 43 – *Bronner*.

66 S. <http://m.aptoide.com/installer>.

67 Vgl. [http://www.f-secure.com/static/doc/labs\\_global/Research/Threat\\_Report\\_H2\\_2013.pdf](http://www.f-secure.com/static/doc/labs_global/Research/Threat_Report_H2_2013.pdf), wonach 97 % der mobile Schadsoftware Android betreffen, das Risiko bei Play als dem sichersten App Store aber nur 0,1 % beträgt.

68 Es steht den OEMs frei, beliebige vorinstallierte App Stores als „bekannt“ zu definieren. Dann erscheint der Warnhinweis nicht mehr.

69 So aber *Edelman*, <http://www.benedelman.org/news/021314-1.html>.

70 S. COMM., 24.3.2004, COMP/C-3/37.792 – *Microsoft (Interoperability and Media Player)*, Tz. 851.

71 Vgl. *O'Connor*, <http://www.project-disco.org/competition/030314-observations-on-the-economics-of-mobile-app-suite-bundling/>.

72 Vgl. auch *O'Connor* (Fn. 70).

73 So *Edelman*, <http://www.benedelman.org/news/021314-1.html>.

74 Vgl. dazu mit Illustrationen *Körper*, <http://ssrn.com/abstract=2462393>, S. 34 ff.

75 Das ist auch offensichtlich weit weniger als die 80 % der Stellfläche, welche die Kommission Coca-Cola im gleichnamigen Verfahren in Bezug auf die Belegung von kostenlos bereitgestellten Coca-Cola-Getränkekühlschränken zugestand, s. KOMM., 22.6.2005, COMP/A.39.116/B2 – *Coca-Cola*, S. 26.

Apps beliebig umzusortieren. Sie können die Google-Apps auch ganz vom Startbildschirm löschen oder sie (anders als die Windows-Nutzer in den *Microsoft*-Fällen oder aktuelle iOS-Nutzer) komplett deaktivieren.

Entsprechendes gilt schließlich für von den OEMs voreingestellte Standard-Anwendungen (defaults). Das Standard-MADA sieht keinen Zwang vor, Google Search für die Internet-suche voreinzustellen. Aber selbst wenn eine MADA-Variante für ein bestimmtes Gerät eine solche Voreinstellung verlangen sollte, können die Nutzer sehr einfach andere Such-Apps aus dem Play Store laden (etwa die Apps der Konkurrenten Bing und Yahoo), und sie können die Such-Voreinstellung im Android Webbrowser leicht ändern. Sind mehrere Apps für eine Funktion vorhanden (z.B. zwei Webbrowser, zwei Kartendienste etc.) oder installiert der Nutzer später eine weitere App für diese Funktion nach (z.B. einen dritten Webbrowser), so wird beim nächsten Aufruf dieser Funktion automatisch ein Auswahlbildschirm angezeigt, der dem Nutzer die Möglichkeit gibt, eine dieser Apps für die Funktion („einmal“ oder „für immer“, d.h. als Voreinstellung) auszuwählen. Diese Funktion wird zudem jedes Mal reaktiviert, wenn der Nutzer eine weitere App für diese Funktion installiert oder die voreingestellte App löscht.<sup>76</sup> Auch insoweit ist im aktuellen Android (bezogen auf verschiedenste Funktionen) bereits „von Hause aus“ ein Feature (Auswahlbildschirm) vorhanden, welches die Kommission im *Microsoft*-Fall von 2009 erst mit Hilfe entsprechender Zusagen Microsofts (und eingeschränkt auf Webbrowser) durchsetzen musste.

d) *Gesamtbewertung unter Einbeziehung von Effizienzen und Konsumentenwohlfaht.* In der Summe lässt sich feststellen, dass das MADA, selbst wenn von ihm gewisse Beschränkungen ausgehen, OEMs, App-Entwicklern und Nutzern deutlich mehr Freiheit lässt und damit auch deutlich mehr Wettbewerb auf allen Ebenen zulässt, als in geschlossenen mobilen Ökosystemen wie iOS oder Windows Phone existiert. Bei iOS und Windows Phone sind zahlreiche Apps technisch in das Betriebssystem eingebettet, während die *GMS*-Apps lediglich optional installiert werden können. Ein Intra-Betriebssystem-Wettbewerb zwischen verschiedenen Programmpaketen existiert bei iOS und Windows Phone ebenso wenig wie ein Wettbewerb verschiedener App Stores. Apple baut alle iPhones selbst und Microsoft lässt es nicht zu, dass OEMs die Nutzeroberfläche komplett umgestalten und ihre Apps in den Vordergrund rücken, während dies bei Android der Normalfall ist. Weder iOS noch Windows Phone erlauben es den Nutzern, Apps direkt aus dem Internet zu installieren oder eigene Nutzeroberflächen (z.B. „Go Launcher EX“) zu installieren.

Diese große Freiheit und die Offenheit von Android für den Wettbewerb hat ihre Schattenseiten in Gestalt einer größeren Anfälligkeit für Schadsoftware und vor allem der Android-Fragmentierung, durch welche die Interoperabilität von Apps innerhalb des Android-Ökosystems beeinträchtigt und eine iOS bzw. Windows Phone vergleichbare, konsistente Nutzererfahrung „out of the box“ erschwert wird. Das aus dem AFA und dem MADA bestehende Vertragswerk ist vor diesem Hintergrund zu sehen. Es ermöglicht – in gestufter Form und nach freier Wahl der OEMs – eine Reduzierung dieser für die Konsumenten negativen Begleiterscheinungen und ermöglicht Android einen Wettbewerb mit iOS und Windows Phone auf Augenhöhe. Während iOS, Windows Phone und Amazons Fire OS die Freiheit der Nutzer durch exklusive App Stores einschränken (die ihnen zugleich eine totale Kontrolle darüber geben, welche Apps installiert werden können),

verhindert das MADA effektiv solche „walled gardens“ und ermöglicht dadurch mehr Auswahlfreiheit und Wettbewerb. Zugleich verhindert das MADA ein „Rosinenpicken“ und ermöglicht es Google auf diese Weise, Android und *GMS* kostenfrei zu lizenzieren und trotzdem indirekt Einnahmen zu erzielen. Zu guter Letzt ermöglicht die kostenfreie Lizenzierung von Android und *GMS* es auch, mobile Endgeräte auf der Höhe der Zeit für einen Bruchteil des iPhone-Preises anzubieten. Die Zahl derjenigen, die sich eine mobile Nutzung des Internet leisten können, hat sich dadurch drastisch erhöht. Es kommt nicht von ungefähr, dass der Marktanteil von Android gerade in „armen Ländern“ besonders hoch ist, während z.B. in den USA oder Japan noch immer eher iOS tonangebend ist.

In der Summe ist festzustellen, dass die Zusammenfassung verschiedener Google-Apps zur *GMS* nicht als kartellrechtswidrige Koppelung anzusehen ist. Die Wettbewerb und Konsumentenwohlfaht fördernden Aspekte überwiegen deutlich. Das MADA verstößt daher weder gegen Art. 102 noch gegen Art. 101 AEUV.

## VI. Fazit

Auf den ersten Blick mag der in jüngster Zeit stark angestiegene Marktanteil von Android-Geräten wettbewerbliches Unbehagen auslösen. Bei genauerem Zusehen erweist er sich indes als Ausdruck wettbewerblichen Erfolgs. Es wäre verwunderlich, wenn der Marktanteil von Android-Geräten, etwa im Verhältnis zu iPhones, nicht angestiegen wäre, obwohl sie bei weitgehend gleicher Funktionalität nur einen Bruchteil des iPhone-Preises kosten. Das Erfolgsgeheimnis von Android liegt nicht in wettbewerbswidrigen Praktiken wie die Beschwerdeführer gegenüber der EU-Kommission behaupten, sondern im Gegenteil gerade in der aus der Lizenzierungsstrategie von Google resultierenden Offenheit und Preisgünstigkeit. Der Wettbewerb auf den Märkten für mobile Betriebssysteme, Apps und Dienste ist jung, dynamisch und ausgesprochen vital. Ein kartellbehördlicher Eingriff erscheint derzeit schon deshalb weder erforderlich noch sinnvoll. Sowohl die US amerikanische FTC als auch die südkoreanische FTC haben Google dementsprechend nach jeweils umfassenden Untersuchungen von Vorwürfen eines „Machtmissbrauchs durch Android“ freigesprochen.

Vor diesem Hintergrund liegt die Vermutung nahe, dass die FairSearch-Beschwerde nicht in erster Linie darauf abzielt, den Wettbewerb zu schützen, wie sie vorgibt. Es dürfte eher darum gehen, das traditionelle, weniger erfolgreiche Geschäftsmodell Microsofts *vor dem Wettbewerb* zu schützen, indem das Kartellrecht instrumentalisiert wird, um das jüngere, erfolgreichere Geschäftsmodell von Google zu stören und den Wettbewerber mit Verfahrenskosten zu belasten. Das ist mit Blick auf die derzeit sehr Google-kritische politische Großwetterlage taktisch sicher geschickt, verdient aber aus der Warte des Wettbewerbsrechts keine Anerkennung. Die Kommission, die ähnlichen Bestrebungen auf dem Gebiet missbräuchlicher Patentklagen jüngst zu Recht die „rote Karte“ gezeigt hat<sup>77</sup>, sollte auch hier entsprechend handeln und durch Zurückweisung der Beschwerden deutlich machen, dass sie sich nicht zum Instrument missbräuchlicher Kartellbeschwerden oder außerwettbewerblicher politischer Interessen machen lässt. ■

<sup>76</sup> Vgl. dazu mit Illustrationen Körper, <http://ssrn.com/abstract=2462393>, S. 39 f.

<sup>77</sup> Vgl. auch den in diesem Heft auf S. 394 abgedruckten Beitrag von Jakobs.