

Europäisches Wirtschaftsrecht

Tristan Rohner

Art. 102 AEUV und die Rolle der Ökonomie

Eine Weiterentwicklung des more economic approach

Nomos | C.H. Beck

Europäisches Wirtschaftsrecht

Begründet von

Prof. em. Dr. Dr. h.c. Jürgen Basedow

Prof. em. Dr. Dr. Dr. h.c. Klaus Hopt

Prof. em. Dr. Wulf-Henning Roth

Herausgegeben von

Prof. Dr. Thomas Ackermann, LL.M.

Prof. Dr. Christian Heinze, LL.M.

Prof. Dr. Patrick C. Leyens, LL.M.

Prof. Dr. Rupprecht Podszun

Prof. Dr. Wolfgang Wurmnest, LL.M.

Band 78

Tristan Rohner

Art. 102 AEUV und die Rolle der Ökonomie

Eine Weiterentwicklung des more economic approach



Nomos



Erstgutachter: Prof. Dr. Rupprecht Podszun
Zweitgutachter: Prof. Dr. Christian Kersting, LL.M. (Yale)
Datum der mündlichen Prüfung: 15.12.2022

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Düsseldorf, Univ., Diss., 2022

1. Auflage 2023

© Tristan Rohner

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-7560-1081-3

ISBN (ePDF): 978-3-7489-4107-1

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748941071>



Onlineversion
Nomos eLibrary

D 61



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2022/2023 von der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis zum 31.4.2022 berücksichtigt werden.

Besonders danke ich meinem Doktorvater *Herrn Prof. Dr. Rupprecht Podszun* für die hervorragende Betreuung, die zahlreichen anregenden Diskussionen und die Vermittlung eines Wissenschaftsverständnisses, das mich maßgeblich prägt. Ohne seine anhaltende Förderung wäre diese Arbeit nicht entstanden.

Herrn Prof. Dr. Christian Kersting, LL.M. (Yale) möchte ich nicht nur für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens danken, sondern auch für seine Rolle als Co-Direktor des Institutes für Kartellrecht, das ein optimales Umfeld für die Anfertigung kartellrechtlicher Dissertationen an der HHU schafft. *Frau Prof. Dr. Nicola Preuß* sowie den beiden vorgenannten Gutachtern danke ich auch für die spannende Diskussion in der mündlichen Prüfung.

Die Tätigkeit am Lehrstuhl meines Doktorvaters hat mich stets fachlich und persönlich sehr bereichert. Dem gesamten Team möchte ich herzlich danken. Die Arbeit hat daneben erheblich von dem interdisziplinären Austausch mit den Kolleginnen und Kollegen des DICE profitiert.

Dank gebührt außerdem den vielen Personen, die mich in der Promotionszeit unterstützt, ermutigt und auch auf andere Gedanken gebracht haben. Hervorzuheben sind dabei meine Eltern, *Dr. Helga Kaufmann-Rohner* und *Eduard Rohner*, mein Bruder *Dorian Rohner* und mein guter Freund *Dr. Thilo Klawonn*. Ganz besonders herzlich möchte ich mich bei meiner Frau *Laura de Leeuw* bedanken. Ihre Unterstützung bei dieser Arbeit und weit darüber hinaus ist für mich unverzichtbar.

Düsseldorf, März 2023

Tristan Rohner

Inhaltsverzeichnis

A. Das Schicksal des more economic approach	17
I. Bedeutung der Ökonomie für das Kartellrecht	17
1. Die unklare Rolle der Ökonomie	17
2. Der more economic approach	18
3. Das Verfahren gegen Intel	19
4. Die anhaltende Relevanz	20
II. Forschungsfragen	22
1. Analyse des more economic approach	22
2. Weiterentwicklung des more economic approach	22
III. Methodisches Vorgehen	23
1. Methodische Relevanz der Arbeit	23
2. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands	24
3. Umsetzungs- und Entscheidungsanalyse	25
4. Theoretische Aufarbeitung der Ergebnisse	26
IV. Stand der Forschung	27
V. Gang der Darstellung	29
B. Der more economic approach: Art. 102 AEUV und ökonomische Erkenntnisse	31
I. Missbrauchsaufsicht vor dem more economic approach	31
1. Ursprung der europäischen Missbrauchsaufsicht	32
2. Definition des Missbrauchsbegriffes: Hoffmann-La Roche	33
3. Weitere Konkretisierungen	34
4. Anlass zur Reform	35
II. Der more economic approach in der Missbrauchsaufsicht	37
1. Die Entwicklung des more economic approach	37
2. Das Gutachten der EAGCP	39
a. Grundlagen des more economic approach	40
aa. Effects based approach	40
bb. Verbraucherwohlfahrt	40
cc. Verfahren	41

b.	Theorien der Marktverschließung	42
aa.	Gleicher Markt	42
bb.	Benachbarter Markt	43
cc.	Vertikal verknüpfter Markt	43
c.	Besonderheiten für einzelne Verhaltensweisen	44
aa.	Preisdiskriminierung	44
bb.	Rabatte	45
cc.	Kopplung und Bündelung	46
dd.	Lieferverweigerungen	46
ee.	Ausschließlichkeitsbindungen	47
ff.	Kampfpreise	48
3.	Das Diskussionspapier der Generaldirektion Wettbewerb	48
4.	Die Prioritätenmitteilung der Kommission	50
a.	Zweck der Mitteilung	50
b.	Allgemeiner Analyserahmen	51
aa.	Wettbewerbswidrige Marktverschließung	51
bb.	Preisbezogene Behinderungsmissbräuche	52
cc.	Rechtfertigung	53
c.	Spezielle Formen der Marktverschließung	54
aa.	Alleinbezugsbindungen und bedingte Rabatte	54
bb.	Kopplung und Bündelung	56
cc.	Kampfpreise	56
dd.	Lieferverweigerung und Kosten-Preis-Schere	57
d.	Bindungswirkung der Prioritätenmitteilung	59
5.	Umsetzung des Gutachtens	63
a.	Form der Umsetzung	63
b.	Marktverschließung und Verbraucherwohlfahrt	65
c.	Auswirkungsanalyse und Nachweise	66
III.	Die Schwächen der Prioritätenmitteilung	69
1.	Auswahlentscheidung	69
2.	Bedeutung der Verbraucherwohlfahrt	70
3.	Rechtssicherheit	71
C.	Die Methode der Entscheidungsanalyse	73
I.	Vorüberlegungen	73
1.	Die Methodenwahl	74
2.	Die Entscheidungsanalyse als Inhaltsanalyse	74

3. Qualitative Inhaltsanalyse	77
4. Qualitative strukturierende Inhaltsanalyse	79
II. Die inhaltlich strukturierende Entscheidungsanalyse	80
1. Die Arbeitsschritte	80
2. Die Vorbereitung der Analyse (Schritte 1. bis 3.)	81
3. Der Materialdurchlauf (Schritte 4. und 5.)	81
4. Die Ergebnisse (Schritt 6.)	82
5. Besonderheiten bei der Entscheidungsanalyse	83
6. Methodischer Mehrwert	84
III. Festlegung und Beschreibung des Materials	86
1. Entscheidungsarten im Missbrauchsrecht	86
2. Auswahl der Entscheidungen	87
3. Aufbau und Inhalt der Entscheidungen	88
4. Besonderheiten des Inhalts	89
5. Gerichtliche Überprüfung der Entscheidungen	89
IV. Differenzierung der Fragestellung und Kategoriensystem	90
1. Fragestellung	90
2. Kategorien	91
a. Hauptkategorien	91
b. Unterkategorien	93
3. Definitionen	93
4. Abgrenzung und Verhältnis der Kategorien	96
5. Abstraktionsniveau	97
6. Überarbeitung des Kategoriensystems	98
7. Überblick über das Kategoriensystem	99
D. Der more economic approach in der Entscheidungspraxis	101
I. Identifizierte Defizite	101
1. Scheitern der Prioritätenmitteilung	102
2. Extensive Auswirkungsanalysen	103
3. Fehlende Reaktion auf Entwicklungen	104
II. Materialdurchlauf mit Zusammenfassungen	105
1. Intel (2009)	106
a. Überblick	106
b. Textstellen	107
c. Zusammenfassung	109
d. Ergebnis der Analyse	116
aa. Abgleich	116

bb. Würdigung	118
2. Telekomunikacja Polska (2011)	121
a. Überblick	121
b. Textstellen	122
c. Zusammenfassung	123
d. Ergebnis der Analyse	127
aa. Abgleich	128
bb. Würdigung	129
3. Romanian Power Exchange/OPCOM (2014)	131
a. Überblick	131
b. Textstellen	131
c. Zusammenfassung	132
d. Ergebnis der Analyse	134
aa. Abgleich	135
bb. Würdigung	135
4. Motorola (2014)	136
a. Überblick	136
b. Textstellen	137
c. Zusammenfassung	138
d. Ergebnis der Analyse	141
aa. Abgleich	141
bb. Würdigung	143
5. Slovak Telekom (2014)	144
a. Überblick	144
b. Textstellen	145
c. Zusammenfassung	146
d. Ergebnis der Analyse	151
aa. Abgleich	151
bb. Würdigung	153
6. ARA Foreclosure (2016)	154
a. Überblick	155
b. Textstellen	155
c. Zusammenfassung	156
d. Ergebnis der Analyse	159
aa. Abgleich	159
bb. Würdigung	160
7. Google Search – Shopping (2017)	161
a. Überblick	161

b. Textstellen	162
c. Zusammenfassung	163
d. Ergebnis der Analyse	167
aa. Abgleich	167
bb. Würdigung	169
8. Baltic Rail (2017)	172
a. Überblick	172
b. Textstellen	173
c. Zusammenfassung	174
d. Ergebnis der Analyse	177
aa. Abgleich	177
bb. Würdigung	178
9. Qualcomm – Exclusivity Payments (2018)	180
a. Überblick	180
b. Textstellen	180
c. Zusammenfassung	181
d. Ergebnis der Analyse	187
aa. Abgleich	187
bb. Würdigung	188
10. Google Search – Android (2018)	189
a. Überblick	190
b. Textstellen	190
c. Zusammenfassung	192
d. Ergebnis der Analyse	201
aa. Abgleich	201
bb. Würdigung	203
III. Zusammenfassungen und weitere Ergebnisse	205
1. Ergebnisse der Kategorien	206
a. Quantitative Vorbemerkungen	206
b. Fallgruppen	208
aa. Zusammenfassungen des Maßstabes	208
bb. Ergebnis	209
cc. Würdigung	211
c. Marktverschließung	213
aa. Zusammenfassungen des Maßstabes	213
bb. Ergebnis	214
cc. Würdigung	215

d. Auswirkungsanalyse	215
aa. Zusammenfassungen des Maßstabes	216
bb. Ergebnis	217
cc. Würdigung	217
e. Verbraucherwohlfahrt	219
aa. Zusammenfassungen des Maßstabes	219
bb. Ergebnis	220
cc. Würdigung	220
f. Rechtfertigung	222
aa. Zusammenfassungen des Maßstabes	222
bb. Ergebnis	223
cc. Würdigung	224
g. Zitat der Prioritätenmitteilung	225
2. Rückblick auf die Methode	226
3. Weitere Erkenntnisse zum Missbrauchsverbot	227
a. Methodische Vorbemerkungen	227
b. Geringe Zahl der Entscheidungen	228
c. Ausübung des Aufgreifermessens	229
d. Schwere Überprüfbarkeit	230
IV. Sonstige relevante Entscheidungen	231
1. Die Gerichte und der more economic approach	232
a. Überprüfung der Kommissionsentscheidungen	232
aa. Intel	232
bb. Slovak Telekom	237
cc. Google Search – Shopping	240
b. Weitere Verfahren vor den Gerichten	242
c. Zwischenergebnis	244
2. Weitere Entscheidungen der Kommission	244
a. Zusagenentscheidungen	245
aa. Verfahren und Inhalt	245
bb. Die Entscheidungen	246
cc. Würdigung	247
b. Rejection decisions	248
aa. Verfahren und Inhalt	249
bb. Entscheidungen nach der Prioritätenmitteilung	250
cc. Würdigung	251
c. Ergebnis zu den weiteren Entscheidungsarten	252
V. Zusammenfassung des Maßstab für die Weiterentwicklung	252

E. Weiterentwicklung des more economic approach	255
I. Maßstabsbildung und Ökonomie	255
1. Ziele und Wettbewerbstheorien	256
a. Wettbewerbstheorien	257
aa. Klassik und Neoklassik	257
bb. Ordoliberalismus	258
cc. Österreichische Schule	259
dd. Harvard School	260
ee. Chicago School	261
ff. Post Chicago	261
gg. Neo-Brandesians	262
b. Pluralismus an Theorien und Zielen	263
2. Grenzen der Ökonomie	263
a. Ökonomie als empirische Wissenschaft	263
b. Konstitutionelle Ökonomie	265
aa. Privatrechtsgesellschaft und Wohlfahrtsstandard	266
bb. Konstitutionelle und subkonstitutionelle Ebene	267
cc. Ökonomischer Rat in einer demokratischen Gesellschaft	268
dd. Anwendung und Bewertung	270
c. Zwischenergebnis	272
3. Maßstabsbildung zu Art. 102 AEUV	272
a. Aufgabe der Europäischen Kommission	272
b. Rechtswissenschaft und Maßstabsbildung	275
c. Bedeutung des Verfahrens	276
4. Raum für Ökonomie	278
a. Voraussetzungen von Eingriffen	278
b. Ausgestaltung von Rechtsnormen	279
c. Sachverhaltsermittlung	281
5. Zwischenergebnis	281
II. Auswirkungsanalyse und Normkomplexität	282
1. Auswirkungsanalyse und ökonomische Forschung	283
a. Vereinfachungen in der Ökonomie	283
b. Ökonomische Forschung zu Art. 102 AEUV	286
aa. Exclusionary Practices	287
bb. Beispiel: Kampfpreise und Finanzierung	288
2. Zwischen per se rule und rule of reason	289
a. Per se rules und rule of reason	290

b.	Vorteile der rule of reason und von per se rules	290
c.	Skala der Komplexität	293
3.	Optimale Normkomplexität	294
a.	Modell der optimalen Normkomplexität	295
b.	Kritik	297
c.	Einflussfaktoren auf die Normkomplexität	298
aa.	Verteilung der Effekte	298
bb.	Kosten der Normsetzung und Anwendung	299
cc.	Politische und unsachgemäße Einflussnahme	302
dd.	Zwischenergebnis	303
4.	Juristische Instrumente der Differenzierung	303
a.	Positive und negative Merkmale	304
b.	Vermutungen	305
c.	Beweislastumkehr	307
d.	Beweismaß und Beweismittel	308
5.	Zwischenergebnis	310
III.	Wandel und Pluralismus	310
1.	Wandel und Pluralismus in der Ökonomie	311
a.	Wandel und Pluralismus in der Wettbewerbsökonomie	312
b.	(Ökonomische) Wissenschaftstheorie	313
aa.	Wandel und Pluralismus als Schwäche der Ökonomie?	314
bb.	Ökonomische Methodologie	315
c.	Zusammenfassung	321
2.	Statisches Recht?	321
a.	Statik des Rechts	321
b.	Wandel und Pluralismus in der Rechtswissenschaft	323
3.	Generalisierung und Konkretisierung	325
a.	Grad der Konkretisierung von Regeln	325
b.	Ein Modell der optimalen Konkretisierung?	327
c.	Einflussfaktoren auf den Konkretisierungsgrad	328
d.	Juristische Instrumente zur Generalisierung	332
aa.	Generalklauseln und Tatbestandsmerkmale	332
bb.	Abwägungen	333
cc.	Auswahlmöglichkeiten	335
4.	Auswahlentscheidung und Verfahren	335
a.	Erfordernis einer Auswahlentscheidung	336

b. Elemente des Auswahlverfahrens	336
c. Evaluationen	337
5. Zwischenergebnis	338
IV. Eckpunkte einer neuen Methode	339
F. Regelsetzung auf Grundlage ökonomischer Forschung	341
I. Entwicklung der Methode	341
1. Voraussetzungen	341
2. Normkomplexität und Konkretisierungsgrad	342
3. Arbeitsschritte im Einzelnen	343
a. Zusammenfassung und Abgrenzung	343
b. Bestimmung der Normkomplexität	344
c. Bestimmung des Konkretisierungsgrades	345
d. Formulierung der Regelung	346
II. Anwendungsbeispiel	346
1. Voraussetzungen und Annahmen	347
2. Zusammenfassung und Abgrenzung	347
a. Rabatte und Preisdiskriminierung	348
b. Treuerabatte in der Ökonomie	349
aa. Sukzessive Nachfrage	349
bb. Unbestreitbare Nachfrage	349
cc. Kostenstruktur und Skaleneffekte	349
dd. Geringer Wettbewerbsdruck	350
ee. Kosten-Preis-Analyse	351
ff. Intuition und Formalisierung	351
3. Bestimmung der Normkomplexität	352
a. Differenzierungskriterien und Verteilung der Effekte	352
b. Regulierungskosten	354
c. Umsetzung	354
4. Bestimmung des Konkretisierungsgrades	356
a. Regelungsebene	356
b. Zu erwartende Entwicklungen	356
c. Konkretisierungsgrad	357
5. Beispiel einer Regel	358
III. Kritik an der Methode	358

Inhaltsverzeichnis

G. Ergebnis 361

Literaturverzeichnis 363

A. Das Schicksal des more economic approach

Die Arbeit enthält drei grundlegende Thesen:

Der more economic approach in der Missbrauchsaufsicht, der anhand ökonomischer Erkenntnisse Art. 102 AEUV konkretisieren sollte, kann die an ihn gestellten Anforderungen nicht erfüllen.

Die Methode der qualitativen Inhaltsanalyse aus der Sozialwissenschaft lässt sich auf juristische Entscheidungsanalysen übertragen, um diese stärker zu objektivieren und intersubjektiv nachvollziehbar zu machen.

Ökonomische Erkenntnisse sind nicht nur für den Inhalt des Missbrauchsverbots nach Art. 102 AEUV maßgeblich, sondern auch für den Vorgang der Auslegung und der Konkretisierung desselben.

I. Bedeutung der Ökonomie für das Kartellrecht

Die der Arbeit zugrunde liegende Problemstellung ist das Verhältnis der Ökonomie zur Missbrauchsaufsicht und damit verknüpft das unklare Schicksal des sog. more economic approach. Dieses Problem muss gelöst werden, um die Generalklausel des Art. 102 AEUV rechtssicher zu konkretisieren. In Art. 102 AEUV ist das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung für das europäische Kartellrecht geregelt – ein Grundpfeiler des Europarechts, der sich – in gleicher Formulierung, wenn auch mit unterschiedlicher Nummerierung – von Beginn an in den europäischen Verträgen findet.

1. Die unklare Rolle der Ökonomie

Die Arbeit löst eine Problemstellung, die seit der Geburtsstunde der europäischen Missbrauchsaufsicht besteht. Die Rolle der Ökonomie in der Missbrauchsaufsicht ist nicht klar definiert. Dies führt zu einer Entkoppelung von Regeln und Regelungsgegenstand. Die Ökonomie ist die Wissenschaft, die Aussagen über die Produktion, die Verteilung und den

Konsum von Gütern und Dienstleistungen trifft.¹ Teil dessen ist auch die Auseinandersetzung mit dem Gegenstand der Missbrauchsaufsicht: dem Verhalten von marktmächtigen Unternehmen.² Wenn der Einfluss der Wirtschaftswissenschaft unklar ist oder ökonomische Erkenntnisse sogar ignoriert werden, fehlt es an einer faktenbasierten Grundlage für Regeln, Entscheidungen und die rechtswissenschaftliche Diskussion. Es ist erforderlich, Marktmechanismen, das Verhalten von Unternehmen und die Folgen von Eingriffen zu analysieren. Insbesondere das Missbrauchsverbot fußt deswegen seit jeher auch auf ökonomischen Erkenntnissen. Selbst den einfachsten Erklärungen, beispielsweise für Kampfpreise, liegen ökonomische Überlegungen zugrunde.³

Während deswegen die grundsätzliche Bedeutung von ökonomischen Erkenntnissen für die Missbrauchsaufsicht stets unbestritten war, ist die Art und Weise ihrer Einbeziehung Gegenstand einer jahrzehntelangen Diskussion.⁴ Die Unsicherheit verhindert die Formulierung von rechtssicheren Regeln, die die Generalklausel des Art. 102 AEUV konkretisieren. Es fehlt abseits von wenigen Einzelfallentscheidungen an einer formalen Konkretisierung des Art. 102 AEUV. Dies ist besonders schwerwiegend, da Art. 102 AEUV eine Generalklausel ist, die ohne Hilfestellungen nicht praktisch anwendbar ist. Selbst die dort aufgeführten Regelbeispiele haben kaum Bedeutung.⁵ Es fehlt im Missbrauchsrecht deswegen an Rechtssicherheit.

2. Der *more economic approach*

Die Europäische Kommission wollte dieses Problem lösen. Mit dem *more economic approach* entwickelte sie zur Jahrtausendwende eine Zielsetzung und Verwaltungspraxis, die eine stärkere Berücksichtigung ökonomischer Erkenntnisse bei der Kartellrechtsanwendung anstieß.⁶ Die Ergebnisse dieses Prozesses in der Missbrauchsaufsicht sind bis heute umstritten.

Im Gegensatz zu den anderen Teilgebieten des Kartellrechts brachte der *more economic approach* in der Missbrauchsaufsicht keine Leitlinien oder

1 *Krugman/Wells, Economics*, 2018, S. 2.

2 Vgl. *Fumagalli/Calcagno/Motta, Exclusionary Practices*, 2018.

3 *Fumagalli/Calcagno/Motta, Exclusionary Practices*, 2018, S. 16 f.

4 Vgl. Böge, WuW 2004, 726, 726 ff.; *Hildebrand*, WuW 2005, 513, 513 f.

5 *Fuchs* in: Immenga/Mestmäcker Band 1: EU, 2019, Art. 102 AEUV Rn. 133.

6 *Albers* in: *Marktmacht und Missbrauch*, 2007, 11.

Verordnungen hervor. Stattdessen veröffentlichte die Kommission nur eine „Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen“ (nachfolgend: Prioritätenmitteilung).⁷ Leitlinien zu Art. 102 AEUV existieren bis heute nicht.⁸ Die Relevanz der Prioritätenmitteilung und ihre Bindungswirkung sind bis heute ungeklärt.

3. Das Verfahren gegen Intel

Die Problemstellung wird besonders deutlich am Verfahren der Europäischen Kommission gegen Intel, in dem die Kommission zum ersten Mal eine Auswirkungsanalyse, den sog. as efficient competitor Test (AEC-Test) und den Verbraucherwohlstandsstandard als Ergebnisse des more economic approach anwendete.

Am 18.10.2000 legte AMD förmliche Beschwerde bei der Europäischen Kommission gegen Verhaltensweisen des Wettbewerbers Intel ein.⁹ Intel gewährte Abnehmern Rabatte, wenn es den Großteil ihres Bedarfs an Computerprozessoren bedienen durfte. Gleichzeitig verzögerte es mit Direktzahlungen an Computerhersteller die Einführung von Produkten, die Prozessoren von AMD enthielten. Deswegen erließ die Kommission am 13.5.2009 gegen Intel eine Entscheidung von über 500 Seiten Länge und ein Rekordbußgeld von über einer Milliarde Euro.¹⁰ Das Gericht erster Instanz gab auf Klage Intels hin der Kommission am 17.6.2014 recht. Der Gerichtshof der Europäischen Kommission hob dieses Urteil am 6.9.2017 auf und verwies die Rechtssache zurück an das Gericht erster Instanz.¹¹ Am 26.1.2022 erklärte dieses die Entscheidung der Europäischen Kommission teilweise für nichtig.¹² Die Europäische Kommission hat wiederum Rechtsmittel eingelegt.¹³ Im Zentrum der langjährigen gerichtlichen Auseinander-

7 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.

8 Lübbig, NZKart 2019, 513, 514.

9 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 5 – Intel.

10 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990 – Intel.

11 EuGH, 6.9.2017, Rs. C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632 – Intel.

12 EuG, 26.1.2022, Rs. T-286/09 RENV, ECLI:EU:T:2022:19 – Intel Renv.

13 Anhängig beim EuGH unter dem Aktenzeichen C-240/22 P - Commission v Intel Corporation.

setzung steht die Frage, welche ökonomischen Argumente die Europäische Kommission zu berücksichtigen hatte.

Das aufwendige Verfahren ist somit immer noch nicht abgeschlossen. Diese 20 Jahre andauernde Unklarheit betrifft nicht nur die am Verfahren Beteiligten. Auch für alle anderen Unternehmen, nationale Wettbewerbsbehörden und Gerichte bleibt unklar, welche Anforderungen an Rabattsysteme zu stellen sind und welche Rolle die Ökonomie und der *more economic approach* hierbei spielen.

4. Die anhaltende Relevanz

Die Problemstellung hat somit eine anhaltende Relevanz. Die unklare Rolle der Ökonomie und die fehlenden konkretisierenden Regeln behindern eine effektive Durchsetzung der Missbrauchsaufsicht.

Die Bedeutung des Missbrauchsverbots speist sich nicht nur aus dessen hervorgehobener Stellung im Primärrecht. Als einer der Grundpfeiler des Kartellrechts und damit der Grundregeln des europäischen Wirtschaftsgeschehens ordnet es das Wirtschaftsgeschehen auf besonders vulnerablen Märkten.¹⁴ Die starke Konzentration auf den Märkten gerade in der digitalen Ökonomie unterstreicht diese Bedeutung.¹⁵ Das zeigt sich auch in der Strahlkraft der hierzu ergangenen Entscheidungen. Die Verfahren der Kommission gegen Google erregten nicht nur wegen Rekordbußgeldern Aufmerksamkeit weit über die Grenzen der Europäischen Union hinaus, sondern vor allem wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung für die Spielregeln in der digitalen Ökonomie, die von den mächtigsten Unternehmen der Welt kontrolliert wird.¹⁶

Unspezifische Regeln führen zu langen und aufwendigen Verfahren, die jeden Einzelfall in all seinen Besonderheiten würdigen müssen. Dies kann zu einer ineffizienten Durchsetzung oder auch zu einem „underenforce-

14 *Fuchs* in: Immenga/Mestmäcker Band 1: EU, 2019, Art. 102 AEUV Rn. 5.

15 *Allen*, *Technology and Inequality*, 2017, S. 43 ff.; *Nuccio/Guerzoni*, *Competition & Change* 2019, 312 ff.

16 Vgl. bspw. *Satariano/Nicas*, E.U. Fines Google \$5.1 Billion in Android Antitrust Case, in: *New York Times* v. 18.7.2018, <https://www.nytimes.com/2018/07/18/technology/google-eu-android-fine.html>; *Satariano*, Google Fined \$1.7 Billion by E.U. for Unfair Advertising Rules, in: *New York Times* v. 20.3.2019, <https://www.nytimes.com/2019/03/20/business/google-fine-advertising.html>.

ment“ führen.¹⁷ Ressourcen- und zeitintensive Verfahren haben zur Folge, dass missbräuchliche Verhaltensweisen erst Jahre oder sogar Jahrzehnte später untersagt und sanktioniert werden, sodass der betroffene Markt hiervon kaum mehr profitieren kann. Rechtsmittel ziehen das Verfahren weiter in die Länge. Auch die betroffenen Unternehmen können ihr Verhalten deswegen nicht anpassen. Das kann dazu führen, dass sich Unternehmen unwissentlich rechtswidrig verhalten oder eigentlich erwünschtes Verhalten aufgrund von Unsicherheit nicht ergreifen.

Unter unklaren Regeln leidet auch die private Rechtsdurchsetzung zu Art. 102 AEUV. Die hohen Anforderungen können in der privaten Rechtsdurchsetzung bei Stand-alone-Klagen kaum gestemmt werden.¹⁸ Für eine effektive private Rechtsdurchsetzung bräuchte es einfachere und konkretere Regeln zu Art. 102 AEUV, sodass ökonomische Erkenntnisse auch im instanzgerichtlichen Verfahren eingebracht werden können. Gleichzeitig gibt es auf europäischer Ebene wenige behördliche Verfahren, die follow-on Klagen ermöglichen. Die fehlende private Rechtsdurchsetzung des Missbrauchsverbots verstärkt das Durchsetzungsdefizit.¹⁹ Wettbewerbsbehörden können aufgrund von begrenzten Ressourcen nicht alle Fälle aufgreifen und entscheiden. Selbst bei den von ihnen behandelten Fällen erfüllt die private Rechtsdurchsetzung auf der Ebene des Individualrechtsschutzes durch den Ausgleich von Schäden und die Korrektur des Marktergebnisses eine wichtige Aufgabe.²⁰ Unterstrichen wird die Bedeutung der privaten Rechtsdurchsetzung durch die Förderung auf europäischer und nationaler Ebene sowohl durch Gesetzgeber als auch durch Gerichte.²¹

17 Vgl. *Budzinski* in: Competition policy and the economic approach, 2011, S. 111, 122 f.; *Podszun*, EuCML 2018, 57, 64; *Marsden/Podszun*, Restoring Balance to Digital Competition, 2020, S. 18 f.

18 *Eilmansberger/Bien* in: MüKo-Wettbewerbsrecht: EU, Art. 102 Rn. 860.

19 Vgl. *Schweitzer/Gutmann*, Unilateral Practices in the digital market: An overview of EU and national case law, 2021, S. 10.

20 EuGH, 20.11.2001, Rs. C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Rz. 25 – *Courage/Crehan*; EuGH, 28.3.2019, Rs. C-637/17, ECLI:EU:C:2019:263, Rz. 41 ff. – *Cogeco*.

21 *Kersting*, ZWeR 2008, 252 ff.; *ders.*, WuW 2014, 564 ff.

II. Forschungsfragen

Die Forschungsfrage, die es deswegen zu beantworten gilt, lautet:

Wie können ökonomische Erkenntnisse bei der Auslegung und Konkretisierung des Missbrauchsverbots nach Art. 102 AEUV besser genutzt werden?

Diese übergreifende Forschungsfrage ist in mehreren Schritten zu beantworten, für die jeweils eine eigene Forschungsfrage formuliert wird.

1. Analyse des *more economic approach*

Es stellt sich zunächst die Frage, wie die Europäische Kommission im Zuge des *more economic approach* ökonomische Erkenntnisse in der Prioritätenmitteilung umgesetzt hat.

Auf dieser Grundlage kann im nächsten Schritt die Frage beantwortet werden, in welcher Form die Prioritätenmitteilung und der *more economic approach* Einfluss auf die Entscheidungspraxis der Kommission und der europäischen Gerichte genommen haben.

Dies ist notwendig, um den bisherigen Umgang mit ökonomischen Erkenntnissen zu analysieren und zu bewerten. Die hierbei identifizierten Defizite, die es zu beseitigen gilt, sind Grundlage für die Weiterentwicklung des *more economic approach*.

2. Weiterentwicklung des *more economic approach*

Die Ergebnisse dieser Analyse leiten die Entwicklung einer Methode, mit der die Nutzung ökonomischer Erkenntnisse im Rahmen der Auslegung und Konkretisierung von Art. 102 AEUV möglich ist. Die Methode soll die Defizite des *more economic approach* und dessen Umsetzung beheben. Hierfür sind die folgenden Fragen zu beantworten:

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?

Wie können Normen auf Grundlage ökonomischer Erkenntnisse geschaffen werden, ohne zwangsläufig zu einer Einzelfall- und Auswirkungsanalyse zu gelangen?

Wie können Wandel und Pluralismus in der Ökonomie von einem durch Regelungen und Entscheidungen geprägten Rechtssystem abgebildet werden?

III. Methodisches Vorgehen

Die übergreifende Forschungsfrage soll nicht allein aufgrund abstrakter theoretischer Überlegungen beantwortet werden. Stattdessen liegt ein Schwerpunkt auf einer stark formalisierten Analyse der Entscheidungspraxis in Folge des *more economic approach*. Die hierfür entwickelte inhaltlich strukturierende Entscheidungsanalyse ist zugleich ein eigenständiger Beitrag zur juristischen Methodenlehre. Auf Grundlage der Entscheidungsanalyse können die identifizierten Defizite theoretisch aufgearbeitet und schließlich in eine Methode zur Integration ökonomischer Erkenntnisse umgesetzt werden.

1. Methodische Relevanz der Arbeit

Die Arbeit ist von dem Anliegen getragen, auch über den Untersuchungsgegenstand hinaus, einen Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Methode zu leisten.

Gegenstand der Arbeit ist eine Auseinandersetzung mit dem Wesen, den Inhalten und den Grenzen der Ökonomie. Die Auseinandersetzung mit wissenschaftstheoretischen Grundlagen und den Methoden anderer Disziplinen hat zu einem anderen Verständnis von Rechtswissenschaft und dem eigenen wissenschaftlichen Arbeiten geführt. Der Versuch, die Frage zu beantworten, was eine andere Wissenschaft ausmacht und welche Anforderungen an deren Wissenschaftlichkeit zu stellen sind, hat entsprechende Fragen auch hinsichtlich der eigenen Disziplin aufgeworfen. Der Untersuchungsgegenstand hat sich damit auch auf die Herangehensweise an diese Arbeit ausgewirkt. Andere Wissenschaften stellen die Bedeutung der Methode stärker in den Mittelpunkt der eigenen Untersuchungen. Dies dient keinem Selbstzweck, sondern ist der Versuch, durch Formalismus einen höheren Grad an Objektivität und eine intersubjektive Überprüfbarkeit der eigenen Ergebnisse herzustellen.²²

Deswegen ist die Entwicklung einer eigenen Methode zur Entscheidungsanalyse, angelehnt an die erprobten Methoden aus den empirischen Sozialwissenschaften, auch ein Schwerpunkt der Arbeit. Die Entscheidungsanalyse ist deswegen stärker formalisiert als dies in anderen rechtswissenschaftlichen Untersuchungen der Fall ist. Sie folgt klar definierten Arbeitsschritten, die bei jeder Entscheidung Schritt für Schritt durchlaufen

22 *Mayring*, *Qualitative Inhaltsanalyse*, 2015, S. 13, 61.

werden. Dadurch wird die Analyse aufwändiger, aber auch transparenter. Die vorgenommenen Bewertungen sind besser nachvollziehbar und Fehler in der Analyse einfacher aufzudecken. Das ermöglicht den Lesern eine Auseinandersetzung nicht nur mit den Ergebnissen der Analyse, sondern auch mit der Analyse selbst. Sie kann zielgerichteter rezipiert und auch kritisiert werden. Die Arbeit hat deswegen auch eine besondere methodische Relevanz. Sie ist ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Methodenlehre und zur empirischen Verankerung der rechtswissenschaftlichen Entscheidungsanalyse.

2. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands

Untersucht wird nur der Teil des Missbrauchsverbots, der sich mit der Bestimmung von missbräuchlichen Verhaltensweisen auseinandersetzt. Nicht Gegenstand der Untersuchung ist die Frage der Marktbeherrschung.²³ Die aufgezeigten Probleme sind dort weniger relevant. Die Marktbeherrschung hängt meist maßgeblich von der Marktabgrenzung ab. Diese ist aber nicht nur beim Missbrauchsverbot relevant. Vor allem in der Fusionskontrolle, aber auch im Rahmen des Kartellverbots, müssen häufig Marktabgrenzungen vorgenommen werden. Hierdurch konnte sich eine wesentlich größere Fallpraxis etablieren, als dies beim Missbrauchsverbot der Fall ist. Die dort auftretenden Probleme sind deswegen keine spezifischen Probleme von Art. 102 AEUV.

Ausgenommen von der Untersuchung sind auch alle Arten des Ausbeutungsmisbrauchs. Ausbeutungsmisbräuche haben eine geringere praktische Relevanz als Behinderungsmisbräuche. Die Überlegungen der Kommission zum *more economic approach* bei Art. 102 AEUV galten stets nur Behinderungsmisbräuchen und klammerten Ausbeutungsmisbräuche ausdrücklich aus.²⁴

23 Hierzu *Arezzo*, *Is There a Role for Market Definition and Dominance in an Effects-Based Approach?*, 2007; *Kaplow*, *International Journal of Industrial Organization* 2015, 148 ff.; *ders.*, *Harvard Law Review* 2017, 1303 ff.; *Wingarter*, *Abgrenzung des relevanten Marktes: notwendig, nützlich, überflüssig?*, 2016.

24 Vgl. *Akman*, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2009, 165 ff.

Ebenfalls nicht Gegenstand der Untersuchung ist die Frage, wie ökonomische Erkenntnisse bei der Sachverhaltsermittlung eingesetzt werden können.²⁵

3. Umsetzungs- und Entscheidungsanalyse

Die Auseinandersetzung mit dem more economic approach und der bisherigen Umsetzung von ökonomischen Erkenntnissen erfolgt anhand des Gutachtens der „Economic Advisory Group for Competition Policy“ (EAGCP)²⁶ und der Prioritätenmitteilung.²⁷ Während das Gutachten der EAGCP die Grundsätze eines more economic approach zu Art. 102 AEUV formulierte und die Kommission ein weitergehendes Diskussionspapier vorlegte, ist die Prioritätenmitteilung das einzige weiterhin gültige Dokument der Kommission, das aus dem Reformprozess zu Art. 102 AEUV hervorgegangen ist.²⁸

Anhand einer qualitativen, inhaltlich strukturierenden Entscheidungsanalyse wird untersucht, wie der more economic approach und die Prioritätenmitteilung Einfluss auf die Entscheidungspraxis der Kommission bei Untersagungsentscheidungen genommen haben. Diese Methode wird aus der inhaltlich strukturierenden Inhaltsanalyse entwickelt, die in den Sozialwissenschaften eine etablierte Methode ist. Sie ist für die Untersuchung besonders geeignet, da sie transparent und nachvollziehbar auch große Mengen an Material auf die für die Analyse notwendigen Inhalte reduziert. Diese Reduktion macht eine Analyse aller Untersagungsentscheidungen, die seit dem more economic approach durch die Kommission ergangen sind, möglich. Daneben steht eine Analyse der weiteren Entscheidungsarten und der gerichtlichen Rezeption.

Maßstab für die Bewertung der Entscheidungen ist dabei, wie die Kommission den selbst entwickelten more economic approach umgesetzt hat. Die Inhalte des more economic approach werden ermittelt anhand der Prioritätenmitteilung und des ihr zugrunde liegenden Gutachtens. Anhand dieses Maßstabs werden drei Problemkreise identifiziert:

25 Zu den dabei auftretenden Problemen vgl. *Bönisch/Inderst*, ZWeR 2020, 52 ff.; *Pohlmann* in: FS Stürner, 2013, S. 435 ff.

26 *EAGCP*, An economic approach to Article 82, 2005.

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

28 Vgl. zum Reformprozess und der Diskussion Teil B.

- (1) Die Prioritätenmitteilung ist gescheitert. Sie findet gerade in den späteren Entscheidungen keine Anwendung mehr. Das gilt insbesondere für den in ihr festgelegten Maßstab der Verbraucherwohlfahrt und die in ihr beschriebenen Fallgruppen des missbräuchlichen Verhaltens.
- (2) Die Kommission führt in den Entscheidungen eine extensive Einzelfall- und Auswirkungsanalyse durch, statt auf die eigens entwickelten vereinfachenden Kriterien aus speziellen Fallgruppen zurückzugreifen.
- (3) Die neuen Sachverhalte lassen sich von der Kategorisierung der Prioritätenmitteilung nicht fassen. Die Kriterien konnten nicht angepasst werden und sind deswegen bei neuartigen Fällen kaum handhabbar.

4. Theoretische Aufarbeitung der Ergebnisse

Die Ergebnisse der Entscheidungsanalyse sind der Maßstab, an dem sich die vorgeschlagene Weiterentwicklung des *more economic approach* messen lassen muss. Diesem Vorgehen liegt ein evolutives Verständnis von der Fortentwicklung des Rechts zugrunde.²⁹ Begreift man den *more economic approach* als Teil eines solchen evolutiven Prozesses, ist es zur Beantwortung der Forschungsfrage notwendig, zu untersuchen, ob dieser sich durchsetzen konnte und adaptiert wurde.³⁰

Für jedes identifizierte Problem wird deswegen anhand theoretischer Überlegungen eine Lösung entwickelt. Dabei kann teilweise auf die schon bestehende Forschung zurückgegriffen werden, während andere Teilaspekte bisher kaum Beachtung durch die Wissenschaft erfahren haben. Der Weiterentwicklung liegen dabei stets wissenschaftstheoretische Überlegungen zugrunde, die das Verhältnis von Recht und Ökonomie ordnen können. Ziel der Untersuchung ist die Umsetzung dieser Erkenntnisse in eine Methode. Diese enthält zu durchlaufende Arbeitsschritte, anhand derer die Nutzung ökonomischer Erkenntnisse im Rahmen der Auslegung und Konkretisierung von Art. 102 AEUV möglich gemacht wird. Die entwickelte Methode zur Umsetzung ökonomischer Erkenntnisse rückt die Bestimmung der optimalen Normkomplexität und des Konkretisierungsgrads in den Mittelpunkt der Überlegungen.

29 *Podszun* in: *Regelsetzung im Privatrecht*, 2019, S. 255, 267 f.

30 Vgl. zu dieser Sicht *Gerber*, IIC 2010, 441, 449; *Heidrich*, *Das evolutiv-systemtheoretische Paradigma in der Wettbewerbstheorie*, 2009.

IV. Stand der Forschung

Der more economic approach ist Gegenstand einer Vielzahl von Veröffentlichungen. Diese behandeln einzelne Aspekte der hier gestellten Forschungsfrage. Viele der Beiträge stammen aber aus der Zeit, in der der more economic approach durch die Europäische Kommission entwickelt und eingeführt wurde. Es fehlt an einer vollständigen und methodenbasierten Aufarbeitung des more economic approach und der auf ihn folgenden Entscheidungspraxis. Eine Weiterentwicklung auf dieser Grundlage ist bisher nicht Gegenstand einer umfassenden Darstellung.

Ein Großteil der Forschung zum more economic approach (auch bei Behinderungsmissbräuchen) setzt sich mit der Frage auseinander, welchen Schutzzweck das europäische Kartellrecht hat oder haben sollte.³¹ Diese Fragestellung wird von der hier verfolgten Forschungsfrage größtenteils ausgeklammert und spielt nur am Rande eine Rolle. Stattdessen liegt der Schwerpunkt auf der Einbeziehung ökonomischer Erkenntnisse unabhängig davon, welcher Schutzzweck dem europäischen Kartellrecht zugrunde liegt.

31 *Hildebrand*, The role of economic analysis in EU competition law, 2016, S. 87 ff.; *Künzler*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?, 2012; *Schmidchen*, Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik: Für einen "more economic approach", 2004; *ders.*, WuW 2006, 6 ff.; *Kirchner* in: The more economic approach to European competition law, 2007, S. 7 ff.; *Schroeder* in: Competition policy and the economic approach, 2011, S. 279 ff.; *Wolters*, Die rechtsstaatlichen Grenzen des "more economic approach" im Lichte der europäischen Rechtsprechung, 2015; *Zäch*, IIC 2009, 623 ff.; *Budzinski*, Wettbewerbsfreiheit und More Economic Approach: wohin steuert die Europäische Wettbewerbspolitik?, 2007; *Paul*, Behinderungsmissbrauch nach Art. 82 EG und der "more economic approach", 2008, S. 73 ff.; *Ahlborn/Grave*, Competition Policy International 2006, 197 ff.; *Chirita*, World Competition 2010, 417 ff.; *Cseres*, The Competition Law Review 2007, 121 ff.; *Daskalova*, The Competition Law Review 2015, 131 ff.; *Farrell/Katz*, Competition Policy International 2006, 3 ff.; *Gormsen*, European Competition Journal 2007, 329 ff.; *Kaplow*, On the Choice of Welfare Standards in Competition Law, 2011; *Orbach*, Journal of Competition Law & Economics 2011, 133 ff.; *Pera/Auricchio*, European Competition Journal 2005, 153 ff.; *Vanberg*, ORDO 52 (2001), 37 ff.; *ders.* in: Competition policy and the economic approach, 2011, S. 44 ff.; *Werden*, Essays on Consumer Welfare and Competition Policy, 2009; *Zimmer* in: European competition law annual, 2008, S. 103 ff.; *Akman*, The concept of abuse in EU competition law, 2012, S. 30 ff.; *Albæk*, Consumer Welfare in EU Competition Policy, 2013; *Pera*, Changing Views of Competition and EC Antitrust Law, 2008; *Brömmelmeyer* in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.) Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV Band III, 2017, Art. 102 AEUV Rn. 13 ff.; *Gormsen*, A principled approach to abuse of dominance in European competition law, 2010, S. 20 ff.; *Bejček*, Legal studies and practice journal 2006, 370 ff.

Speziell zum Bereich der Missbrauchsaufsicht und der Behinderungsmissbräuche existiert mit der Monographie von *Wurmnest* „Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch“ eine umfangreiche Analyse des *more economic approach* in diesen Teilgebieten des Kartellrechts. Allerdings überschneidet sich diese Analyse kaum mit der hier angestrebten Beantwortung der Forschungsfrage. Die Monographie ist aus dem Jahr 2012 und konnte damit den Großteil des hier zu untersuchenden Fallmaterials nicht berücksichtigen. Außerdem legt *Wurmnest* methodisch den Schwerpunkt auf eine rechtsvergleichende Analyse.³² Diese betrifft nicht die hier aufgeworfenen methodischen Fragestellungen.

Es existieren vereinzelte Analysen der bisherigen Fallpraxis der Europäischen Kommission zu Behinderungsmissbräuchen im Lichte des *more economic approach*. Die umfangreichste Untersuchung von *Akman*³³ liegt jedoch ebenfalls schon einige Zeit zurück und konnte deswegen wichtige Fälle nicht berücksichtigen. Die vorliegende Arbeit deckt die Entscheidungsanalyse umfassender ab, als dies in kürzeren Beiträgen der Fall ist. Dies ermöglicht auch, die Entscheidungsanalyse anhand einer eigenen Methodik durchzuführen und damit die für die hier gestellte Forschungsfrage relevanten Aspekte identifizieren und bewerten zu können.

Die gestellte Forschungsfrage zur Nutzbarmachung ökonomischer Erkenntnisse fragt nach einer integrativen Methode. Hierzu finden sich vor allem in der Ökonomie³⁴ selbst nur vereinzelte „Inseln“ an Forschung. Besonders relevant für die vorliegende Arbeit ist die ökonomische Forschung zur optimalen Regelkomplexität. Hier finden sich einige Veröffentlichungen, auf die aufgebaut werden kann.³⁵ Für das Kartellrecht besonders relevant sind der Beitrag von *Christiansen/Kerber*³⁶ sowie die Beiträge von

32 So ebenfalls: *Galle*, Ein wirtschaftlicher Ansatz im Kartellrecht, 2010; *Zalewska-Glogowska*, The More Economic Approach under Article 102 TFEU, 2017.

33 *Akman*, Antitrust Law Journal 2016, 145 ff.

34 Aus der juristischen Perspektive *Borlini*, European Competition Journal 2009, 409 ff.

35 *Schmidt*, Wie ökonomisch ist der "more economic approach"? Einige kritische Anmerkungen aus ordnungsökonomischer Sicht, 2006; *ders.*, Per-se-Rule, Rule of Reason und der "more economic approach", 2007; *Schmidt/Voigt*, ORDO (58) 2007, 33 ff.; *van Wijck*, European Competition Journal 2021, 1 ff.; *Kerber* in: Internationalisierung des Rechts und seine ökonomische Analyse, 2008, S. 489 ff.; *Beckner/Salop*, Antitrust Law Journal 1999, 41 ff.; *Joskow*, Journal of Law, Economics, and Organization 2002, 95 ff.; *Kaplow*, The Journal of Law, Economics, and Organization 1995; *Katsoulacos/Avdasheva/Golovanova*, European Competition Journal 2016, 277 ff.; *Woodcock*, Minnesota Law Review 2021, 2095 ff.

36 *Christiansen/Kerber*, Journal of Competition Law & Economics 2006, 215 ff.

Schmidt und *Voigt*.³⁷ Die Arbeit nutzt somit auch Erkenntnisse der ökonomischen Analyse des Rechts und baut auf deren theoretischen Grundlagen auf, wie sie beispielsweise *Eidenmüller*³⁸ erarbeitet und darstellt. Hervorzuheben ist auch die Arbeit von *Künzler*³⁹, die grundlegende Überlegungen zum Verhältnis von Kartellrecht und Ökonomie anstellt.

Es fehlt weiterhin an einer einheitlichen Methode, die verschiedene Ansätze kombiniert und integriert. Gleichzeitig ist der Großteil der vorliegenden Veröffentlichungen ökonomische Forschung. Es fehlt hierbei noch an der Umsetzung dieser Erkenntnisse in Handlungsanweisungen für einzelne Fälle und an der Entwicklung von abstrakten Regeln. Die Überlegungen bleiben theoretischer Natur und sind nicht praktisch umsetzbar. Diese Lücke soll die vorliegende Arbeit schließen. Bestehende Überlegungen werden mit eigenen kombiniert und in ein Gesamtkonzept überführt, anhand dessen ökonomische Erkenntnisse praktisch für die Auslegung und Konkretisierung von Art. 102 AEUV nutzbar gemacht.

V. Gang der Darstellung

Die Arbeit gliedert sich in fünf Teile, die zur Beantwortung der Forschungsfrage und Durchführung der Methode erforderlich sind.

Zu Beginn steht die Darstellung des *more economic approach* anhand des Gutachtens der EAGCP und der Prioritätenmitteilung (B.). Dabei werden deren Inhalte dargestellt, da sie als Grundlage und Maßstab für die Entscheidungsanalyse dienen. Gleichzeitig ist es möglich, anhand dieser Dokumente den Prozess zu untersuchen, anhand dessen die Kommission die ökonomischen Erkenntnisse aus dem Gutachten in formale Regeln in der Prioritätenmitteilung übersetzt hat. Hierbei werden erste Defizite des *more economic approach* identifiziert.

Hierauf folgt die Entscheidungsanalyse, die sich mit der Umsetzung des *more economic approach* auseinandersetzt. Die Entscheidungsanalyse enthält eine ausführliche Darstellung und Herleitung der inhaltlich strukturierenden Entscheidungsanalyse als neu geschaffener Methode (C.). Darauf folgen der Materialdurchlauf der Untersagungsentscheidungen der

37 *Schmidt/Voigt*, ORDO (58) 2007, 33 ff.; *Schmidt*, *Per-se-Rule, Rule of Reason* und der "more economic approach", 2007; *ders.*, *Wie ökonomisch ist der "more economic approach"?* Einige kritische Anmerkungen aus ordnungsökonomischer Sicht, 2006.

38 *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 2015.

39 *Künzler*, *Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?*, 2012.

Kommission und die Darstellung und Besprechung der Ergebnisse. Dabei werden auch weitere Entscheidungsarten analysiert und die Ergebnisse zusammengeführt (D.).

Der vierte Teil (E.) enthält die theoretische Auseinandersetzung mit den so identifizierten Defiziten. Anhand dieses Maßstabes werden die essentiellen Bestandteile einer Weiterentwicklung des more economic approach ausgestaltet.

Zuletzt (F.) werden diese Erkenntnisse in einzelne Arbeitsschritte übersetzt, die es möglich machen, ökonomische Erkenntnisse im Rahmen der Auslegung und Konkretisierung von Art.102 AEUV nutzbar zu machen. Die so entwickelte Methode wird außerdem anhand eines Anwendungsbeispiels zur Verdeutlichung selbst durchgeführt.

Die wesentlichen Ergebnisse werden abschließend zusammengefasst (G.).

B. Der more economic approach: Art. 102 AEUV und ökonomische Erkenntnisse

Im ersten Schritt auf dem Weg zur Beantwortung der Forschungsfrage wird die Rolle ökonomischer Erkenntnisse in der europäischen Rechtspraxis zu Art. 102 AEUV untersucht. Im Mittelpunkt steht der more economic approach, ein Reformprozess, mit dem sich die Europäische Kommission selbst eine stärkere ökonomische Ausrichtung als Ziel gesetzt hat. Es stellt sich die Frage, wie die Europäische Kommission im Zuge des more economic approach ökonomische Erkenntnisse umgesetzt hat. Anhand dessen wird bewertet, ob die Europäische Kommission damit die vor dem Reformprozess aufgeworfenen Probleme adressieren konnte und mit welchen neuen Problemen diese Umsetzung behaftet ist. Diese Frage betrifft sowohl die von ihr entwickelten Regeln in Form der Prioritätenmitteilung (dazu hier) als auch ihre Entscheidungspraxis (dazu C.). Nach einer kurzen historischen Einführung zur Missbrauchsaufsicht (hierzu I.), folgt die Darstellung des more economic approach in der Missbrauchsaufsicht (hierzu II.). Dem schließt sich eine Analyse dessen konzeptioneller Schwächen an (hierzu III.).

Die Darstellung der Prioritätenmitteilung und ihrer Entstehungsgeschichte dient einem doppelten Zweck. Zunächst kann schon anhand dieser bewertet werden, wie die Europäische Kommission ökonomische Erkenntnisse für Art 102 AEUV nutzbar gemacht hat. Die Inhalte des more economic approach bei Art. 102 AEUV und insbesondere der Prioritätenmitteilung dienen aber auch als Maßstab für die anschließende Entscheidungsanalyse (dazu C.). Im Rahmen der Entscheidungsanalyse wird untersucht, wie die Kommission den von ihr selbst entwickelten more economic approach umgesetzt hat. Dabei muss auf dessen Inhalte zurückgegriffen werden.

I. Missbrauchsaufsicht vor dem more economic approach

Die Missbrauchsaufsicht ist seit dem Abschluss der Römischen Verträge von 1957 im europäischen Primärrecht verankert. Ihre Entstehungsgeschichte und Entwicklung sind wesentlich für ein Verständnis des more

economic approach. Aus ihr ergeben sich die Defizite, die durch den more economic approach behoben werden sollten. Verdeutlicht wird dies anhand der Behandlung von Rabattsystemen.

1. Ursprung der europäischen Missbrauchsaufsicht

Art. 86 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) von 1957 enthielt die zu Art. 82 EGV und 102 AEUV wortgleiche Bestimmung zur Missbrauchsaufsicht. Wie es zu der konkret gewählten Formulierung kam, ist nicht eingehend erforscht.⁴⁰ Es werden verschiedene Einflüsse auf die Entstehung der Norm diskutiert. Die Regelung weist einen ähnlichen Wortlaut auf wie Art. 66 Abs. 7 des 1951 verfassten Vertrages von Paris zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS). Mangels vergleichbarer Regelungen in den europäischen Staaten diente diese Bestimmung als Vorbild.⁴¹ Allerdings kam Art. 66 Abs. 7 des EGKS-Vertrages nie zur Anwendung, sodass der Einfluss sich nicht über den Wortlaut hinaus auf die Anwendungspraxis erstrecken konnte.⁴² Die Diskussionen um den Spaak Report von 1956 legen nahe, dass Art. 86 EWG nur auf Ausbeutungsmissbräuche oder Diskriminierungen Anwendung finden sollte und Behinderungsmissbräuche nicht erfasst sein sollten.⁴³ Umstritten ist, wie stark die Einflüsse des ordoliberalen Denkens⁴⁴ oder des Sherman Acts waren.⁴⁵

In den Jahren nach den Römischen Verträgen wendete die Europäische Kommission Art. 86 EWG praktisch nicht an. Als Erklärung dafür dienen zum einen Schwierigkeiten bei der Definition des Missbrauchsbegriffes.⁴⁶ Zum anderen wird angeführt, dass die Kommission aus politischen Gründen zurückhaltend war. Der Prozess der europäischen wirtschaftlichen In-

40 *O'Donoghue/Padilla*, The law and economics of article 102 TFEU, 2020, S. 76; es finden sich jedoch Erkenntnisse dazu bei *Akman*, Oxford Journal of Legal Studies 2009, 267 ff.; *Schweitzer* in: European competition law annual, 2008, S. 119, 119 ff.

41 *O'Donoghue/Padilla*, The law and economics of article 102 TFEU, 2020, S. 80.

42 *O'Donoghue/Padilla*, The law and economics of article 102 TFEU, 2020, S. 84.

43 *O'Donoghue/Padilla*, The law and economics of article 102 TFEU, 2020, S. 81.

44 Hierzu *Behrens*, Wirtschaft und Wettbewerb 2018, 354 ff.; *ders.* in: Abusive practices in competition law, 2018, S. 5, 5 ff.

45 *O'Donoghue/Padilla*, The law and economics of article 102 TFEU, 2020, S. 77 ff., 81 ff.

46 *O'Donoghue/Padilla*, The law and economics of article 102 TFEU, 2020, S. 84.

tegration sei nur mit Hilfe nationaler Champions möglich gewesen, die ein Gegengewicht zu ausländischen Unternehmen darstellten.⁴⁷

2. Definition des Missbrauchsbegriffes: Hoffmann-La Roche

Erst 1966 veröffentlichte die Kommission mit dem „Memorandum on Concentration“ eine erste Stellungnahme zur Auslegung des Missbrauchsverbotes.⁴⁸ In der Folgezeit ergingen erste Entscheidungen der Europäischen Kommission und der Europäischen Gerichte, die den Missbrauchsbegriff erstmals konturieren konnten. In der Entscheidung Hoffmann-La Roche definierte der EuGH grundlegend den Missbrauchstatbestand.

„The concept of abuse is an objective concept relating to the behaviour of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market where, as a result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is weakened and which, through recourse to methods different from those which condition normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition.“⁴⁹

Ein beherrschendes Unternehmen verhält sich demnach missbräuchlich, wenn es Mittel einsetzt, die von denen des normalen Leistungswettbewerbs abweichen, und damit den Restwettbewerb einschränkt oder dessen Entwicklung behindert. Diese Definition findet sich auch in aktuelleren Entscheidungen der Europäischen Kommission und der europäischen Gerichte.⁵⁰ Zumindest für Behinderungsmisbräuche stellt diese Definition eine Konkretisierung der Generalklausel des Art. 102 AEUV dar. Für die Anwendung auf einzelne Verhaltensweisen stellen sich jedoch eine Reihe weiterer Fragen: Was ist normaler Leistungswettbewerb? Welchen Effekt muss das Verhalten nach sich ziehen? Welche Anforderungen sind an den Nachweis zu stellen?

47 *O'Donoghue/Padilla*, The law and economics of article 102 TFEU, 2020, S. 84.

48 *O'Donoghue/Padilla*, The law and economics of article 102 TFEU, 2020, S. 84.

49 EuGH, 13.2.1979, Rs. 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Rz. 91 – *Hoffmann-La Roche*.

50 Statt aller Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 377 – *Qualcomm (Exclusivity payments)*; Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 728 ff. – *Google Android*; EuGH, 6.9.2017, Rs. C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, Rz. 135 – *Intel*.

Der EuGH konkretisiert diese Definition zumindest im Hinblick auf die bedingten Treuerabatte, die Gegenstand der Entscheidung waren. Hoffmann-La Roche gewährte Abnehmern seiner Vitamine Rabatte auf die (halb)jährlichen Gesamtkäufe, wenn diese ihren Bedarf komplett oder größtenteils bei Hoffmann-La Roche bedienten. Derart gestaltete Treuerabatte stellen nach dem EuGH kein Mittel des normalen Leistungswettbewerbs dar, da sie im Gegensatz zu Mengenrabatten dazu dienen, dass die Abnehmer nicht die Produkte von Konkurrenten beziehen.⁵¹ Sie haben außerdem den Effekt, dass zwei Abnehmer für die gleiche Menge unterschiedliche Preise bezahlen, abhängig davon, ob sie damit ihren gesamten Bedarf bedienen.⁵² Diese Feststellungen trifft der EuGH in einer ähnlichen Kürze wie hier und ohne Bezug auf ökonomische Erkenntnisse. Der tatsächliche oder mögliche Effekt der Verhaltensweise auf den Wettbewerb wird nicht weiter untersucht. Stattdessen stellt sich nur die Frage, ob es sich auch tatsächlich um Treuerabatte und nicht um Mengenrabatte handelt.⁵³ Dieser Ansatz wird später als „form based approach“ beschrieben, da das Verhalten alleine deswegen als missbräuchlich angesehen wird, weil es einer bestimmten Fallgruppe angehört. Die tatsächlichen Auswirkungen spielen keine Rolle. Stattdessen geht der EuGH mit knapper Begründung davon aus, dass grundsätzlich alle Treuerabatte missbräuchlich sind.⁵⁴

3. Weitere Konkretisierungen

Die Folgezeit ist geprägt von Entscheidungen, die die Anforderungen für verschiedene Verhaltensweisen weiter konkretisieren.

In den Entscheidungen Michelin I⁵⁵, II⁵⁶ und British Airways⁵⁷ beschäftigte sich der EuGH ebenfalls mit Rabattsystemen. Eine klare Zuordnung zu den Kategorien der Treue- und Mengenrabatte, wie in Hoffmann-La Roche vorgenommen, war dabei nicht möglich. Nach dem EuGH ist des-

51 EuGH, 13.2.1979, Rs. 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Rz. 90 – *Hoffmann-La Roche*.

52 EuGH, 13.2.1979, Rs. 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Rz. 90 – *Hoffmann-La Roche*.

53 EuGH, 13.2.1979, Rs. 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Rz. 92 ff. – *Hoffmann-La Roche*.

54 EuGH, 13.2.1979, Rs. 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Rz. 89 ff. – *Hoffmann-La Roche*.

55 EuGH, 9.11.1983, Rs. 322/81, ECLI:EU:C:1983:313 – *Michelin I*.

56 EuGH, 30.7.2003, Rs. T-203/01, ECLI:EU:T:2003:250 – *Michelin II*.

57 EuGH, 15.03.2007, Rs. C-95/04 P, ECLI:EU:C:2007:166 – *British Airways/Kommission*.

wegen eine Würdigung der Gesamtumstände erforderlich, um zu bestimmen, ob es sich bei den Rabattsystemen um Treuerabatte handelt.⁵⁸

In der Entscheidung AKZO⁵⁹ entwickelte der EuGH die Maßstäbe für die Beurteilung von Kampfpreisen. Für die Missbräuchlichkeit von Preisen streitet dabei eine Vermutung, wenn diese unter den durchschnittlichen variablen Kosten liegen (average variable costs – AVC).⁶⁰ Auch Preise, die unter den durchschnittlichen Gesamtkosten (average total cost – ATC) liegen, können missbräuchlich sein, wenn sie Teil einer Strategie sind, um Wettbewerber zu verdrängen.⁶¹ In British Sugar⁶² übertrug der EuGH diese Rechtsprechung auch auf die Kosten-Preis-Schere, die später Gegenstand mehrerer Entscheidungen im Telekommunikationsbereich wurde.

Die Europäische Kommission etablierte außerdem eine Praxis zu Lieferverweigerungen. Der EuGH entwickelte hierzu in Bronner Kriterien, unter denen eine Lieferverweigerung als missbräuchlich anzusehen ist. In den Entscheidungen Volvo⁶³, Magill⁶⁴ und IMS Health⁶⁵ entwickelte der EuGH diese für Sachverhalte weiter, in denen Zugang zu Immaterialgüterrechten begehrt wird.

4. Anlass zur Reform

Die Anwendung des Missbrauchsverbots auf diese unterschiedlichen Sachverhalte offenbarte mehrere Probleme, die zur Reform im Zuge des more economic approach führten.

Es fehlte an einem einheitlichen Standard für die Beurteilung, welche Verhaltensweisen als missbräuchlich anzusehen sind. Die allgemeinen Definitionen waren zu abstrakt und nicht handhabbar. Die Konkretisierungen waren nur auf die jeweils entschiedenen Einzelfälle anwendbar. Allerdings gab es nur eine geringe Anzahl von Entscheidungen, aus denen sich kein

58 EuGH, 15.03.2007, Rs. C-95/04 P, ECLI:EU:C:2007:166, Rz. 67 ff. – *British Airways/Kommission*.

59 EuGH, 3.7.1991, Rs. C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286 – *AKZO*; dazu Anmerkung *Hau-cap*, *Wirtschaft und Wettbewerb* 2021, 448, 448 ff.

60 EuGH, 3.7.1991, Rs. C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286, Rz. 71 – *AKZO*.

61 EuGH, 3.7.1991, Rs. C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286, Rz. 72 – *AKZO*.

62 EuGH, 29.4.2004, Rs. C-359/01 P, ECLI:EU:C:2004:255 – *British Sugar*.

63 EuGH, 5.10.1988, Rs. 238/87, ECLI:EU:C:1988:477 – *Volvo*.

64 EuGH, 6.4.1995, Rs. C-241/91 P und C-242/91 P, ECLI:EU:C:1995:98 – *Magill*.

65 EuGH, 29.4.2004, Rs. C-418/01, ECLI:EU:C:2004:257 – *IMS Health*.

allgemeiner Rechtsrahmen ableiten ließ oder die genügend unterschiedliche Verhaltensweisen erfassten.⁶⁶

Dies ist umso problematischer, als theoretisch jede unter anderen Umständen legale Verhaltensweise missbräuchlich sein kann, wenn sie von einem marktbeherrschenden Unternehmen unternommen wird. Die Grenzen des Missbrauchsverbots waren damit nicht klar umrissen und die betroffenen Unternehmen konnten ihr Verhalten nicht entsprechend anpassen.⁶⁷ Es fehlte an Rechtssicherheit. Das zeigt die Rechtsprechung des EuGH zu Rabattsystemen. Die Differenzierung zwischen Treue- und Mengenrabatten in Hoffmann-La Roche half den Unternehmen nicht weiter, die Rabattsysteme einzusetzen, die sich diesen Kategorien nicht zuordnen ließen. Die darauf folgenden Urteile verwiesen wiederum auf eine Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls.

Hinzu kam die Kritik, dass die bisherige Praxis nicht klar zwischen Wettbewerberschutz und Wettbewerbsschutz differenzierte und damit zu höheren Preisen bei den Verbrauchern führe.⁶⁸ Dies galt insbesondere auch für die Praxis zu den Rabattsystemen. Hier fehlte es an einer Erklärung, warum den Verbrauchern die niedrigeren Preise, die durch die Rabatte möglich wären, durch ein Verbot vorenthalten werden. Von diesem Verbot profitierten nach dieser Kritik vor allem die Wettbewerber, die nicht in den Preiswettbewerb treten müssen.

Zuletzt offenbarte sich ein grundlegender Unterschied zum Kartellverbot und der Fusionskontrolle. Diese standen bereits unter dem Einfluss des more economic approach und räumten damit ökonomischen Erkenntnissen Raum ein, während ähnliche oder gleiche Ansätze bei der Missbrauchsaufsicht ignoriert wurden.⁶⁹ Dies führte zu einem uneinheitlichen Umgang mit ähnlichen Phänomenen. Als Beispiel können auch hier die Rabattsysteme dienen. Im Rahmen von Art. 101 AEUV war bereits anerkannt, dass Exklusivitätsbindungen sogar wettbewerbsfördernde Effekte haben, die in die Würdigung einbezogen werden müssen.⁷⁰ Währenddessen galt für Art. 102 AEUV ein per-se Verbot von Treuerabatten.

Die Kommission nahm diese Kritikpunkte zur Kenntnis. Im Zuge des more economic approach, mit dem sie zuvor auch die anderen Säulen

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

67 O'Donoghue/Padilla, *The law and economics of article 102 TFEU*, 2020, S. 88.

68 Vgl. Fox, *World Competition* 2003, 149 ff.

69 Vickers, *Abuse of market power*, Speech to the 31st conference of the European Association for Research in Industrial Economics, 2004.

70 O'Donoghue/Padilla, *The law and economics of article 102 TFEU*, 2020, S. 90.

des Kartellrechts reformierte, wollte sie diese grundlegenden Probleme beheben.

II. Der more economic approach in der Missbrauchsaufsicht

Der more economic approach als Antwort auf die Probleme der Missbrauchsaufsicht erreichte diese, nachdem er schon zu Reformen bei Art 101 AEUV und der Fusionskontrollverordnung (FKVO) geführt hatte. Der Reformprozess war bei Art. 102 AEUV aber von größeren Schwierigkeiten geprägt. Die Kommission konnte keine Leitlinien entwickeln. Die Bemühungen mündeten lediglich in der sog. Prioritätenmitteilung.

1. Die Entwicklung des more economic approach

Der more economic approach bezeichnet eine Zielsetzung und Verwaltungspraxis, ausgehend von der Europäischen Kommission, die eine stärkere Berücksichtigung ökonomischer Erkenntnisse bei der Kartellrechtsanwendung anstößt.⁷¹ Die Europäische Kommission entwickelte diesen Ansatz sukzessive für alle Teilgebiete des Kartellrechts.

Der more economic approach schlägt sich in verschiedenen Veröffentlichungen der Europäischen Kommission und Rechtsakten nieder. Im Jahr 1997 veröffentlichte die Europäische Kommission das sog. „Grünbuch vertikale Wettbewerbsbeschränkungen“.⁷² Das Format des Grünbuchs verwendet die Europäische Kommission, um eine Diskussion zu den darin enthaltenen Vorschlägen auszulösen und um diese – je nach Ergebnis – in verbindliche Rechtsakte zu überführen.⁷³ So auch in diesem Fall als 1999 und 2000 die Gruppenfreistellungsverordnung⁷⁴ und die Leitlinien zu

71 Albers in: Marktmacht und Missbrauch, 2007, II.

72 Europäische Kommission, Grünbuch vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, 1997.

73 Vgl. die Definition im Glossary of summaries: https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/green_paper.html.

74 Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen.

vertikalen Beschränkungen⁷⁵ in Kraft traten.⁷⁶ 2001 folgten Leitlinien⁷⁷ zur horizontalen Zusammenarbeit.⁷⁸

Im gleichen Jahr stellte die Europäische Kommission das Grünbuch zu einer neuen Fusionskontrollverordnung vor.⁷⁹ Das Grünbuch mündete in der neuen Fusionskontrollverordnung.⁸⁰ Diese zeichnete sich durch die Neugestaltung des Eingriffstatbestandes nach Art. 2 Abs. 3 FKVO (sog. SIEC-Test) aus.⁸¹ Ebenfalls im Jahr 2004 veröffentlichte sie Leitlinien für horizontale Zusammenschlüsse⁸², eine GVO⁸³ und Leitlinien für den Technologietransfer⁸⁴ sowie Leitlinien zu Effizienzvorteilen bei Art. 81 Abs. 3 EGV.⁸⁵ Der more economic approach brachte unter anderem mit der neuen Funktion des Chief Economist 2003 auch institutionelle Veränderungen mit sich.⁸⁶

Als letzte Säule des Kartellrechts sollte der more economic approach auch auf die Missbrauchsaufsicht nach Art. 102 AEUV erstreckt werden. Am 24.6.2005 zirkulierte die Europäische Kommission nach Einholung eines

75 Europäische Kommission, Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, 2000/C 291/01.

76 Vgl. *Wish*, *Common Market Law Review* 2000, 887 ff.

77 Europäische Kommission, Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, 2001/C 3/02.

78 *Wirtz/Möller*, *WuW* 2006, 226; *Wurmnest*, *Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch*, 2012, S. 201 f.

79 Europäische Kommission, Grünbuch über die Revision der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates, 2001.

80 Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen.

81 *Wurmnest*, *Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch*, 2012, S. 202; *Budzinski*, *European Competition Journal* 2006, 119 ff.

82 Europäische Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, 2004/C 31/03.

83 Verordnung (EG) Nr. 772/2004 der Kommission vom 27. April 2004 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen.

84 Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 EG-Vertrag auf Technologietransfer-Vereinbarungen, 2004/C 101/02.

85 Europäische Kommission, Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 EG-Vertrag, 2004/C 101/08.

86 *Witt*, *The more economic approach to EU antitrust law*, 2016, S. 47 ff.; *Roeller/Stehmann*, *Review of Industrial Organization* 2006, 81, 284; *Röller* in: *Modelling European mergers*, 2005, 14 ff.

Gutachtens der „Economic Advisory Group on Competition Policy“⁸⁷ (EAGCP) an die Mitgliedstaaten ein nicht öffentliches Diskussionspapier, welches in seiner endgültigen Form am 19.12.2005 auf der Webseite der Kommission veröffentlicht wurde.⁸⁸ Das Diskussionspapier beinhaltet Vorschläge der Kommission zur Anwendung von Art. 82 EG auf „exclusionary abuses“ – also auf Behinderungsmissbräuche. Das Diskussionspapier war ein Entwurf für Leitlinien zur Anwendung von Art. 82 EG, wurde jedoch nie in solche überführt. Stattdessen veröffentlichte die Europäische Kommission 2009 die „Mitteilung der Kommission – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen“ (Prioritätenmitteilung).⁸⁹

2. Das Gutachten der EAGCP

Ausgangspunkt für die Entwicklung des more economic approach bei Behinderungsmissbräuchen war das Gutachten der EAGCP.

Die Europäische Kommission beauftragte sieben Industrieökonom⁹⁰ mit der Ausarbeitung von Vorschlägen für eine Reform von Art. 102 AEUV, die einen economic approach umsetzen soll. Das Gutachten definiert die grundlegenden Inhalte des more economic approach bei Behinderungsmissbräuchen und ist deswegen auch von besonderer Bedeutung für die Entscheidungsanalyse, da die später veröffentlichte Prioritätenmitteilung diese Grundsätze nicht in gleichem Maße definiert. Gleichzeitig lässt der Abgleich mit der Prioritätenmitteilung Rückschlüsse darauf zu, wie die europäische Kommission bei der Umsetzung wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse verfahren ist.

Das Gutachten wurde 2005 veröffentlicht und umfasst 53 Seiten.⁹¹ Es ist in drei Teile untergliedert. Zunächst behandelt es die Grundlagen eines more economic approach (I.), stellt dann Theorien der Marktverschließung

87 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. III ff.

88 Europäische Kommission, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 2005; Wirtz/Möller, WuW 2006, 226, 226 f.

89 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.

90 Jordi Gual, Martin Hellwig, Anne Perrot, Michele Polo, Patrick Rey (Koordinator), Klaus Schmidt, Rune Stenbacka.

91 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005.

vor (2.), um diese im letzten Schritt auf einzelne Verhaltensweisen zu übertragen (3.).

a. Grundlagen des more economic approach

Als Grundlagen eines more economic approach identifiziert die EAGCP die Einführung eines effects based approach, die Verbraucherwohlfahrt als Maßstab des Missbrauchsrechts sowie eine Anpassung der Verfahrensregeln.

aa. Effects based approach

Der Übergang von einem form based approach zu einem effects based approach soll die faktenbasierte Kartellrechtsanwendung gewährleisten. Der form based approach stelle allein auf die Art eines unternehmerischen Verhaltens ab, um dessen Missbräuchlichkeit zu beurteilen, so dass bspw. bedingte Treuerabatte stets als missbräuchlich anzusehen sind.⁹² Im Gegensatz dazu verlange der effects based approach, dass in jedem Einzelfall die konkreten Folgen des potenziell missbräuchlichen Verhaltens ermittelt werden. Die Auswirkungen sollen dabei anhand von Fakten, verlässlicher ökonomischer Erkenntnisse und Empirie nachgewiesen werden.⁹³ Sowohl ein „underenforcement“ wie auch ein „overenforcement“ könnten laut Gutachten damit vermieden werden, da das Kartellrecht nur in den Fällen eingreifen würde, in denen tatsächlich die Verbraucherwohlfahrt betroffen sei.⁹⁴

bb. Verbraucherwohlfahrt

Laut Gutachten sollte der Schutzgegenstand des Missbrauchsverbots die Verbraucherwohlfahrt sein. Der Verbraucherschaden als Maßstab für die Beurteilung stelle sicher, dass das Missbrauchsverbot nicht die Wettbewerber schützt. Der Zweck des Wettbewerbs sei es, gerade der Marktgegenseite

92 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. 5.

93 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. 3.

94 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. 5 ff.

und den Verbrauchern positive Ergebnisse zu liefern.⁹⁵ Es obliege der Wettbewerbsbehörde, den Verbraucherschaden im Sinne eines effects based approach zu ermitteln.⁹⁶

Bei Ermittlung der Verbraucherwohlfahrt solle sich eine Wettbewerbsbehörde jedoch nicht auf kurzfristige Effekte beschränken. Sie solle auch zukünftige Entwicklungen berücksichtigen, auch wenn sie unsicher und schwerer zu bestimmen sind.⁹⁷ Genauso müssten ambivalente Effekte berücksichtigt und aufgewogen werden.⁹⁸

Die EAGCP geht noch weiter und fordert einen grundsätzlich „non-dirigiste“ Ansatz. Danach sollen Eingriffe nur zurückhaltend erfolgen. Der Wettbewerb an sich solle nicht – oder nur in wenigen Ausnahmefällen – reguliert werden. Eingriffe im Rahmen der Missbrauchsaufsicht sollten sich nur auf Marktverschließungseffekte beziehen, also auf Fälle, in denen der Zugang zum Wettbewerb unterbunden wird.⁹⁹

cc. Verfahren

Die dargestellten Grundsätze wirken sich auch auf das Verfahren zur Bestimmung der Missbräuchlichkeit aus.

Die Wettbewerbsbehörde solle in dem Verfahren den wettbewerblichen Schaden auf Grundlage einer konsistenten und überprüfbaren Darstellung identifizieren (sog. „story“). Diese Darstellung solle auf Fakten und einer ökonomischen Analyse basieren. Effizienzgewinne müssten ebenso berücksichtigt werden.¹⁰⁰ Es solle auf in der ökonomischen Forschung etablierte Modelle zurückgegriffen und nur in Ausnahmefällen eigene entwickelt werden.¹⁰¹

Der separaten Bestimmung der Marktbeherrschung solle weniger Bedeutung als zuvor zukommen. Die Marktbeherrschung sei automatisch dann gegeben, wenn einem Unternehmen die Verursachung eines wettbewerblichen Schadens nachgewiesen werden kann.¹⁰² Eine solche Verursachung setze voraus, dass das Unternehmen die Marktmacht hat, die anderen

95 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. 7 f.

96 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. 8 f.

97 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. 9 f.

98 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. 10.

99 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. 11 f.

100 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. 13.

101 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. 13.

102 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. 14.

Marktteilnehmer den eigenen Verhaltensweisen auszusetzen. Die Bestimmung der Marktmacht solle aber nicht gänzlich wegfallen, sondern wäre weiterhin Teil der Darstellung des wettbewerblichen Schadens.

Das Gutachten regt auch einen flexiblen Umgang mit der Darlegungs- und Beweislast an. Diese solle grundsätzlich die Wettbewerbsbehörde tragen. Es genüge allerdings, wenn diese zunächst zeigt, dass Umstände vorliegen, nach denen nach bisheriger ökonomischer Theorie eine missbräuchliche Verhaltensweise vorliegt. Das betroffene Unternehmen müsste dann eine Gegendarstellung entwickeln und die eigenen unternehmensbezogenen Daten vorlegen.¹⁰³

b. Theorien der Marktverschließung

Bei der Bestimmung des wettbewerblichen Schadens soll nach dem Gutachten das Kartellrecht den Fokus auf die Verhinderung einer Marktverschließung („exclusion“) legen. Mit Marktverschließung sind Effekte gemeint, die tatsächliche oder potentielle Wettbewerber vom Markt ausschließen.¹⁰⁴ Dabei differenziert das Gutachten nicht nur zwischen verschiedenen Verhaltensweisen, sondern auch danach, in welchem Verhältnis das Unternehmen zu dem Markt steht, auf dem sich dessen Verhaltensweise auswirkt. Dabei soll das Gutachten auf Grundlage des aktuellen Stands der ökonomischen Forschung die allgemeinen Voraussetzungen darstellen, die zu einer Marktverschließung in der jeweiligen Konstellation führen können.¹⁰⁵

aa. Gleicher Markt

Eine Marktverschließung auf dem gleichen Markt finde immer in zwei Zeitabschnitten statt. Zu Beginn stehe eine sog. „sacrifice-period“, in der das Unternehmen zu Lasten der Wettbewerber Verluste hinnimmt. Darauf folge eine „recoupment-period“, in der das Unternehmen die Verluste mindestens ausgleichen kann, da die Wettbewerber vom Markt verdrängt

103 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. 15 f.

104 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. 17.

105 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. 17 f.

wurden. Das Gutachten nennt mit „Reputation“, „Signal Jamming“ und „Financial Predation“ beispielhaft drei mögliche Szenarien.¹⁰⁶

bb. Benachbarter Markt

Benachbarte Märkte seien horizontal verknüpfte Märkte, die sich dadurch auszeichnen, dass die Wettbewerbsbedingungen auf dem einen Markt von denen auf dem anderen abhängen und die Produkte direkt an Konsumenten veräußert werden. Die Verbindung zwischen diesen Märkten könne auf verschiedene Arten hergestellt werden wie bspw. Kopplung, Bündelung, Rabattsysteme und technische Abhängigkeiten.¹⁰⁷ Das Gutachten identifiziert in der ökonomischen Theorie drei Fallgruppen für missbräuchliche Verhaltensweisen auf benachbarten Märkten:

Zunächst könne sich ein Unternehmen darauf festlegen, zwei Produkte auf unabhängigen Märkten nur zusammen anzubieten. Dadurch lege sich das Unternehmen zugleich auf eine aggressive Preisstrategie fest, da es bei Wettbewerb in einem der Märkte Umsätze in beiden einbüße. Dies senke die Anreize für einen Markteintritt von Wettbewerbern, setze aber voraus, dass das Unternehmen sich glaubhaft auf eine dauerhafte Bündelung festlegt. Bei substituierbaren Produkten, deren gemeinsamer Absatz vorteilhaft ist, könne eine Bündelung diese Vorteile Wettbewerbern vorenthalten. Zuletzt könne mit einer Bündelung komplementärer Produkte der Markteintritt verhindert werden, wenn die Produkte auf Angebotsseite und aus Kostengründen verknüpft sind.¹⁰⁸

cc. Vertikal verknüpfter Markt

Bei vertikal verknüpften Märkten sei der Ausschluss von Wettbewerbern dadurch möglich, dass das marktbeherrschende Unternehmen den Zugang zu dem nachgelagerten Markt kontrolliert. Grundsätzlich bestehe dafür jedoch kein Anreiz, da das marktbeherrschende Unternehmen die Profite (bei exklusivem Zugang die Monopolrendite) des nachgelagerten Marktes durch die Kontrolle des Zugangs zu diesem allein abschöpfen könne. Es

106 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. 20 f.

107 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. 23.

108 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. 25.

müsse also zur Gewinnmaximierung gar nicht selbst auf diesem tätig werden und dort den Wettbewerb beeinträchtigen. Dennoch können nach der ökonomischen Theorie Anreize zum Ausschluss von Wettbewerbern vom nachgelagerten Markt bestehen. Das sei dann der Fall, wenn durch Wettbewerber auf dem nachgelagerten Markt die Position des Unternehmens auf dem beherrschten übergeordneten Markt gefährdet werden kann. Ein Ausschluss von Wettbewerbern könne auch dann lohnend sein, wenn das marktbeherrschende Unternehmen nicht den Monopolgewinn des nachgelagerten Marktes abschöpfen kann. Das sei dann der Fall, wenn die Unternehmen, die Zugang begehren, nicht bereit sind, diesen maximalen Zugangspreis zu entrichten, weil sie befürchten müssen, dass das marktbeherrschende Unternehmen ihnen keinen exklusiven Zugang zusichern kann. Dann sei es für das marktbeherrschende Unternehmen rentabler, auf dem nachgelagerten Markt selbst tätig zu werden und dort Monopolpreise zu verlangen.¹⁰⁹

Bei Intervention durch eine Wettbewerbsbehörde müsse in diesen Fällen besonders berücksichtigt werden, dass durch eine Zugangsverpflichtung die Anreize des beherrschenden Unternehmens zu Investitionen und zur Innovation reduziert werden können.¹¹⁰

c. Besonderheiten für einzelne Verhaltensweisen

Zuletzt behandelt das Gutachten die Frage, wie der zuvor dargestellte allgemeine Analyserahmen und die Theorien der Marktverschließung auf die relevantesten Verhaltensweisen angewendet werden können.

aa. Preisdiskriminierung

Preisdiskriminierung betrifft Sachverhalte, in denen für verschiedene Einheiten oder von verschiedenen Abnehmern unterschiedliche Preise verlangt werden. Nach dem Gutachten gehen von einer Preisdiskriminierung oftmals positive Wettbewerbseffekte aus, von denen die Konsumenten profitieren. Preisdiskriminierungen können aber als Mittel eingesetzt werden, um Marktverschließungseffekte zu erleichtern. In der Kartellrechtsanwen-

109 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. 27 f.

110 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. 28.

derung solle dementsprechend nicht die Diskriminierung im Mittelpunkt stehen, sondern deren Auswirkungen in Form der Marktverschließung.¹¹¹

bb. Rabatte

Rabatte finden sich in verschiedenen Ausgestaltungen. Sie sind als Mengenrabatte denkbar, die ab einer gewissen Absatzmenge für weitere Einheiten oder rückwirkend für die gesamte Absatzmenge gewährt werden können. Rabatte könnten auch im Rahmen einer Bündelung eingesetzt werden. Außerdem können Treuerabatte gewährt werden, wenn der Abnehmer sich verpflichtet, die gesamte oder einen Großteil seiner Nachfrage bei dem Unternehmen zu bedienen.¹¹²

Für die wettbewerbswidrigen Effekte verweist das Gutachten auf die verschiedenen Konstellationen der Marktverschließung.¹¹³ Bei Beurteilung der Effizienzgewinne aus Rabatten solle darauf abgestellt werden, dass sich die Produktionsmenge oder Gesamtleistung des Unternehmens erhöht hat. Das sei insbesondere dann der Fall, wenn hohe Fixkosten existieren, die durch Rabatte leichter amortisiert werden können.¹¹⁴ Rabatte können außerdem Teil eines intensiven Preiswettbewerbes sein, in den nicht eingegriffen werden sollte. Gleiches gelte in vertikalen Fällen, in denen die Rabatte dazu führen, dass die Abnehmer in intensiveren Wettbewerb zueinander treten.¹¹⁵ Auch seien Effizienzgewinne bei dem marktbeherrschenden Unternehmen selbst in Form von Skaleneffekten und der Senkung von Transaktionskosten möglich, wenn Abnehmer allein bei dem marktbeherrschenden Unternehmen nachfragen. Generell könne die Aussage getroffen werden, dass reine Mengenrabatte eher von Effizienzgewinnen getragen werden als Treuerabatte. Allerdings sei es kaum möglich, allein anhand deren Form ihre Wirkung zu beurteilen.¹¹⁶

111 *EAGCP*, An economic approach to Article 82, 2005, S. 30 ff.

112 *EAGCP*, An economic approach to Article 82, 2005, S. 34 f.

113 *EAGCP*, An economic approach to Article 82, 2005, S. 34.

114 *EAGCP*, An economic approach to Article 82, 2005, S. 36.

115 *EAGCP*, An economic approach to Article 82, 2005, S. 36.

116 *EAGCP*, An economic approach to Article 82, 2005, S. 35 ff.

cc. Kopplung und Bündelung

Eine Kopplung ist gegeben, wenn der Bezug eines Produktes (des koppelnden Produktes) von dem Bezug eines anderen Produktes (des gekoppelten Produktes) abhängig ist. Bündelung betrifft Fälle, in denen zwei Produkte zusammen verkauft werden.¹¹⁷ Laut Gutachten gibt es nur wenige Fälle, in denen hieraus wettbewerbswidrige Effekte erwachsen, weswegen ein per se Verbot nicht nötig sei.¹¹⁸

Wettbewerbswidrige Effekte können auf dem Markt des gekoppelten Produktes auftreten, wenn Abnehmer dieses Produkt nur beziehen, weil sie auch das koppelnde Produkt beziehen. Außerdem könne das beherrschende Unternehmen die Stellung auf dem beherrschten Markt absichern, wenn ein Markteintritt auf diesem für Wettbewerber leichter ist, die auch auf dem gekoppelten Markt tätig sind. Die Kopplung schließe dann Wettbewerber nicht nur vom gekoppelten Markt, sondern auch vom beherrschten Markt aus.¹¹⁹

Auch hier seien Effizienzsteigerungen bei der Beurteilung zu beachten. Wie bei Rabatten können hohe Fixkosten amortisiert und Transaktionskosten gesenkt werden. Bei einer technisch bedingten Verbindung zweier Produkte seien Effizienzen in Form von Kostenersparnis, Qualitätsverbesserungen und Informationsgewinnung möglich.¹²⁰

dd. Lieferverweigerungen

Lieferverweigerungen betreffen typischerweise vertikal integrierte Märkte. Das marktbeherrschende Unternehmen kontrolliert dabei den Input, der für einen Markteintritt auf dem nachgeordneten Markt notwendig ist. Dies ist, wie bei der Marktverschließung in vertikal verknüpften Märkten bereits beschrieben, unwahrscheinlich, wenn das beherrschende Unternehmen ohnehin die Gewinne auf dem nachgelagerten Markt abschöpfen kann.¹²¹

Effizienzgewinne seien dann denkbar, wenn das beherrschende Unternehmen den nachgelagerten Markt aufgrund von Reputationsschutz, tech-

117 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. 38.

118 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. 39.

119 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. 39.

120 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. 40.

121 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. 43.

nologischen Besonderheiten oder free riding Problematiken kontrollieren muss.¹²²

Eine Lieferverweigerung könne – auch bei kurzfristig negativen Effekten – langfristig positive Effekte haben, wenn durch den Ausschluss von Wettbewerbern auf dem nachgelagerten Markt Investitionsanreize für das beherrschende Unternehmen gesetzt werden.¹²³

Bei IP-Rechten sei besondere Zurückhaltung geboten, da diese als Ausschließlichkeitsrechte hoheitlich eingeräumt wurden. Schon eine mögliche staatliche Intervention könne außerdem Lizenzverhandlungen maßgeblich beeinflussen.¹²⁴

ee. Ausschließlichkeitsbindungen

Ausschließlichkeitsbindungen betreffen alle Verhaltensweisen, die ein vertikal verknüpftes Unternehmen daran binden, nur mit dem marktbeherrschenden Unternehmen Geschäfte zu machen. Diese können Wettbewerber auf dem gleichen Markt ausschließen, wenn ein Großteil der Kunden Ausschließlichkeitsbindungen gegenüber dem marktbeherrschenden Unternehmen eingehen. Allerdings würden die Abnehmer einer solchen Bindung nicht zustimmen, wenn sie das Produkt von einem gegebenenfalls effizienteren Wettbewerber beziehen könnten. Die Bindung müsse also auch für den Abnehmer einen Vorteil hervorbringen, der auch aus Effizienzen resultieren kann. Wettbewerbswidrige Effekte seien aber möglich, wenn die Ausschließlichkeitsbindung eine Externalität auf Wettbewerber abwälzt.¹²⁵

Effizienzen seien möglich, wenn die Bindung eingesetzt wird, um Investitionen in die eine spezielle Geschäftsbeziehung zu schützen und anzuregen. Die Bindung könne außerdem als Qualitätssicherung eingesetzt werden.¹²⁶

122 *EAGCP*, An economic approach to Article 82, 2005, S. 44.

123 *EAGCP*, An economic approach to Article 82, 2005, S. 44.

124 *EAGCP*, An economic approach to Article 82, 2005, S. 44.

125 *EAGCP*, An economic approach to Article 82, 2005, S. 47.

126 *EAGCP*, An economic approach to Article 82, 2005, S. 48.

ff. Kampfpreise

Bei der Behandlung von Kampfpreisen verweist das Gutachten auf die Ausführungen zur Marktverschließung auf dem gleichen Markt. Maßgeblich für deren Beurteilung sei, dass die Wettbewerbsbehörde einen niedrigen von einem zu niedrigen Preis abgrenzen kann und dafür alle Besonderheiten des jeweiligen Falles zugrunde legen muss.¹²⁷

3. Das Diskussionspapier der Generaldirektion Wettbewerb

Im Dezember 2005 veröffentlichte die Generaldirektion Wettbewerb ein „Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses“ (nachfolgend: Diskussionspapier).¹²⁸

Die Generaldirektion Wettbewerb formulierte das Diskussionspapier ähnlich wie Leitlinien. Es enthält neben Ausführungen zu der Frage, wie die marktbeherrschende Stellung zu bestimmen sei, vor allem Kriterien zur Bestimmung der missbräuchlichen Verhaltensweise an sich. Die Kommission greift dabei den Analyserahmen des Gutachtens der EAGCP auf und sieht die Marktverschließung und deren Nachweis als zentrale Voraussetzung des missbräuchlichen Verhaltens bei Behinderungsmissbräuchen an.¹²⁹ Dies gelte unabhängig von der jeweiligen konkreten Erscheinungsform des missbräuchlichen Verhaltens, auch wenn in einzelnen Fällen auf spezielle Instrumente zurückgegriffen werden könne, die ebenfalls im Diskussionspapier aufgeführt werden.¹³⁰ Außerdem müssten in jedem Fall tatsächliche oder sehr wahrscheinliche Auswirkungen auf die Verbraucherwohlfahrt nachgewiesen werden.¹³¹

Zuletzt solle den Unternehmen mit einer Effizienzeinrede die Möglichkeit gegeben werden, Effizienzvorteile als Rechtfertigung für das jeweilige

127 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. 51.

128 Europäische Kommission, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 2005.

129 Europäische Kommission, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 2005, Rn. 54.

130 Europäische Kommission, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 2005, Rn. 54 ff.

131 Europäische Kommission, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 2005, Rn. 56.

Verhalten anzuführen.¹³² Die Kommission identifiziert einige besonders relevante Arten des missbräuchlichen Verhaltens, für die jeweils ein spezieller Analysemaßstab vorgeschlagen wird. Diskutiert werden Kampfpreisstrategien, Markenbindung und Rabattsysteme, Bündelungsstrategien, Lieferverweigerungen und nachgelagerte Märkte. Es werden jeweils konkrete Vorschläge gemacht, wann in diesen Fällen eine marktverschließende Wirkung anzunehmen und das Verhalten demnach als missbräuchlich einzustufen sei. Dabei greift die Kommission immer wieder auf die oben genannten drei Merkmale der Verbraucherwohlfahrt, der Auswirkungsanalyse und der Effizienzeinrede zurück, die den Besonderheiten des jeweiligen Verhaltens angepasst werden.¹³³

Das Diskussionspapier sollte als Grundlage für spätere Leitlinien zur Anwendung von Art. 82 EG durch die Kommission dienen. Die Kommission holte Stellungnahmen dazu ein.¹³⁴ Der Inhalt sollte in einem späteren Stadium zumindest für die Kommission als Verwaltungsvorschrift verbindlich werden.¹³⁵ Zur Überführung in Leitlinien kam es jedoch nicht. Die Gründe hierfür sind nicht klar dokumentiert. Verwiesen wird teilweise auf Meinungsverschiedenheiten auch in der Generaldirektion Wettbewerb und innerhalb der Europäischen Kommission.¹³⁶ Auch die europäischen Gerichte zeigten in mehreren Entscheidungen nach Veröffentlichung des Diskussionspapiers, dass sie dessen Inhalt nicht in vollem Umfang mittragen würden.¹³⁷ Stattdessen veröffentlichte die Kommission am 24.2.2009 die Prioritätenmitteilung.¹³⁸

132 *Europäische Kommission*, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 2005, S. 77 ff.

133 *Wirtz/Möller*, WuW 2006, 226 ff.

134 Bspw. *Bundeskartellamt*, Written Statement of the German Bundeskartellamt and the German Ministry of Economics and Technology on the DG Competition discussion paper on the Application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 2006; *Competition Law Forum's Article 82 Review Group*, Comments on the DG-Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 to Exclusionary Abuses, 2006.

135 *Europäische Kommission*, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 2005, Rn. 1.

136 *Fuchs* in: *Immenga/Mestmäcker Band I*: EU, 2019, Art. 102 AEUV Rn. 14.

137 EuGH, 15.03.2007, Rs. C-95/04 P, ECLI:EU:C:2007:166 – *British Airways/Kommission*; EuG, 17.09.2007, Rs. T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289 – *Microsoft/Kommission*; EuGH, 16.9.2008, Rs. C-468/06 bis C-478/06 (verbundene Verfahren), ECLI:EU:C:2008:504 – *Lélos/GlaxoSmithKline*; *Fuchs* in: *Immenga/Mestmäcker Band I*: EU, 2019, Art. 102 AEUV Rn. 14.

Da das Diskussionspapier nie in Leitlinien umgesetzt wurde und dessen Inhalte deswegen nie eigenständige Bedeutung für die Rechtspraxis erhalten haben, ist eine vertiefte Darstellung nicht notwendig. Schwerpunkt der Darstellung ist die Prioritätenmitteilung, die die Europäische Kommission anstelle von Leitlinien veröffentlicht hat.

4. Die Prioritätenmitteilung der Kommission

Die Prioritätenmitteilung ist der letzte Schritt in der Entwicklung des more economic approach zu Art. 102 AEUV. Sie enthält die einzigen offiziellen und weiterhin gültigen Aussagen der Kommission zur Anwendung des more economic approach. Damit kommt ihr für die Fallpraxis und für die weitere Analyse eine zentrale Rolle zu.

Die Prioritätenmitteilung ist nach einer Einführung in einen allgemeinen Analyserahmen und Ausführungen zu spezifischen Formen des Missbrauchs aufgeteilt. Eine ausführliche Darstellung der enthaltenen Regelungen ist nötig, damit diese der folgenden Entscheidungsanalyse zugrunde gelegt werden können.

a. Zweck der Mitteilung

Die Prioritätenmitteilung erhebt nicht den Anspruch, eine Leitlinie zur Anwendung von Art. 82 EG zu sein. Vielmehr wird direkt zu Beginn klargestellt, dass die Mitteilung nur transparent machen solle, welche Fälle die Kommission prioritär verfolgen möchte.¹³⁹ Die Mitteilung solle gerade keine Aussage über die Rechtslage oder die Auslegung von Art. 82 EG treffen.¹⁴⁰ Die Mitteilung betreffe demnach das Aufgreifermessen der Kommission bei Behinderungsmissbräuchen.

138 *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.

139 *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. 2.

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

b. Allgemeiner Analyserahmen

Die allgemeinen Ausführungen beginnen mit der Prüfung der Marktmacht, auf die im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen wird. Sodann folgen Anmerkungen zur Prüfung der Missbräuchlichkeit des Verhaltens. Dabei geht die Prioritätenmitteilung zunächst auf die wettbewerbswidrige Marktverschließung als allgemeines Kriterium ein. Außerdem stellt sie für preisbezogene Behinderungsmisbräuche den sog. „as efficient competitor test“ (nachfolgend AEC-Test) vor. Zuletzt werden die Voraussetzungen genannt, unter denen ein eigentlich missbräuchliches Verhalten gerechtfertigt sein kann.

aa. Wettbewerbswidrige Marktverschließung

Die Kommission definiert den Begriff der wettbewerbswidrigen Marktverschließung wie folgt:

„In dieser Mitteilung bezeichnet der Begriff wettbewerbswidrige Marktverschließung einen 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.“¹⁴¹

Dabei werde ausdrücklich ein weites Verständnis von Preiserhöhungen zugrunde gelegt, welches auch die Veränderung anderer Wettbewerbsparameter wie bspw. Output, Innovation zu Gunsten des marktbeherrschenden Unternehmens und zu Lasten der Verbraucher umfasst.¹⁴²

hinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 3.

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

142 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 11.

Bei der Prüfung der Marktverschließung legt die Kommission die folgenden Kriterien zugrunde: Stellung des marktbeherrschenden Unternehmens, Bedingungen auf dem relevanten Markt, Stellung der Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens, Stellung der Abnehmer bzw. Anbieter von Inputs, Ausmaß des mutmaßlichen missbräuchlichen Verhaltens, mögliche Beweise für eine tatsächliche Marktverschließung, unmittelbare Beweise einer Behinderungsstrategie. Bei der Beurteilung will die Kommission die Marktsituation mit einer geeigneten kontrafaktischen Fallkonstellation ohne die untersuchte Verhaltensweise vergleichen. Im Übrigen äußert sich die Kommission nur knapp, welche Beweise angeführt werden können. Sie bekräftigt, soweit möglich, neben qualitativen auch quantitative Beweismittel anzuführen. Zum Beweis einer tatsächlichen Marktverschließung möchte sie die Entwicklung der Marktanteile und zum Beweis einer Behinderungsstrategie interne Unterlagen oder Äußerungen des marktbeherrschenden Unternehmens vorlegen.¹⁴³

Trotz dieser Anforderungen stellt die Kommission klar, dass sie in manchen Fällen auch ohne eingehende Untersuchung zu dem Schluss kommen kann, dass das Verhalten wahrscheinlich den Verbrauchern schaden wird. Dies ist dann der Fall, wenn das Verhalten im Grunde nur den Wettbewerb schädigen kann und keine Effizienzvorteile denkbar sind.¹⁴⁴

bb. Preisbezogene Behinderungsmissbräuche

Bei preisbezogenen Behinderungsmissbräuchen will die Kommission den AEC-Test anwenden, um einen intensiven Preiswettbewerb, der Verbrauchern zugutekommt, von missbräuchlichen Verhaltensweisen abzugrenzen. Dieser soll ermitteln, ob das preisbezogene Verhalten dazu geführt hat, dass ein ebenso effizienter Wettbewerber an der Teilnahme am Wettbewerb ge-

143 *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. 20.

144 *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. 22.

hindert wurde.¹⁴⁵ Wenn das nicht der Fall ist, sei von nachteiligen Auswirkungen auf die Verbraucher nicht auszugehen und die Kommission werde voraussichtlich nicht tätig. Wenn der Test zu dem Ergebnis kommt, dass ein ebenso effizienter Wettbewerber dem Verhalten nicht hätte standhalten können, dann solle dies als ein Kriterium in die Beurteilung einfließen, ob es sich um eine wettbewerbswidrige Marktverschließung handelt.¹⁴⁶

Mit dem AEC-Test werde ermittelt, ob das Unternehmen kostendeckende Preise verlangt. Dafür seien Daten zu Kosten und Verkaufspreisen des Unternehmens oder zumindest vergleichbare Daten notwendig.¹⁴⁷ Für die Kommission sind die durchschnittlichen vermeidbaren Kosten (average avoidable costs, nachfolgend: AAC) und die langfristigen durchschnittlichen Grenzkosten (long-run average incremental cost, nachfolgend: LRAIC) maßgeblich. Bei Preisen unter den AAC könne ein ebenso effizienter Wettbewerber selbst nur unter Verlusten im Markt tätig sein. Die LRAIC fallen im Regelfall höher als die AAC aus, da sie auch produktspezifische Fixkosten berücksichtigen, die vor dem untersuchten Verhalten angefallen sind. Wenn also der Preis unter diesen liegt, sei dies ein Anzeichen dafür, dass das Unternehmen nicht alle Fixkosten decke und ebenso effiziente Wettbewerber vom Markt ausgeschlossen werden können.¹⁴⁸

cc. Rechtfertigung

Zuletzt führt die Kommission aus, dass gegen den Vorwurf einer wettbewerbswidrigen Marktverschließung eingewendet werden kann, dass das

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

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

147 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 25.

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

Verhalten objektiv notwendig war und/oder Effizienzvorteile mit sich brachte, die den Verbraucherschaden aufwiegen können.¹⁴⁹ Die Kommission möchte das Vorliegen von Effizienzvorteilen anhand von vier Merkmalen prüfen, die sich an die Rechtfertigung nach Art. 101 Abs. 3 anlehnen und kumulativ erfüllt sein müssen:¹⁵⁰

- Die Effizienzvorteile müssen Folge des Verhaltens sein.
- Es darf keine weniger wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen geben, die dieselben Effizienzvorteile erreichen können.
- Die Effizienzvorteile müssen die negativen Auswirkungen des Verhaltens auf Wettbewerb und Verbraucher aufwiegen.
- Das Verhalten darf den wirksamen Wettbewerb nicht ausschließen.

c. Spezielle Formen der Marktverschließung

Nach dem allgemeinen Analyserahmen äußert sich die Kommission zu ihrem Vorgehen bei speziellen Erscheinungsformen des Missbrauchs und geht dabei auf Ausschließlichkeitsbindungen (Alleinbezug/bedingte Rabatte), Kopplung und Bündelung, Kampfpreise sowie auf Lieferverweigerung und die Kosten-Preis-Schere ein.

aa. Alleinbezugsbindungen und bedingte Rabatte

Bei Alleinbezugsbindungen ist für die Kommission bei Bestimmung des Verbraucherschadens maßgeblich, ob ohne die Bindung von aktuellen oder potentiellen Wettbewerbern erheblicher Wettbewerbsdruck ausgehen könnte. Das sei insbesondere dann der Fall, wenn die gebundenen Abnehmer ihren gesamten Bedarf nicht bei Wettbewerbern des marktbeherrschenden Unternehmens decken – beispielsweise wegen fehlender Kapazitäten, sog. „Must Stock Items“ oder weil die Wettbewerber noch nicht in

149 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 28.

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

den Markt eingetreten sind. Unabhängig davon können auch lange Alleinbezugsbindungen marktverschließende Wirkungen haben, wobei die Dauer in negativer Relation zur Marktstärke des Unternehmens stehe.¹⁵¹

Bedingte Rabatte werden in ihren Wirkungen mit Alleinbezugsbindungen gleichgesetzt und in zwei Untergruppen aufgeteilt. „Rückwirkende Rabatte“ betreffen die gesamte Bezugsmenge, während „stufenweise Rabatte“ erst für den Absatz ab einer gewissen Menge gewährt werden.¹⁵² Die Kommission sieht das grundsätzliche Problem, dass Abnehmer ihren Bedarf bis zu einer bestimmten Menge auf jeden Fall bei dem marktbeherrschenden Unternehmen decken müssen, da dessen Wettbewerber nicht die gesamte Nachfrage abdecken können. Bedingte Rabatte könnten nun dazu führen, dass diese gesicherte Abnahmemenge als Hebel eingesetzt wird, um sich auch den Rest der Nachfrage zu sichern. Bei rückwirkenden Rabatten sieht die Kommission eine generelle Gefahr und eine höhere Wahrscheinlichkeit einer Marktverschließung, je höher der Preisnachlass ausfällt und je höher die Rabattschwelle gesetzt ist.¹⁵³ Im Rahmen der Gesamtwürdigung möchte die Kommission vor allem auch den angesprochenen AEC-Test anwenden.¹⁵⁴

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

152 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 37.

153 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 39 ff.

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

bb. Kopplung und Bündelung

Solange es sich bei Kopplung und Bündelung tatsächlich um separate Produkte handelt, befürchtet die Kommission eine Marktverschließung sowohl auf dem Kopplungs- als auch auf dem gekoppelten Markt.¹⁵⁵

Bei der Prüfung sollen die Dauer und der Umfang der Kopplung/Bündelung einbezogen werden. Eine Kopplung könne insbesondere für Abnehmer zu höheren Preisen führen, die nur das gekoppelte Produkt kaufen wollen, aber für dieses weniger Anbieter finden. Problematisch sei es auch, wenn das marktbeherrschende Unternehmen zwei substituierbare Produkte koppelt und damit der Substitution bei Preiserhöhungen vorbeugt.¹⁵⁶

Wenn die Bündelung über Rabatte erzielt werden soll, will die Kommission zur Ermittlung der Wirkung wiederum eine Art des AEC-Tests anwenden.¹⁵⁷

cc. Kampfpreise

Kampfpreise sind nach Meinung der Kommission dann problematisch, wenn das marktbeherrschende Unternehmen kurzfristige Verluste hin nimmt, um dadurch Wettbewerber vom Markt auszuschließen.

Diese sog. vermeidbaren Verluste will die Kommission anhand eines Abgleichs mit den AAC oder eines kurzfristig niedrigen Nettobetrages ermitteln oder aber auf konkrete Beweise für die Kampfpreisstrategie abstellen.¹⁵⁸

155 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 47 ff.

156 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 52 ff.

157 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 59 ff.

158 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 64 ff.

Außerdem will die Kommission den schon beschriebenen AEC-Test anwenden, um eine Marktverschließung nachzuweisen. Zusätzlich solle einfließen, ob das marktbeherrschende Unternehmen einen Informationsvorsprung ausnutzt oder die Erwartungshaltung hinsichtlich der Gewinne der Konkurrenten verzerren kann, um dadurch (mehrfach) Markteintritte zu verhindern oder die Finanzierung der Wettbewerber durch Fremdkapital zu unterbinden.¹⁵⁹

Ein tatsächlich erfolgter Marktaustritt sei indes nicht nötig, um die Marktverschließung nachzuweisen, da es für den Marktbeherrscher vorteilhaft sein kann, dass die Aktiva eines ausgeschiedenen Unternehmens nicht von einem anderen/neuen Konkurrenten aufgekauft werden können. Oftmals würde es ihm deswegen eher auf eine Disziplinierungswirkung der Kampfpreise ankommen.¹⁶⁰

Beim Nachweis des Verbraucherschadens verlangt die Kommission keine Preiserhöhung auf ein höheres Niveau als vor den Kampfpreisen. Vielmehr solle jeder Marktmachtzuwachs und auch ausbleibende oder verzögerte Preissenkungen genügen, was durch Betrachtung verschiedener Faktoren (bspw. Marktzutrittsschranken) ermittelt werden soll.¹⁶¹

dd. Lieferverweigerung und Kosten-Preis-Schere

Lieferverweigerungen behandelt die Kommission in der Prioritätenmitteilung nur, wenn das marktbeherrschende Unternehmen auf dem belieferten (nachgelagerten) Markt selbst auftritt und der verweigerte Input dort zur Produktion einer Ware benötigt wird.¹⁶² Hierfür würde auch ein potentiell-

159 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 67 ff.

160 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 69.

161 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 71.

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

ler Markt für den Input genügen. Konstruktive Verweigerungen in Form einer Lieferverzögerung oder anderer Beeinträchtigungen fallen ebenfalls unter diese Fallgruppe. Die Kosten-Preis-Schere bezeichne ähnliche Sachverhalte, in denen das marktbeherrschende Unternehmen die Lieferung zwar nicht verweigert, aber die Kosten für den Input auf dem vorgelagerten Markt und die Preise für die Ware auf dem nachgelagerten Markt in ein solches Verhältnis setzt, dass selbst ein AEC nicht langfristig rentabel bleiben könne. Hier will die Kommission wiederum den AEC-Test anhand von LRAIC anwenden.¹⁶³

In beiden Konstellationen möchte die Kommission nur dann tätig werden, wenn alle folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:¹⁶⁴

- Die Maßnahme bezieht sich auf ein Produkt, das objektiv notwendig ist, um auf dem nachgelagerten Markt Erfolg zu haben.
- Die Maßnahme schließt auf dem nachgelagerten Markt den Wettbewerb aus.
- Es kommt wahrscheinlich zu einem Verbraucherschaden.

Unabhängig von diesen Voraussetzungen könne eine Marktverschließung auch dann eintreten, wenn das marktbeherrschende Unternehmen aus anderen Gründen zur Lieferung verpflichtet ist.¹⁶⁵

Bei einer möglichen Effizienzeinrede will die Kommission insbesondere berücksichtigen, dass dem marktbeherrschenden Unternehmen ohne Lieferverweigerung genügend Investitions- und Innovationsanreize verbleiben.¹⁶⁶

hinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 76.

163 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 80.

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

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

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

d. Bindungswirkung der Prioritätenmitteilung

Es stellt sich die Frage, welche Bedeutung die Prioritätenmitteilung für die Anwendung von Art. 102 AEUV hat. In Struktur und Inhalt folgt die Prioritätenmitteilung dem Diskussionspapier, gibt aber gleichzeitig dessen Zielrichtung als Auslegung von Art. 102 AEUV ausdrücklich auf. Ergebnis ist ein Dokument, welches nicht die Auslegung von Art. 102 AEUV betrifft, sondern allein das Ermessen der Kommission konturieren soll, sich aber zu den wesentlichen Punkten einer materiellen Prüfung von Art. 102 AEUV äußert. Es bleibt deswegen unklar, ob und in welchem Umfang die Kommission durch die Prioritätenmitteilung an deren Inhalt gebunden ist.

Der EuGH hat entschieden, dass sich auf europäischer Ebene eine Behörde durch die Adoption von „soft law“ einer Selbstbindung unterwerfen kann:

„The Court has already held [...] that although those measures may not be regarded as rules of law which the administration is always bound to observe, they nevertheless form rules of practice from which the administration may not depart in an individual case without giving reasons that are compatible with the principle of equal treatment. [...]

That case-law applies a fortiori to rules of conduct designed to produce external effects, as is the case of the Guidelines, which are aimed at traders.

In adopting such rules of conduct and announcing by publishing them that they will henceforth apply to the cases to which they relate, the institution in question imposes a limit on the exercise of its discretion and cannot depart from those rules under pain of being found, where appropriate, to be in breach of the general principles of law, such as equal treatment or the protection of legitimate expectations. [...].“¹⁶⁷

Der EuGH führt aus, dass auch Leitlinien, die keine Gesetze sind, eine Bindungswirkung entfalten und begründet dies mit dem Gleichheitssatz und dem Vertrauensschutz. Die im Kartellrecht relevanten veröffentlichten Leitlinien sind also keine Außenrechtsnormen, aber die Kommission kann von

hinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 89.

167 EuGH, 28.06.2005, Rs. C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P (verbundene Verfahren), ECLI:EU:C:2005:408, Rz. 209–211 – *Dansk Rørindustri*.

der darin angekündigten Verwaltungspraxis nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Vertrauensschutzes und der Gleichbehandlung nicht ohne Weiteres abweichen.¹⁶⁸ Für die europäischen Gerichte, aber auch für die nationalen Gerichte und Kartellbehörden, sind diese nicht verbindlich.¹⁶⁹

Voraussetzungen für die beschriebene Selbstbindung sind die Verabschiedung der Regeln und die Veröffentlichung verbunden mit dem Hinweis, diese anzuwenden. Anforderungen an deren Inhalt werden nicht ausdrücklich gestellt. Die Prioritätenmitteilung erfüllt diese Voraussetzungen. Die Kommission hat die Prioritätenmitteilung verabschiedet und im Amtsblatt der EU veröffentlicht. Sie findet sich aktuell auf der Webseite der Kommission unter „Antitrust and Cartels Legislation“ und „Antitrust Legislation Notices“ und zuvor unter dem Punkt „Legislation in force“.¹⁷⁰ Daraus geht hervor, dass die Kommission die Prioritätenmitteilung (weiterhin) als verbindlich ansieht. Angesichts dieser sehr formalen Kriterien ist die Schwelle sehr niedrig, um eine Selbstbindung zu bejahen. Deswegen muss in einem zweiten Schritt ein größeres Augenmerk auf die Frage gelegt werden, hinsichtlich welchen Inhaltes diese Selbstbindung gilt. Für die Prioritätenmitteilung sind hier zwei Ansätze denkbar. Die Prioritätenmitteilung könnte allein eine Bindung der Kommission bei Ausübung des Aufgreifermessens bewirken. Darüber hinaus ist es auch denkbar, dass die Prioritätenmitteilung die Kommission auch bei Auslegung der materiellen Voraussetzungen von Art. 102 AEUV bindet.

Ausgangspunkt für diese Überlegungen ist der Wortlaut der Mitteilung. Danach ist sie für die Auslegung von Art. 102 AEUV nicht verbindlich und betrifft allein das Aufgreifermessen der Kommission.¹⁷¹ Zwar ist die Bezeichnung durch die Behörde nicht entscheidend für die Einordnung der

168 EuGH, 28.06.2005, Rs. C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P (verbundene Verfahren), ECLI:EU:C:2005:408, Rz. 211 – *Dansk Rørindustri*.

169 *Petit*, Rebates and Article 102 TFEU: The European Commission's Duty to Apply the Guidance Paper, 2015, S. 9; *Fuchs* in: Immenga/Mestmäcker Band 1: EU, 2019, Art. 102 AEUV Rn. 17; *Ellger/Fuchs* in: Immenga/Mestmäcker Band 2: GWB, 2020, GWB § 2 Freigestellte Vereinbarungen Rn. 38.

170 Aktuell: https://ec.europa.eu/competition-policy/antitrust/legislation_de; *Petit*, Rebates and Article 102 TFEU: The European Commission's Duty to Apply the Guidance Paper, 2015, S. 9.

171 *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. 2 ff.

Mitteilung¹⁷², dennoch ist diese ein starkes Indiz. Hinzu kommt die Entstehungsgeschichte, die zeigt, dass gerade davon abgerückt wurde, das Diskussionspapier in Leitlinien zu überführen.

Demgegenüber steht der Inhalt der Mitteilung, welcher gerade die Voraussetzungen des Art. 102 AEUV betrifft und diese auslegt. Die Bezeichnung kann nicht allein die Rechtsfolgen bestimmen. Der Inhalt hat Vorrang vor einer fehlerhaften Bezeichnung, ansonsten kann eine Behörde durch die geschickte Wahl der Bezeichnung eine Bindung verhindern.¹⁷³

Allerdings steht der Inhalt der Prioritätenmitteilung nicht zwangsläufig im Widerspruch dazu, dass sie allein das Aufgreifermessen der Kommission begrenzen soll. Der Inhalt der Mitteilung betrifft zwar die Auslegung von Art. 102 AEUV, es ist aber theoretisch denkbar, dass die Kommission bei Ausübung ihres Aufgreifermessens eine vorgeschaltete Prüfung von Art. 102 AEUV nach ihren eigenen Kriterien durchführt. Nur wenn diese Prüfung positiv ausfällt, greift sie den Fall auf und entscheidet ihn dann nach anderen bspw. von den Gerichten entwickelten Kriterien.

Eine solche Interpretation erscheint aber widersinnig. Danach würde die Kommission sich zu ökonomischen Tests bei den einzelnen Missbrauchsformen im Detail äußern, nur um ihr Aufgreifermessen zu konturieren. Im Ergebnis könnte dies dazu führen, dass die Kommission strengere und komplexere Tests im Rahmen des Aufgreifermessens durchführt als bei der eigentlichen rechtlichen Würdigung des Falles. Der Inhalt spricht deswegen dafür, dass es sich trotz der Bezeichnung um eine Art Leitlinie zur Anwendung von Art. 102 AEUV handelt.

Gegen eine Bindung bei der Auslegung und Anwendung der Voraussetzungen von Art. 102 AEUV wird teilweise angeführt, dass der Kommission bei der Auslegung kein Ermessensspielraum zukommt, den sie über die Prioritätenmitteilung begrenzen könnte. Verbindlich ist allein die Auslegung durch die europäischen Gerichte, von der die Kommission nicht abweichen darf.¹⁷⁴ Dem ist zu entgegnen, dass der EuGH in Bezug auf die Deminimis-Bekanntmachung bereits die Bindungswirkung bejaht hat, auch

172 *Petit*, Rebates and Article 102 TFEU: The European Commission's Duty to Apply the Guidance Paper, 2015, S. 8 f.

173 EuGH, 13.12.1989, Rs. C-322/88, ECLI:EU:C:1989:646, Rz. 14 – *Salvatore Grimaldi v Fonds des maladies professionnelles*; EuGH, 29.1.1985, Rs. C-147/83, ECLI:EU:C:1985:26, Rz. 11 – *Binderer v Commission*; *Petit*, Rebates and Article 102 TFEU: The European Commission's Duty to Apply the Guidance Paper, 2015, S. 8 f.

174 *Lamadrid*, Is the Guidance Paper on Article 102 binding on the European Commission?, 2018.

wenn es hier ebenfalls um die Auslegung eines Merkmals ging, das nicht dem Ermessen der Kommission unterfällt.¹⁷⁵

Dieser Streit lässt sich nicht unabhängig von der Entscheidungspraxis auflösen, die erst im Rahmen von D. ausführlich untersucht wird. Ohne dieser Analyse vorgreifen zu wollen, lässt sich festhalten, dass zumindest in den ersten Entscheidungen nach Veröffentlichung der Prioritätenmitteilung die Kommission mehrfach in den Entscheidungen betonte, dass diese im Einklang mit der Prioritätenmitteilung stehen. Damit zeigt sie, dass sie der Prioritätenmitteilung auch für den Inhalt der Entscheidung eine Bedeutung beimisst. Ansonsten würde sich ein Hinweis im Rahmen der rechtlichen Würdigung erübrigen.

Selbst wenn man trotz allem auf dem Standpunkt beharrt, dass die Prioritätenmitteilung nur das Aufgreifermessen betrifft, so ändert dies nichts an der faktischen Wirkung und an der Bedeutung, die ihr im Rahmen des more economic approach zukommt.¹⁷⁶ Die Kommission kann durch die Ausübung ihres Aufgreifermessens diktieren, welche Fälle überhaupt von ihr und den Gerichten entschieden werden können. Deswegen kann sie faktisch auch die materiellen Voraussetzungen durch Ausübung des Aufgreifermessens bestimmen. Dies ergibt sich daraus, dass die in der Prioritätenmitteilung genannten Voraussetzungen im Regelfall enger sind als die der Gerichte.¹⁷⁷ Sind die Voraussetzungen der Kommission aus der Prioritätenmitteilung für ein Einschreiten erfüllt, sind die Voraussetzungen der Gerichte deswegen ebenfalls erfüllt. Problematisch wird es im umgekehrten Fall. Sind die Voraussetzungen der Kommission nicht erfüllt, kann es sein, dass das Verhalten im Lichte der Rechtsprechung trotzdem als missbräuchlich zu beurteilen wäre. Zu einer Verfolgung durch die Kommission wird es jedoch nicht kommen. Die Kommission kann praktisch nicht gezwungen werden, diese Fälle zu verfolgen. Es gibt theoretisch eine Beschwerdemöglichkeit nach Art. 5 ff. VO 773/2004 und im Anschluss eine Klagemöglichkeit nach Art. 263 AEUV, die nicht zwangsläufig dazu führt, dass ein Fall aufgegriffen wird.¹⁷⁸ Lediglich nationale Wettbewerbsbehörden oder Privata-

175 EuGH, 13.12.2012, Rs. C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795, Rz. 28 – *Expedia*.

176 *Möschel*, JZ 2009, 1040, 1045.

177 *Gormsen*, Why the European Commission's Enforcement Priorities on Article 82 EC Should Be Withdrawn, 2010, S. 2; *Geradin*, Is the Guidance Paper on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 102 TFEU to Abusive Exclusionary Conduct Useful?, 2010, S. 14.

178 *Kreifels*, Die Prioritätensetzung der Europäischen Kommission beim Aufgreifen kartellrechtlicher Fälle, 2019, S. 53.

te können die Verstöße dann noch ahnden. Diese Möglichkeit kann aber nicht gänzlich ein Nicht-Tätigwerden der Kommission ersetzen, zumal behördliche Entscheidungen die private Rechtsdurchsetzung befördern sollten.¹⁷⁹ Wenn die Kommission mit ihren Anforderungen an die Ausübung des Aufgreifermessens aus der Prioritätenmitteilung über die materiellen Anforderungen der Gerichte hinausschießt, werden faktisch nur Sachverhalte entschieden, die diese strengeren Anforderungen auch erfüllen.

Letztlich ist für diese Untersuchung unerheblich, ob die Prioritätenmitteilung nur das Aufgreifermessen oder auch die inhaltliche Auslegung betrifft, da selbst die entsprechende Ausübung des Aufgreifermessens zu einer faktischen inhaltlichen Relevanz führt.

5. Umsetzung des Gutachtens

Der Vergleich des Gutachtens der EAGCP mit der Prioritätenmitteilung zeigt, inwieweit die Kommission die ökonomischen Erkenntnisse umsetzen konnte.

a. Form der Umsetzung

Relevant ist zunächst die Umsetzung der ökonomischen Erkenntnisse in Form einer Mitteilung der Kommission und nicht in Form von Leitlinien. Die Prioritätenmitteilung bietet aufgrund ihrer unklaren Bindungswirkung keine Rechtssicherheit und bleibt deswegen in ihrem Wert hinter den ursprünglich angestrebten Leitlinien zurück.¹⁸⁰ Wenn durch die Umsetzung ökonomischer Erkenntnisse in Regeln keine Rechtssicherheit hergestellt werden kann, verfehlen die Regeln ihren Zweck. Wie dargestellt, ist die Bindungswirkung der Prioritätenmitteilung unklar.

Die Kommission kann sich angesichts der ausdrücklichen Positionierung in der Prioritätenmitteilung immer darauf zurückziehen, dass diese lediglich das Aufgreifermessen betrifft. Wenn dies wiederum der einzige Anwendungsbereich der Prioritätenmitteilung ist, ist sie für die Kommission in der Fallbearbeitung und für betroffene Unternehmen praktisch

179 *Hempel*, WuW 2005, 137, 142.

180 *Geradin*, Is the Guidance Paper on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 102 TFEU to Abusive Exclusionary Conduct Useful?, 2010, S. 7 ff.

wertlos.¹⁸¹ Zwar gibt die Kommission an, dass sie nur solche Fälle aufgreifen wird, die die niedergelegten Kriterien erfüllen. Die betroffenen Unternehmen sind diesbezüglich aber nicht abgesichert und können dies nur eingeschränkt überprüfen lassen.¹⁸² Die Prioritätenmitteilung stellt höhere Anforderungen an das Einschreiten der Kommission als die bisherige Rechtsprechung. Wenn die Kommission in Abweichung von der Prioritätenmitteilung einen Fall aufgreift, kann sich das Unternehmen nicht auf die Prioritätenmitteilung berufen, solange sich die Kommission dabei innerhalb der bisherigen Rechtsprechung bewegt. Dies wäre nur anders, wenn die Gerichte ihre Rechtsprechung in diesem Punkt ändern und selbst beginnen, einen strengeren Prüfungsmaßstab anzulegen.¹⁸³ Einen Zugewinn an Rechtssicherheit gibt es in beiden Fällen nicht. Verstärkt wird dies dadurch, dass die Prioritätenmitteilung wie dargestellt selbst viele Ausnahmen enthält und mit der stärker propagierten Auswirkungsanalyse keine klaren Tatbestandsmerkmale nennt, an denen sich die Unternehmen orientieren könnten.¹⁸⁴

Die Prioritätenmitteilung ist insofern ein selbst gestecktes Ziel der Kommission. Aber selbst diese kann von den Regeln aus der Prioritätenmitteilung intern nicht profitieren. Diese könnten als Anleitung für die Fallbearbeitung dienen. Es wird jedoch zurecht angemerkt, dass es gerade für die Case Teams und den Legal Service der Kommission oftmals einfacher sein dürfte, die bisherige Rechtsprechung der europäischen Gerichte als Maßstab heranzuziehen, gerade wenn es darum geht, dass die eigenen Fälle vor Gericht Bestand haben.¹⁸⁵ Eine Anwendung der Prioritätenmitteilung lediglich im Rahmen der Prioritätensetzung wäre insofern mit einem erheblichen Mehraufwand verbunden, wenn die Kommission in jedem Fall eine doppelte Prüfung durchführen würde.

181 *Geradin*, Is the Guidance Paper on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 102 TFEU to Abusive Exclusionary Conduct Useful?, 2010, S. 14.

182 *Kreifels*, Die Prioritätensetzung der Europäischen Kommission beim Aufgreifen kartellrechtlicher Fälle, 2019, S. 53.

183 *Kreifels*, Die Prioritätensetzung der Europäischen Kommission beim Aufgreifen kartellrechtlicher Fälle, 2019, S. 40; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2014, § 3, Rn. 48; *Bulst* in: Bunte (Hrsg.) Kartellrecht Band 2: Europäisches Kartellrecht, 2018, Art. 102 AEUV Rn. 27.

184 *Akman*, The Modern Law Review 2010, 605, 629.

185 *Geradin*, Is the Guidance Paper on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 102 TFEU to Abusive Exclusionary Conduct Useful?, 2010, S. 14.

b. Marktverschließung und Verbraucherwohlfahrt

Die Europäische Kommission versäumte es, die ökonomische Kategorisierung der Verhaltensweisen aus dem Gutachten umzusetzen und hielt stattdessen an den hergebrachten Fallgruppen fest.

Der allgemeine Analyserahmen der Prioritätenmitteilung konzentriert sich auf den Begriff der wettbewerbswidrigen Marktverschließung.¹⁸⁶ Damit wird zumindest begrifflich Bezug genommen auf die Marktverschließungseffekte, die auch das Gutachten bei der Kartellrechtsdurchsetzung in den Fokus nehmen will. Die Kommission verwendet aber eine andere Definition als die zunächst sehr offene Definition aus dem Gutachten. Während das Gutachten den Ausschluss von Wettbewerbern vom Markt genügen lässt, verlangt die Kommission zusätzlich eine wahrscheinliche Preiserhöhung zu Lasten der Verbraucher.¹⁸⁷ Die Verbraucherwohlfahrt spielt zwar auch im Gutachten eine zentrale Rolle, allerdings bleibt es dort unklar, inwieweit die Verbraucherschädigung im Einzelfall nachgewiesen werden muss. Die Prioritätenmitteilung wiederum sieht die Verbraucherschädigung als separaten Prüfungspunkt an. Diese ist ausdrücklich zusätzlich als Bestandteil der Marktverschließung zu prüfen und nachzuweisen.¹⁸⁸

Trotz dieser zusätzlichen Voraussetzung bleibt die Prioritätenmitteilung aber hinter dem Konkretisierungsgrad des Gutachtens zurück. Für das Gutachten spielt die allgemeine Definition der Marktverschließungseffekte eine untergeordnete Rolle; stattdessen werden vertieft die Konstellationen betrachtet, in denen eine Marktverschließung auftreten kann. Dabei wird gerade nicht nach Verhaltensweisen differenziert, sondern nach den verschiedenen Marktkonstellationen. Im Gutachten werden die Theorien der Marktverschließung danach gruppiert, auf welchem Markt/welchen Märkten sie Wirkung zeigen: auf dem gleichen, einem benachbarten oder einem

186 *Petit*, From Formalism to Effects? – The Commission’s Communication on Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC, 2009, S. 4 ff.; *Botteman/Ewing*, Guidance on Enforcement Priorities Regarding Exclusionary Abuses: A Comparative Overview, 2009, S. 5.

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

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

vertikal verknüpfen.¹⁸⁹ Laut Gutachten findet sich die gleiche Schadentheorie bei verschiedenen Verhaltensweisen, sodass eine Typisierung nach der Schadentheorie zweckmäßiger ist. Das Gutachten behandelt zwar auch die einzelnen Verhaltensweisen, entwickelt hierzu aber keine neuen Schadenstheorien, sondern verweist auf Schadenstheorien der Marktverschließung und geht stattdessen verstärkt auf die generierten Effizienzen ein.¹⁹⁰

Dieser Ansatz wird in der Prioritätenmitteilung nicht aufgegriffen. Grund hierfür könnte sein, dass sich die europäische Rechtspraxis stark an typisierten Verhaltensweisen orientiert.¹⁹¹ Eine Abkehr davon hätte die bisherigen Fallgruppen überflüssig und eine komplette Neuordnung nötig gemacht. Entsprechend unwahrscheinlich wäre es gewesen, dass eine solch tiefgreifende Änderung von den europäischen Gerichten akzeptiert wird. Stattdessen könnte sich die Kommission stärker auf die Schadenstheorien auch innerhalb der bestehenden Fallgruppen fokussieren.

Allerdings ergibt auch ein Abgleich der Schadenstheorien aus dem Gutachten mit den Voraussetzungen in den Fallgruppen, dass die Kommission diese dort nicht oder nur teilweise übernommen hat. Insbesondere bei der Beurteilung von Kampfpreisen, Rabatten und Lieferverweigerungen ist das Gutachten viel zurückhaltender. Es identifiziert nur wenige Fälle, in denen wettbewerbswidrige Verhaltensweisen auftreten können. Die Prioritätenmitteilung führt diese zwar teilweise dann auch auf, beschränkt die mögliche Missbräuchlichkeit aber nicht auf diese und ermöglicht damit das Eingreifen auch in anderen Konstellationen.

c. Auswirkungsanalyse und Nachweise

Die Prioritätenmitteilung enthält ein grundsätzliches Bekenntnis zu einem effects based approach, den auch das Gutachten gefordert hat.¹⁹² Nach diesem sollen die Auswirkungen in jedem Einzelfall überprüft werden. Allerdings lässt die Prioritätenmitteilung einige Ausnahmen hiervon zu, die vom Gutachten nicht umfasst sind.

189 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. 18 ff.

190 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. 29 ff.

191 Fuchs in: Immenga/Mestmäcker Band 1: EU, 2019, Art. 102 AEUV Rn. 134.

192 Ezrachi, The European Commission Guidance on Article 82 EC - The Way in Which Institutional Realities Limit the Potential for Reform, 2009, S. 11 ff.

Das Gutachten gibt auch eine kurze Anleitung mit, wie im Einzelfall der Nachweis hierzu zu führen ist. Dabei soll eine „story“ entwickelt werden, die auf Fakten und ökonomische Modelle gestützt werden kann. Die Prioritätenmitteilung bleibt hierbei noch knapper und beschränkt sich darauf, den Nachweis mit Hilfe verfügbarer quantitativer und qualitativer Beweismittel und einer kontrafaktischen Fallkonstellation zu führen.¹⁹³ Es fehlt jedoch an Hinweisen dazu, welche konkreten Beweismittel aus Sicht der Kommission geeignet sind.¹⁹⁴ Hier werden beispielhaft Aussagen der Unternehmen und interne Dokumente genannt, die aber nur qualitative Beweismittel darstellen und deren Aussagekraft im Lichte einer Auswirkungsanalyse gering ist.¹⁹⁵ Angaben dazu, welche quantitativen Beweismittel als aussagekräftig angesehen werden, fehlen. Auch fehlen jegliche Angaben zur Beweiswürdigung. Die Kommission erklärt auch nicht, wie die genannte kontrafaktische Fallkonstellation ermittelt und wie mit dem Ergebnis des Vergleiches umgegangen werden soll.¹⁹⁶ Soll jede negative Abweichung von der kontrafaktischen Fallkonstellation zum Nachweis einen Schadens genügen? Ist eine Erheblichkeitsschwelle anzulegen?

Während Aussagen zu solchen prozessualen Fragen in einem ökonomischen Gutachten nicht zu erwarten sind, wären diese in der Prioritätenmitteilung angebracht. Die Aussagen zu dem Maßstab und dem Mehrwert einer Auswirkungsanalyse stehen und fallen mit den Anforderungen an die Konkretisierung der Auswirkungen und an deren Nachweis. Eine Auswirkungsanalyse ist beispielsweise wertlos, wenn man es zum Nachweis der Auswirkungen genügen lässt, dass eine Preiserhöhung festgestellt werden kann, ohne die Ursachen aufzuzeigen. Ohne diese Aussagen können auch die betroffenen Unternehmen nicht ihr eigenes Verhalten überprüfen und an der Prioritätenmitteilung ausrichten.

Eine Ausnahme von dieser Kritik stellt der AEC-Test dar. Dieser macht konkretere Vorgaben und kann eher nachvollzogen werden. Allerdings findet sich dieser nicht im Gutachten wieder. Vielmehr zeigt das Gutachten, dass bei Bestimmung der Missbräuchlichkeit weitere Voraussetzungen hinzukommen müssen. Diese werden in der Prioritätenmitteilung aber

193 *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.

194 Vgl. *Akman*, *The Modern Law Review* 2010, 605, 614 f.

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

196 Vgl. *Akman*, *The Modern Law Review* 2010, 605, 614 f.

nur vereinzelt aufgegriffen. Stattdessen zieht sich die Kommission darauf zurück, den AEC-Test als Teil einer Gesamtwürdigung anzusehen. Der Mehrwert des AEC-Tests erschließt sich in diesem Zusammenhang nicht. Wenn der AEC-Test ergibt, dass ein ebenso effizienter Wettbewerber konkurrieren kann, gibt das dem Unternehmen eine gewisse Sicherheit, da die Kommission „wahrscheinlich“ nicht einschreiten wird.¹⁹⁷ Allerdings ergibt sich dies in vergleichbarem Maße schon aus der damals aktuellen Rechtsprechung.¹⁹⁸ Interessanter wären insofern die Fälle, in denen der Test zu dem Ergebnis kommt, dass ein ebenso effizientes Unternehmen nicht konkurrieren kann. Hier bleibt die Kommission aber weiterhin vage und verweist lediglich auf die allgemeinen Kriterien.¹⁹⁹ Ein Zugewinn an Rechtssicherheit ist damit nicht verbunden.

Die Prioritätenmitteilung geht auch bei der Berücksichtigung von Effizienzen einen anderen Weg als noch das Gutachten. Das Gutachten sieht die Ermittlung von Effizienzen als wichtigen Bestandteil der Auswirkungsanalyse an.²⁰⁰ Die Prioritätenmitteilung trennt die Ermittlung von Effizienzen von der Ermittlung der Marktverschließung und prüft diese stattdessen im Rahmen einer Rechtfertigung. Auffällig ist die unterschiedliche Verteilung der Beweislast. Das Gutachten geht davon aus, dass die Effizienzen auch von der Kommission zu berücksichtigen sind und sieht die Beweislast erst bei dem betroffenen Unternehmen, wenn es sich um unternehmensbezogene Daten handelt, die von diesem leichter beizubringen sind.²⁰¹ Die Kommission sieht in der Prioritätenmitteilung die Darlegungs- und Beweislast für die Rechtfertigung allein bei dem betroffenen Unternehmen.²⁰²

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

198 *Akman*, *The Modern Law Review* 2010, 605, 616.

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

200 *EAGCP*, *An economic approach to Article 82*, 2005, S. 18.

201 *EAGCP*, *An economic approach to Article 82*, 2005, S. 13 ff.

202 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 31.

III. Die Schwächen der Prioritätenmitteilung

Der Abgleich des Gutachtens mit der Prioritätenmitteilung offenbart die Schwierigkeiten bei der Umsetzung und zeigt, dass die Kommission die Probleme der Missbrauchsaufsicht durch die Reform und den more economic approach nicht beseitigen konnte. Das ergibt sich daraus, dass die Prioritätenmitteilung eine unklare Auswahl bei den Erkenntnissen trifft, die sie aus dem Gutachten berücksichtigt, die Rolle der Verbraucherwohlfahrt für die Anwendung nicht hinreichend konkretisiert, und die Regeln zu offen und zu abstrakt bleiben, um einen Mehrwert für die Rechtssicherheit zu haben.

1. Auswahlentscheidung

Die Kommission setzte in der Prioritätenmitteilung Teile der Erkenntnisse aus dem Gutachten um, ignorierte andere jedoch. Dies führte dazu, dass die Prioritätenmitteilung keinem homogenen Konzept folgt, sondern eine Mischform zwischen dem Gutachten und der bisherigen Fallpraxis darstellt. Dies ist isoliert betrachtet auch nicht problematisch. Eine graduelle Weiterentwicklung basierend auf der bisherigen Fallpraxis berücksichtigt besser den Vertrauensschutz und die Rechtssicherheit und stößt eher auf Akzeptanz als eine „Revolution“. Allerdings konnte die Kommission damit das anfangs aufgeworfene Problem nicht beseitigen, dass im Rahmen von Art. 102 AEUV die Rolle der Ökonomie unklar war. Dies war auch nach Veröffentlichung der Prioritätenmitteilung der Fall. Eine konsequente Umsetzung der ökonomischen Erkenntnisse fehlte.

Hinzu kommen inhaltliche Probleme, die eine solche Teilumsetzung mit sich bringt. Das Gutachten entwickelte ein Gesamtkonzept zur Modernisierung der Missbrauchsaufsicht. Eine Umsetzung nur einiger Aspekte des Gutachtens verfälschte oder kehrte deren Inhalt geradezu um. Als Beispiel seien hier Auswirkungsanalyse und Effizienzen genannt. Das Gutachten sah die Ermittlung von Effizienzen als wichtigen Bestandteil der Auswirkungsanalyse und räumte diesem viel Raum ein.²⁰³ Die Prioritätenmitteilung übernahm zwar die Auswirkungsanalyse, doch die Ermittlung

203 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. 6, 13 ff.

von Effizienzen wurde allein den betroffenen Unternehmen auferlegt.²⁰⁴ Es blieb fraglich, ob das Gutachten unter diesen Umständen ebenfalls eine Auswirkungsanalyse empfohlen hätte.

Das Problem lässt sich darauf zurückführen, dass das Gutachten ein Gesamtkonzept für eine umfassende Reform enthielt. In einem solchen Fall sollten nicht einzelne Aspekte umgesetzt werden, während andere ignoriert werden. Vielmehr sollte vor Einholung ökonomischer Expertise geklärt werden, in welchen Bereichen Änderungen für möglich gehalten werden und welche Parameter nicht verändert werden dürfen. Dies verhindert, dass an die Gutachter Fragen gestellt werden, deren Antworten nicht umgesetzt werden können. Stattdessen sollten die Fragen zielgerichtet gestellt werden, um sicherzustellen, dass die Antworten dann auch verwertet werden können. Es sollten Kriterien gefunden werden, welche Fragen an die Ökonomie delegiert werden können.

2. Bedeutung der Verbraucherwohlfahrt

Ein weiteres Problem der Missbrauchsaufsicht war die unklare Abgrenzung zwischen Wettbewerbschutz und Schutz der Wettbewerber in der bisherigen Praxis. Dem sollte durch den Maßstab der Verbraucherwohlfahrt begegnet werden. Allerdings blieb nach der Veröffentlichung der Prioritätenmitteilung die Bedeutung der Verbraucherwohlfahrt bei der Beurteilung von missbräuchlichen Verhaltensweisen unklar. Im Gutachten wurde die Verbraucherwohlfahrt als Schutzgegenstand der Missbrauchsaufsicht herausgestellt.²⁰⁵ Die Prioritätenmitteilung setzte dies um, indem sie die Marktverschließung um das Merkmal der wahrscheinlichen Preiserhöhung zu Lasten der Verbraucher ergänzte. Unklar blieb aber, wie dieses Merkmal in der jeweiligen Prüfung umgesetzt werden kann.²⁰⁶ Das war angesichts der hervorgehobenen Bedeutung der Verbraucherwohlfahrt sowohl in dem Gutachten als auch in der Prioritätenmitteilung ein Versäumnis. Es wäre gerade die Aufgabe der Kommission gewesen, in Umsetzung des Gutachtens klar Stellung dazu zu beziehen, wie die Berücksichtigung der

204 *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. 31.

205 *EAGCP*, An economic approach to Article 82, 2005, S. 7 ff.

206 Vgl. *Federico*, Journal of European Competition Law & Practice 2011, 277.

Verbraucherwohlfahrt im Einzelfall zu erfolgen hat. Die Prioritätenmitteilung sprach lediglich davon, dass der Nachweis auf Grundlage qualitativer und quantitativer Beweismittel erfolgen kann.²⁰⁷ Es blieb unklar, ob die im Gutachten dargestellten Schadenstheorien hierfür genügen sollten oder ob, wie der Wortlaut es vermuten ließ, weitergehende Feststellungen zu treffen wären. Wie diese sodann zu treffen wären, insbesondere welche Nachweise hierfür überhaupt in Frage kommen, blieb offen. Auch das Verhältnis zu den erzeugten Effizienzen wurde aus dem Gutachten nicht konsequent übernommen. Wenn die Kommission von sich selbst den Nachweis eines Verbraucherschadens verlangte, dann dürfte sie hierbei die Augen vor möglichen Effizienzen auch nicht verschließen. Im Gutachten war die Berücksichtigung der erzeugten Effizienzen gerade wesentlicher Bestandteil, wenn es darum ging, die Auswirkungen auf die Verbraucherwohlfahrt zu ermitteln. Stattdessen oblag die Ermittlung der Effizienzen laut Prioritätenmitteilung den betroffenen Unternehmen. Es stellte sich die Frage, welchen Inhalt dann die eigenständige Ermittlung der Verbraucherschädigung durch die Kommission noch hatte. Auf Grundlage der Prioritätenmitteilung war der Maßstab der Verbraucherwohlfahrt somit für den konkreten Fall schwer handhabbar.

3. Rechtssicherheit

Das grundlegende und mit den anderen Punkten verknüpfte Problem der Missbrauchsaufsicht war die fehlende klare Konturierung und damit die fehlende Rechtssicherheit. Die Prioritätenmitteilung konnte dieses Problem nicht lösen und vermittelte selbst kaum Rechtssicherheit. Dies galt wie soeben dargestellt nicht nur in Bezug auf die Berücksichtigung der Verbraucherwohlfahrt, sondern zog sich durch die gesamte Prioritätenmitteilung.²⁰⁸

Die Problematik zeigte sich schon bei der Form der Umsetzung, aber auch in den vielen Ausnahmen, offenen Tatbeständen und unklaren An-

207 *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.

208 *Schmidt/Voigt*, WuW 2006, 1097, 1105 f.; *Temple Lang*, Article 82 EC - The Problems and the Solution, 2009, S. 31.

forderungen an Nachweise.²⁰⁹ Die Prioritätenmitteilung scheiterte daran, die Vorgaben aus dem Gutachten in klare und rechtssicher handhabbare Tatbestände umzusetzen. Dies zeigt sich beispielsweise an den sehr offenen Kriterien unter denen eine Lieferverweigerung als missbräuchlich anzusehen ist.²¹⁰ Auch der AEC-Test für preisbezogene Missbräuche vermittelt keine Rechtsicherheit, da er nur anhand von Informationen der Kunden oder Wettbewerber durchgeführt werden kann, die dem marktbeherrschenden Unternehmen nicht zur Verfügung stehen dürften.²¹¹

Sicherlich stellte die Formulierung rechtssicherer Regeln auf Grundlage ökonomischer Erkenntnisse eine nicht einfach zu bewältigende Herausforderung dar. Schließlich können die Schadenstheorien aus dem Gutachten nicht blind als Tatbestände übernommen werden. Diese waren oftmals Beispiele, und das Gutachten zeigt selbst, dass der ökonomischen Forschung ein Wandel innewohnt, indem dort auch auf die Entwicklung der Forschung in Reaktion auf die kritische Chicago School eingegangen wurde.²¹² Es wäre also zu kurz gedacht gewesen, von der Kommission zu fordern, die vorgelegten Forschungsergebnisse als einzig mögliche Fälle des Missbrauchs zu übernehmen. Dennoch wäre es gerade die Aufgabe der Kommission gewesen, ein Regelwerk zu schaffen, das einen Mehrwert in der Form bietet, dass klare Regeln formuliert werden, an denen sich die Unternehmen besser orientieren konnten und sich die Kommission selbst messen lassen muss. Dadurch, dass die Prioritätenmitteilung in vielen Punkten offen formuliert wurde, blieb dieser Mehrwert auf der Strecke. Die Prioritätenmitteilung scheiterte bei der Umsetzung der ökonomischen Erkenntnisse in Regeln und zog sich stattdessen auf offene Tatbestände zurück, die zwar auch die Berücksichtigung der Erkenntnisse aus dem Gutachten ermöglichten, aber letztlich keine Grenzen zogen. Diese Flexibilität mag Vorteile mit sich gebracht haben, minderte aber den Mehrwert der Prioritätenmitteilung als Konkretisierung der Missbrauchsaufsicht erheblich.

209 Vgl. *O'Donoghue/Padilla*, The law and economics of article 102 TFEU, 2020, S. 101 f.

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

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

212 *EAGCP*, An economic approach to Article 82, 2005, S. 24 ff.

C. Die Methode der Entscheidungsanalyse

Um den bisherigen Umgang mit ökonomischen Erkenntnissen zu analysieren und zu bewerten, ist anschließend an die Prioritätenmitteilung auch die Entscheidungspraxis zu untersuchen. Hieran zeigt sich, ob Kommission und Gerichte ökonomische Erkenntnisse im Zuge des *more economic approach* erfolgreich in ihre Anwendungspraxis integriert haben. Die dabei identifizierten Defizite, die es zu beseitigen gilt, sind sodann Grundlage für die Weiterentwicklung des *more economic approach*. Es ist also zunächst die Frage zu beantworten, in welcher Form die Prioritätenmitteilung und der *more economic approach* Einfluss auf die Entscheidungspraxis der Kommission und der europäischen Gerichte genommen haben.

Zur Beantwortung dieser Frage wird eine qualitative Analyse der Entscheidungen der Europäischen Kommission zur Missbrauchsaufsicht nach Veröffentlichung der Prioritätenmitteilung als Methode gewählt (hierzu I.). Für die Analyse der Kommissionsentscheidungen wird mit der strukturierenden qualitativen Entscheidungsanalyse eine eigens entwickelte Methode genutzt (hierzu II.). Diese leitet sich aus der inhaltlich strukturierenden Inhaltsanalyse ab, eine Methode der qualitativen Inhaltsanalyse aus den empirischen Sozialwissenschaften. Diese wird den Besonderheiten einer juristischen Entscheidungsanalyse angepasst. Das zu untersuchende Material wird beschrieben (hierzu III.) und die Fragestellung differenziert (hierzu IV.). Im Anschluss wird die Methode im Wege eines Materialdurchlaufs durchgeführt (hierzu D.).

I. Vorüberlegungen

Für die Entscheidungsanalyse fällt die Wahl auf eine eigens entwickelte Methode, die sich stark an die strukturierende qualitative Inhaltsanalyse der empirischen Sozialwissenschaften anlehnt.

1. Die Methodenwahl

Die Analyse von Entscheidungen ist herkömmlicher Gegenstand der Rechtswissenschaft. Entscheidungen werden zusammengefasst, interpretiert, systematisiert und bewertet. Dies gilt für die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit Entscheidungen. Auch für die Anwendungspraxis und in der Kommentarliteratur ist die Aufbereitung von Entscheidungen eine nicht wegzudenkende Aufgabe. Für die Durchführung von Entscheidungsanalysen finden sich unterschiedlichste Ansätze. In der breiten Masse werden Entscheidungsanalysen ohne klare Benennung einer Methode durchgeführt.²¹³ Die klassisch juristischen Auslegungsmethoden geraten bei der Entscheidungsanalyse an ihre Grenzen, da es bei der Entscheidungsanalyse primär nicht mehr um die Ermittlung des Gesetzesinhaltes geht. Die Methode der Entscheidungsanalyse muss deswegen im Einzelfall anhand der spezifischen Anforderungen der Forschungsfrage gewählt werden. In diesem Abschnitt lautet die Frage, in welcher Form die Prioritätenmitteilung und der *more economic approach* Einfluss auf die Entscheidungspraxis der Kommission und der europäischen Gerichte genommen haben. Es wurde bereits dargestellt, was den *more economic approach* insbesondere bei Behinderungsmissbräuchen ausmacht und wie dieser Einfluss auf die Prioritätenmitteilung genommen hat. Die gewählte Methode soll die Entscheidungen auf die dort identifizierten Merkmale untersuchen und feststellen, ob und in welcher Form diese dort Einzug gefunden haben. Die gesuchte Methode muss Entscheidungen auf hierfür relevante Textstellen untersuchen können und es ermöglichen, diese dann mit den Anforderungen des *more economic approach* und der Prioritätenmitteilung abzugleichen. Von allen vorhandenen Methoden erfüllt die strukturierende qualitative Inhaltsanalyse diese Anforderungen am besten und wird angepasst, um den Besonderheiten einer juristischen Entscheidungsanalyse gerecht zu werden.

2. Die Entscheidungsanalyse als Inhaltsanalyse

Bei der Methodenwahl liegt eine Anlehnung an die empirischen Sozialwissenschaften nahe. Letztlich ist die Entscheidungsanalyse eine empirische Untersuchung, da sie versucht, systematisch-methodisch Informationen

213 Konrad, Das Gemeinwohl, die öffentliche Meinung und die fusionsrechtliche Ministererlaubnis, 2019, S. 82.

aus den oder über die jeweiligen Entscheidungen zu sammeln.²¹⁴ In den USA ist diese Verknüpfung von Rechtswissenschaft und empirischen Sozialwissenschaften etabliert. Eine Vielzahl von Studien bedient sich bei der Entscheidungsanalyse auch einer Methode der empirischen Sozialwissenschaften: der „Inhaltsanalyse“.²¹⁵ Die Inhaltsanalyse bezeichnet ein Bündel von in den empirischen Sozialwissenschaften etablierten Methoden.²¹⁶ Eine einheitliche Definition der Inhaltsanalyse existiert nicht. Einigkeit besteht lediglich dahingehend, dass es sich dabei um die Analyse von Material handelt, das in Folge von Kommunikation hervorgebracht wird.²¹⁷ In diesen Anwendungsbereich fällt auch die rechtswissenschaftliche Entscheidungsanalyse. Auch juristische Entscheidungen sind das Produkt von Kommunikation. Eine Behörde oder ein Gericht kommuniziert in seiner Entscheidung in erster Linie mit den Beteiligten. Die Entscheidungen sind für die Beteiligten rechtliche Äußerungen, die unmittelbare Wirkungen entfalten. Gerade Entscheidungen von Obergerichten und von bedeutenden Behörden wie der Europäischen Kommission richten sich aber auch an die Öffentlichkeit. Es werden neben der Rechtsfolge für die Beteiligten auch die Rechtsansicht von Gericht und Behörde an die Öffentlichkeit kommuniziert.

Die Gründe für den Einsatz der Inhaltsanalyse als Methode in den empirischen Sozialwissenschaften sprechen auch für ihren Einsatz in der rechtswissenschaftlichen Entscheidungsanalyse. Die Interpretation von Kommunikationsinhalten wird einem wissenschaftlichen Vorgehen unterworfen. Um einen wissenschaftlichen Standard zu gewährleisten, wird sie systematisch – also regelgeleitet – durchgeführt.²¹⁸ Der Interpretationsvorgang wird dabei in einzelne Interpretationsschritte gegliedert, was ihn für andere nachvollziehbar macht. Diese sog. intersubjektive Überprüfbarkeit führt erst dazu, dass die Methode und die Analyse einem wissenschaftlichen Diskurs ausgesetzt werden können.²¹⁹ Dies gilt für die Rechtswissenschaft noch stärker als für andere Wissenschaften, da es kaum möglich ist, das Ergebnis der Interpretation von Gesetzen und Entscheidungen objektiv zu überprü-

214 Häder, *Empirische Sozialforschung*, 2019, S. 16.

215 Hall/Wright, *California Law Review* 2008, 63 ff.

216 Vgl. für einen Überblick zu den Anwendungsfeldern: Häder, *Empirische Sozialforschung*, 2019, S. 343 ff.

217 Mayring, *Qualitative Inhaltsanalyse*, 2015, S. 11; ders., *Qualitative Content Analysis*, 2014, S. 43.

218 Mayring, *Qualitative Inhaltsanalyse*, 2015, S. 13.

219 Mayring, *Qualitative Inhaltsanalyse*, 2015, S. 13, 61.

fen. Der Austausch über die Interpretation von Entscheidungen wird durch eine Inhaltsanalyse vereinfacht und präzisiert, da sie den Interpretationsvorgang besser intersubjektiv nachvollziehbar macht. Andere Personen, die sich mit den gleichen Fragestellungen auseinandersetzen, können die einzelnen offengelegten Schritte der Interpretation besser nachvollziehen und so auch Kritik präziser anbringen. Wenn detailliert offengelegt wird, wie das Ergebnis der Interpretation zu Stande kommt, tritt auch klarer hervor, warum mehrere Analysen derselben Entscheidung zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Der Diskurs ist dann zielgerichteter und kann sich auf die wirklich relevanten Punkte beschränken.

Gleichzeitig ist das Vorgehen bei der Inhaltsanalyse theoriegeleitet.²²⁰ Eine theoretisch bestimmte Fragestellung leitet die Analyse, und die Ergebnisse werden vor dem Hintergrund der Theorie ausgewertet.²²¹ Dies ist vorliegend relevant, da der *more economic approach* vor seiner Anwendung durch die Kommission zunächst theoretisch konzipiert wurde. Dies findet Ausdruck in der dargestellten Entstehungsgeschichte der Prioritätenmitteilung und dem wissenschaftlichen Diskurs.²²² Diese theoretische Vorarbeit kann im Rahmen der Inhaltsanalyse verwertet werden.

Als alternative Methode zur Auswertung von Texten bietet sich die Hermeneutik an. Unter Hermeneutik versteht man die Lehre der Interpretation, der Auslegung und des Verstehens eines Textes aus sich heraus.²²³ Die Hermeneutik hat im Gegensatz zur regelgeleiteten Inhaltsanalyse kein festgelegtes Ablaufmodell.²²⁴ Auch deswegen ist sie oftmals unbenannt und auch unbewusst die klassische Auslegungsmethode in der Rechtswissenschaft.²²⁵ Das fehlende klar definierte Programm macht die Auslegung anfällig für subjektive Prägungen.²²⁶ Die Nachvollziehbarkeit und damit die Intersubjektivität sind deswegen in weitaus geringerem Maße als bei der Inhaltsanalyse gewährleistet. Gleichzeitig erlaubt das fehlende Ablaufprogramm der Hermeneutik eine größere Flexibilität. Die Besonderheiten eines jeden Textes lassen sich dabei besser berücksichtigen. Auch schwer abzubildende Stilelemente wie Sarkasmus oder Überspitzungen sind leicht-

220 *Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse, 2015, S. 13.

221 *Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse, 2015, S. 13.

222 S. hierzu Abschnitt B.

223 Vgl. *Kuckartz*, Qualitative Inhaltsanalyse, 2012, S. 16 ff.

224 *Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse, 2015, S. 30.

225 *Konrad*, Das Gemeinwohl, die öffentliche Meinung und die fusionsrechtliche Ministererlaubnis, 2019, S. 82.

226 Vgl. *Früh*, Inhaltsanalyse, 2015, S. 51 f.

ter zu erfassen als im Rahmen einer stärker formalisierten Inhaltsanalyse.²²⁷ Diese Vorteile sind aber gerade im Fall einer Entscheidungsanalyse vernachlässigbar. Juristische Entscheidungen sind in hohem Maße formalisiert. Es gelten außerdem explizite Regeln für ihr Zustandekommen, für die formale Gestaltung des Inhalts sowie tradierte Regeln für Formulierungen, Stil und Sprache. Auch spielt die größere Flexibilität der Hermeneutik eine immer geringere Rolle, da verschiedenste Formen der Inhaltsanalyse existieren, die stetig weiterentwickelt werden und dabei mit der intersubjektiven Überprüfbarkeit den großen Vorteil der Inhaltsanalyse beibehalten können.

3. Qualitative Inhaltsanalyse

Innerhalb des Methodenbündels der Inhaltsanalyse kann grundlegend zwischen quantitativen und qualitativen Ansätzen unterschieden werden.

Die Inhaltsanalyse wurde zunächst als quantitative Methode entwickelt. Anlass war die Anfang des 20. Jahrhunderts enorm gestiegene Anzahl von Medien, die auf Kommunikationsinhalte untersucht werden konnten.²²⁸ Eine der ersten Definitionen der Inhaltsanalyse beschreibt diese als ein objektives, systematisches und quantitatives Vorgehen zur Beschreibung von Kommunikationsinhalten.²²⁹ Unter quantitativem Vorgehen versteht man die Verwendung von „Zahlbegriffen und deren In-Beziehung-Setzen durch mathematische Operationen bei der Erhebung oder Auswertung“.²³⁰ Die quantitativen Methoden zeichnen sich dadurch aus, dass eine große Anzahl von Kommunikationsmedien ausgewertet werden kann. In der Bedeutung werden dabei alle untersuchten Fälle gleichbehandelt.²³¹

Erst Mitte des 20. Jahrhunderts wurde vermehrt „qualitative Kritik“ gegen die rein quantitative Analyse geäußert, da diese oberflächlich blieb, vorschnell quantifizierte und damit unterschwellige Sinnstrukturen nicht erfassen konnte.²³² Diese Kritik brachte die qualitative Inhaltsanalyse her-

227 *Konrad*, Das Gemeinwohl, die öffentliche Meinung und die fusionsrechtliche Ministererlaubnis, 2019, S. 83.

228 *Krippendorff*, Content analysis, 2013, S. 11 f.; *Mayring*, Forum Qualitative Sozialforschung / Forum: Qualitative Social Research, Vol 1, No 2 (2000): Qualitative Methods in Various Disciplines I: Psychology 2000, 2.

229 *Berelson*, Content analysis in communication research, 1971, S. 18.

230 *Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse, 2015, S. 17.

231 *Hammer/Sage*, Columbia Law Review 2002, 545, 561.

232 *Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse, 2000, S. 2.

vor. Die qualitative Inhaltsanalyse zeichnet in Abgrenzung zur Definition der quantitativen Inhaltsanalyse aus, dass sie auf Zahlbegriffe bei der Beschreibung des Materials verzichtet.²³³ Die quantitativen und qualitativen Methoden beschreiben damit nicht unterschiedliche Realitäten, sondern verwenden bei der Beschreibung der gleichen Realität lediglich eine andere Sprache.²³⁴ Da nicht quantifiziert und deswegen auch weniger verallgemeinert werden muss, kann die qualitative Inhaltsanalyse einen stärkeren Fokus auf den Einzelfall legen.²³⁵ Allerdings ist das Bedürfnis der klaren Abgrenzung zwischen quantitativen und qualitativen Inhaltsanalysen überkommen. Selbst quantitative Analysen gestehen ein, dass vor der Quantifizierung eine qualitative Erfassung des Materials nötig ist.²³⁶ Umgekehrt verschließen sich auch qualitative Analysen nicht vor dem Einsatz einzelner quantitativer Analyseschritte, soweit dies zweckmäßig erscheint.²³⁷

Die Wahl fällt hier auf ein weitgehend qualitatives Vorgehen. Die Wahl der Analyseart richtet sich nach der Forschungsfrage. Die hier zu beantwortende Frage nach der Umsetzung des *more economic approach* kann nicht allein mit einer quantitativen Analyse beantwortet werden. Die Ausprägungen des *more economic approach* in den Entscheidungen sind kaum quantifizierbar. Es kann nicht von der Häufigkeit bestimmter Worte oder Formulierungen in Entscheidungen auf den Einfluss des *more economic approach* geschlossen werden. Ein konkretes Beispiel aus der vorliegenden Untersuchung ist die Entscheidung der Kommission im Fall Intel. Sie ist ein Paradebeispiel für den *more economic approach* und die Umsetzung der Prioritätenmitteilung.²³⁸ Trotzdem wird die Prioritätenmitteilung in der gesamten Entscheidung nur einmal erwähnt und zitiert.²³⁹ Berücksichtigt man aber den Kontext dieses Zitats, wird die Bedeutung klarer, denn es steht zu Beginn der gesamten rechtlichen Analyse und gibt deren Maßstab vor.²⁴⁰

Auch umgekehrt kann aus der bloßen Verwendung des entsprechenden Vokabulars nicht darauf geschlossen werden, dass die Ansätze des *more economic approach* und die Prioritätenmitteilung tatsächlich im Fall um-

233 *Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse, 2015, S. 17.

234 *Stegmüller*, Theorie und Erfahrung, 1970, S. 16.

235 *Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse, 2015, S. 20.

236 *Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse, 2015, S. 20, 21.

237 *Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse, 2015, S. 50, 61.

238 Wie auch die Analyse bestätigen wird, D.II.1.d.

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

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

gesetzt werden. Hierfür ist es vielmehr nötig, im Einzelfall die Anwendung zu untersuchen. Quantitative Elemente können dafür unterstützend herangezogen werden. Außerdem lässt ein qualitativer Ansatz eine Gewichtung der einzelnen Entscheidungen zu, die die Bedeutung und den Kontext der Entscheidung im Ergebnis der Analyse berücksichtigen können.

4. Qualitative strukturierende Inhaltsanalyse

Innerhalb der qualitativen Inhaltsanalysen stehen verschiedene Methoden bereit. Diese lassen sich in drei Gruppen aufteilen: Zusammenfassungen, Explikationen und Strukturierungen.²⁴¹ Die Zusammenfassung reduziert das Textmaterial durch Abstraktion auf die wesentlichen Inhalte, erhält dabei aber ein Abbild des gesamten Grundmaterials.²⁴² Eine Filterung nach vorher festgelegten Kategorien findet nicht statt. Zusammenfassungen können vielmehr selbst Kategorien generieren.²⁴³ Explikationen sammeln zu bestimmten Textstellen zusätzliches Material, welches die betreffende Textstelle erläutern soll.²⁴⁴ Strukturierungen filtern vorher festgelegte Aspekte aus dem Material und helfen dieses aufgrund bestimmter Kriterien einzuschätzen.²⁴⁵

Da für die Forschungsfrage das Textmaterial auf die Anwendung vorher festgelegter Ausprägungen des *more economic approach* und der Prioritätenmitteilung hin untersucht werden soll, bieten sich die strukturierenden Inhaltsanalysen an. Aufgrund der vorherigen Kategorienbildung eignen sich diese Arten der Inhaltsanalysen besonders gut für die Überprüfung von Hypothesen.²⁴⁶ Die in diesem Abschnitt zu beantwortende Forschungsfrage ist eine Hypothesenüberprüfung. Um dies zu veranschaulichen, lässt sie sich auch als Hypothese und Gegenhypothese formulieren: Die Europäische Kommission wendet die Prioritätenmitteilung und den *more economic approach* in ihren Entscheidungen an/ Die Europäische Kommission wendet [...] nicht an.

Innerhalb der strukturierenden Inhaltsanalysen kann zwischen weiteren Methoden unterschieden werden. Hier wird die inhaltliche Strukturierung

241 *Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse, 2015, S. 67.

242 *Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse, 2015, S. 67.

243 *Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse, 2015, S. 85.

244 *Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse, 2015, S. 67.

245 *Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse, 2015, S. 67.

246 *Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse, 2015, S. 25.

gewählt, da diese angesichts von Forschungsfrage und Textmaterial am zielführendsten ist. Die inhaltliche Strukturierung filtert bestimmte Inhalte aus dem Textmaterial und bedient sich einzelner Elemente der Zusammenfassung, um diese Inhalte zu abstrahieren.²⁴⁷ Die Filterung erfolgt anhand eines vorher entwickelten Kategoriensystems.²⁴⁸ Da vorliegend die Entscheidungen nur auf die Inhalte des *more economic approach* und der Prioritätenmitteilung untersucht werden sollen, bietet sich diese Methode besonders an. Gleichzeitig helfen Zusammenfassung und Abstraktion der so herausgefilterten Inhalte bei der abschließenden Bewertung, da die Entscheidungen im Einzelfall erheblichen Umfang haben.

II. Die inhaltlich strukturierende Entscheidungsanalyse

Auf Grundlage der qualitativen strukturierenden Inhaltsanalyse wird eine eigene Form der Entscheidungsanalyse entwickelt. Diese übernimmt die wesentlichen Arbeitsschritte der Inhaltsanalyse und modifiziert diese aufgrund der Besonderheiten einer juristischen Entscheidungsanalyse. Aus methodischer Sicht ist die qualitative Entscheidungsanalyse offen für solche Modifikationen. Vertreter der Inhaltsanalyse betonen immer wieder, dass eine Anwendung an die Besonderheiten des zu untersuchenden Materials angepasst werden muss. Dies ist möglich, solange am Ende der Anpassung weiter intersubjektiv nachvollziehbare Arbeitsschritte stehen.²⁴⁹

1. Die Arbeitsschritte

Die folgenden Arbeitsschritte verdeutlichen den Ablauf der Entscheidungsanalyse, bevor diese im Einzelnen erläutert werden.

1. Festlegung und Beschreibung des Materials
2. Theoretische Differenzierung der Fragestellung
3. Theoriegeleitete Erstellung eines Kategoriensystems
4. Materialdurchlauf
5. Rücküberprüfung des Kategoriensystems
6. Zusammenfassung pro Kategorie

247 *Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse, 2015, S. 103.

248 *Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse, 2015, S. 103.

249 *Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse, 2015, S. 51.

2. Die Vorbereitung der Analyse (Schritte 1. bis 3.)

Die ersten Arbeitsschritte, die die Analyse vorbereiten, legen das Material, die Fragestellungen und die dazugehörigen Interpretationsregeln fest. Das Material wird beschrieben und dessen wichtigste Charakteristika wie bspw. Kontext, Entstehungsgeschichte, Form werden offengelegt.²⁵⁰ Die Fragestellung wird anhand theoretischer Vorarbeiten ausdifferenziert. Vorhandene wissenschaftliche Arbeiten und eigene theoretische Überlegungen werden genutzt, um eine relevante Fragestellung überhaupt zu identifizieren und diese dann in einzelne Aspekte aufzugliedern, die jeweils einzeln untersucht werden können.²⁵¹

Dann wird ein Kategoriensystem festgelegt. Die Kategorien machen den Interpretationsvorgang transparent, regelgeleitet und damit intersubjektiv nachvollziehbar. Dieser Schritt hängt eng mit der Formulierung und Ausdifferenzierung der Fragestellung selbst zusammen; er ist ebenfalls theoriegeleitet. Zunächst werden Kategorien (Haupt- und Unterkategorien) gebildet. Diese legen fest, welche Inhalte zur Beantwortung der Fragestellung überhaupt relevant sein können und demnach aus dem Material extrahiert werden sollen.²⁵² Die Kategorien werden durch Definitionen, Ankerbeispiele und Abgrenzungsregeln greifbar gemacht.²⁵³ Definitionen werden dabei – wie in der Rechtswissenschaft – als abstrakte Begriffsbestimmungen verstanden. Ankerbeispiele sind besonders typische Textstellen, die eindeutig der Ausprägung zugeordnet werden können.²⁵⁴ Bei Bedarf werden auch Abgrenzungsregeln formuliert, wenn die Zuordnung von Textstellen unklar ist.²⁵⁵

3. Der Materialdurchlauf (Schritte 4. und 5.)

Der Materialdurchlauf ist die Bearbeitung des Textmaterials mit Hilfe des Kategoriensystems.²⁵⁶ Zunächst werden alle Fundstellen markiert, die Material zur Ausfüllung der Kategorien liefern. Die Textstellen werden

250 *Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse, 2015, S. 54.

251 *Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse, 2015, S. 58 f.

252 *Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse, 2015, S. 97.

253 *Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse, 2015, S. 97.

254 *Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse, 2015, S. 97.

255 *Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse, 2015, S. 97.

256 *Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse, 2015, S. 99.

dann den einzelnen Kategorien zugeordnet.²⁵⁷ Auswahl und Zuordnung erfolgen aufgrund des Kategoriensystems, insbesondere anhand der dort gefundenen Definitionen. In Einzelfällen und bei nicht sehr umfangreichem Material kann die Zuordnung einer Textstelle zu einer Kategorie auch weiter begründet werden. Während des Materialdurchlaufs wird das Kategoriensystem laufend überarbeitet und verfeinert.²⁵⁸ Besonders eindeutige Textstellen werden im Kategoriensystem als Ankerbeispiele aufgeführt. Es können neue Kategorien eingeführt, bestehende verfeinert und Definitionen präzisiert werden.

4. Die Ergebnisse (Schritt 6.)

Die während des Materialdurchlaufs gefundenen und zugeordneten Stellen werden pro Kategorie zusammengefasst. Das Ergebnis ist eine Zusammenfassung aller nach dem Kategoriensystem identifizierten Textstellen aus dem Material.²⁵⁹ Das Material wird damit auf den für die Untersuchung relevanten Inhalt reduziert. Die Zusammenfassung erfolgt auf ein vorher festgelegtes Abstraktionsniveau. Dieser Vorgang wird für jede Entscheidung und jede Kategorie einzeln durchgeführt. Alle Textstellen, die unter dem Abstraktionsniveau liegen, werden verallgemeinert (sog. Generalisation).²⁶⁰ Die relevanten Textstellen müssen in der Generalisation zumindest angedeutet bleiben.²⁶¹ Das Abstraktionsniveau richtet sich nach der Fragestellung, die durch die strukturierende Zusammenfassung beantwortet werden soll und damit nach den zuvor festgelegten Kategorien. Soweit aufgrund der Generalisation sodann inhaltsgleiche oder zumindest ähnliche Generalisationen entstehen, können diese zusammengefasst werden (Bündelung).²⁶²

Im Anschluss an jede einzelne Entscheidung und im Anschluss an den gesamten Materialdurchlauf finden jeweils ein Abgleich und eine Würdigung der so gewonnenen Zusammenfassungen statt. Dies ermöglicht eine gezielte Überprüfung, ob die Kommission die Inhalte des *more economic approach* umgesetzt hat. Grundlage hierfür ist ein schematischer Abgleich der zusammengefassten Textstellen mit den Inhalten der Prioritätenmittei-

257 *Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse, 2015, S. 103.

258 *Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse, 2015, S. 98 f.

259 *Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse, 2015, S. 103.

260 *Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse, 2015, S. 71.

261 *Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse, 2015, S. 71.

262 *Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse, 2015, S. 71.

lung und den sonstigen Inhalten des more economic approach, die dem Gutachten der EAGCP entnommen sind. Dem schließt sich eine Würdigung an, inwieweit die Entscheidung als Ausdruck und Umsetzung des more economic approach angesehen werden kann. Während der Maßstab die Übereinstimmung der Entscheidungen mit den Inhalten des more economic approach ist, genügt hierfür nicht der vorher durchgeführte schematische Abgleich. In die Würdigung fließen auch Wertungen ein, die die Besonderheiten des jeweiligen Falles, Entwicklungen und den Kontext berücksichtigen. Gleichzeitig können einzelne Aspekte, die beim Abgleich identifiziert wurden, gewichtet werden.

5. Besonderheiten bei der Entscheidungsanalyse

Das hier vorgestellte Ablaufmodell ist spezifisch einer juristischen Entscheidungsanalyse angepasst. In den empirischen Sozialwissenschaften weicht der Ablauf einer inhaltlich strukturierenden Inhaltsanalyse teilweise ab.²⁶³ Die Änderungen sind nötig, da die Inhaltsanalyse für jede Anwendung angepasst werden muss und niemals der gleiche Ablauf schematisch zugrunde gelegt werden kann. Juristische Entscheidungen unterscheiden sich in einigen Aspekten fundamental von bspw. Interviews, die klassischer Gegenstand einer qualitativen Inhaltsanalyse sind.

Der für die Inhaltsanalyse wichtigste Unterschied ist die stärkere Formalisierung in Entstehung, Aufbau und Sprache. Deswegen haben Ausführungen zur Entstehungssituation und den formalen Charakteristika des Materials eine geringere Bedeutung.

Bei der Kategorienbildung wird auf die Formulierung von Ausprägungen verzichtet. Ausprägungen sind markante selbst formulierte Beispiele, die eindeutig zu einer Kategorie gehören.²⁶⁴ Sie sollen eine leichtere Zuordnung von Textstellen zu den Kategorien ermöglichen.²⁶⁵ Dies ist insbesondere dann sinnvoll, wenn unklar ist, wie sich bestimmte Inhalte im Textmaterial zeigen können. Juristische Entscheidungen sind in ihrer Formulierung klarer und verwenden ein einheitlicheres Vokabular, sodass die Zuordnung auch ohne Ausprägungen möglich ist.

263 *Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse, 2015, S. 62, 98, 104.

264 Vgl. *Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse, 2015, S. 103.

265 *Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse, 2015, S. 97.

Auch der Arbeitsschritt der Paraphrasierung im Rahmen einer Zusammenfassung kann hier ausgelassen werden. Die Paraphrasierung in der Inhaltsanalyse streicht alle nicht-inhaltstragenden Textbestandteile, insbesondere ausschmückende, wiederholende, verdeutlichende Wendungen.²⁶⁶ Juristische Entscheidungen enthalten wesentlich seltener solche sprachlichen Ungenauigkeiten, als das in der Alltagssprache der Fall wäre.

Weitere Anpassungen vor allem in der Reihenfolge der Arbeitsschritte²⁶⁷ sind dem Umstand geschuldet, dass hier die Materialauswahl von der Forschungsfrage weitgehend vorgegeben ist. Deswegen steht die Fragestellung am Anfang, wie auch die Bestimmung der Analysetechnik und des konkreten Ablaufmodells. Auch die Richtung der Analyse²⁶⁸ ist dadurch schon vorgegeben.

6. Methodischer Mehrwert

Die Durchführung einer qualitativen strukturierenden Inhaltsanalyse in Form einer juristischen Entscheidungsanalyse ist für die Rechtswissenschaft neuartig. Deswegen versteht sich die Arbeit auch als Beitrag zur juristischen Methodenlehre. Die hier vorgestellte neuartige Methode wird dabei nicht als die einzig richtige für eine Entscheidungsanalyse angesehen. Stattdessen dient sie der Fortentwicklung des bestehenden Methodenkanons. Der Mehrwert dieser Methode für die vorliegende Untersuchung ist deswegen besonders zu begründen. Er findet sich in der besseren intersubjektiven Nachvollziehbarkeit, der klaren Strukturierung größerer Materialmengen und dem Mehrwert für spätere Forschungsvorhaben. Das klar vorgegebene methodische Vorgehen führt zu einer präzisen Analyse und klar nachvollziehbaren Ergebnissen. Gleichzeitig ermöglicht die Methode eine vollständige Aufarbeitung des Materials. Es werden nicht nur alle Untersagungsentscheidung in dem relevanten Zeitraum untersucht, sondern auch alle Textstellen in diesen systematisch ausgewertet.

Die strukturierende Entscheidungsanalyse ist intersubjektiv nachvollziehbar. Durch die vorher definierten Kategorien ist transparent, welche Inhalte aus den Entscheidungen herausgefiltert werden. Es wird offengelegt, nach welchem Maßstab die relevanten Textstellen ausgewählt werden. Diesen Vorteil bieten andere Analysemethoden nicht, bei denen nur das

266 *Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse, 2015, S. 72.

267 *Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse, 2015, S. 62.

268 *Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse, 2015, S. 58.

Ergebnis präsentiert, aber nicht offengelegt wird, mit welchen Schritten man zu diesem Ergebnis kommt und warum die relevanten Textstellen ausgewählt wurden und insbesondere auch, warum andere nicht ausgewählt wurden. Dies ist anfälliger für einen Anschein von Subjektivität, der bei einer stärker strukturierten Vorgehensweise schwerer entstehen kann.

Die Analyse ist nicht nur leichter nachvollziehbar, sondern auch leichter kontrollierbar und angreifbar, da der Analyseprozess Schritt für Schritt nachvollzogen werden kann. Dies ist eine bewusste Entscheidung, da die wissenschaftliche Diskussion davon lebt, dass die Analyse punktgenau kritisiert werden kann. Nur so treten mögliche Fehler hervor und nur so kann eine zielgerichtete Diskussion über die Ergebnisse aufkommen.

Gerade bei einer großen Menge an analysiertem Material hat das planmäßige und strukturierte Vorgehen den Vorteil, dass die Analyse lückenlos erfolgt und nicht einzelne Textstellen unberücksichtigt bleiben. Gleichzeitig ermöglicht die kategorienbasierte Filterung und das angestrebte Abstraktionsniveau eine erheblich verknappte Darstellung des relevanten Materials. Während dieses Vorgehen bei einzelnen Entscheidungen nicht als zwingend nötig erscheint, ist es für eine Vielzahl von teilweise sehr umfangreichen Entscheidungen von größerer Bedeutung, da es dem Adressatenkreis der Forschung nicht möglich sein wird, alle Entscheidungen vollständig selbst zu analysieren. Anhand der strukturierenden Analyse ist es ihnen leichter möglich, auf einen Blick alle relevanten Textstellen bei Bedarf selbst auf ihren Inhalt hin zu überprüfen. Auch für die Forschenden selber haben die Kategorien einen disziplinierenden Effekt und erleichtern die Durchführung, da eine größere Klarheit besteht, welche Textstellen relevant sind.

Die Methode sieht sich Kritik ausgesetzt, da sie gerade bei der ersten Durchführung und Herleitung einen erheblich höheren Arbeitsaufwand mit sich bringt und in der Darstellung mehr Platz einnimmt.

Die Darstellung spiegelt den tatsächlichen Aufwand wider. Gleichzeitig ist es für den Adressatenkreis der Forschung nicht zwingend nötig, den gesamten Materialdurchlauf nachzuvollziehen. Die umfassende Darstellung ist trotzdem erforderlich, um die Entscheidungsanalyse überprüfbar zu machen und bei Unklarheiten dem Adressatenkreis zu ermöglichen, die Schritte zum Ergebnis nachzuvollziehen.

Der Aufwand, der mit der Entwicklung der Methode einhergeht, ist allein auf ein Forschungsvorhaben bezogen sehr hoch. Die Methode bleibt aber für weitere Untersuchungen nutzbar. Der Mehrwert bleibt erhalten,

während der Aufwand gerade der Herleitung und Rechtfertigung der Methode mit jeder weiteren Anwendung sinkt.

III. Festlegung und Beschreibung des Materials

Zunächst wird das Material, das der Analyse unterzogen wird, dargestellt. Dabei wird eine Auswahl der Entscheidungen getroffen und der Aufbau der Entscheidungen erläutert.

1. Entscheidungsarten im Missbrauchsrecht

Für die Analyse der Missbrauchsaufsicht der Europäischen Kommission kommen drei Arten von Entscheidungen in Betracht.

Die Untersagung des missbräuchlichen Verhaltens durch die Europäische Kommission erfolgt aufgrund von Art. 7 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003. Diese Entscheidung kann erlassen werden, wenn die Kommission einen Fall aufgreift und eine Zuwiderhandlung gegen Art. 102 AEUV feststellt. Neben der Abstellungsverfügung kann die Entscheidung auch andere erforderliche Abhilfemaßnahmen nach Art. 7 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003 enthalten. Die Entscheidung kann mit der Verhängung eines Bußgeldes gem. Art. 23 Abs. 2 lit. a) VO 1/2003 verbunden werden.²⁶⁹

Als Alternative zur Untersagung hat die Kommission die Möglichkeit, von den betroffenen Unternehmen Verpflichtungen zu akzeptieren und diese nach Art. 9 Abs. 1 VO 1/2003 für verbindlich zu erklären (commitments decisions). Die Entscheidungsmöglichkeit kann gewählt werden, wenn die Kommission ein Verhalten als missbräuchlich ansieht, aber die betreffenden Unternehmen bereit sind, Zusagen zu machen, die die Bedenken der Kommission ausräumen können.²⁷⁰

Zuletzt können auch die Abweisungen von Beschwerden nach Art. 7 Abs. 2 VO 773/04 (rejection decisions) für die Analyse relevant sein. Mit der Beschwerde nach Art. 5 Abs. 1 VO 773/04 i.V.m. Art. 7 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 kann der Beschwerdeführer ein Tätigwerden der Kommission in Missbrauchsfällen erreichen. Die Kommission muss aber nicht jeder Beschwerde nachgehen, sondern kann diese unter weiten Voraussetzungen zurück-

269 Ritter/Wirtz in: Immenga/Mestmäcker Band 1: EU, 2019, VO 1/2003 Art. 7 VO 1/2003 Rn. 34.

270 Bauer in: MüKo-Wettbewerbsrecht: EU, Art. 9 VO Nr. 1/2003 Rn. 21.

weisen. Diese rejection decisions werden teilweise veröffentlicht und enthalten die Gründe für die Abweisung der Beschwerde.²⁷¹

Daneben stehen auch Fälle, in denen die Kommission nicht tätig geworden ist oder Verfahren eingestellt hat. Diese „Nicht-Entscheidungen“ sind einer Inhaltsanalyse nicht zugänglich, wenn sie nicht – wie bspw. teilweise bei den rejection decisions – formalisiert und begründet sind. Das erschwert es, ein komplettes und zutreffendes Bild von der Rechtsauffassung der Kommission zu erlangen. Die hier angewandte Methode kann dieses Problem nicht überwinden, da sie zwangsläufig auf Entscheidungen als Untersuchungsgegenstand angewiesen ist.

2. Auswahl der Entscheidungen

Die Entscheidungsanalyse untersucht die Auswirkungen des more economic approach auf die Untersagungsentscheidungen. Die anderen Entscheidungsarten werden keiner eigenständigen Analyse unterzogen. Dennoch werden sie durch die Auswertung anderer Forschungsarbeiten bei der abschließenden Beurteilung mit einbezogen.

Die Untersagungsentscheidungen sind die Entscheidungsart, in der die Auswirkungen des more economic approach bei der materiellen Prüfung am deutlichsten hervortreten müssten und gleichzeitig am relevantesten sind. Die Untersagungsentscheidungen enthalten die umfangreichsten Ausführungen zur Anwendung von Art. 102 AEUV und damit das meiste Analysematerial. Gleichzeitig ist vor allem bei diesen Entscheidungen zu erwarten, dass sie einer gerichtlichen Kontrolle unterzogen werden. Deswegen sind sie für die Rechtsfortbildung wesentlich bedeutender als die anderen Entscheidungsarten. Auch die von der Kommission veröffentlichten Dokumente sind insbesondere für die Untersagungsentscheidungen relevant, da sich ihre Inhalte – wenn überhaupt – in deren ausführlichen Begründungen wiederfinden.

In zeitlicher Hinsicht werden alle Untersagungsentscheidungen seit der Intel-Entscheidung der Kommission am 13.5.2009 berücksichtigt, die bis einschließlich Juni 2020 veröffentlicht wurden. Die Intel-Entscheidung fällt zwar vor die Veröffentlichung der Prioritätenmitteilung, ist aber nach Aussagen der Kommission schon von deren Inhalt geprägt und mit dieser

271 Kreifels, Die Prioritätensetzung der Europäischen Kommission beim Aufgreifen kartellrechtlicher Fälle, 2019, S. 61, 64.

in Einklang.²⁷² Diese Entscheidung ist damit der Ausgangspunkt für die Anwendung des *more economic approach*, ab dem eine Analyse die Forschungsfrage beantworten kann.

Zur Erhebung der Fallzahlen wurde die offizielle Datenbank der Generaldirektion Wettbewerb genutzt.²⁷³ Zwischen dem 13.5.2009 und dem 30.6.2020 hat die Europäische Kommission elf Untersagungsentscheidungen nach Art. 7 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 wegen Verstoßes gegen Art. 102 AEUV veröffentlicht. Unveröffentlichte, aber schon getroffene Entscheidungen können für eine Analyse nicht herangezogen werden. Die letzte veröffentlichte Entscheidung *AB Inbev* muss von der Analyse ausgenommen werden, da diese den Missbrauch im künstlichen Aufteilen des Binnenmarktes in nationale Märkte sieht.²⁷⁴ Dabei handelt es sich nicht um einen von der Prioritätenmitteilung erfassten Behinderungsmissbrauch.

3. Aufbau und Inhalt der Entscheidungen

Die Untersagungsentscheidungen variieren teilweise beträchtlich im Umfang, folgen in ihrem Aufbau aber immer einem ähnlichen Muster. Zu Beginn der Entscheidungen steht eine kurze Vorstellung der beteiligten Unternehmen, insbesondere der Adressaten und der Beschwerdeführer. Dem folgt eine Darstellung des Verfahrens, das der Entscheidung vorausgegangen ist. Ein weiterer Teil der Entscheidung kommt der Sachverhaltsdarstellung zu. Hier schildert die Kommission die relevanten Verhaltensweisen der Unternehmen, wie sie sich nach dem Ergebnis ihrer Ermittlung zugezogen haben. Dem schließt sich die regelmäßig sehr umfangreiche rechtliche Würdigung an, bei der die Kommission den ermittelten Sachverhalt unter Art. 102 AEUV subsumiert. Dieser Abschnitt umfasst mindestens drei Punkte. In einem ersten Schritt wird die Marktbeherrschung geprüft. Im zweiten Schritt wird die Missbräuchlichkeit der Verhaltensweisen begründet. Danach folgen kurze Ausführungen zur Zwischenstaatlichkeit. Am Ende des Entscheidungstextes stehen die Abhilfemaßnahmen sowie die Fest-

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

273 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, Antitrust. Für die Entscheidungsart wurde unter „Document Type“ in der „Advanced Search“ ausgewählt: „Prohibition Decision (Art. 102 Ex 82)“.

274 Europäische Kommission, 13.5.2019, Case AT.40134, Rz. 78 ff. – *AB InBev beer trade restrictions*.

setzung etwaiger Bußgelder. Die eigentliche Entscheidungsformel findet sich am Ende der Entscheidung.

Die Analyse beschränkt sich auf die Prüfung der Missbräuchlichkeit und des dafür angewandten Maßstabs. Der hierfür relevante Text ist dabei in den Entscheidungen durch die Gliederung klar abgegrenzt, auch wenn die Entscheidungen unterschiedliche Bezeichnungen hierfür enthalten. Teilweise findet sich ein einzelner Gliederungspunkt, der die gesamte rechtliche Würdigung enthält („Legal Assessment“/„Legal and Economic Assessment“).²⁷⁵ Teilweise werden die einzelnen Verhaltensweisen separat geprüft (bspw. „Refusal to Supply“ oder „Margin Squeeze“).²⁷⁶ Unabhängig von der Bezeichnung hat in jeder Entscheidung die rechtliche Beurteilung des missbräuchlichen Verhaltens einen eigenen Gliederungspunkt. Zu Beginn der Analyse jeder Entscheidung wird dieser relevante Abschnitt benannt.

4. Besonderheiten des Inhalts

Die Entscheidungen liegen teilweise in mehreren Sprachen vor. Auch wenn eine Entscheidung in deutscher Sprache zur Verfügung steht, bezieht sich die Analyse immer auf die englischsprachige Version, da alle Entscheidungen zumindest auf Englisch aufrufbar sind.

Die Entscheidungen enthalten oft Schwärzungen, um beispielsweise Geschäftsgeheimnisse und sensible Daten der betroffenen Unternehmen zu schützen. Diese Daten haben für die hier gestellte Forschungsfrage und die darauf aufbauenden Kategorien keine Bedeutung.

5. Gerichtliche Überprüfung der Entscheidungen

Die Kommissionsentscheidungen können nach Art. 263 AEUV mit der Nichtigkeitsklage zunächst vom EuG und schließlich vom EuGH überprüft werden. Auf diesem Weg können sich die europäischen Gerichte zur Anwendung des *more economic approach* und der Prioritätenmitteilung äußern. Gerichtliche Entscheidungen haben erhebliche Auswirkungen auf die zukünftige Entscheidungspraxis der Kommission. Deswegen werden zur Beantwortung der Forschungsfrage auch diese Entscheidungen analysiert.

275 So bspw. in den Entscheidungen Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 790 – *Intel*; Europäische Kommission, 22.6.2011, Case COMP/39.525, Rz. 579 – *Telekomunikacja Polska*.

276 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 355, 822 – *Slovak Telekom*.

Allerdings liegen nur für drei Fälle Entscheidungen der Gerichte vor.²⁷⁷ Es erscheint unnötig aufwendig, für diese ebenfalls eine strukturierende qualitative Entscheidungsanalyse durchzuführen. Da sich Gerichtsentscheidungen wesentlich von Kommissionsentscheidungen unterscheiden, wäre hierfür eine komplett neue Durchführung der Inhaltsanalyse nötig. Insbesondere müsste ein passendes Kategoriensystem entwickelt werden. Da die strukturierende qualitative Entscheidungsanalyse als Ergebnis eine Zusammenfassung des relevanten Inhalts hervorbringen soll, geht jedoch deren Mehrwert verloren, wenn nur in drei Fällen Entscheidungen zusammengefasst werden, die selbst wesentlich kürzer ausfallen als die analysierten Kommissionsentscheidungen. Deswegen werden die Entscheidungen separat nach der Analyse der Kommissionsentscheidungen gewürdigt.

IV. Differenzierung der Fragestellung und Kategoriensystem

Zentrales Element der qualitativen Inhaltsanalyse ist die theoriegeleitete Differenzierung der Fragestellung und Erstellung eines Kategoriensystems.

1. Fragestellung

Es stellt sich die Frage, in welcher Form die Prioritätenmitteilung und der *more economic approach* Einfluss auf die Entscheidungspraxis der Kommission und der europäischen Gerichte genommen haben.

Die Fragestellung der Analyse ergibt sich aus der übergreifenden Fragestellung der Arbeit: Wie können ökonomische Erkenntnisse für Auslegung und Anwendung des Missbrauchsverbots nach Art. 102 AEUV genutzt werden? Wie dargestellt, ist die verstärkte Berücksichtigung ökonomischer Erkenntnisse erklärte Zielsetzung des *more economic approach*.²⁷⁸ Die Prioritätenmitteilung nimmt bei der Analyse eine wichtige Rolle ein, da sie Ausdruck des *more economic approach* ist.²⁷⁹

277 Relevant war die Veröffentlichung in der elektronischen Sammlung der Entscheidungen des EuG und EuGH, aufrufbar unter: <https://curia.europa.eu/>.

278 Vgl. hierzu B.II.

279 Vgl. hierzu B.II.

2. Kategorien

Für beide Fragen müssen Kategorien gebildet werden, anhand derer die Entscheidungen nach relevantem Material durchsucht werden können. Die Kategorien müssen so gebildet werden, dass das gesamte relevante Material herausgefiltert wird. Dabei wird theoriegeleitet vorgegangen, also auf die bisherigen Ausführungen zum *more economic approach* zurückgegriffen.

a. Hauptkategorien

Es werden folgende Hauptkategorien gebildet:

- (1) Prüfung der Fallgruppen der Prioritätenmitteilung
- (2) Prüfung der „wettbewerbswidrigen Marktverschließung“
- (3) Prüfung der Auswirkungen des Verhaltens im Einzelfall
- (4) Prüfung der Auswirkungen auf die Verbraucherwohlfahrt
- (5) Prüfung von Effizienzsteigerungen
- (6) Zitierung der Prioritätenmitteilung

Ausgangspunkt für die Kategorienbildung ist die Forschungsfrage. Die Kategorien ergeben sich deswegen primär aus dem Inhalt und Kontext des *more economic approach* und der Prioritätenmitteilung der Europäischen Kommission.

Die Kategorien 1, 2 und 5 erfassen das Textmaterial, das direkt auf eine Auseinandersetzung mit der Prioritätenmitteilung schließen lässt. Mit Ausnahme der Ausführungen zur Marktbeherrschung bilden die Kategorien die wesentlichen Elemente der Prioritätenmitteilung ab. Wie dargestellt, ist die Prioritätenmitteilung *de facto* eine Mitteilung zur Anwendung von Art. 102 AEUV durch die Kommission.²⁸⁰ Sie füllt die einzelnen Tatbestandsmerkmale und Fallgruppen des Marktmachtmissbrauchs aus, so dass auf dieser Grundlage eine Anwendung auf den Einzelfall möglich ist. Dementsprechend wird sie als Ausgangspunkt für die Analyse der Entscheidungen herangezogen. Bei der Beurteilung der Missbräuchlichkeit greift die Prioritätenmitteilung auf eine mehrstufige Prüfung zurück. Wenn das Verhalten unter eine der dort aufgeführten Fallgruppen fällt, kommen spezielle

280 Vgl. B.II.4.d.

Kriterien zur Anwendung (Kategorie 1).²⁸¹ Ist dies nicht der Fall, wird die wettbewerbswidrige Marktverschließung direkt als Maßstab herangezogen (Kategorie 2).²⁸² Im letzten Schritt ist eine Rechtfertigung möglich, wenn das Verhalten Effizienzen generieren konnte (Kategorie 5).²⁸³

Die Kategorien 3 und 4 umfassen das Textmaterial, das auf eine Beeinflussung der Anwendungspraxis durch den *more economic approach* schließen lässt – auch unabhängig von dem konkreten Inhalt der Prioritätenmitteilung. Die Kategorienbildung stützt sich dabei auf die Inhalte des Gutachtens der EAGCP. Der Maßstab der Verbraucherwohlfahrt und die Auswirkungsanalyse sind laut Gutachten die wichtigsten Aspekte des *more economic approach* bei Behinderungsmissbräuchen.²⁸⁴

Die Kategorien 1-5 erfassen somit alle Textstellen, die erkennen lassen, dass die Kommission die Prioritätenmitteilung oder andere Merkmale des *more economic approach* angewendet hat. Daneben sollen auch die Textstellen erfasst werden, in denen sich die Kommission lediglich mit diesen Aspekten auseinandersetzt, auch wenn sie letztlich nicht zum Maßstab der Entscheidung gemacht werden. Dies führt dazu, dass die Analyse auch Textstellen identifizieren kann, in denen die Kommission beispielsweise ausdrücklich die Verbraucherwohlfahrt als Maßstab ablehnt. Da solche Textstellen sehr aussagekräftig für die Forschungsfrage sind, müssen sie ebenfalls identifiziert werden.

Die 6. Kategorie führt ein quantitatives Element ein und soll nur formal überprüfen, ob die Kommission in ihren Entscheidungen die Prioritätenmitteilung zitiert. Eine qualitative Inhaltsanalyse braucht sich einzelnen, eher quantitativen Elementen nicht zu verschließen.²⁸⁵ Eine Zitation der Prioritätenmitteilung lässt an sich noch keinen Schluss auf ihre Anwen-

281 *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. 23 ff., 32 ff.

282 *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 ff.

283 *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. 28 ff.

284 *EAGCP*, *An economic approach to Article 82*, 2005, S. 5 ff.

285 *Mayring*, *Qualitative Inhaltsanalyse*, 2015, S. 50, 61.

dung zu. Falls aber die Prioritätenmitteilung gar nicht zitiert wird, ist dies ein starkes Indiz dafür, dass ihr keine Bedeutung in der Anwendungspraxis zukommt.

b. Unterkategorien

Für die Hauptkategorien 1-5 werden die Unterkategorien „i. Maßstab“ und „ii. Subsumtion“ gebildet. Das Textmaterial wird damit weiter untergliedert. Der Unterkategorie i. werden alle Textstellen der jeweiligen Hauptkategorie zugeordnet, in denen die Kommission den Maßstab für ihre Entscheidung diskutiert. Die Unterkategorie ii. enthält die Textstellen, in denen die Kommission unter den vorher definierten Maßstab subsumiert. Für die Kategorie „(4) Verbraucherwohlfahrt“ bedeutet dies, dass die Unterkategorie „i.“ alle Textstellen enthält, in denen die Kommission sich dazu äußert, ob und in welchem Umfang das Verhalten die Verbraucherwohlfahrt negativ beeinflussen muss. Der Unterkategorie „ii.“ werden alle Textstellen zugeordnet, in denen die Kommission unter den selbst aufgestellten Maßstab subsumiert.

Diese weitere Aufteilung ermöglicht eine präzisere Analyse und lässt gleichzeitig zu, dass die Anwendung des Maßstabes überprüft wird. Nur die Analyse des Maßstabes ist nicht ausreichend, wenn dieser dann in der Subsumtion nur teilweise oder sehr oberflächlich angewendet wird. Beispielsweise könnte die Kommission in einem Obersatz formal eine Verbraucherschädigung (Kategorie 4) zum Maßstab der Missbräuchlichkeit erklären, im Rahmen der Subsumtion den Nachweis aber gar nicht erbringen und nur interne Dokumente des marktbeherrschenden Unternehmens anführen.

3. Definitionen

Für jede Kategorie wird eine Definition gebildet, um eine eindeutige Zuordnung von Textstellen zu dieser Kategorie zu ermöglichen. Soweit möglich, werden die Definitionen anhand der Prioritätenmitteilung selbst gebildet, um so eine möglichst objektive Analyse der Entscheidungspraxis zu gewährleisten. Das unterscheidet diese Entscheidungsanalyse von vielen

anderen Inhaltsanalysen, die stärker subjektiv geprägt sein können, da nicht auf vorgegebene Definitionen zurückgegriffen werden kann.²⁸⁶

(1) Fallgruppen

Für einzelne Fallgruppen des Behinderungsmisbrauchs stellt die Kommission in der Prioritätenmitteilung spezielle Kriterien zur Beurteilung der Missbräuchlichkeit auf. Die Kriterien ergeben sich aus der Prioritätenmitteilung und richten sich nach der jeweils im Einzelfall geprüften Fallgruppe.²⁸⁷ Deswegen muss beim Materialdurchlauf zunächst festgestellt werden, ob das Verhalten in der konkreten Entscheidung einer der Fallgruppen zugeordnet werden kann. Hierbei wird die Definition der Fallgruppe aus der Prioritätenmitteilung zugrunde gelegt. Wenn eine dieser Fallgruppen von der Kommission geprüft wird, werden alle Textstellen herausgefiltert, die eines oder mehrere der speziellen Merkmale behandeln, die in der Prioritätenmitteilung für die jeweilige Fallgruppe als maßgeblich angesehen werden.

(2) Wettbewerbswidrige Marktverschließung

Wettbewerbswidrige Marktverschließung ist nach der Prioritätenmitteilung 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.“²⁸⁸

Dieser Kategorie werden alle Textstellen zugeordnet, die zumindest eine Diskussion der Merkmale dieser Definition enthalten. Die hierfür relevanten Merkmale ergeben sich aus der Definition wie folgt:

286 So die Kritik bei *Konrad*, Das Gemeinwohl, die öffentliche Meinung und die fusionsrechtliche Ministererlaubnis, 2019, S. 81.

287 S.o. B. II.4.c.

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

- Zugang zu Lieferquellen/Märkten,
- erschweren/unmöglich machen,
- Wahrscheinlichkeit der Preissteigerung gegenüber Verbrauchern.

(3) Einzelfall- und Auswirkungsanalyse

Die Kategorie bildet den im Zuge des more economic approach geforderten effects based approach ab. Eine Textstelle enthält immer dann eine Einzelfall- und Auswirkungsanalyse, wenn bei der Beurteilung der Missbräuchlichkeit die Folgen des Verhaltens im konkreten Einzelfall untersucht werden. Es sollen hier alle Textstellen gesammelt werden, in denen sich die Kommission mit den tatsächlichen oder auch nur mit den wahrscheinlichen Auswirkungen des Verhaltens auseinandersetzt. Es werden alle Auswirkungen auf den Wettbewerb erfasst, nicht nur solche auf die Verbraucherwohlfahrt. Demnach wird diese Kategorie auch Textstellen enthalten, die nicht schon von Kategorie (4) abgedeckt sind. Auch wenn das Gutachten der EAGCP den Nachweis anhand von Fakten, verlässlicher ökonomischer Erkenntnisse und Empirie verlangt, ist dies für eine Zuordnung zu dieser Kategorie nicht nötig.²⁸⁹ Der Nachweis wird stattdessen über die Subkategorie erfasst. Nicht umfasst sind Textstellen, in denen die Kommission nur die Art des Verhaltens betrachtet, dies einer bestimmten Kategorie zuordnet und es allgemein als missbräuchlich ansieht.

(4) Verbraucherwohlfahrt

Dieser Kategorie werden alle Textstellen zugeordnet, in denen die Verbraucherwohlfahrt als Maßstab der Missbräuchlichkeit diskutiert wird. Die Verbraucherwohlfahrt ist dann der relevante Maßstab, wenn die Beurteilung der Missbräuchlichkeit davon abhängig ist, ob das Verhalten einen Schaden der Verbraucher nach sich zieht. Dabei werden keine strengen Maßstäbe angelegt. Die Textstellen qualifizieren sich schon dann für diese Kategorie, wenn diese Bezug auf die Verbraucherwohlfahrt oder auf einen Verbraucherschaden nehmen. Es ist somit nicht nötig, dass die Textstelle qualitative oder quantitative Beweismittel diskutiert, die eine (voraussicht-

289 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. 3.

liche) Verbraucherschädigung nachweisen. Insoweit ist die hier gefasste Definition weiter als die der Prioritätenmitteilung.²⁹⁰

(5) Effizienzeinrede

Textstellen sind dieser Kategorie zuzuordnen, wenn – auf Einwand des betroffenen Unternehmens – Überlegungen angestellt werden, ob das Verhalten objektiv notwendig war oder Effizienzvorteile entstehen. Die Textstellen enthalten im Fall der Effizienzeinrede die in der Prioritätenmitteilung ausgewiesenen Voraussetzungen:

- Verhalten resultiert in Effizienzvorteilen,
- Verhalten hierfür unverzichtbar,
- Effizienzen wiegen negative Auswirkungen auf,
- wirksamer Wettbewerb wird nicht ausgeschaltet.²⁹¹

(6) Zitation

Für das rein formale Kriterium der Zitation der Prioritätenmitteilung genügt jede Bezugnahme auf die Prioritätenmitteilung im Text oder in den Fußnoten der Entscheidung.

4. Abgrenzung und Verhältnis der Kategorien

Die Kategorien haben Schnittmengen, sodass Abgrenzungsregeln nötig werden, um unnötige doppelte Auswertungen zu vermeiden. Die Prioritätenmitteilung formuliert die speziellen Kriterien für die einzelnen Fallgruppen als Spezialfälle der wettbewerbswidrigen Marktverschließung. Deswegen schließen sich die Kategorien 1 und 2 gegenseitig aus. Ähnliches gilt für das Verhältnis der Kategorien 1 und 2 zu den Kategorien 3 und 4. Die wettbewerbswidrige Marktverschließung (und damit auch die speziellen Kriterien) enthält immer auch die Verbraucherwohlfahrt als Maßstab und

290 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 29.

291 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 28 ff.

eine Auswirkungsanalyse. Deswegen kann eine Textstelle nicht aus dem gleichen Grund den Kategorien 1 oder 2 und 3 und/oder 4 zugeordnet werden. Die Textstellen werden jeweils der spezielleren Kategorie zugeordnet. Zwischen den Kategorien 3 und 4 besteht kein solches Ausschließlichkeitsverhältnis.

5. Abstraktionsniveau

Es muss für die Zusammenfassungen ein Abstraktionsniveau festgelegt werden.²⁹² Dies leitet den Vorgang des Zusammenfassens und stellt eine Vergleichbarkeit über die Kategorien hinweg sicher. Ein höherer Abstraktionsgrad ermöglicht dabei eine kompaktere und übersichtlichere Zusammenfassung. Jedoch gehen damit die Besonderheiten und Details der einzelnen Texte und Textstellen immer weiter verloren. Es bietet sich somit ein Kompromiss an. Das Abstraktionsniveau sollte so abstrakt festgelegt werden wie möglich, aber maximal so abstrakt, dass noch die Details erhalten bleiben, die für die Beantwortung der Forschungsfrage vonnöten sind.

Für die Unterkategorien, die den Maßstab der Entscheidung betreffen („a“), bedarf es keiner weiteren Abstraktion, da diese schon gezielt die Beantwortung der Forschungsfrage ermöglichen. Die übrigen Unterkategorien („b“) betreffen die Subsumtion unter diesen Maßstab. Hier ist eine Generalisation wichtig, da die Details der einzelnen Fälle für die Forschungsfrage unwichtig sind. So sind beispielsweise die konkreten Preise eines Produkts oder der genaue Inhalt der internen Kommunikation des Unternehmens unwichtig. Deswegen werden die Textstellen, die Subsumtion enthalten, so generalisiert, dass sie auf die Benennung der Argumente und – soweit vorhanden – der Beweismittel reduziert werden. Insbesondere sollen die Argumente nicht im Einzelnen nachvollzogen werden. Auch die inhaltliche Würdigung der Beweismittel durch die Kommission fällt dabei weg. Dieses Abstraktionsniveau ermöglicht im Anschluss an die Zusammenfassung noch festzustellen, ob und wie die Kommission den von ihr gewählten Maßstab auch tatsächlich ausfüllt. Gleichzeitig wird verhindert, dass die Subsumtion in jedem einzelnen Fall überprüft wird, was gerade nicht Gegenstand der Forschungsfrage ist. Die Erwiderung der Kommission auf Einwände der betroffenen Unternehmen wird nur erfasst, wenn diese in die Prüfung eingeflossen sind.

292 Mayring, *Qualitative Inhaltsanalyse*, 2015, S. 71.

6. Überarbeitung des Kategoriensystems

Nach dem ersten Materialdurchlauf wurde das Kategoriensystem überarbeitet.²⁹³ Dieser Schritt dient dazu, das Kategoriensystem besser auf das konkrete Material anwenden zu können. Die Rücküberprüfung des Kategoriensystems nach einer ersten Analyse des Materials ist fester Bestandteil der Methode. Dies ermöglicht eine Anpassung der Kategorien an das Textmaterial und damit eine präzisere Analyse. Das gerade dargestellte Kategoriensystem ist schon die Endfassung nach der Überarbeitung. Um größere Transparenz und bessere Nachvollziehbarkeit herzustellen, werden hier kurz die wesentlichen Anpassungen dargestellt, die nach dem ersten Materialdurchlauf eingearbeitet wurden.

Die Definition der Kategorie 4 wurde weiter gefasst. Ursprünglich sollte nur Textmaterial darunterfallen, in dem die Kommission den Nachweis einer konkreten Verbraucherschädigung führt. Diese Definition erzielte aber kaum Treffer. Stattdessen beschränkte sich die Kommission auf theoretische Überlegungen, wie die Verbraucherwohlfahrt betroffen sein könnte. Auch diese sollten aber der Analyse unterzogen werden.

Zu Beginn der Analyse existierte eine weitere Kategorie, die die sonstige Verwertung ökonomischer Erkenntnisse in den Entscheidungen erfassen sollte. Hierfür konnte aber keine nutzbare Definition gefunden werden, da entweder große Textmengen darunterfallen, wenn jede ökonomische Überlegung darunter gefasst wird, oder kaum Textstellen, wenn eine explizite Auseinandersetzung mit ökonomischen Forschungsergebnissen gefordert wird.

Die Unterkategorien wurden erst nach einem Materialdurchlauf eingeführt. Es war teilweise unklar, ob die Subsumtion durch die Kommission auch den jeweiligen Kategorien zugeordnet werden kann. Die Subsumtion enthielt oft keine weiteren relevanten Informationen zum Prüfungsmaßstab. Allerdings war es erforderlich, die Subsumtion auszuwerten, um überprüfen zu können, ob die Kommission den vorher genannten Maßstab auch umsetzt. Die Aufteilung in zwei Unterkategorien trennt das Textmaterial, erhält dabei die Übersichtlichkeit und führt zu einer genaueren Analyse.

293 Vgl. *Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse, 2015, S. 99.

7. Überblick über das Kategoriensystem

Kategorien		Definition	Ankerbeispiel
1. Fallgruppen	a)	Rn. 32 ff. der Prioritätenmitteilung	Intel Rn. 1002-1006 Slovak Telekom Rn. 828
	b)	Subsumtion unter a)	Intel Rn. 1010-1012 Slovak Telekom Rn. 1007-1012
2. Marktverschließung	a)	Rn. 19 ff. der Prioritätenmitteilung	Telekomunikacja Polska Rn. 815
	b)	Subsumtion unter a)	Telekomunikacja Polska Rn. 816-819
3. Auswirkungsanalyse	a)	Auswirkungen des konkreten Verhaltens im Einzelfall	Intel Rn. 926, 1643
	b)	Subsumtion unter a)	Intel Rn. 932-945, 1653-1658
4. Verbraucherwohl-fahrt	a)	(Voraussichtlicher) Schaden für Verbraucher	Telekomunikacja Polska Rn. 829
	b)	Subsumtion unter a)	Telekomunikacja Polska Rn. 830-837
5. Rechtfertigung	a)	Rn. 28 ff. der Prioritätenmitteilung	Intel Rn. 1617-1619, 1624-1627 Telekomunikacja Polska Rn. 876
	b)	Subsumtion unter a)	Intel Rn. 1620-1622, 1628-1631 Telekomunikacja Polska Rn. 878-883
6. Prioritätenmitteilung (Zitat)		Ausdrückliche Nennung im Text oder Zitat in den Fußnoten	Intel Rn. 916, 919 (Fn. 1219)

Der abschließende Überblick über das Kategoriensystem ist der Leitfaden für den Materialdurchlauf. Es enthält knappe Definitionen der jeweiligen Kategorien und Ankerbeispiele. Ankerbeispiele sind Textstellen im Material, die eindeutig zu einer der Kategorien zugeordnet werden können. Diese Beispiele erleichtern in Zweifelsfällen die Zuordnung von Textstellen und machen die Zuordnung leichter nachvollziehbar.

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;

- 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.

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.

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. III, 122 f.

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 unbekanntem 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.

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*.

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 Roche³¹⁰ 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 Sugar³¹⁴ 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*.

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.

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*.

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 Jahr³²⁵ 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 hätte³²⁸, die Betroffenheit weiterer Produktgruppen³²⁹ 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*.

(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*.

Die Marktabschottung hat auch einen längerfristigen Effekt, da Wettbewerber abgeschreckt wurden, in die Entwicklung neuer Technologie für x86-CPU's 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*.

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 Lenovo³⁵⁹ und Acer³⁶⁰ 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*.

(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*.

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*.

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, Verbraucherwohl- fahrt und Auswirkungsanalyse finden sich in allen Teilen der rechtlichen Beurteilung.

aa. Abgleich

Die Kommission hat im Intel-Verfahren den AEC-Test aus der Prioritäten- mitteilung konsequent angewendet. Dennoch betont sie, dass die Prioritä- tenmitteilung nicht anwendbar sei, der AEC-Test nicht hätte durchgeführt werden müssen und eine Verbraucher- oder Wettbewerbschädigung 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 Missbrauchs- prüfung (Rn. 913-1748), sondern in der gesamten Entscheidung (insgesamt 1803 Rn.) eine dominante Position ein. Da der AEC-Test in der Prioritäten- mitteilung nur sehr knapp beschrieben ist, wird dieser in der Entscheidung noch weiter verfeinert, bleibt aber in den Grundlagen sehr nah an den Vor- gaben der Prioritätenmitteilung. Die Kommission nutzt als Bezugspunkte die AAC, die von der Prioritätenmitteilung als strengster Maßstab vorgese- hen 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 Prio- ritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Be- hinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 26.

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

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 wird³⁸⁰, 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.

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*.

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.

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.

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*.

Zeitraum aufbauen.³⁹⁴ Die Entscheidung betrifft Verhaltensweisen gegenüber Alternativen Operatoren (AOs), die Zugang zum Netz von TP begehren, 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*.

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 nachgelagerten 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*.

ii. Subsumtion

Die Kommission stellt fest, dass die Lieferverweigerung durch mehrere Maßnahmen seitens TP umgesetzt wurde. Dies geht aus internen Dokumenten⁴⁰¹ TPs hervor, sowie aus unangemessenen Forderungen in den Verhandlungen mit AOs⁴⁰², Verzögerungstaktiken⁴⁰³, dem eingeschränkten Zugang zum eigenen Netzwerk⁴⁰⁴ und zu den Endnutzern⁴⁰⁵ sowie der Bereitstellung von ungenauen und nicht nutzbaren Informationen⁴⁰⁶ 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*.

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 Lieferverweigerung⁴¹⁷, 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*.

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*.

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*.

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. 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.

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.

teilweise auf die unangemessenen Bedingungen, allerdings finden sich in der Diskussion dieser unangemessenen Bedingungen keine Verweise auf zu hohe Preise⁴³⁹, 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-

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 Marktzutritts Hindernis 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

hinderungsmisbrauch 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*.

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-

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*.

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*.

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.

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 Industriennorm 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*.

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*.

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 Behinderungsmisbrauch 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*.

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 verletzen. 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*.

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*.

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 Behinderungsmisbrauch 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 Behinderungsmisbrauch 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 Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 82.

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

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 Behinderungsmisbrauch 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 Behinderungsmisbrauch 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 Behinderungsmisbrauch 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.

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.

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 Wettbewerbschutz 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 abgeschlossen wird.⁴⁹⁷

496 Akman, Antitrust Law Journal 2016, 145, 59.

497 Europäische Kommission, 15.10.2014, Case AT.39523, Rz. 179 – *Slovak Telekom*.

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*.

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*.

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 Slowakei 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 zurück⁵¹⁰, Teile des Netzes wurden bewusst vom Zugang ausgenommen⁵¹¹ 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*.

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 Zeiträume⁵¹⁶ 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 vertiefere 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*.

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 Slowakei der in der EU gegenüber. Während in der EU der Anteil der Markteintritte erhöhte, fiel er in der Slowakei 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*.

(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 Slowakei 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 Slowakei niedriger ausgefallen wären.⁵³¹ Als weitere Belege führt die Kommission Zahlen zur DSL-Verfügbarkeit in der Slowakei 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*.

(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*.

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 Behinderungsmisbräuche angekündigten AEC-Test an.⁵³⁹ Dabei nutzt sie die LRAIC als Referenzgröße, welche neben den AAC in der Prioritätenmitteilung zur Beurteilung eines preisbezogenen Behinderungsmisbrauchs 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 Behinderungsmisbrauch 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 Behinderungsmisbrauch 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 Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 27, 20.

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

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 Verbraucherwohl- fahrt. 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*.

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.

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*.

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*.

praktischen und wirtschaftlichen Hürden, die damit verbunden wären, die Infrastruktur zu duplizieren.⁵⁵⁰ Rechtliches sowie praktisches Hindernis ist dabei die notwendige 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*.

(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*.

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

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

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 Behinderungsmisbrauch 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 Behinderungsmisbrauch 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 Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 82.

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)*.

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)*.

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)*.

(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 Nutzerverhaltens⁵⁸³, Aussagen der Wettbewerber zu dem eigenen Traffic⁵⁸⁴, 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)*.

lung des Traffics über einen längeren Zeitraum⁵⁸⁵, internen Dokumenten von Google⁵⁸⁶ 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 herrührt.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 Marktverschließung⁵⁹⁰, die Auswirkungen auf die Verbraucher⁵⁹¹ 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)*.

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)*.

Die Kommission verwirft diese, da die Gründe zu 1. und 2. von der Entscheidung nicht betroffen sind⁶⁰¹, für 3. keine Beweise vorgebracht werden⁶⁰², 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 kann⁶⁰³, 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)*.

der erhöhten Verbraucherpreise inhaltsleer. Ein separater Nachweis, wie die Prioritätenmitteilung ihn ausdrücklich für den Verbraucherschaden ankündigt⁶⁰⁶, 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 Behinderungsmisbrauch 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 Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 19.

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

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)*.

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.

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.

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*.

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*.

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*.

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, so dass 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*.

(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*.

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-

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

hinderungsmisbrauch 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 Behinderungsmisbrauch 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*.

die Lieferverweigerung⁶⁴⁹, 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.

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 USD⁶⁵⁰ 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)*.

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)*.

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 Chipssets 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)*.

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)*.

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 ermöglicht⁶⁶⁹, Komponenten nachfragt, die höhere Profitabilität mit sich bringen⁶⁷⁰, 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)*.

(5) Rechtfertigung

i. Maßstab

Die Kommission lässt eine Rechtfertigung des Verhaltens zu⁶⁷⁴, wenn das Unternehmen⁶⁷⁵ 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 potentielltem 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)*.

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 nachzuziehen.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)*.

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-

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)*.

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)*.

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 Lizenzierung 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*.

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 Lizenzierung 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*.

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 Faktoren⁷⁰³ 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*.

- 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 anbieten⁷¹³, 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*.

anbieten⁷¹⁴, Google die Suche auch für andere Geräte entwickelt und anbietet⁷¹⁵, diese auch über andere nicht Android-App-Stores heruntergeladen werden kann⁷¹⁶ und Gerätehersteller den App-Store unabhängig von der Google-Suche⁷¹⁷ installieren wollten.

Die Kopplung – also der Umstand, dass die Produkte nicht getrennt abgenommen werden konnten – ergibt sich aus den Lizenzbedingungen⁷¹⁸, dem Umstand, dass Nutzer das eine Produkt nicht ohne das andere erhalten⁷¹⁹ 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 wird⁷²¹ 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*.

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 Wettbewerbern⁷²⁷, Daten zu den Marktanteilen und der Nutzung der alternativen Vertriebswege⁷²⁸ sowie eigenen qualitativen Überlegungen⁷²⁹.

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 inhalts-gleich.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 Ausschließ-lichkeitsbindung ist gestützt auf die betroffenen Absatzmengen und Aussa-gen 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 Suchmaschinenmärk-ten schwieriger und verhinderten Innovation.⁷³¹

Ohne die Zahlungen hätten die OEMs und MNOs wirtschaftliche Anrei-ze 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 glei-chen Absatzmengen wie Google hätten garantieren können, wie sich aus den (potentiellen) Anteilen der alternativen Suchmaschinen an den Such-anfragen 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*.

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 festgestellt⁷³⁶ 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*.

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 hierzu⁷⁴²,
- Fallbeispielen, in denen Google tatsächlich aufgrund der Vereinbarungen intervenierte sowie interner und externer Dokumente von Google⁷⁴³,
- der Dauer und Reichweite der Vereinbarungen⁷⁴⁴ und der Verhinderung von Vertriebsmöglichkeiten, die wiederum mit Fallbeispielen belegt werden⁷⁴⁵,
- der Korrespondenz von Google mit Wettbewerbern und anderen Unternehmen, die entsprechende Forks entwickeln wollten und deren Aussagen⁷⁴⁶,
- den Aussagen von Unternehmen, die Apps entwickeln und portieren, hinsichtlich der Schwierigkeit, die Kompatibilität einer App mit einer Fork herzustellen⁷⁴⁷,
- 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*.

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*.

- 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*.

Die Kommission verwirft dies, da Google nicht nachgewiesen hat, dass die Vereinbarungen zur Interoperabilität notwendig sind⁷⁵⁸ und dass die Fragmentierung das Android-Ökosystem beeinträchtigt.⁷⁵⁹ Außerdem konnte Google nicht zeigen, dass die Vereinbarungen zum Reputationsschutz⁷⁶⁰, zur Verhinderung von Corner Cutting⁷⁶¹ 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 bereitstanden⁷⁶⁷, 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*.

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 wettbewerbslichen 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*.

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 Prioritätenmitteilung 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 Behinderungsmisbrauch 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 Behinderungsmisbrauch 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 Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 77.

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*.

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*.

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.

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

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

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 kann-

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*.

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 Koppelungen 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*.

(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 abzuspüren. 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-

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.

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 wichtigsten 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.

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.

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.

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.

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*.

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-

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.

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)*.

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 Wettbewerbschädigung 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*.

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 Verbraucherwohl- fahrt oder lehnt deren Prüfung ab. Die knappen Feststellungen erschöp- fen sich bspw. darin, dass die Wahlmöglichkeiten der Verbraucher⁸¹⁸ 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 Verbrau- cherwohl fahrt fallengelassen hat.

Die Entscheidungsanalyse hat eine sukzessive Entwicklung gezeigt. Wäh- rend die Kommission die Verbraucherwohl fahrt in den früheren Entschei- dungen 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 Verbraucher- schädigung 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 Prio- ritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Be- hinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 19.

820 S.u. D. IV. 1.

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*.

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-

Nachzuweisen ist dies durch das marktbeherrschende Unternehmen. Hinsichtlich der Effizienzvorteile konkretisiert die Kommission diese Vorgaben noch weiter und verlangt kumulativ⁸²⁹:

- „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 Verbraucherverwohl 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.

hinderungsmisbrauch 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 Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 30.

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.

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.

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 diene 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.

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)“.

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 Exchange/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.

dung durch die Kommission eine Vorschrift zum Aufbrechen von besonders hohen Markttrittsschranken 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

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 Intel⁸³⁹ und Slovak Telekom⁸⁴⁰ 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.

1. 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 der Kommission. Nach Ansicht des EuG war es nicht nötig, eine tatsächliche oder potentielle Verdrängungs-

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*.

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.*

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.

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*.

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*.

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 abhängt.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*.

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.

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 Verbraucherwohl-
fahrt. 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*.

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.

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 AKZO⁸⁹¹, Deutsche Telekom/Kommission⁸⁹² 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*.

ca/Kommission⁸⁹³ 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*.

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*.

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.

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 Zusageentscheidungen durch *Akman* nach der Veröffentlichung der Prioritätenmitteilung zurückgegriffen werden.⁹⁰⁸ Im Untersuchungszeitraum von 2009 bis 2014 ergingen 16 Zusageentscheidungen. 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 IBM⁹¹⁰ 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*.

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 Ausbeutungsmisbrauch 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*.

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 tiefgehende 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 tiefgehende 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

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 Substantiiiertheit
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.

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.

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.

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 Defizite⁹²⁶:

- 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.

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?

E. Weiterentwicklung des more economic approach

Die Analyse der Kommissionsdokumente und der Fallpraxis hat gezeigt, dass die Europäische Kommission den more economic approach bei Art. 102 AEUV nicht effektiv umgesetzt hat. Die europäischen Gerichte sind zurückhaltend. Das Scheitern des more economic approach im Rahmen des Art. 102 AEUV sollte aber nicht zum Anlass genommen werden, die Integration ökonomischer Erkenntnisse zu verwerfen. Stattdessen sollten die identifizierten Schwachstellen des more economic approach als Grundlage für dessen Weiterentwicklung genutzt werden. Hieraus ergeben sich die Anforderungen an die weitere Integration ökonomischer Erkenntnisse bei Art. 102 AEUV: Es ist an der Kommission, die bestehende Rechtsunsicherheit durch klare Regeln in Form von Leitlinien zu beseitigen (hierzu I.). Die Kommission muss sich darin zu einem Maßstab bekennen, der der Beurteilung zugrunde gelegt wird. Die Gerichte müssen sich in der Folge zu dieser Grundentscheidung positionieren. Die auf Grundlage ökonomischer Erkenntnisse geschaffenen Regeln dürfen nicht automatisch auf die Auswirkungenanalyse zurückfallen. Stattdessen müssen bewusst weniger komplexe Regeln gewählt werden, die trotzdem auf ökonomischen Erkenntnissen fundieren können (hierzu II.). Diese Regeln müssen den Wandel und Pluralismus in der Ökonomie abbilden können (hierzu III.). Zusammenfassend ergeben sich hieraus die Eckpunkte der Weiterentwicklung des more economic approach (dazu IV.).

I. Maßstabbildung und Ökonomie

Die Einführung der Verbraucherwohlfahrt als Maßstab für die Beurteilung missbräuchlicher Verhaltensweisen war zentraler Inhalt des more economic approach und des Gutachtens der EAGCP.⁹²⁷ Die Prioritätenmitteilung greift dies auf, indem sie die wettbewerbswidrige Marktverschließung als Maßstab ansieht und als deren Merkmal die wahrscheinliche Preiser-

927 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. 7 ff.

höhung zum Nachteil der Verbraucher aufnimmt.⁹²⁸ Die Entscheidungsanalyse hat gezeigt, dass die Kommission sowohl die wettbewerbswidrige Marktverschließung als auch die Verbraucherwohlfahrt nach anfänglichen Versuchen nicht mehr den eigenen Entscheidungen zugrunde legt. Hierdurch entsteht weitere Unsicherheit im Hinblick auf die Geltung und Verbindlichkeit der Prioritätenmitteilung, die schon bei deren Veröffentlichung zu Rechtsunsicherheit führte.

Es stellt sich die Frage, welche Rolle die Ökonomie bei der Maßstabbildung spielen kann. 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?

Verschiedene Wettbewerbstheorien haben unterschiedliche Ziele und betonen deswegen verschiedene Wettbewerbsfunktionen. Sie können auf die Frage keine einheitliche Antwort finden (dazu 1.). Eine Betrachtung der wissenschaftstheoretischen Grundlagen zeigt, dass die Ökonomie als Wissenschaft die Aufgabe der Maßstabbildung nicht leisten kann. Die konstitutionelle Ökonomie versucht diese Grenzen zu überwinden, kann aber nicht überzeugen (dazu 2.). Der Rechtswissenschaft sind methodisch andere Grenzen gesetzt. Sie kann deswegen bei der Maßstabbildung zumindest unterstützen. Im System der Europäischen Union bleibt es die Aufgabe der Kommission, den Maßstab neu zu definieren und durch Leitlinien zu Art. 102 AEUV Rechtssicherheit zu schaffen (dazu 3.). Daneben bleibt Raum zur Integration ökonomischer Erkenntnisse (dazu 4.).

1. Ziele und Wettbewerbstheorien

Wettbewerb kann verschiedenen Zielen dienen. Dies bildet sich in den unterschiedlichen Wettbewerbstheorien ab. Dieser Pluralismus an Theorien, Funktionen und Zielen zeigt, dass auf dieser Grundlage eine eindeutige Maßstabbildung nicht möglich ist. Ökonomische Erkenntnisse können aber nach jedem Ansatz eine Rolle spielen.

928 *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.

a. Wettbewerbstheorien

Während eine Vielzahl von Wettbewerbstheorien existiert, folgt nur eine exemplarische Auswahl.⁹²⁹ Diese Auswahl macht die verschiedenen Ziele deutlich, die je nach zugrundeliegendem Verständnis des Wettbewerbs vom Kartellrecht verfolgt werden können.

aa. Klassik und Neoklassik

Die erste Wettbewerbstheorie kann auf *Adam Smiths* bahnbrechendes Werk *The Wealth of Nations* zurückgeführt werden.⁹³⁰ Dessen grundlegende These ist, dass eine unsichtbare Hand das individuelle Gewinnstreben in einen allgemeinen gesellschaftlichen Vorteil umsetzt.⁹³¹ Wesentlich ist hierfür der Wettbewerb als Mechanismus, der die Interaktionen der Marktteilnehmer koordiniert. Nur wenn diese in einer Rivalität stehen, haben sie den Anreiz, besser oder innovativer als die Konkurrenten zu wirtschaften. Ohne Wettbewerb müssten sie auf geänderte Marktbedingungen nicht reagieren.⁹³²

Das Wettbewerbsleitbild von *Adam Smith* ist in dieser Abstraktheit schwer auf die Maßstabbildung in der Missbrauchsaufsicht zu übertragen. Allerdings sieht *Smith* den von ihm beschriebenen regelgebundenen Wettbewerb als Bedingung für funktionierende Marktmechanismen an. Legt man dieses Verständnis zugrunde, sollte dessen Schutz und Aufrechterhaltung das Ziel der Wettbewerbspolitik sein, auch wenn die Wohlfahrtssteigerung das dadurch zu erreichende Fernziel bleibt.⁹³³

Hierauf aufbauend entwickelten die Vertreter der Neoklassik *Kenneth Arrow* und *Gérard Debreu* Mitte des 20. Jahrhunderts das Modell der vollständigen Konkurrenz (sog. perfect competition).⁹³⁴ Dies ist eine mathematische Beschreibung des Gleichgewichts zwischen Angebot und Nachfrage auf einem polypolistischen Markt. Im Gegensatz zur klassischen Ökonomie

929 Die Darstellung folgt dabei *Budzinski*, *Cambridge Journal of Economics* 2008, 295, 2 ff.; *Schmidt/Haucap*, *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, 2013, S. 1 ff.

930 *Stigler* in: *Wettbewerbstheorie*, 1975, 30 ff., 31 f.

931 *Smith*, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1997, S. 456; *Schmidt/Haucap*, *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, 2013, S. 4 f.

932 *Budzinski*, *Cambridge Journal of Economics* 2008, 295, 297 f.

933 *Herdzina*, *Wettbewerbspolitik*, 1999, S. 42.

934 *Arrow/Debreu*, *Econometrica* 22 (1954), 265.

nach *Smith* beschreibt diese Wettbewerbstheorie nicht mehr den Prozess im Sinne einer ständigen Interaktion von Marktteilnehmern, sondern lediglich dessen Ergebnis. Das Modell ist bis heute eine der Grundlagen der Mikroökonomie. Allerdings leidet es unter vielen unrealistischen Annahmen, die für die Erreichung des Gleichgewichtszustandes notwendig sind. Hierzu gehören beispielsweise perfekte Information aller Marktteilnehmer, keine Externalitäten und rein rationales Verhalten.⁹³⁵

Die Neoklassik stellt damit das Ergebnis des Wettbewerbs in den Mittelpunkt. Ziel des Wettbewerbs und der Wettbewerbspolitik nach diesem Verständnis wäre die Erreichung des Gleichgewichtszustandes.

bb. Ordoliberalismus

Der deutsche Ordoliberalismus geht auf die Freiburger Schule und deren Vertreter (*Walter Eucken, Wilhelm Röpke, Franz Böhm, Alexander Rüstow* u.a.) zurück. Diese betonen sowohl die Notwendigkeit von freien Märkten ohne staatliche Intervention als auch die Notwendigkeit, gegen private Machtkonzentrationen vorzugehen.⁹³⁶

Geschichtlicher Hintergrund des Ordoliberalismus ist die Umformung der deutschen Wirtschaft durch zunehmende Zentralisierung und Kartellierung in den 1920er und 1930er Jahren. Die weitreichenden ökonomischen Freiheiten in der Weimarer Republik führten zur Kartellierung in Wirtschaftsverbänden und Syndikaten, die das Wirtschaftsgeschehen kontrollierten. Hieraus wird die Notwendigkeit für einen Ordnungsrahmen abgeleitet, der den Wettbewerb vor seinen selbstzerstörerischen Kräften bewahrt.⁹³⁷

Dem liegt die Erkenntnis zugrunde, dass wirtschaftliche Freiheit auch durch ungezähmte private Macht massiv eingeschränkt werden kann. Die Marktteilnehmer haben einen Anreiz, die dezentrale Entscheidungsfindung auszuhöhlen, diese zu konzentrieren, und damit den Wettbewerbsdruck von sich zu nehmen. Während die Gesamtwohlfahrt in einer Wettbewerbsordnung am größten wäre, können einzelne Marktteilnehmer die eigene Wohlfahrt durch Umgehung des Wettbewerbsmechanismus steigern.⁹³⁸

935 *Schmidt/Haucap*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 2013, S. 7 f.

936 *Budzinski*, *Cambridge Journal of Economics* 2008, 295, 305.

937 *Budzinski*, *Cambridge Journal of Economics* 2008, 295, 305.

938 *Budzinski*, *Cambridge Journal of Economics* 2008, 295, 306.

Deswegen muss der institutionelle Rahmen der Wettbewerbspolitik entsprechende Verhaltensweisen unterbinden. Der Leistungswettbewerb wird dabei von dem unerwünschten Behinderungswettbewerb abgegrenzt. Leistungswettbewerb ist dann gegeben, wenn die Marktteilnehmer sich selbst verbessern. Behinderungswettbewerb ist gegeben, wenn die Anstrengungen darauf gerichtet sind, den Wettbewerbern zu schaden und damit die eigene Leistung im Wettbewerb nur relativ zu diesen und nicht absolut gesteigert wird.⁹³⁹

Nach den Vertretern des Ordoliberalismus ist das Ziel der Wettbewerbspolitik und des Kartellrechts die Schaffung und Gewährleistung der Grundvoraussetzungen und des Ordnungsrahmens für den Wettbewerb. Ein bestimmtes Ziel ist gerade nicht vorzugeben. Damit ist dennoch die Erwartungshaltung verbunden, dass unter diesen Voraussetzungen langfristig die effizientesten Ergebnisse eintreten. Eigentlich nicht ökonomische Ziele wie Freiheit und Fairness werden vor diesem Hintergrund Teil einer übergreifenden ökonomischen Zielsetzung.⁹⁴⁰

cc. Österreichische Schule

Die verschiedenen Zielsetzungen und ihr Verhältnis zueinander sind Gegenstand der Überlegungen von *Erich Hoppmann* zu seiner Wettbewerbstheorie. Dieser knüpft an das Wettbewerbsverständnis von *Friedrich von Hayek* an. Dieser begreift Wettbewerb als Such- und Entdeckungsverfahren, dessen „*Ergebnisse unvorhersagbar und im ganzen verschieden von jenen sind, die irgendjemand hätte bewusst anstreben können [...]*“.⁹⁴¹ Hiernach ist jegliche Bestimmung von inhaltlichen Zielen abzulehnen, da diese selbst Teil des Entdeckungsverfahrens sind. Sie bleiben vielmehr offen. Nach der Harmoniethese steht dies allerdings in keinem Widerspruch zu guten Marktergebnissen. Bezugnehmend auf die Ansätze aus der Klassik nennt Hoppmann Wettbewerbsfreiheit und ökonomische Vorteilhaftigkeit „*zwei Seiten derselben Medaille*“.⁹⁴²

Hoppmann selbst relativiert diese Aussage aber später. Er ermittelt politische und natürliche Ausnahmebereiche, bei denen ein Eingreifen in den

939 Vgl. *Röpke*, A Humane Economy, 1960, S. 32.

940 *Budzinski*, Cambridge Journal of Economics 2008, 295, 308.

941 *Hayek*, Freiburger Studien: Gesammelte Aufsätze, 1969, S. 250.

942 *Hoppmann*, Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, 1968, S. 21.

Markt notwendig ist. Politische Ausnahmereiche ergeben sich, wenn Unternehmen oder der Staat künstliche Wettbewerbshemmnisse verursachen. Natürliche Ausnahmereiche können vorliegen, wenn sich in Folge der Marktprozesse selbst Einschränkungen der Wettbewerbsfreiheit ergeben. Dies kann auf Skaleneffekte oder natürliche Monopole zurückzuführen sein. Auch hier ist ein Eingriff nötig, um diese Hindernisse nicht zu verfestigen. Allerdings ergibt sich in beiden Konstellationen kein Zielkonflikt, da der Eingriff nur dazu dient, Wettbewerbshindernisse zu beseitigen. Mit dem Eingriff wird die Wettbewerbsfreiheit wiederhergestellt.

Ein Zielkonflikt kann sich jedoch ergeben, wenn der Wettbewerb nur zur Realisierung überindividueller ökonomischer Vorteile eingesetzt und damit Mittel zum Zweck wird (Dilemmathese).⁹⁴³

dd. Harvard School

Die „Harvard School“ war die Reaktion auf die Erkenntnis, dass ein perfekter Wettbewerb, wie von der Neoklassik im Modell der vollständigen Konkurrenz beschrieben, nicht realistisch ist.⁹⁴⁴ Der von dem US-amerikanischen Ökonomen *John Maurice Clark* geprägte Begriff „workable competition“ brachte einen stärkeren Fokus auf die Marktstruktur und Interventionen zur Stärkung wettbewerbsförderlicher Strukturen mit sich.⁹⁴⁵ Diese sollen das Marktverhalten und damit auch das Marktergebnis positiv beeinflussen.⁹⁴⁶

Die Harvard School hat dabei der Wettbewerbspolitik kein Ziel vorgegeben. Vielmehr konnten die Instrumente eingesetzt werden, um eine Vielzahl – auch nicht-wirtschaftlicher – Ziele zu erreichen. Eine Umsetzung der Harvard School in juristische Regeln bedeutet demnach keine Festlegung auf ein bestimmtes Ziel der Wettbewerbspolitik. Diese Wahl steht danach allein der politischen Meinungsbildung zu. Die Instrumente der Wettbewerbspolitik konzentrieren sich auf die Schaffung von wettbewerbs-

943 Vgl. *Hoppmann*, Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, 1968, S. 11, 22 f.

944 *Budzinski*, Cambridge Journal of Economics 2008, 295, 298 f.; *Hovenkamp*, The Harvard and Chicago Schools and the Dominant Firm, 2007.

945 *Clark*, The American Economic Review 1940, 241 ff.

946 *Budzinski*, Cambridge Journal of Economics 2008, 295, 299.

freundlichen Bedingungen (Reduzierung der Marktkonzentration, Abbau von Marktzutrittsbarrieren).⁹⁴⁷

ee. Chicago School

Dem entgegengesetzt entwickelte sich die wettbewerbspolitische Ausprägung der „Chicago School“. Der Chicago School zuzuordnende Ökonomen und Juristen wie *Robert Bork*, *Harold Demsetz*, *Richard Posner*, *Aaron Director* und *George Stigler* erlangten großen Einfluss in der Wettbewerbspolitik der USA in den 1980er Jahren. Sie setzten klar eine Steigerung der Gesamtwohlfahrt als Ziel von Wettbewerb und Wettbewerbspolitik voraus.⁹⁴⁸ Im Gegensatz zur Harvard School ist demnach ein Einschreiten nur dann gerechtfertigt, wenn damit eine Wohlfahrtssteigerung einhergeht.⁹⁴⁹ Verhaltensweisen, die unter der Harvard School noch als wettbewerbswidrig angesehen werden, rechtfertigen keinen Eingriff, wenn sie Effizienzsteigerungen mit sich bringen.

Auch Eingriffe in die Marktstruktur werden kritisch gesehen, da nach Überzeugung der Chicago School auch eine sich wandelnde Marktstruktur Ausdruck neuer effizienterer Lösungen sein kann. In der Konsequenz beschränkte sich eine auf der Chicago School basierende Wettbewerbspolitik auf ein Verbot von horizontalen Beschränkungen und Fusionen sowie von Hardcorekartellen.⁹⁵⁰

ff. Post Chicago

Als Synthese dieses Meinungsstreites lässt sich die post Chicago Ära beschreiben. Während Effizienz und Wohlfahrtssteigerungen die Zielsetzung bleiben, werden dennoch mehr und stärkere Interventionen gerechtfertigt.⁹⁵¹ Die verschiedenen Forschungsfelder entwickeln sich dabei heterogener und können schwer einer einzelnen Schule zugeordnet werden. Gemein ist vielen, dass sie Möglichkeiten aufzeigen, die auch in freien

947 *Budzinski*, Cambridge Journal of Economics 2008, 295, 299.

948 *Budzinski*, Cambridge Journal of Economics 2008, 295, 299 f.

949 *Budzinski*, Cambridge Journal of Economics 2008, 295, 300.

950 *Budzinski*, Cambridge Journal of Economics 2008, 295, 301.

951 *Budzinski*, Cambridge Journal of Economics 2008, 295, 301.

Märkten zu wohlfahrtsmindernden Wettbewerbsbeschränkungen führen können, und die Effizienzen hinterfragen, die nach der Chicago School vielen Verhaltensweisen innewohnen.⁹⁵² Die Konsequenz für die daraus zu gewinnenden Regeln ist dabei differenzierter als zuvor. Interventionen werden nicht generell kritisch betrachtet, bedürfen aber dennoch einer Rechtfertigung durch zu erwartende Wohlfahrtssteigerungen.⁹⁵³ Die Chicago School bleibt jedoch prägend. Gerade in der Forschung zu missbräuchlichen Verhaltensweisen sind Ausgangspunkte der neuen Forschung oft die Überlegungen der Chicago School. Die neuere Forschung versucht dabei, die Lehren der Chicago School zu überwinden, die oftmals keinen Anlass für Interventionen sahen.⁹⁵⁴ Trotzdem bleibt das Ziel der Wettbewerbspolitik die Wohlfahrtssteigerung.⁹⁵⁵

gg. Neo-Brandeisians

Unter Berufung auf den progressiven U.S. Supreme Court Richter Louis Brandeis formulieren die sog. Neo-Brandeisians (*Lina M. Khan, Tim Wu, Jonathan Kanter, Barry Lynn*) aktuell zunehmend Kritik an einer zu engen Zielsetzung der Wettbewerbsökonomie und des Kartellrechts.⁹⁵⁶ Insgesamt sehen sie die hohe Konzentration vor allem in den USA als problematisch an und als Ursache für verschiedene – auch außerwettbewerbliche – Probleme.⁹⁵⁷ Auch außerhalb der USA wird Kritik laut, dass nicht alleine die Verbraucherwohlfahrt als Zielsetzung anzuerkennen ist, sondern eine Öffnung hin zu breiteren Zielsetzungen möglich ist.⁹⁵⁸

952 *Budzinski*, Cambridge Journal of Economics 2008, 295, 301 ff.

953 *Budzinski*, Cambridge Journal of Economics 2008, 295, 301.

954 Besonders gut wird das am Beispiel der Kampfpreise deutlich, vgl. hierzu: *Fumagalli/Calcagno/Motta*, Exclusionary Practices, 2018, S. 16 ff.

955 *Budzinski*, Cambridge Journal of Economics 2008, 295, 301 ff.

956 *Khan*, Journal of European Competition Law & Practice 2018, 131 f.

957 *Khan*, Journal of European Competition Law & Practice 2018, 131 f.; *Wu*, The curse of bigness, 2018; *Vaheesan*, The Yale Law Journal 2017-2018, 980, 984.

958 Vgl. *Ezrachi*, Journal of Antitrust Enforcement 2017, 49 ff.

b. Pluralismus an Theorien und Zielen

Der hier illustrierte Pluralismus an Wettbewerbstheorien und damit einhergehenden Zielen sollte nicht als Schwäche aufgefasst werden.⁹⁵⁹ Wie im Rahmen dieser Arbeit noch vertieft begründet wird, ist dieser Pluralismus zwingende Konsequenz eines modernen wissenschaftstheoretischen Verständnisses.⁹⁶⁰ Die bisherige Geschichte macht aber deutlich, dass hinsichtlich der Ziele der Wettbewerbspolitik und des Kartellrechts kein Konsens besteht und dass ein solcher Konsens auch in Zukunft wahrscheinlich nicht zu erreichen ist. Stattdessen ist zu erwarten, dass sich das Verständnis immer weiterentwickeln wird.

2. Grenzen der Ökonomie

Aus der juristischen Perspektive stellt sich dennoch die Frage, ob es der Ökonomie möglich ist, Aussagen zu den Zielen und dem Maßstab der Missbrauchskontrolle zu treffen. Die wissenschaftstheoretische Einordnung der Ökonomie als empirische Wissenschaft zeigt aber, dass diese nicht darauf ausgelegt ist, einen Maßstab festzulegen. In der Ökonomie beschäftigt sich die konstitutionelle Ökonomie ausdrücklich mit dieser Problemstellung und entwickelt Ansätze, die diese Grenzen überwinden sollen. Sie hilft zwar dabei das Problem zu strukturieren, präsentiert jedoch keine überzeugende Lösung.

a. Ökonomie als empirische Wissenschaft

Um die Frage nach der Rolle der Ökonomie bei der Maßstabsbildung zu beantworten, muss ermittelt werden, was die Ökonomie als Wissenschaft leisten kann und wo ihre Grenzen liegen. Die Erwartungen an die Ökonomie dürfen diese Grenzen nicht überschreiten.

Die Ökonomie ist eine empirische Wissenschaft.⁹⁶¹ Das bedeutet, dass sie Aussagen über die wahrnehmbare Realität machen kann.⁹⁶² Dieses Verständnis von Ökonomie hat seine Grundlagen im logischen Positivismus.

959 *Budzinski*, Cambridge Journal of Economics 2008, 295, 313 ff.

960 S. dazu E. III. 1. b.

961 *Vanberg* in: Competition policy and the economic approach, 2011, S. 44, 45.

962 *Boumans/Davis*, Economic methodology, 2016, S. 10.

mus.⁹⁶³ Der logische Positivismus geht zurück auf das Manifest der Ernst-Mach-Gesellschaft aus dem Jahr 1929: *Wissenschaftliche Weltauffassung – Der Wiener Kreis*.⁹⁶⁴ Ziel des logischen Positivismus war, zu definieren, was unter wissenschaftlichen Erkenntnissen zu verstehen ist. In der Wissenschaftstheorie ist diese Frage allgemein als Abgrenzungsproblem bekannt.⁹⁶⁵ Als Abgrenzungsregel sollen nach dem logischen Positivismus nur analytische und synthetische a posteriori Aussagen als wissenschaftlich angesehen werden.⁹⁶⁶ Analytische Aussagen sind allgemeingültig, also aus logischen Gründen wahr.⁹⁶⁷ Ein klassisches Beispiel hierfür ist die Aussage: Alle Junggesellen sind unverheiratet.⁹⁶⁸ Nicht allgemeingültige Aussagen werden als synthetische Aussagen bezeichnet. Werden sie durch empirische Forschung als wahr nachgewiesen, dann sind sie synthetische a posteriori Aussagen. Für den logischen Positivismus haben demnach nur überprüfbare synthetische Aussagen Bedeutung.

Die Ökonomie trifft also Aussagen darüber, was *ist*. Wenn es um die Frage der Maßstabbildung geht, dann ist aber eine Aussage darüber nötig, was *sein sollte*. Wenn diese Frage mithilfe ökonomischer Erkenntnisse beantwortet werden soll, dürfen nicht die Grenzen der Ökonomie außer Acht gelassen werden.⁹⁶⁹ Die Grenze kann hier zwischen kategorischen und hypothetischen Imperativen gezogen werden. Kategorische Imperative sind Verhaltensregeln, die universelle Geltung beanspruchen.⁹⁷⁰ Hypothetische Imperative sind zwar auch Verhaltensregeln (Soll-Aussagen), treffen aber nur Aussagen darüber, wie sich der Adressat verhalten soll, wenn er ein bestimmtes Ziel erreichen möchte.⁹⁷¹ Sie beanspruchen damit also gerade keine universelle Geltung unabhängig von den Präferenzen des Adressaten. Sie sind vielmehr Hinweise, wie ein bestimmtes Ziel am besten erreicht werden kann.⁹⁷²

Die hypothetischen Imperative sind dabei einer faktenbasierten kritischen Auseinandersetzung zugänglich, die bei kategorischen Imperativen

963 *Boumans/Davis*, *Economic methodology*, 2016, S. 21.

964 *Verein Ernst Mach*, *Wissenschaftliche Weltauffassung*, 1929.

965 *Boumans/Davis*, *Economic methodology*, 2016, S. 10.

966 *Boumans/Davis*, *Economic methodology*, 2016, S. 10.

967 *Boumans/Davis*, *Economic methodology*, 2016, S. 10.

968 *Boumans/Davis*, *Economic methodology*, 2016, S. 10.

969 Vgl. *Künzler*, *Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?*, 2012, S. 277 ff.

970 *Vanberg* in: *Competition policy and the economic approach*, 2011, S. 44, 46.

971 *Vanberg* in: *Competition policy and the economic approach*, 2011, S. 44, 46.

972 *Vanberg* in: *Competition policy and the economic approach*, 2011, S. 44, 46.

nicht gegeben ist. Die Sinnhaftigkeit der Zielerreichung selbst kann kritisiert werden. Auch die durch den hypothetischen Imperativ vorgegebene Art der Zielerreichung ist Kritik ausgesetzt, falls sie zu Zielerreichung nicht beiträgt oder bessere Alternativen zur Verfügung stehen.⁹⁷³

Die Ökonomie als empirische Wissenschaft kann keine kategorischen Imperative aufstellen, da diese über die Darstellung von tatsächlichen Zusammenhängen hinausgehen, indem sie Wertentscheidungen treffen.⁹⁷⁴ Das Aufstellen von hypothetischen Imperativen wiederum gehört gerade zum Kern der angewandten und empirischen Wissenschaften.⁹⁷⁵ Die Abgrenzung zwischen kategorischen und hypothetischen Imperativen zeigt dabei gleichzeitig die Grenzen, aber auch die Möglichkeiten der Ökonomie bei der Maßstabsbildung auf. Solange es um die Bildung hypothetischer Imperative geht, können ökonomische Erkenntnisse herangezogen werden. Das schließt insbesondere die Beurteilung alternativer Regelungssysteme ein, indem deren Wirkung und Funktionsweise untersucht werden. Die Ökonomie kann also selbst keinen Maßstab bilden, aber Regeln daraufhin untersuchen, wie sie ein beliebiges gewähltes Ziel erreichen können.

b. Konstitutionelle Ökonomie

Kann die Ökonomie trotz dieser Einschränkung eine Rolle bei der Maßstabsbildung spielen? Mit Hilfe der konstitutionellen Ökonomie kann das Problem strukturiert und der Versuch unternommen werden, die Rolle der Ökonomie bei der Maßstabsbildung zu definieren. Die konstitutionelle Ökonomie ist eine Form der ökonomischen Analyse der rechtlichen Ordnung und des Verfassungsrechts. Im Ergebnis kann auch sie bei der Maßstabssuche keine überzeugende Lösung präsentieren, da im AEUV zwischen den wirtschaftlichen Freiheiten und den Wettbewerbsregeln ein Verhältnis der Gleichordnung besteht.

973 Vanberg in: Competition policy and the economic approach, 2011, S. 44, 46.

974 Im Ergebnis ebenso Künzler, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?, 2012, S. 290.

975 Vanberg in: Competition policy and the economic approach, 2011, S. 44, 46.

aa. Privatrechtsgesellschaft und Wohlfahrtsstandard

Ausgangspunkt für die Überlegungen der konstitutionellen Ökonomie zum europäischen Kartellrecht ist die Grundentscheidung im AEUV für eine Privatrechtsgesellschaft und damit zur Ordnung des Wirtschaftsgeschehens in Form einer Marktwirtschaft.⁹⁷⁶ Die Privatrechtsgesellschaft zeichnet sich dadurch aus, dass allen Individuen private Freiheitsrechte eingeräumt werden, die miteinander kompatibel sind und deren Geltung sowohl gegen andere Individuen als auch gegen den Staat verteidigt und durchgesetzt wird.⁹⁷⁷ Diese Freiheitsrechte garantieren, dass das eigene Handeln nicht von der Zustimmung anderer oder des Staates abhängt und nur durch abstrakte Regeln mit gleicher Geltung allen gegenüber beschränkt ist.⁹⁷⁸ Für die wirtschaftliche Seite der Privatrechtsgesellschaft stehen insbesondere der Schutz von Eigentum und die unternehmerische Freiheit in Art. 16 und Art. 17 der Grundrechtecharta der Europäischen Union. Die Ausübung der wirtschaftlichen Freiheitsrechte führt zu einer Marktwirtschaft.⁹⁷⁹

Sieht man diese Freiheitsrechte als Ausgangspunkt des wirtschaftlichen Handelns, stellt sich die Frage, welche Rolle ein Wohlfahrtsstandard überhaupt spielen kann. Die Diskussion dazu wird schon seit geraumer Zeit geführt. Es stehen sich zwei scheinbar entgegengesetzte Positionen gegenüber. Die Tradition des deutschen Ordoliberalismus sieht die Wettbewerbsfreiheit als Schutzgut des Wettbewerbsrechts.⁹⁸⁰ Dies geht so weit, dass die Wettbewerbsfreiheit auch nicht als Mittel zum Zweck gesehen wird, sondern als Ziel in sich selbst.⁹⁸¹ Dem steht der *more economic approach* entgegen, der Wohlfahrts- und Effizienzüberlegungen in den Mittelpunkt der Beurteilung von Verhaltensweisen stellt.⁹⁸²

976 Vgl. zum Begriff der Privatrechtsgesellschaft und den Folgen für die Marktwirtschaft *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75 ff.

977 *Mestmäcker* in: Zukunftsperspektiven der Wettbewerbspolitik, 2005, S. 19, 24; *Vanberg* in: Competition policy and the economic approach, 2011, S. 44, 51.

978 *Hayek*, The Constitution of Liberty, 1960, S. 155.

979 *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 75 ff.

980 *Marty*, Historical Social Research 2015, 94, 101 ff.

981 *Hoppmann*, ORDO 18 (1967), 77, 79; *ders.*, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, 1988, S. 87, 199.

982 *Albers* in: Marktmacht und Missbrauch, 2007, S. 11 ff.; *EAGCP*, An economic approach to Article 82, 2005, S. 7 ff.

bb. Konstitutionelle und subkonstitutionelle Ebene

Ohne diese Diskussion hier nachvollziehen zu können, hilft die konstitutionelle Ökonomie dabei, diesen Konflikt zu strukturieren und unternimmt einen Versuch, diesen aufzulösen. Die konstitutionelle Ökonomie diskutiert die Problemstellung auf der konstitutionellen und der subkonstitutionellen Ebene. Die konstitutionelle Ebene betrifft dabei die Frage, welche Regeln gewählt werden sollten. Die subkonstitutionelle Ebene betrifft die Auseinandersetzung mit Regeln innerhalb eines festgelegten Systems.⁹⁸³ Für die Diskussion um den Schutzzweck des Kartellrechts kann dabei wie folgt differenziert werden:

Wenn die konstitutionelle Ebene als gegeben angesehen wird, dann schränkt dies die Gestaltung der subkonstitutionellen Ebene ein. Wie dargestellt, ist auf konstitutioneller Ebene eine Privatrechtsgesellschaft gewählt. Die damit eingeräumten individuellen Freiheiten gelten im Wirtschaftsgeschehen. Die Marktwirtschaft ist die wirtschaftliche Ordnung, die durch die individuellen Entscheidungen in Ausübung der Freiheitsrechte entsteht und die durch Wettbewerb organisiert ist.⁹⁸⁴ Wettbewerb ist der Ausdruck dieser Freiheiten.⁹⁸⁵

Auf der subkonstitutionellen Ebene können deswegen kein Wohlfahrtsmaßstab angelegt und die auf konstitutioneller Ebene eingeräumten Freiheiten außer Acht gelassen werden. Die Entscheidung für die Privatrechtsgesellschaft führt zum Wettbewerbsschutz als kategorischem Imperativ.⁹⁸⁶ Für die Diskussion auf subkonstitutioneller Ebene ist es also folgerichtig, den Wettbewerbsschutz als Ziel für sich selbst zu sehen, da dieser konstitutionell vorgegeben ist. Wenn die Privatrechtsgesellschaft die notwendige Bedingung für die Marktwirtschaft als Ordnungssystem des Wettbewerbs ist, dann kann der Wettbewerb nicht danach beurteilt werden, ob er Wohlfahrt generiert oder nicht.⁹⁸⁷ Wenn – wie beschrieben – der Wettbewerb zwingende Folge der Einräumung persönlicher Freiheiten ist, dann ermöglicht nur der Schutz dieser Freiheiten in Form der Wettbewerbsfreiheit auch den Schutz des Wettbewerbs. Es wäre mit diesem Bild nicht vereinbar,

983 Vanberg in: Competition policy and the economic approach, 2011, S. 44, 45.

984 Eucken, ORDO 2 (1949), 1 ff.; Vanberg in: Competition policy and the economic approach, 2011, S. 44, 51 f.

985 Böhm, ORDO 17 (1966), 75, 75 ff.

986 Vanberg in: Competition policy and the economic approach, 2011, S. 44, 52 ff.

987 Vanberg in: Competition policy and the economic approach, 2011, S. 44, 58 ff.

wenn Verhaltensweisen, die individuelle Freiheiten einschränken, zugelassen werden, weil sie effizient sind – oder andersherum die Ausübung dieser persönlichen Freiheiten eingeschränkt würde, weil die Verhaltensweise ineffizient ist.⁹⁸⁸ Damit würde das Kartellrecht dem Wettbewerb gerade die Grundlage entziehen, auf die dieser gegründet ist. Das Einräumen von individuellen Freiheiten weist deren Trägern einen Handlungsspielraum zu, in dem sie davon befreit sind, sich mit den Auswirkungen des Verhaltens auf die Wohlfahrt auseinanderzusetzen. Letztlich wäre das Verhältnis von Kartellrecht, Wettbewerb und individuellen Freiheiten inkonsistent und widersprüchlich.⁹⁸⁹

Anders stellt sich die Situation jedoch für die Diskussion auf konstitutioneller Ebene dar, wenn es um die Frage geht, welche Regeln überhaupt gewählt werden sollten. Hier kann die Wettbewerbsfreiheit nicht als Maßstab herangezogen werden. Da diese Ausdruck der eingeräumten ökonomischen Freiheiten ist, wird sie erst durch die konstitutionelle Ebene definiert und ausgefüllt.⁹⁹⁰ Ihr Inhalt wird durch die dort gewählten Regeln bestimmt. Je nachdem, wie weitreichend die eingeräumten Freiheitsrechte sind, desto weitgehender ist auch die Wettbewerbsfreiheit. Einerseits ist denkbar, dass konstitutionell ökonomische Freiheiten ohne Einschränkungen gewährt werden. Andererseits könnte die ökonomische Freiheit zu Gunsten anderer übergeordneter Ziele eingeschränkt oder sogar ganz zu Gunsten einer anderen Wirtschaftsordnung abgelegt werden. Die Wettbewerbsfreiheit ist damit eine von mehreren Alternativen und würde erst durch die gewählten Regeln ausgestaltet werden, kann also nicht als Maßstab für die Wahl herangezogen werden.⁹⁹¹ Zu einem anderen Ergebnis könnte man nur kommen, wenn man zumindest Teile der individuellen wirtschaftlichen Freiheiten und damit der Wettbewerbsfreiheit als Teil von überkonstitutionellen Rechten ansieht.

cc. Ökonomischer Rat in einer demokratischen Gesellschaft

Die Auswahl der Regeln auf der konstitutionellen Ebene betrifft keinen hypothetischen Imperativ, da kein Ziel mehr vorgegeben ist. Die Ökonomie

988 Vanberg in: Competition policy and the economic approach, 2011, S. 44, 60.

989 Vanberg in: Competition policy and the economic approach, 2011, S. 44, 60.

990 Vanberg in: Competition policy and the economic approach, 2011, S. 44, 52 ff.

991 Vanberg in: Competition policy and the economic approach, 2011, S. 44, 54.

dürfte hierzu also keine Aussage treffen können. Dennoch versucht die konstitutionelle Ökonomie, dieses Problem zu lösen.

Die konstitutionelle Ökonomie vergleicht hierfür die Gesellschaft mit einem kooperativen Unternehmen. Dies ist der Zusammenschluss mehrerer Individuen in multilateralen Austauschbeziehungen, verbunden mit dem Versprechen, zum Verbund beizutragen, solange alle anderen ebenfalls beitragen, verknüpft mit der Erwartung, dass damit alle Beteiligten ihren Nutzen erhöhen können.⁹⁹² Grundlegendes Problem der kooperativen Unternehmen ist, wie diese organisiert werden können, um den gemeinsamen Nutzen zu erhöhen. Die Entscheidung über die Festlegung dieser Regeln treffen die Inhaber des Unternehmens.⁹⁹³

Laut konstitutioneller Ökonomie entspricht die demokratische Gesellschaft in vielerlei Hinsicht diesem kooperativen Unternehmen. Auch in der demokratischen Gesellschaft entscheiden die Mitglieder darüber, wie das Zusammenleben organisiert wird und versuchen, den gegenseitigen Nutzen dadurch zu erhöhen.⁹⁹⁴ Die Ökonomie kann auf dieser Ebene hypothetische Imperative formulieren, die diese Zielerreichung ermöglichen. Die konstitutionelle Ökonomie sieht die Rolle der Ökonomie dabei als Berater der Bürger und als Entscheidungshilfe. Bei der Beurteilung der Regeln geht es nicht darum, eine Entscheidung an Stelle der Bürger zu treffen.⁹⁹⁵ Dies deckt sich mit dem oben dargestellten Selbstverständnis. Die Ökonomie wird keinen kategorischen Imperativ aufstellen, der besagt: „Du musst Kampfpreise verbieten“. Sie kann lediglich die Aussage treffen: „Wenn du die Gesamtwohlfahrt erhöhen willst, musst du Kampfpreise verbieten“. Die endgültige Entscheidung darüber verbleibt jedoch bei dem demokratischen Souverän und dessen Vertretern. Diese entscheiden dann darüber, was sie selbst als Inhalt des gemeinsamen Nutzens ansehen. So kann beispielsweise statt der Gesamtwohlfahrt auch die Verbraucherwohlfahrt als Ziel angesehen werden. Die konstitutionelle Ökonomie liefert damit weniger eine Lösung als eine Anleitung, wie der Diskurs geführt werden sollte. Die Argumente sollen immer an die souveränen Bürger adressiert sein und versuchen, diese zu überzeugen, dass der jeweilige Ansatz den gemeinsamen Nutzen am besten mehren kann.⁹⁹⁶

992 Vanberg in: Competition policy and the economic approach, 2011, S. 44, 48.

993 Vanberg in: Competition policy and the economic approach, 2011, S. 44, 48.

994 Vanberg in: Competition policy and the economic approach, 2011, S. 44, 48.

995 Vanberg in: Competition policy and the economic approach, 2011, S. 44, 49 f.

996 Vanberg in: Competition policy and the economic approach, 2011, S. 44, 56.

Wohlfahrtsüberlegungen sind danach also auf die konstitutionelle Ebene zu beschränken. Sie können herangezogen werden, um die Regeln, durch die die Privatrechtsgesellschaft gebildet wird, zu beurteilen und um zu versuchen, die Entscheidungsträger von den Regeln zu überzeugen.⁹⁹⁷

dd. Anwendung und Bewertung

Um diese theoretischen Überlegungen zu verdeutlichen, können sie auf das europäische Kartellrecht übertragen werden. Theoretisch wäre auch auf europäischer Ebene eine komplette Neugestaltung der Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung denkbar, wenn das Primärrecht entsprechend geändert würde. Diese Überlegungen sind jedoch realitätsfern. Stattdessen stellt sich die Frage, welche Konsequenzen die Überlegungen auf Basis des aktuellen Primärrechts haben. Das Primärrecht allein beantwortet aber nicht die konstitutionelle Frage, welche Regeln gewählt werden sollen. Es bedarf weiterer Auslegung und ist nicht hinreichend konkretisiert, um auf der konstitutionellen Ebene klare Vorgaben zu machen. Dort ist also Raum für konstitutionelle Überlegungen zu der Frage, welche Regeln überhaupt gewählt werden sollen. Diese konstitutionellen Überlegungen schlagen sich dann in der Auslegung der Verträge durch die europäischen Gerichte und die Kommission nieder. Die Diskussion um den Schutzzweck der Wettbewerbsregeln ist eine solche konstitutionelle Überlegung. Die Wettbewerbsregeln sind ebenso wie die eingeräumten persönlichen Freiheiten Teil des Primärrechts und damit gleichrangig. Rechtstechnisch ist es also nicht zwingend, den Inhalt der einen Regeln durch die anderen als vorgegeben oder eingeschränkt anzusehen. Hierfür fehlt es an der dafür nötigen Normenhierarchie zwischen diesen. Der Zweck der Wettbewerbsregeln lässt sich also nicht daraus ableiten, dass das Primärrecht persönliche Freiheiten einräumt. Zu diesem Ergebnis könnte man nur kommen, wenn die Auslegung der Wettbewerbsregeln ergibt, dass deren Zweck der Schutz des Wettbewerbs ist, dessen einziger Zweck die Ordnung des Wirtschaftsgeschehens ist, das in Ausübung der persönlichen Freiheiten entsteht. Während dies sicher eine mögliche Auslegung ist, ist sie jedoch nicht zwingend.

Außerdem ist die Argumentation der konstitutionellen Ökonomie ein Zirkelschluss. Der Verweis auf den gegenseitigen Vorteil ergibt sich direkt aus der Betrachtung der Gesellschaft als kooperatives Unternehmen. Dies

997 Vanberg in: *Competition policy and the economic approach*, 2011, S. 44, 65.

setzt die Erwartung voraus, dass die Inhaber des kooperativen Unternehmens ihren Nutzen erhöhen wollen. Aus dieser Erwartungshaltung resultiert die Empfehlung eines Wohlfahrtsmaßstabs. Hätte die Erwartungshaltung einen anderen Inhalt, würde sich die Empfehlung entsprechend verändern. Es stellt sich damit die Frage, woher diese Erwartungshaltung genommen wird. Sie selbst ist begründungsbedürftig und es bleibt fraglich, ob sie einfach als realistisch vorausgesetzt werden kann.

Die konstitutionelle Ökonomie gründet sich außerdem auf den Glauben an den homo oeconomicus. Die Bürger, die von den vorgebrachten Argumenten zur Mehrung des gegenseitigen Vorteils überzeugt werden sollen, müssten rational handeln und diesen Vorteil umsetzen wollen. Dieser wird aber schon bei der Betrachtung rein wirtschaftlichen Handelns immer stärker in Zweifel gezogen und teilweise komplett verworfen.⁹⁹⁸ Bei politisch geprägtem Handeln dürfte diese Annahme noch realitätsferner sein. In der demokratischen Gesellschaft ist die Wahl der Regeln frei. Bürger und politische Entscheidungsträger sind nicht daran gebunden, dass ihre Entscheidungen den gegenseitigen Nutzen fördern. Die Entscheidungen können vollständig irrational getroffen werden und gänzlich andere Ziele verfolgen. So kann beispielsweise die teilweise geforderte stärkere Berücksichtigung von Nachhaltigkeit, Minderheitenschutz und Armutsbekämpfung gerade auch im Gegensatz zu dem Konzept des rein ökonomisch verstandenen gegenseitigen Vorteils stehen.⁹⁹⁹

Die Überlegung basierend auf der konstitutionellen Ökonomie kann deswegen nicht zur Auflösung des Streites auf der subkonstitutionellen Ebene zu Gunsten des Wettbewerbsschutzes herangezogen werden. Stattdessen hilft die konstitutionelle Ökonomie dabei, den Streit einzuordnen und bietet auch für den Streit auf der konstitutionellen Ebene eine Lösung an: der „gegenseitige Vorteil“ als Maßstab für die Beurteilung von Regelungssystemen, der aber keinesfalls als zwingend vorausgesetzt werden darf.

998 Beispielhaft hierfür: *Kirchgässner*, Constitutional Political Economy 2014, 2 ff.; *Urbina/Ruiz-Villaverde*, American Journal of Economics and Sociology 2019, 63 ff.; *Belianin*, Journal of the New Economic Association 2017, 157 ff.

999 Vgl. *Iacovides/Vrettos* in: Competition law, climate change & environmental sustainability, 2021, S. 91, 99; *Holmes* in: Competition law, climate change & environmental sustainability, 2021, S. 3, 9.

c. Zwischenergebnis

Es zeigt sich, dass die Ökonomie die Frage, welcher Maßstab bei der Regelbildung anzulegen ist, entweder gar nicht oder – im Falle der konstitutionellen Ökonomie – nur sehr unbefriedigend beantworten kann. Der „gegenseitige Vorteil“ als Ziel der demokratischen Gesellschaft wird von der konstitutionellen Ökonomie vorausgesetzt, aber weder begründet noch genauer definiert.

3. Maßstabsbildung zu Art. 102 AEUV

Die Maßstabsbildung zu Art. 102 AEUV ist Aufgabe der Kommission. Während die Ökonomie hierbei nicht unterstützen kann, verbleibt diese Aufgabe bei der Rechtswissenschaft. Diese kann zwar keine originäre Maßstabsbildung vornehmen, aber zur Auslegung von Art. 102 AEUV beitragen. Die Maßstabsbildung gelingt nur durch Leitlinien der Kommission, die in einem förmlichen Verfahren entwickelt werden müssen und deren Anwendung letztlich von den Gerichten kontrolliert wird.

a. Aufgabe der Europäischen Kommission

Es ist die Aufgabe der Kommission, den Maßstab von Art. 102 AEUV zu entwickeln. Die Europäischen Gerichte haben sich bisher gescheut, in ihrer Entscheidungspraxis zum Maßstab der Verbraucherwohlfahrt klar Stellung zu beziehen.¹⁰⁰⁰ Die grundlegende Maßstabsbildung durch Gerichte ist außerdem dadurch erschwert, dass diese jeweils nur für den vorliegenden Streit relevante Fragen entscheiden können. Zu welchen Fragen sie Stellung nehmen können, hängt davon ab, mit welchem Sachverhalten oder Vorlagefragen sie sich beschäftigen können. Über eine von der Kommission vorgenommene Maßstabsbildung verbleibt ihnen dennoch das Letztentscheidungsrecht, soweit dies entscheidungserheblich ist.

Der Europäische Gesetzgeber könnte selbst diese Maßstabsbildung vornehmen. Art. 103 AEUV gilt für die Durchführung, nicht aber für die Änderung oder Ergänzung von Art. 102 AEUV.¹⁰⁰¹ Es wäre ein Rückgriff auf die allgemeine Kompetenzvorschrift des Art. 352 AEUV denkbar. In beiden

1000 S. dazu D.IV.1.

1001 Ritter/Wirtz in: Immenga/Mestmäcker Band 1: EU, 2019, Art. 103 AEUV Rn. 2.

Fällen hätte die Europäische Kommission zumindest das Vorschlagsrecht. Allerdings ist die Konkretisierung durch den Gesetzgeber nicht zwingend nötig. Art. 102 AEUV ist zwar eine offen formulierte, aber abschließende Vorschrift. Der ihr zugrunde gelegte Maßstab lässt sich allein durch Auslegung ermitteln. Die Tatbestandsmerkmale lassen sich in der Anwendungspraxis konkretisieren.

Aus Art. 4 Abs. 3 EUV und Art. 17 Abs. 1 EUV wird abgeleitet, dass die Kommission im Rahmen der Überwachung des Unionsrechts die Aufgabe hat, Entscheidungen der europäischen Gerichte und deren Auswirkungen zu erklären und damit zur Konkretisierung der europäischen Verträge und insbesondere der Wettbewerbsregeln beizutragen.¹⁰⁰² Nach der Rechtsprechung des EuGH ist die Kommission darüber hinaus auch für die Umsetzung und Ausrichtung der europäischen Wettbewerbspolitik verantwortlich.¹⁰⁰³ Die Kommission beschränkt sich im Bereich der Wettbewerbspolitik nicht auf die neutrale Wiedergabe und Erklärung von Gerichtsentscheidungen.¹⁰⁰⁴ Gerade im Kartellrecht hat die Kommission die Generalklauseln durch „soft law“ und ihre Entscheidungspraxis mit Leben gefüllt und damit die Wettbewerbspolitik der Union maßgeblich geprägt und entwickelt.¹⁰⁰⁵

Insbesondere durch die Veröffentlichung von Leitlinien hat die Kommission diese Aufgabe bisher wahrgenommen. Dabei kommt der Kommission bei Ausarbeitung der Leitlinien große inhaltliche Freiheit zu. Sie kann durch Leitlinien oder sonstiges „soft law“ aber nicht von den Bestimmungen des Primär- und Sekundärrechts abweichen.¹⁰⁰⁶ Teilweise wird auch vertreten, dass die Kommission ebenfalls nicht von vorhergehenden gerichtlichen Entscheidungen und Präzedenzfällen abweichen dürfe.¹⁰⁰⁷ Begründet wird dies mit dem nach Art. 19 EUV und Art. 267 AEUV den

1002 Akman, *The Modern Law Review* 2010, 605, 625.

1003 EuGH, 28.2.1991, Rs. C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91, Rz. 44 – *Delimitis*.

1004 Vgl. Hofmann, *Common Market Law Review* 43 (2006), 153, 162 ff.

1005 Akman, *The Modern Law Review* 2010, 605, 625.

1006 Akman, *The Modern Law Review* 2010, 605, 626.

1007 Akman, *The Modern Law Review* 2010, 605, 626; Ștefan, *European Law Journal* 2008, 753, 764; Cosma/Wish, *European Business Law Review* 2003, 25, 52; Gormsen, *Why the European Commission's Enforcement Priorities on Article 82 EC Should Be Withdrawn*, 2010, S. 50.

europäischen Gerichten zustehenden Auslegungsmonopol des Primärrechts.¹⁰⁰⁸

Das ist nicht zutreffend. Es kann letztlich dahinstehen, ob Entscheidungen der europäischen Gerichte Teil des Primär- oder Sekundärrechts sind. Schon dies ist zweifelhaft, da die Gerichte das Recht in aller Regel nur auslegen und anwenden und deswegen kein neues Recht schaffen. Maßgeblich ist aber der unumstrittene Umstand, dass die europäischen Gerichte von vorhergehenden Entscheidungen ohne weiteres abweichen können.¹⁰⁰⁹ Die Gerichte könnten also von ihrer eigenen Entscheidungspraxis abweichen, wenn sie Kommissionsentscheidungen bestätigen, die auf Leitlinien basieren, die ebenfalls von der Entscheidungspraxis der Gerichte abweichen. Selbst wenn die Leitlinien im Konflikt mit der bisherigen Rechtsprechung stünden, könnten die Gerichte einen neuen Fall zum Anlass nehmen, von dieser Rechtsprechung abzuweichen. Die Gerichte müssen deswegen nicht anhand ihrer eigenen Entscheidungspraxis beurteilen, ob die Kommission durch neu formulierte Leitlinien vom Primär- oder Sekundärrecht abweicht. Die Leitlinien sind also das richtige Vehikel, um Innovation auch in der Rechtsprechung anzustoßen und damit der Aufgabe zur Weiterentwicklung der Wettbewerbspolitik gerecht zu werden.

Leitlinien vermitteln zumindest eingeschränkte Rechtssicherheit, da die betroffenen Unternehmen nun die Auffassung der Kommission kennen. Diese unterliegt noch der Kontrolle durch die europäischen Gerichte. Mit jeder Entscheidung, die die getroffenen Grundannahmen und die hierauf gestützten Kommissionsentscheidungen bestätigt, steigt auch das Maß an Rechtssicherheit.

Für Art. 102 AEUV konnte die Kommission diese Aufgabe bisher nicht erfüllen. Die Art und Weise der bisherigen Maßstabsbildung und die Umsetzung dieses Maßstabes muss als gescheitert angesehen werden. Der Maßstab der Verbraucherwohlfahrt, so wie ihn die Kommission im Zuge des *more economic approach* einführen wollte, konnte nicht in die Anwendungspraxis übersetzt werden. Die Analyse sowohl der Umsetzung des Gutachtens in die Prioritätenmitteilung als auch die Anwendung des *more economic approach* in der Entscheidungspraxis hat gezeigt, dass unklar ist, welchen Maßstab die Kommission anlegt, welche Bedeutung der Prioritä-

1008 *Ştefan*, *European Law Journal* 2008, 753, 764; *Akman*, *The Modern Law Review* 2010, 605, 626.

1009 *Arnulf*, *Common Market Law Review* 1993, 247, 262; *Lasok/Lasok*, *Law and institutions of the European Union*, 2001, S. 171 ff.; *Akman*, *The Modern Law Review* 2010, 605, 627.

tenmitteilung zukommt und welche Rolle ökonomische Erkenntnisse hierbei spielen. Diese Unklarheit kann auch von den europäischen Gerichten nicht allein aufgelöst werden, da sich ihre Prüfungskompetenz stets auf einen konkret zu entscheidenden Fall beschränkt.

Die bestehende Unsicherheit kann durch Leitlinien zu Art. 102 AEUV beseitigt werden. In diesen Leitlinien muss die Kommission entscheiden, ob sie weiter an dem Maßstab der Verbraucherwohlfahrt festhalten und diesen in anderer Form umsetzen möchte oder ob sie eine Öffnung des Maßstabes vornehmen will. Dies muss in Form von Leitlinien geschehen, an deren Rechtsnatur keine Zweifel bestehen. Damit schafft die Kommission Klarheit, dass diese sie bei Anwendung des Art. 102 AEUV binden. Sie kann dadurch schutzwürdiges Vertrauen der betroffenen Unternehmen entstehen lassen. Dies ist die Grundvoraussetzung für stärkere Rechtssicherheit unabhängig vom Inhalt dieser Leitlinien. Die Maßstabsbildung kann nicht der Fallpraxis überlassen werden, da die Prioritätenmitteilung formal weiterhin gilt und deren Rechtsnatur unklar bleibt.

b. Rechtswissenschaft und Maßstabsbildung

Während die Ökonomie die Kommission bei der Maßstabsbildung nicht unterstützen kann, kommt der Rechtswissenschaft eine unterstützende Rolle zu.

Die Rechtswissenschaft kann ebenfalls keine eigenständige Maßstabsbildung leisten. Dies zeigt die Einordnung der Problemstellung in die Kategorien der konstitutionellen Ökonomie. Auf subkonstitutioneller Ebene kann die Rechtswissenschaft sich aber mit der Frage befassen, welche Regeln ein vorher gesetztes Ziel am besten verfolgen. Außerdem kann die Rechtswissenschaft auf dieser Ebene Normen auf die Vereinbarkeit mit den konstitutionell gesetzten Zielen überprüfen und diese in deren Sinne auslegen. Auf konstitutioneller Ebene sind von der Rechtswissenschaft aber keine Erkenntnisse zu erhoffen. Die Grundentscheidung, welche Regelungen auf einer konstitutionellen Ebene gelten, kann die Rechtswissenschaft nicht treffen. Stattdessen muss sie gerade in einer demokratisch organisierten Gesellschaft mit den Vorgaben der Normgeber arbeiten. Diese Überlegungen decken sich mit der rechtpositivistischen Position, nach der kein objektiver Maßstab für die Beurteilung von Regeln bestehen kann. Nach der Theorie des positiven Rechts verbleibt der Rechtswissenschaft die Behand-

lung des gesetzten Rechts.¹⁰¹⁰ Hier fügt sich der rechtswissenschaftliche Methodenkanon in Form der Auslegungsmethoden ein.

Entsprechend dieser Differenzierungen kann sich die Rechtswissenschaft beispielsweise dazu äußern, ob eine nationale Ausnahme vom Kartellverbot mit den europäischen Wettbewerbsregeln vereinbar ist. Allerdings kann sie sich nicht dazu äußern, ob das Wirtschaftssystem wettbewerblich organisiert sein sollte. Neben der Auslegung des gesetzten Rechts verbleibt der Rechtswissenschaft die Aufgabe, auf Grundlage eines ausgebildeten Maßstabes entwickelte Regeln und deren Anwendung zu untersuchen. Teil dessen ist es, Probleme aufzuzeigen, wie es hier im Rahmen der Entscheidungsanalyse geschehen ist.

In den Aufgabenbereich der Rechtswissenschaft fällt somit aber auch die Frage, welchen Maßstab Art. 102 AEUV voraussetzt. Dies ist getrennt von der Frage, was der optimale Maßstab einer hypothetischen perfekten Missbrauchsaufsicht wäre. Im Wege der Auslegung kann der Inhalt von Art. 102 AEUV auf subkonstitutioneller Ebene ermittelt und damit auch die Frage beantwortet werden, welchen Maßstab diese Vorschrift voraussetzt. Diese Fragestellung wurde in der Rechtswissenschaft schon vor der Einführung des *more economic approach* intensiv diskutiert. Auch wenn die Kommission mit der Prioritätenmitteilung die Verbraucherwohlfahrt in den Mittelpunkt gestellt hat, ist dieser Streit aufgrund ihrer uneindeutigen Entscheidungspraxis und der unklaren Position der europäischen Gerichte weiterhin unentschieden.

c. Bedeutung des Verfahrens

Die Kommission sollte sich erneut in diesem Streit positionieren. Dabei ist sie keineswegs auf die bei Veröffentlichung der Prioritätenmitteilung bestehenden Positionen beschränkt. Aktuell treten Stimmen hinzu, die eine weitere Öffnung des Maßstabes verlangen.¹⁰¹¹ Auch die Umsetzung des „Green Deals“ könnte hierzu beitragen.¹⁰¹² Kommission und Gerichte haben bei der Auslegung die Möglichkeit, die Diskussion aus der Rechtswissenschaft zu rezipieren. Gebunden sind sie hieran nicht. Diese inhaltliche Freiheit

1010 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2008, S. 49 f.

1011 Vgl. für die Öffnung des Maßstabes bspw. *Gerbrandy*, *Journal of Common Market Studies* 2019, 127 ff.; *Claassen/Gerbrandy*, *Utrecht Law Review* 2016, 1 ff.

1012 *Holmes* in: *Competition law, climate change & environmental sustainability*, 2021, S. 3, 9.

wird begrenzt durch den Wortlaut von Art. 102 AEUV und das förmliche Verfahren, in dem diese Entscheidungen ergehen.

Die Begrenzung durch das Verfahren ist bei dieser Frage von noch größerer Bedeutung als in anderen Fällen.¹⁰¹³ Die Frage nach dem Maßstab von Art. 102 AEUV ist aufgrund der abstrakten Formulierung der Norm weniger klaren Vorgaben unterworfen als andere Rechtsfragen. So ist bspw. eine Behörde, die immissionsschutzrechtliche Vorschriften anwendet, auch nur an das Gesetz gebunden und hat auch hier unklare Rechtsfragen zu beantworten. Das Gesetz macht dabei aber wesentlich detailliertere Vorgaben. Das förmliche Verfahren erfüllt zwar auch in Fällen seine Aufgabe, in denen die Entscheidung inhaltlich determiniert ist. Wenn dies allerdings nicht der Fall ist, dann kommt dem Verfahren eine stärkere Bedeutung zu. Je mehr Möglichkeiten es gibt, die Rechtsfrage zu beantworten, desto stärker wiegt das Verfahren auf dem Weg zur Entscheidung.

Entsprechend müssen für die Maßstabsbildung klare Verfahren definiert sein. Für konkrete Fälle sind Verfahrensregeln bereits etabliert. Im Falle des *more economic approach* und der Maßstabsbildung zu Art. 102 AEUV fehlen solche Verfahrensregeln aber an der maßgeblichen Stelle. Die Kommission hat versucht, den *more economic approach* und den Maßstab der Verbraucherwohlfahrt zunächst über die Formulierung von Leitlinien einzuführen, bevor sie die Prioritätenmitteilung veröffentlicht hat. Für diese Art der Normen ist kein förmliches Verfahren ersichtlich. Die Geschäftsordnung der Kommission schweigt hierzu ebenso wie das *Antitrust manual of procedures*. Grundzüge eines Verfahrens werden trotzdem eingehalten, was bspw. die Einholung von Stellungnahmen zu den geplanten Leitlinien zeigt. Es ist aber eine stärkere Formalisierung möglich, wenn man bspw. einen Vergleich zu Gesetzgebungsverfahren zieht. Dies ist aufgrund der großen Bedeutung der Leitlinien auch nötig. Sie sind zwar nur Verwaltungsvorschriften und ihre Anwendung unterliegt der gerichtlichen Kontrolle, sie schaffen aber über die Selbstbindung der Kommission schutzwürdiges Vertrauen und ermöglichen den Marktteilnehmern, ihr Verhalten hieran auszurichten.¹⁰¹⁴ Gerade im Fall von Art. 102 AEUV ist ihre Bedeutung auch deswegen so groß, da sie der einzige Rechtsakt sind, der Art. 102 AEUV konkretisiert.

1013 *Habermas*, Faktizität und Geltung, 2019, S. 367 ff.

1014 S.o. B.II.4.d.

4. Raum für Ökonomie

Es stellt sich im Anschluss die Frage, welcher Raum der Ökonomie verbleibt, wenn die Maßstabsbildung eine politische Entscheidung ist, bei der die Rechtswissenschaft unterstützen kann. Unabhängig von der Maßstabsbildung kann die Ökonomie die Inhalte der Regeln bestimmen, die die politisch gesetzten Ziele erreichen können. Darüber hinaus können ökonomische Erkenntnisse aber auch – unabhängig von deren Inhalten – bei der Ausgestaltung der Rechtsnormen eingesetzt werden. Zuletzt haben ökonomische Methoden auch Raum bei der Sachverhaltsermittlung im Kartellrecht.

a. Voraussetzungen von Eingriffen

Die Überlegungen der konstitutionellen Ökonomie verdeutlichen, dass es der Ökonomie möglich ist, Aussagen zur Erreichung eines bestimmten Zieles zu treffen. Solange also der Maßstab vorgegeben ist, ist es der Ökonomie theoretisch unabhängig davon, welcher Maßstab gewählt ist, möglich, Aussagen über die Art und Weise der Zielerreichung zu treffen. Dies gelingt der Wettbewerbsökonomie, indem sie Kausalbeziehungen und Zusammenhänge aufzeigt, die neuen Regelungen zugrunde gelegt werden können.¹⁰¹⁵ Das ist besonders sichtbar bei der Entwicklung neuer Schadens-theorien.¹⁰¹⁶ Wenn ein Maßstab vorgegeben ist, kann die Ökonomie die Umstände identifizieren, die in einem kausalen Zusammenhang zum Grad der Zielerreichung des Maßstabes stehen. Diese Umstände können dann zu Voraussetzungen eines kartellrechtlichen Eingriffs werden.¹⁰¹⁷

Als Beispiel kann die später noch ausführlich dargestellte ökonomische Forschung zu bedingten Rabatten dienen.¹⁰¹⁸ In der post Chicago School konnten theoretisch und empirisch wohlfahrtsmindernde Wirkungen von bedingten Rabatten unter folgenden (zur Verdeutlichung vereinfachten) Voraussetzungen nachgewiesen werden:¹⁰¹⁹

1015 *Ewald* in: Wiedemann (Hrsg.) Handbuch des Kartellrechts, 2020, § 7 Rn. 19.

1016 *Ewald* in: Wiedemann (Hrsg.) Handbuch des Kartellrechts, 2020, § 7 Rn. 19.

1017 Vgl. hierzu anhand des Beispiels von Kampfpreisen *Fumagalli/Calcagno/Motta*, Exclusionary Practices, 2018, S. 73 ff.

1018 Vgl. F. II. 2. b.

1019 Vgl. *Fumagalli/Calcagno/Motta*, Exclusionary Practices, 2018, S. 148 ff.

- (1) Es besteht eine sukzessive Nachfrage.
- (2) Ein Teil der Nachfrage ist unbestreitbar.
- (3) Es bestehen Skaleneffekte.

Diese Merkmale könnten nun vom Gesetzgeber oder von der Kartellbehörde in einer Entscheidung als Voraussetzung für die Untersagung der Verhaltensweise gewählt werden, da wissenschaftlich ein Zusammenhang zwischen deren Vorliegen und dem gesetzten Maßstab (hier: Verbraucherwohlfahrt) begründet wird.

Der Einfluss ökonomischer Erkenntnisse auf die Voraussetzungen von Eingriffen besteht nicht nur wie bisher dargestellt bei der Bestimmung dieser Voraussetzungen ex ante. Auch ex post können etablierte Voraussetzungen überwacht und evaluiert werden.¹⁰²⁰

Die Möglichkeiten der Ökonomie, an diesen Stellen Einfluss auf die Rechtssetzung und Rechtsanwendung zu nehmen, sind aber nicht zwingend wahrzunehmen. Ob und in welchem Umfang die Normgeber die Ökonomie bei der Gestaltung von Regeln einbinden, unterfällt ihrer Entscheidungsprärogative und hängt maßgeblich mit dem von ihnen gewählten oder mit dem ihnen vorgegebenen Maßstab zusammen. Die Einbindung ökonomischer Erkenntnisse wird leichter fallen, wenn ein Maßstab gewählt wird, der auch in der ökonomischen Forschung zugrunde gelegt wird. So finden sich aktuell aufgrund der Ausrichtung der post Chicago Ära mehr ökonomische Forschungsergebnisse, die aufzeigen, unter welchen Voraussetzungen eine Verhaltensweise wohlfahrtsmindernd sein kann. Allerdings schließt das nicht die Möglichkeit aus, ökonomische Erkenntnisse auch bei der Wahl anderer Ziele und Maßstäbe einzubinden. Hier können ökonomisch genauso Kausalbeziehungen ermittelt werden.¹⁰²¹

b. Ausgestaltung von Rechtsnormen

Auch bei der Formulierung von Rechtsnormen unabhängig von dem Einfluss auf die inhaltlichen Voraussetzungen können ökonomische Erkenntnisse eine Rolle spielen.

1020 Vgl. *Ilzkovitz/Dierx*, Ex-post economic evaluation of competition policy: The EU experience, 2020; *Ilzkovitz*, Ex Post Economic Evaluation of Competition Policy, 2020.

1021 Vgl. *Christiansen/Kerber*, Journal of Competition Law & Economics 2006, 215, 223, Fn. 15.

Bei der Festlegung der konkreten Voraussetzungen und Tatbestandsmerkmale muss eine Auswahl getroffen werden. Eine Vielzahl von Umständen könnte theoretisch als Voraussetzung für eine Rechtsnorm dienen. Dies gilt nicht nur für Umstände, die zuvor aufgrund ökonomischer Forschung – wie unter a. dargestellt – ermittelt wurden. Eine solche Auswahlentscheidung ist auch dann zu treffen, wenn inhaltlich keinerlei ökonomische Überlegungen einbezogen werden sollen. In diesen Fällen muss trotzdem eine Auswahl zwischen den anderweitig ermittelten Voraussetzungen getroffen werden.

Diese Auswahl kann durch ökonomische Überlegungen gesteuert werden. Als Beispiel kann hier ein Merkmal dienen, das zwar entweder aus ökonomischen Erwägungen oder aufgrund politischer Entscheidung gewünscht ist, dessen Prüfung aber so aufwändig wäre, dass die Regel kaum mehr durchzusetzen ist. Die Ökonomie kann nicht nur dabei helfen, diesen Aufwand zu ermitteln, sondern setzt den Aufwand in ein Verhältnis zum Mehrwert des untersuchten Tatbestandsmerkmals. So kann festgestellt werden, ob es effizient ist, das jeweilige Tatbestandsmerkmal zu wählen. Das wäre beispielsweise dann der Fall, wenn der zusätzliche Aufwand, den das Tatbestandsmerkmal mit sich bringt, auch in einer größeren Genauigkeit der Normanwendung resultiert.¹⁰²²

Ähnliches gilt für die konkrete Ausgestaltung der so gewählten Voraussetzungen und Tatbestandsmerkmale. Hier stellt sich die Frage, welche Anforderungen an deren Nachweis gestellt werden sollten. Je höher die Anforderungen, desto höher die Kosten der Durchsetzung.¹⁰²³ Auch dies kann in ein Verhältnis zum Grad der Zielerreichung gesetzt werden.

Zu diesen Punkten existieren ebenfalls wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnisse.¹⁰²⁴ Der *more economic approach* hat diese aber bisher nicht berücksichtigt, sondern lediglich eine Integration der inhaltlich relevanten Erkenntnisse angestrebt und dabei die Frage offengelassen, wie diese Integration im Einzelnen ebenfalls von ökonomischen Erkenntnissen geleitet werden kann. Dies spiegelt sich auch in den Ergebnissen der Entscheidungsanalyse wider. Die aufwändige Auswirkungsanalyse, die die Europäi-

1022 Vgl. *Christiansen/Kerber*, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 223 ff.

1023 Vgl. *Christiansen/Kerber*, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 231 ff.

1024 M.w.N. *Christiansen/Kerber*, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 223 f.

sche Kommission in den Entscheidungen anstellt, wirft die Frage nach einer effizienten Ausgestaltung der Rechtsnormen auf. Wegen des hier bestehenden Verbesserungspotentials werden diese Ansätze im Folgenden vertieft dargestellt und sind maßgeblich für die Ausarbeitung einer Methode zur Regelsetzung auf Grundlage ökonomischer Erkenntnisse.¹⁰²⁵

c. Sachverhaltsermittlung

Neben der Rolle bei der Regelgestaltung kann die Ökonomie als empirische Wissenschaft in einzelnen konkreten Verfahren auch bei der Tatsachenermittlung unterstützen.¹⁰²⁶ Die Möglichkeit, die wahrnehmbare wirtschaftliche Realität zu beschreiben und Kausalzusammenhänge zu ermitteln, kann auch eine Rolle bei dem Nachweis von Tatbestandsmerkmalen spielen. Beispiele hierfür sind die aktuell schon angewendeten Verfahren zur Ermittlung der Marktkonzentration.¹⁰²⁷

Inwieweit die Ökonomie in einzelnen Verfahren zur Sachverhaltsermittlung herangezogen werden sollte, lässt sich nicht von der Formulierung und Ausgestaltung dieser Regeln trennen. Letztlich legen diese Regeln entweder selbst ausdrücklich oder in ihrer Auslegung und Anwendung fest, welche Anforderungen im Einzelfall an die Beweismittel gestellt werden müssen.

Die Darstellung der hierfür vorhandenen Methoden und deren Leistungsfähigkeit ist nicht Gegenstand der hier untersuchten Forschungsfrage. Es verbleibt aber auch hier Raum für den Einsatz der Ökonomie unabhängig von der Wahl eines Maßstabes.

5. Zwischenergebnis

Die Ökonomie kann keine Maßstabsbildung leisten und hierbei auch nicht unterstützend tätig sein. Die Kommission und die europäischen Gerichte haben es in der Hand, den Maßstab des Art. 102 AEUV zu bestimmen und werden dabei auf die Erkenntnisse der Rechtswissenschaft zur Auslegung

1025 S. hierzu E. II. und III und F.

1026 *Podszun*, EuCML 2018, 57, 65; *Eiffler*, *Economic Evidence*, 2010; vgl. hierzu auch *DG Competition*, Best practices for the submission of economic evidence and date collection in cases concerning the application of articles 101 and 102 TFEU and in merger cases, 2011.

1027 *Walker*, *Economic analysis in merger investigations*, 2020, S. 10 f.

von Art. 102 AEUV zurückgreifen müssen. Abseits der Maßstabsbildung bleibt aber Raum für eine bessere Einbringung der Ökonomie. Diese sollte nicht nur bei der Suche nach Voraussetzungen von Eingriffen oder der Sachverhaltsaufbereitung herangezogen werden, sondern auch bei der Frage, wie Rechtsnormen effizient ausgestaltet werden können.

II. Auswirkungsanalyse und Normkomplexität

Die Auswirkungsanalyse ist wichtiger Bestandteil des *more economic approach*. Die Auswirkungsanalyse prägt auch die Entscheidungspraxis maßgeblich, führt aber zu erheblichem Aufwand, Verzögerungen und hohen Anforderungen an die zu führenden Nachweise. Es stellt sich somit die Frage, wie Normen auf Grundlage ökonomischer Erkenntnisse geschaffen werden können, ohne zwangsläufig zu einer Einzelfall- und Auswirkungsanalyse zu gelangen.¹⁰²⁸

Eine Auswirkungsanalyse ist ökonomisch nicht zwingend nötig (dazu 1.). Um deren Probleme zu beheben, wird stattdessen ein System zur Bildung unterschiedlich komplexer Rechtsnormen unter Einbeziehung ökonomischer Erkenntnisse vorgeschlagen (dazu 2.). Ökonomische Erkenntnisse können dabei zweifach genutzt werden. Zum einen werden diese bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Regeln herangezogen. Daneben helfen ökonomische Überlegungen aber auch dabei, den optimalen Differenzierungsgrad der Rechtsnormen festzulegen (dazu 3.).¹⁰²⁹ Verschiedene juristische Instrumente können dies umsetzen (dazu 4.).

Im Folgenden werden mit „Regelung“ bzw. „Regel“ und „Rechtsnorm“ bzw. „Norm“ zwei Begriffe verwendet, die unterschieden werden müssen. Regelung und Regel wird im Sinne einer formalen Rechtsquelle in Form der geschriebenen Vorschrift verstanden. Die Begriffe Rechtsnorm und Norm beschreiben den Inhalt einer Regelung im Sinne einer rechtlichen Sollensanforderung.¹⁰³⁰ Diese können durch Auslegung der Regelung und Anwendung im konkreten Fall ermittelt werden. Im Rahmen dieses Abschnittes werden ausschließlich Rechtsnormen behandelt.

1028 Vgl. grundlegend hierzu *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 2015, S. 400 ff.

1029 *Budzinski* in: Competition policy and the economic approach, 2011, S. 111, 128 f.; *Christiansen/Kerber*, Journal of Competition Law & Economics 2006, 215, 216.

1030 *Eichler*, Gesetz und System, 1970, S. 36.

1. Auswirkungsanalyse und ökonomische Forschung

Es stellt sich zunächst die Frage, ob die Integration ökonomischer Erkenntnisse stets eine Auswirkungsanalyse voraussetzt. Das Gutachten der EAGCP und die Prioritätenmitteilung stellen diese in den Mittelpunkt ihrer Anforderungen an die Reform der Missbrauchsaufsicht. Ökonomische Forschung zu Art. 102 AEUV arbeitet jedoch selbst mit Vereinfachungen, die einer strengen Einzelfall- und Auswirkungsanalyse widersprechen.

a. Vereinfachungen in der Ökonomie

Die Einzelfall- und Auswirkungsanalyse, auch „rule of reason“ genannt, ist wichtiger Bestandteil des more economic approach zu Art. 102 AEUV. Das Gutachten der EAGCP sieht sie als notwendig an, um trennscharf zwischen wettbewerbswidrigen und wettbewerbschädigenden Verhaltensweisen unterscheiden zu können.¹⁰³¹

Dem liegt die Annahme zugrunde, dass der Ökonomie Werkzeuge zur Verfügung stehen, um die rule of reason auszufüllen und die Auswirkungen der Verhaltensweisen im Einzelfall zu analysieren und festzustellen, ob sie wettbewerbswidrig sind oder nicht. Diese Erwartung ist jedoch nicht gerechtfertigt. Die Ökonomie greift selbst auf Vereinfachungen zurück. Wenn die Integration ökonomischer Erkenntnisse das Ziel ist, dann ist ein differenzierterer Ansatz nötig, der auch Raum für Vereinfachungen lässt, da die Ökonomie selbst auf diese zurückgreifen muss und nicht die Realität detailgenau abbilden kann.

Wie dargestellt versteht sich die Ökonomie als empirische Wissenschaft. Sie trifft also Aussagen über die wahrnehmbare Realität.¹⁰³² Danach sollte es ihr es also auch möglich sein, Aussagen über die Auswirkungen von den hier zu untersuchenden Verhaltensweisen im Einzelfall zu machen. Die ökonomische Methodologie hinterfragt diese Annahme. Diese Problematik schließt sich der bereits dargestellten stärkeren Ausrichtung der Ökonomie an der Empirie an.¹⁰³³ Es geht um die Rolle der Theorie in der Ökonomie und um folgende für das Problem der Einzelfallanalyse relevante Fragestel-

1031 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. 5 ff.; *Schmidtchen*, WuW 2006, 707.

1032 S.o. E.I.2.a.

1033 *Boumans/Davis*, Economic methodology, 2016, S. 36 ff.

lung: Kann die Ökonomie eine realitätsgetreue Abbildung und Prognosen der Auswirkungen von Verhaltensweisen im Einzelfall gewährleisten?

Ein Hauptproblem der Ökonomie ist die hohe Komplexität des Wirtschaftsgeschehens. So formulierte *John Stuart Mill*:

„If the knowledge what are the particular causes operating in any given instance were revealed to us by infallible authority, then, if our abstract science were perfect, we should become prophets. But the causes are not so revealed: they are to be collected by observation; and observation in circumstances of complexity is apt to be imperfect. Some of the causes may lie beyond observation; many are apt to escape it, unless we are on the look-out for them.“¹⁰³⁴

Hiernach ist die Komplexität der Grund für fehleranfällige und unvollständige Beobachtungen. Die Kausalbeziehungen können nicht alle wahrgenommen werden und deswegen auch keine perfekten Vorhersagen anhand von Gesetzen oder Modellen getroffen werden. Es existiert eine unüberschaubare Vielzahl von Variablen, die Einfluss auf den jeweiligen Untersuchungsgegenstand haben können. Gesellschaftliche Phänomene wie auch das Wirtschaftsgeschehen sind aufgrund einer großen Menge möglicher Einflussfaktoren sehr komplex.¹⁰³⁵

Als Beispiel dient die Frage, ob eine Steigerung der Nachfrage zu einer Preiserhöhung führt. Nach den grundlegenden mikroökonomischen Modellen wäre dies anzunehmen. Allerdings ist der genaue Kausalzusammenhang in der Realität kaum nachzuweisen. Die einzelnen tatsächlichen Vorgänge, die den Preis beeinflussen, können nicht alle nachvollzogen werden. Es müsste jede Entscheidung der betroffenen Marktteilnehmer einzeln nachvollzogen werden. Alternativursachen wie beispielsweise Änderungen im Angebots- und Nachfrageverhalten müssten ausgeschlossen werden.

Diese Zusammenhänge innerhalb des Wirtschaftsgeschehens sind dynamisch und so vielfältig, dass sie in einem künstlichen System aktuell nicht abgebildet werden können. Die Grenzen ergeben sich aufgrund der beschränkten mentalen Kapazitäten, den Grenzen der statistischen Methoden und der vorhandenen Rechenleistung von Computern bei der Datenverarbeitung.¹⁰³⁶ Die Modelle, die aufgrund dieser Beschränkungen entwickelt

1034 *Mill*, *Essays On Some Unsettled Questions Of Political Economy*, 1874, S. 107.

1035 *Boumans/Davis*, *Economic methodology*, 2016, S. 64 ff.

1036 *Friedman* in: *Conference on Business Cycles*, 1951, S. 107, 112 f.

werden, sind deswegen aus der heutigen Perspektive hoch komplex, jedoch im Vergleich zur Realität weiterhin enorme Vereinfachungen.¹⁰³⁷

Dies ist gekoppelt mit dem Problem, dass die Gesamtheit des Wirtschaftsgeschehens keinem Experiment unterzogen werden kann. Deswegen ist es nahezu unmöglich, einzelne Einflussfaktoren unter Laborbedingungen zu isolieren.¹⁰³⁸ Wie am Beispiel der Preiserhöhung nach Absprachen gesehen, kann die Kausalbeziehung zwischen Absprache und Preiserhöhung getrennt von Alternativursachen untersucht werden. In den Naturwissenschaften wäre das zumindest eingeschränkt möglich. Hier könnte bspw. das Experiment im Vakuum durchgeführt werden, um Verfälschungen durch den Luftwiderstand auszuschließen. Wenn in der Ökonomie dennoch mögliche Gesetzmäßigkeiten gefunden werden, sind diese eher als Tendenzen und Trends zu bezeichnen, da nie sicher sein kann, dass ihnen Allgemeingültigkeit zukommt, da die Entwicklung der Gesellschaft ein einmaliger historischer Prozess ist.¹⁰³⁹ In anderen Wissenschaften können Experimente dazu dienen, einzelne Variablen auszuschalten, um so Zusammenhänge zwischen Ursache und Wirkung herstellen zu können und Gesetzmäßigkeiten zu entwickeln.¹⁰⁴⁰

Da dies in der Ökonomie nicht möglich ist, treten Theorien an die Stelle von Gesetzmäßigkeiten. Theorien beschreiben die Zusammenhänge in Form von Ursache und Wirkung zwischen einzelnen Tatsachen und systematisieren das über die Welt gewonnene Wissen.¹⁰⁴¹ Die Theorien fußen auf Annahmen, um einzelne Probleme gesondert zu betrachten. Sie reduzieren mit den Annahmen die Komplexität des Wirtschaftsgeschehens und erlauben die gesonderte Betrachtung einzelner Phänomene, auch wenn die Annahmen selbst unrealistisch sind.¹⁰⁴² Dies ist nötig, solange ein realistisches Modell des Wirtschaftsgeschehens nicht möglich ist. Die Theorie sollte deswegen nicht nur anhand ihrer Annahmen, sondern auch anhand ihrer Nützlichkeit bewertet werden. Diese äußert sich vor allem darin, dass die Theorie gute Vorhersagen produziert.¹⁰⁴³ So wäre im Extremfall eine Theorie nützlich, die auf vielen vollkommen realitätsfernen Annahmen

1037 *Boumans/Davis*, *Economic methodology*, 2016, S. 46 ff.

1038 *Boumans/Davis*, *Economic methodology*, 2016, S. 86.

1039 *Boumans/Davis*, *Economic methodology*, 2016, S. 87.

1040 *Boumans/Davis*, *Economic methodology*, 2016, S. 70.

1041 *Boumans/Davis*, *Economic methodology*, 2016, S. 13.

1042 *Boumans/Davis*, *Economic methodology*, 2016, S. 49 ff.

1043 *Friedman* in: *The philosophy of economics*, 1994, S. 3, 14.

beruht, wenn sie dafür in allen Fällen die richtigen Vorhersagen liefert. Friedmann prognostiziert deswegen:

“Truly important and significant hypotheses will be found to have "assumptions" that are wildly inaccurate descriptive representations of reality, and, in general, the more significant the theory, the more unrealistic the assumptions (in this sense).”¹⁰⁴⁴

Die wichtigsten Theorien könnten nach Friedmann auf grob falschen Annahmen beruhen. Sie müssen getestet werden, um ihre Nützlichkeit zu bestimmen. Sie können also nicht anhand eines einzelnen Falles entwickelt, getestet und als valide angesehen werden.¹⁰⁴⁵ Um in einem spezifischen Fall Aussagen treffen zu können, genügt nicht die Analyse dieses Einzelfalles. Dies ist vielmehr nur anhand von bestehenden und getesteten Theorien möglich, die die Variablen des Einzelfalles mit Hilfe ordnen, ausschalten und in ein Verhältnis setzen.

Jede Theorie ist also selbst eine Vereinfachung, anhand derer auch zukünftige Fälle bewertet werden können, ohne jeden Aspekt des Einzelfalles zu berücksichtigen. Die Verwendung von Annahmen setzt im Gegenteil voraus, dass einzelne Fakten bewusst ausgeblendet werden. Diese Eigenschaft teilen die Theorien mit den abstrakten Regeln, die ebenfalls nicht alle Facetten eines möglichen Einzelfalles berücksichtigen können. Es ist also gerade kein Widerspruch, vereinfachende Regeln auf Grundlage von ökonomischen Erkenntnissen zu formulieren.

b. Ökonomische Forschung zu Art. 102 AEUV

Diese wissenschaftstheoretischen Überlegungen werden auch in der aktuellen ökonomischen Forschung zu Art. 102 AEUV bestätigt. Hierbei lohnt sich ein Blick auf verschiedene Veröffentlichungen aus diesem Bereich, die in dem wirtschaftswissenschaftlichen Werk „*Exclusionary Practices*“ von *Fumagalli/Motta/Calcagno* zusammengefasst und systematisiert werden. Entsprechende Lehrbücher haben in der Ökonomie einen hohen Stellenwert, da sie den aktuellen Stand der Forschung abzubilden versuchen.¹⁰⁴⁶ Der Blick in ein solches Lehrbuch ist dementsprechend keine Betrachtung einzelner Forschungsergebnisse, sondern des gesamten Forschungsge-

1044 *Friedman* in: *The philosophy of economics*, 1994, S. 3, 14.

1045 *Boumans/Davis*, *Economic methodology*, 2016, S. 43.

1046 *Boumans/Davis*, *Economic methodology*, 2016, S. 106.

bietet. Für Fachfremde sind diese Lehrbücher nötig, wenn sie den aktuellen Stand der Forschung nachvollziehen möchten, da dies ohne einen strukturierenden Überblick kaum gelingen kann.

aa. Exclusionary Practices

Die ökonomische Forschung zu Art. 102 AEUV beschäftigt sich im Schwerpunkt mit sog. „exclusionary practices“.

„Exclusionary practices are contracts, pricing strategies and more generally actions taken by dominant firms to deter new competitors from entering an industry, to oblige rivals to exit, to confine them to market niches, or to prevent them from expanding, and which ultimately cause consumer harm.¹⁰⁴⁷

Danach sind behindernde Verhaltensweisen solche, die potentielle Wettbewerber am Markteintritt hindern, Konkurrenten zum Marktaustritt bewegen oder zumindest deren Marktanteile gering halten und damit den Verbrauchern schaden.

Die Verhaltensweisen werden in verschiedene Fallgruppen unterteilt, es werden bestehende Theorien dargestellt und eigene entwickelt. Diese Theorien sollen zeigen, unter welchen Annahmen und Voraussetzungen eine Verdrängungswirkung möglich und rentabel ist. Das Vorgehen ist dabei stets ähnlich. Eine Theorie wird zunächst umschrieben und Annahmen und mögliche Zusammenhänge werden einfach sprachlich dargestellt (sog. intuition). Im Anschluss wird die Theorie formalisiert und in ein mathematisches Modell überführt, in dem verschiedene Zusammenhänge bewiesen oder widerlegt werden können.¹⁰⁴⁸ Zusätzlich zu diesem theoretischen Nachweis werden auch empirische Nachweise erbracht, wenn die Verhaltensweisen und Zusammenhänge auch im tatsächlichen Wirtschaftsgeschehen beobachtet werden konnten.¹⁰⁴⁹ Unterstützend werden außerdem Experimente angeführt, wenn einzelne Zusammenhänge in künstlichen Versuchsanordnungen nachgewiesen werden.¹⁰⁵⁰

1047 *Fumagalli/Calcagno/Motta*, Exclusionary Practices, 2018, S. 1.

1048 *Fumagalli/Calcagno/Motta*, Exclusionary Practices, 2018, S. 16 ff.; *Funk/Jaag*, Journal of Competition Law & Economics 2018, 292 ff.

1049 *Fumagalli/Calcagno/Motta*, Exclusionary Practices, 2018, S. 45 ff.

1050 *Fumagalli/Calcagno/Motta*, Exclusionary Practices, 2018, S. 35.

bb. Beispiel: Kampfpreise und Finanzierung

Als Beispiel dient die Untersuchung von Kampfpreisen. Eine der Theorien untersucht die Umstände, unter denen ein marktbeherrschendes Unternehmen mit Hilfe von Kampfpreisen Wettbewerber vom Markt verdrängen kann.¹⁰⁵¹

Nach der Chicago School führen Kampfpreise nicht zu einer Verdrängung von ebenso effizienten Wettbewerbern und damit auch nicht zu einer Preiserhöhung. Kampfpreise basieren auf der Annahme, dass das marktbeherrschende Unternehmen mehr Geld zur Verfügung hat als Wettbewerber und damit längere Zeit niedrigere Preise oder sogar nicht kostendeckende Preise setzen kann. Dem entgegnete *McGee* als Vertreter der Chicago School, dass der Wettbewerber Zugang zu externer Finanzierung hat, um die Phase der Kampfpreise zu überbrücken, da auch das beherrschende Unternehmen Verluste hinnehmen muss, die aufgrund des großen Marktanteils sogar über denen der Wettbewerber liegen.¹⁰⁵²

Vertreter einer neuen Theorie zeigen nun, dass Kampfpreise dennoch zur Verdrängung eingesetzt werden können, da der Zugang zu externer Finanzierung beschränkt ist, wenn potentielle Kreditgeber unter Unsicherheit agieren müssen. Dies ergibt sich daraus, dass die Kreditgeber ihren Entscheidungen nicht alle relevanten Informationen zum Marktgeschehen zugrunde legen können und generell weniger Kenntnisse vom Marktgeschehen haben als die Kreditnehmer (sog. *principal agent problem*).¹⁰⁵³ Wenn die Kreditgeber in dieser Situation sicherstellen wollen, dass die Kreditnehmer die Mittel zweckmäßig einsetzen, werden sie sich vertraglich absichern. Dies geschieht bspw. über Sicherheiten oder über Kündigungsklauseln, die an die Unternehmensergebnisse gekoppelt sind und führt zu Ineffizienzen (sog. *credit rationing*).¹⁰⁵⁴ Die zusätzlichen Kosten der Sicherheiten oder nicht einzuhaltende Zielvorgaben können dazu führen, dass ein ebenso effizienter Wettbewerber keine Finanzierung aufbringen kann. Dies wird durch die Kampfpreisstrategie zusätzlich verstärkt, da einem Unternehmen in dieser Situation ohnehin weniger finanzielle Mittel zur Verfügung stehen und damit der Zugang zu Sicherheiten erschwert ist. Kündigungsklauseln in bestehenden Kreditverträgen können bei beste-

1051 *Fumagalli/Calcagno/Motta*, *Exclusionary Practices*, 2018, S. 26 ff.

1052 *McGee*, *The Journal of Law and Economics* 1958, 137 ff.

1053 *Bolton/Scharfstein*, *The American Economic Review* 1990, 93 ff.

1054 *Fumagalli/Calcagno/Motta*, *Exclusionary Practices*, 2018, S. 19.

henden Kampfpreisen außerdem leichter ausgelöst werden, da die Wettbewerber bspw. vorgegebene Umsatz- oder Gewinnziele schwerer erreichen können.¹⁰⁵⁵

Es gelingt auch ein formaler Nachweis dieser Zusammenhänge, bei dem diese mathematisch nachvollzogen werden.¹⁰⁵⁶

Die Theorie wird unterstützt durch empirische Beobachtungen. Diese betrachten echte Fälle und stellen dort Zusammenhänge zwischen dem Einsatz von Kampfpreisen und dem schlechten Zugang von Wettbewerbern zu externer Finanzierung her.¹⁰⁵⁷ Hieraus wird der Schluss gezogen, dass Kampfpreise wahrscheinlicher zu einer Verdrängung von Wettbewerbern führen, wenn der Zugang zu externer Finanzierung erschwert ist und das beherrschende Unternehmen zumindest leichteren Zugang zu finanziellen Mitteln und externer Finanzierung hat als Wettbewerber.¹⁰⁵⁸

Dieses Beispiel zeigt, dass auch in der konkreten Forschung zu missbräuchlichen Verhaltensweisen auf Vereinfachungen zurückgegriffen wird. Es wird nicht auf den Einzelfall verwiesen, in dem nachgewiesen werden müsste, dass die Kampfpreise zur Verdrängung führen und dem beherrschenden Unternehmen eine Preiserhöhung ermöglicht haben. Stattdessen werden Merkmale isoliert, unter denen Kampfpreise als Verdrängungstaktik Erfolg haben können.

2. Zwischen per se rule und rule of reason

Die Entscheidungsanalyse hat gezeigt, dass die Europäische Kommission auf die in der Prioritätenmitteilung entwickelten Kriterien nicht zurückgreift und stattdessen Einzelfall- und Auswirkungsanalysen durchführt. Die ökonomische Forschung zu Art. 102 AEUV ermöglicht eine Beurteilung von Fällen ohne Einzelfall- und Auswirkungsanalyse. Die Einzelfall- und Auswirkungsanalyse lässt die Vorteile von weniger differenzierten Entscheidungen außer Acht. Die hergebrachte Unterscheidung zwischen klaren Rechtsnormen („per se rules“) und der Auswirkungsanalyse im Einzelfall („rule of reason“) ist dabei wenig zielführend. Die beiden Ansätze lassen sich nicht klar trennen, es besteht eine Skala der zu- bzw. abnehmenden

1055 *Fumagalli/Calcagno/Motta*, *Exclusionary Practices*, 2018, S. 19 f.

1056 *Bolton/Scharfstein*, *The American Economic Review* 1990, 93, 94 ff.

1057 *Fumagalli/Calcagno/Motta*, *Exclusionary Practices*, 2018, S. 20, 21.

1058 *Fumagalli/Calcagno/Motta*, *Exclusionary Practices*, 2018, S. 75 f.

Komplexität bei Normen, deren Gestaltungsmöglichkeiten ausgeschöpft werden sollten.

a. Per se rules und rule of reason

Mit per se rules werden Normen beschrieben, die eine bestimmte Verhaltensweise verbieten, ohne nach den Auswirkungen dieser Verhaltensweise im Einzelfall zu fragen.¹⁰⁵⁹ Ein Beispiel aus dem Bereich der Missbrauchsaufsicht ist das Verbot bedingter Rabatte. Eine per se rule verbietet jeden Rabatt, den ein marktbeherrschendes Unternehmen unter der Bedingung erteilt, dass der Abnehmer eine bestimmte Menge von Waren von ihm bezieht. Diese Art von Normen wird häufig der Zeit vor dem more economic approach zugeschrieben und als zu undifferenziert kritisiert. Der more economic approach setzt deswegen den per se rules eine rule of reason entgegen. Die rule of reason untersucht in jedem Einzelfall die Auswirkungen des Verhaltens. Damit soll sie dem Umstand Rechnung tragen, dass Verhaltensweisen ambivalente Auswirkungen haben können.¹⁰⁶⁰

b. Vorteile der rule of reason und von per se rules

Die Vorteile der mit dem more economic approach befürworteten rule of reason liegen auf der Hand. Es werden im Optimalfall nur noch Entscheidungen getroffen, die zutreffend sind.

		Effekte des Verhaltens	
		Positiv	Negativ
Anwendung der Rechtsnorm	Gestattung	Richtige Entscheidung	Typ 2 (false negative)
	Verbot	Typ 1 (false positive)	Richtige Entscheidung

(Abbildung nach Figure 2 bei *Christiansen/Kerber*, Journal of Competition Law and Economics 2006, 215, 226)

1059 *Schmidt/Voigt*, ORDO (58) 2007, 33, 36; *Christiansen/Kerber*, Journal of Competition Law & Economics 2006, 215, 217.

1060 *Schmidt*, Per-se-Rule, Rule of Reason und der "more economic approach", 2007, S. 4 f.; *Christiansen/Kerber*, Journal of Competition Law & Economics 2006, 215, 217 f.; *Ackermann*, Art. 85 Abs. 1 EGV und die rule of reason, 1997.

Die rule of reason soll sowohl „Typ 1“ und „Typ 2“ Fehler vermeiden. Typ 1 Fehler sind Entscheidungen, in denen ein tatsächlich unschädliches Verhalten untersagt wird (sog. „overenforcement“).¹⁰⁶¹ Typ 2 Fehler hingegen sind Fälle, die nicht untersagt werden, obwohl sie tatsächlich schädlich sind (sog. „underenforcement“).¹⁰⁶² Diese Fehlerkategorien bestehen unabhängig vom gewählten Maßstab. In der Diskussion werden Typ 1 und 2 Fehler meistens in Bezug auf die Gesamt- oder Verbraucherwohlfahrt ermittelt. Ein Typ 1 Fehler liegt danach vor, wenn das Verhalten keine oder sogar positive Wohlfahrtseffekte hat und dennoch untersagt wird. Bei einem anderen Maßstab lassen sich die Fehler aber genauso beschreiben. Ein Typ 1 Fehler kann auch dann vorliegen, wenn der Maßstab der Schutz des Wettbewerbsprozesses ist. In diesem Fall liegt ein Typ 1 Fehler vor, wenn die Verhaltensweise verboten wird, obwohl sie den Wettbewerbsprozess nicht beeinträchtigt.¹⁰⁶³

Da eine rule of reason aber voraussetzt, dass jeder Einzelfall auf all seine tatsächlichen Auswirkungen hin untersucht wird, kann es dennoch zu Typ 2 Fehlern kommen. Ein Verhalten kann tatsächlich nur schädliche Auswirkungen haben, doch der Wettbewerbsbehörde gelingt der Nachweis dieser Auswirkungen nicht.¹⁰⁶⁴ Auch wenn der Nachweis in einigen Fällen gelingt, können diese Fälle so aufwendig sein, 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.

Per se rules machen Fehler der Typen 1 und 2 praktisch unvermeidbar. Generalisierungen führen dazu, dass gerade nicht der Einzelfall gewürdigt wird, sondern formalisierte Verhaltensweisen erfasst werden. Das trifft bspw. auf Typ 1 Fehler zu, wenn Verhaltensweisen unter per se Verbote fallen, ohne schädigende Auswirkungen zu haben. Allerdings sind auch bei per se rules mit zu geringem Anwendungsbereich Fehler des Typs 2 möglich.¹⁰⁶⁵ Dies ist bspw. dann der Fall, wenn die per se rule nur bedingte Rabatte verbietet, aber auch andere Rabattformen negative Auswirkungen haben können.

1061 Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 216.

1062 Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 216.

1063 Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 223.

1064 Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 223 ff.

1065 Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 219.

Die *per se* rules haben allerdings auch Vorteile, die schon weit vor der Debatte zum *more economic approach* untersucht wurden.¹⁰⁶⁶ Eindeutige Rechtsnormen als Rahmenbedingungen sollten interventionistische Eingriffe in den Marktprozess verhindern und den Entscheidungsspielraum von Behörden einschränken.¹⁰⁶⁷ Für diese Ausgestaltung sprechen auch jetzt noch drei Überlegungen.

Einfache Normen stellen Rechtssicherheit her. Unternehmen können ihr eigenes Verhalten an diesen leichter ausrichten. Darüber hinaus können sie auch das Verhalten der Wettbewerber besser einschätzen. Ohne solche Normen bestünde bei jedem Verhalten Unklarheit über die Zulässigkeit, da die Auswirkungen im Einzelfall nur schwer antizipiert werden können. Rechtsunsicherheit kann damit auch Effizienzen verhindern.¹⁰⁶⁸

Klare Rechtsnormen binden Behörden stärker und reduzieren damit Einfluss auf die Entscheidungsfindung und damit das Problem des „rent seeking“. Rent seeking beschreibt ein Phänomen, in dem Akteure versuchen, die eigene Wohlfahrt durch staatliche Eingriffe in die Ressourcenallokation zu mehren.¹⁰⁶⁹ Klassisches Beispiel für legales rent seeking ist Lobbying. Dieser Einfluss setzt voraus, dass die staatlichen Stellen bei den Eingriffen einen Entscheidungsspielraum haben, auf den Einfluss genommen werden kann. Während dies bei der Entwicklung einer Rechtsnorm selbst kaum ausgeschlossen werden kann, reduziert sich die Einflussmöglichkeit bei eindeutigen Rechtsnormen. Die fallspezifische Wirkungsanalyse oder *rule of reason* ist hingegen ein Einfallstor für Einflussnahme.¹⁰⁷⁰

Per se rules reduzieren außerdem Entscheidungsprobleme durch Informationsdefizite. Bei Anwendung der *rule of reason* können bspw. aufgrund von Informationsdefiziten Typ 2 Fehler auftreten. Es kann Rechtsnormen geben, die trotz Vereinfachungen weniger fehlerhafte Entscheidungen hervorbringen. Entscheidungen aufgrund einer vereinfachenden Rechtsnorm werden immer eine bestimmte Anzahl an Typ 1 und/oder Typ 2 Fehlern enthalten. Wenn die Rechtsnorm aber richtig ausgestaltet ist, kann es sein,

1066 Schmidt/Voigt, *ORDO* (58) 2007, 33, 6 f.; Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 219.

1067 Schmidt, *Per-se-Rule, Rule of Reason und der "more economic approach"*, 2007, S. 5; Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 219.

1068 Voigt/Schmidt, *Making European merger policy more predictable*, 2005, S. 1–5.

1069 Krueger, *The American Economic Review* 1974, 291.

1070 Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 220.

dass die Menge dieser Fehler geringer ist als die Menge der Typ 2 Fehler, die aufgrund der Informationsdefizite bei einer rule of reason auftreten.¹⁰⁷¹

c. Skala der Komplexität

Per se rules und die rule of reason stehen sich nicht alleine als Alternativen gegenüber. Sie sind lediglich Teile einer Skala zu- bzw. abnehmender Komplexität.¹⁰⁷² Komplexität kann unterschiedlich verstanden werden.¹⁰⁷³ Bei dem hier vorgestellten Ansatz steigt die Komplexität einer Norm mit der Anzahl der Differenzierungen und Kriterien sowie den nötigen Informationen für die Beurteilung eines Falles.¹⁰⁷⁴ Die per se rules haben somit einen geringen Komplexitätsgrad, eine konsequente rule of reason den höchsten. Per se rules knüpfen nur an wenige Differenzierungen an. So wäre beispielsweise ein generelles Verbot von Rabatten eine extreme Form einer per se rule. In diesem Fall ist die Qualifikation als „Rabatt“ das einzige Merkmal, für dessen Bestimmung wenige Informationen nötig sind. Eine rule of reason, die die Bestimmung jeder Auswirkung einer Verhaltensweise im Einzelfall erfordert, hat eine unbestimmbar hohe Anzahl an möglichen Differenzierungen und Kriterien, die bei der Bewertung herangezogen werden können.

Viele Rechtsnormen lassen sich keinem der beiden Begriffe vollständig zuordnen, sondern finden sich auf dieser Skala zwischen deren Extremen.¹⁰⁷⁵ Es werden mehrere Differenzierungskriterien eingeführt, die komplexer sind als eine einfache per se rule, aber keine komplette Auswirkungsanalyse voraussetzen.

Zu beachten ist, dass die Differenzierungsmerkmale nicht mit der formalen sprachlichen Formulierung von Tatbestandsmerkmalen gleichgesetzt werden dürfen. Bei den Begriffen „Rabatt“ oder „Auswirkungen auf die Verbraucherwohlfahrt“ handelt es sich formal gesehen jeweils nur um ein einziges Tatbestandsmerkmal. Für die Bestimmung des Differenzierungsgrades ist diese formale Einordnung unerheblich. Es kommt nicht auf den In-

1071 *Christiansen/Kerber*, Journal of Competition Law & Economics 2006, 215, 220, 223 ff.

1072 *Schmidt*, Per-se-Rule, Rule of Reason und der "more economic approach", 2007, S. 5.

1073 *Christiansen/Kerber*, Journal of Competition Law & Economics 2006, 215, 221.

1074 *Christiansen/Kerber*, Journal of Competition Law & Economics 2006, 215, 221.

1075 *Christiansen/Kerber*, Journal of Competition Law & Economics 2006, 215, 223.

halt einer geschriebenen Regelung an. Stattdessen ist deren Ausfüllung auf Ebene der Anwendung maßgeblich. Dies zeigt sich sehr gut an dem hier betrachteten Art. 102 AEUV. Hinsichtlich der Anforderungen an das missbräuchliche Verhalten ist diese formale Regel mit wenigen Tatbestandsmerkmalen ausgestattet. In der Anwendung kann hieraus jedoch sowohl eine hochkomplexe *rule of reason* als auch eine *per se rule* mit geringer Komplexität entstehen. Dementsprechend ist im Folgenden nicht die formale Regelung, wie sie sich in Gesetzestexten findet, zu untersuchen, sondern die Norm, im Sinne der konkreten Interpretation und Anwendung der formalen Regelung.

Dieses Konzept von Komplexität darf nicht mit der Offenheit von formalen Regelungen oder der „Härte“ der Anwendung verwechselt werden. Offene Regeln werden häufig als Generalklauseln bezeichnet. Diese lassen sich nicht zwangsläufig einem einzelnen Grad der Komplexität zuordnen. Vielmehr erlauben Generalklauseln und offene Regeln weitere Auslegungen, die wiederum einen eigenen Komplexitätsgrad aufweisen.¹⁰⁷⁶ Gutes Beispiel ist auch hier Art. 102 AEUV. Dieser ist eine offene Generalklausel. Wie dargestellt kommen für die Ausfüllung der Generalklausel sowohl Regeln mit geringer (*per se rules*) sowie mit hoher Komplexität (*rule of reason*) in Betracht. Auch die wahrgenommene Härte einer Regelung oder Norm ist unabhängig von deren Komplexität. Ein *per se* Verbot von bestimmten Verhaltensweisen könnte als „harte“ oder „starke“ Regelung wahrgenommen werden, gleichzeitig kann aber auch eine Freistellung von der Missbrauchsaufsicht als *per se* Regel formuliert werden.

3. Optimale Normkomplexität

Aufbauend auf der Skala der Komplexität kann ein Modell entwickelt werden, das eine optimale Normkomplexität theoretisch bestimmbar macht. Dieses Modell kann dabei unterstützen, Regeln so zu formulieren, dass ein passender Ausgleich zwischen den Extremen der *per se rules* und der *rule of reason* vorgenommen wird.

1076 Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 222.

a. Modell der optimalen Normkomplexität

Ausgangspunkt für das Modell ist die Annahme, dass die Anwendung der Missbrauchskontrolle nicht perfekt ist.¹⁰⁷⁷ Fehlentscheidungen, die von einer hypothetischen richtigen Entscheidung abweichen, lassen sich auf verschiedene Gründe zurückführen.

Zunächst können die zugrunde liegenden Rechtsnormen selbst fehlerhaft sein, wenn sie gemessen an einem hypothetischen Optimalzustand zu wenige oder zu viele Verhaltensweisen verbieten. Die Gründe für fehlerhafte Rechtsnormen sind vielfältig. Zugrunde liegende ökonomische Erkenntnisse könnten – wenn man ihnen überhaupt maßgebliche Bedeutung zumisst – falsch umgesetzt worden sein. Selbst wenn diese richtig umgesetzt werden, kann es sein, dass mehrere widerstreitende ökonomische Einschätzungen zu einem einzelnen Thema vorliegen und dementsprechend Unklarheit herrscht, was überhaupt umgesetzt werden soll. Gleiches gilt, wenn sich die ökonomischen Erkenntnisse über Zeit fortentwickeln. Die Regeln könnten aber auch deswegen fehlerhaft sein, weil in ihrem Entstehungsprozess unsachgemäße Einflussnahme durch Lobbyismus genommen wurde.¹⁰⁷⁸

Außerdem ist – selbst wenn die Rechtsnorm zutreffend sein sollte – die Durchsetzung mit Fehlern behaftet. Die Durchsetzung sieht sich stets mit Informationsdefiziten und Unsicherheiten konfrontiert. Diese resultieren beispielsweise aus der (gezielten) Fehlinformation durch Beteiligte und Betroffene, aber auch aus faktischen Beschränkungen im Umfang der verwertbaren Informationen oder bei Kosten der Informationsbeschaffung.¹⁰⁷⁹

Zuletzt können auch einzelne Fälle der politischen Einflussnahme ausgesetzt sein, sodass trotz richtiger Rechtsnormen und der theoretisch möglichen Anwendung und Durchsetzung dieser dennoch ein falsches Ergebnis entsteht.¹⁰⁸⁰

Diese möglichen Fehlerquellen führen zu Kosten im Sinne einer nicht optimalen Zielerreichung. Ihnen gegenüber stehen die Kosten, die daraus resultieren, dass Rechtsnormen möglichst zutreffend ausgestaltet und

1077 *Christiansen/Kerber*, Journal of Competition Law & Economics 2006, 215, 223; *Heyer*, Antitrust Law Journal 2005, 375 ff.; *van Wijck*, European Competition Journal 2021, 1, 4 ff.

1078 *Christiansen/Kerber*, Journal of Competition Law & Economics 2006, 215, 223.

1079 *Christiansen/Kerber*, Journal of Competition Law & Economics 2006, 215, 223 f.

1080 *Christiansen/Kerber*, Journal of Competition Law & Economics 2006, 215, 233 ff.

durchgesetzt werden (im Folgenden: Normierungskosten). Dies beinhaltet alle Kosten der Entwicklung der Rechtsnorm wie beispielsweise Gutachten und Expertenbefragungen und die Kosten der konsequenten Durchsetzung wie beispielsweise Ausstattung der Wettbewerbsbehörden.¹⁰⁸¹ Ebenfalls enthalten sind die Kosten der betroffenen Unternehmen. Dies betrifft insbesondere Kosten der Compliance, aber auch Kosten der Rechtsunsicherheit.¹⁰⁸²

Diese beiden Arten der Kosten verhalten sich jeweils unterschiedlich in Abhängigkeit zur Normkomplexität. Die Normierungskosten steigen mit zunehmender Komplexität. Die marginalen Kosten der zusätzlichen Differenzierung steigen stärker, da die weiter ausdifferenzierten Merkmale höhere Kosten bspw. bei der Sachverhaltsermittlung nach sich ziehen.¹⁰⁸³

Bei den Fehlerkosten ist keine so klare Aussage möglich. Auf den ersten Blick dürften diese mit komplexeren Normen sinken, da komplexere Normen eine präzisere und fehlerfreiere Anwendung ermöglichen. Allerdings können komplexere Normen auch das Risiko erhöhen, dass falsche Entscheidungen ergehen. Diese Überlegungen stützen sich darauf, dass erhöhte Komplexität dazu führen kann, dass die Entscheidung leichter unsachgemäßem Einfluss ausgesetzt wird. Unabhängig hiervon werden die Kosten jedoch zumindest langsamer fallen, da wiederum die marginale Fehlerkostenreduktion bei steigender Differenzierung zurückgeht.¹⁰⁸⁴ Dies lässt sich auf folgende Überlegung stützen: Die Einführung einiger weniger offensichtlicher Differenzierungskriterien führt dazu, dass der Großteil der Fälle zutreffend entschieden werden kann. Um aber den letzten kleinen Teil der Fälle – die hiervon noch nicht abgedeckt sind – ebenfalls erfassen zu können, sind gegebenenfalls erheblich mehr Differenzierungen nötig.¹⁰⁸⁵

Diese Überlegungen führen zu dem Ergebnis, dass die addierten Kosten einen Tiefpunkt aufweisen. Dieser Tiefpunkt ist gleichzeitig der Punkt der optimalen Normkomplexität, da hier das Minimum der nötigen Kosten liegt.¹⁰⁸⁶

1081 Schmidt/Voigt, ORDO (58) 2007, 33, 37 f.; Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 223, 231 ff.

1082 Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 232 f.

1083 Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 224.

1084 Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 224.

1085 Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 224; hier kann eine Parallele zu den sog. "hard cases" gezogen werden, vgl. Dworkin, *Harvard Law Review* 1975, 1057, 1057 ff.

1086 Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 223 ff.

b. Kritik

Dieses Modell sieht sich der Kritik ausgesetzt, dass es praktisch nicht umsetzbar ist. Es ist unmöglich, mathematisch genau die Fehlerkosten festzustellen.¹⁰⁸⁷ Selbst wenn dies gelingt, ist es unmöglich, eine Norm zu schaffen, die den errechneten Punkt der Komplexität ebenso genau abbildet. Die genaue Bestimmung und Umsetzung der Komplexität ist Fiktion.

Dies ist aber auch nicht der Zweck eines Modells. Stattdessen sind auf Grundlage des Modells Aussagen über die anzustrebende Normkomplexität möglich, ohne dass diese punktgenau bestimmt werden sollte. Dessen wichtigste Lehre ist, dass die optimale Normkomplexität nicht dazu führt, dass jeder Fall richtig entschieden wird.

“The test of a good legal rule is not primarily whether it leads to the correct decision in a particular case, but whether it does a good job deterring anticompetitive behavior throughout the economy given all of the relevant costs, benefits and uncertainties associated with diagnosis and remedies.”¹⁰⁸⁸

Es werden demnach fehlerhafte Entscheidungen hingenommen, um die Kosten der weiteren Differenzierung zu vermeiden. Diese Lehre lässt sich im Rahmen der Normsetzung als Hilfestellung heranziehen.¹⁰⁸⁹ Bei der Beurteilung neuer Normen sollten die beschriebenen Kostenfunktionen beachtet werden. Die Erhöhung des Differenzierungsgrades einer Norm ist nicht allein deswegen empfehlenswert, weil Fehler vermieden werden. Vielmehr muss der Nutzen der vermiedenen Fehler die Kosten aufwiegen, die durch die höhere Differenzierung entstehen. Voraussetzung für die Verwendung einer per se rule ist also gerade nicht, dass alle Fälle, die unter sie fallen würden, negative Auswirkungen haben.

Das Modell zeigt außerdem Zusammenhänge zwischen Fehlerkosten, Normierungskosten und Normkomplexität auf und erlaubt es damit, bei der Entwicklung von neuen Rechtsnormen diese Kostengrößen einzubeziehen und deren Einfluss auf die Komplexität der Rechtsnorm entsprechend zu berücksichtigen. Auf Grundlage des Modells lassen sich außerdem die Einflussgrößen auf die Normkomplexität bestimmen (hierzu c.) und entsprechende juristische Instrumente auswählen, die bei der Umsetzung hel-

1087 Polinsky/Shavell, *The Journal of Law, Economics, and Organization* 1989, 99, 108.

1088 Joskow, *Journal of Law, Economics, and Organization* 2002, 95, 99 f.

1089 Vgl. grundlegend hierzu Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 2015, S. 414 ff.

fen (dazu 4.). Das Modell kann damit Leitfaden sein für eine Annäherung an die nur theoretisch bestimmbare optimale Normkomplexität.

c. Einflussfaktoren auf die Normkomplexität

Ausgehend von dem dargestellten Modell finden sich verschiedene Einflussgrößen, die die Normkomplexität unter bestimmten Umständen beeinflussen können.

aa. Verteilung der Effekte

Maßgeblichen Einfluss auf den optimalen Differenzierungsgrad hat die Verteilung der Wohlfahrtseffekte bei bestimmten Verhaltensweisen. Teilt man alle möglichen missbräuchlichen Verhaltensweisen in Gruppen ein, dann lässt sich für jede dieser Gruppen eine Verteilung der Wohlfahrtseffekte darstellen.¹⁰⁹⁰ Während manche Verhaltensweisen in der Gruppe positive Wohlfahrtseffekte aufweisen, weisen andere negative oder zumindest weniger starke positive Effekte auf. Es ergibt sich also eine Verteilung zwischen den jeweiligen maximal positiven und maximal negativen Effekten. Diese Verteilung kann auch nach der (wahrscheinlichen) Häufigkeit der Effekte gewichtet werden.¹⁰⁹¹

Beispielhaft sollen fünf Gruppen von Verhaltensweisen (V1 – V5) betrachtet werden, die den Einfluss der Verteilung der Effekte auf die optimale Normkomplexität verdeutlichen.¹⁰⁹² Gruppe V1 beinhaltet dabei nur Verhaltensweisen mit positiven Effekten. Hier ist eine undifferenzierte per se Gestattung der Gruppe empfehlenswert. Umgekehrt weist die Gruppe V2 nur negative Effekte auf. Hier ist ein undifferenziertes per se Verbot möglich, da dieses wegen des geringen Differenzierungsgrades keine Normsetzungs- und Anwendungskosten verursacht und selbst bei suboptimaler Durchsetzung nur positive Effekte mit sich bringt. Die Gruppen V3 und V4 weisen zu großen Teilen Verhaltensweisen auf, die klar positiven (V3) bzw. negativen Effekten (V4) zugeordnet werden können, aber eine kleine Menge von Verhaltensweisen, die jeweils den entgegengesetzten Wohlfahrtsef-

1090 Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 229 ff.

1091 Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 229.

1092 S. hierzu auch das Schaubild bei Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law and Economics* 2006, 215, 230.

fekt aufweisen. Ausgangspunkt für diese Gruppen kann wiederum ein per se Verbot bzw. eine per se Gestattung sein. Weitergehend könnte jedoch ein Differenzierungskriterium die Fälle ausklammern, die jeweils gegenteilige Effekte haben, um Fehler vermeiden. Allerdings ist hierbei zu beachten, dass die Einführung des Kriteriums selbst Kosten erzeugt, die durch den Nutzen der Differenzierung aufgewogen werden müssen. Wenn durch das Kriterium nur wenige Fehler des Typ 1 und des Typ 2 vermieden werden können, kann trotzdem eine per se Norm vorzugswürdig sein. Dies gilt umso mehr, als das Differenzierungskriterium selbst fehleranfällig ist. So kann es sein, dass das Differenzierungskriterium in der Gruppe V3 dazu führt, dass Verhaltensweisen mit positiven Effekten untersagt werden. Der Nutzen eines neuen Kriteriums muss die Kosten der zusätzlichen Differenzierung und die Kosten neuer Fehler aufwiegen.

Die Gruppe V5 weist eine hohe Verteilung der Wohlfahrtseffekte auf. Die der Gruppe zugeordneten Verhaltensweisen können eine Vielzahl von positiven wie negativen Wohlfahrtseffekten haben. Eine Differenzierung hat hier einen positiven Effekt, selbst wenn sie nicht perfekt differenziert und Normsetzungs- und Anwendungskosten erzeugt.

bb. Kosten der Normsetzung und Anwendung

Wie schon dargestellt steigen Regulierungskosten mit steigender Differenzierung. Ein genauerer Blick darauf, wie sich diese Kosten zusammensetzen und verändern können, hilft bei der Umsetzung in konkrete Normen.

(1) Kosten der Normsetzung

Die Kosten der Normsetzung sind Kosten der Formulierung und Einführung von Normen.¹⁰⁹³ Diese beinhalten alle Arten von Normen. Es können also die Kosten eines Gesetzgebungsverfahrens, die Kosten der Formulierung von Richtlinien, aber auch die Formulierung abstrakter Regeln bei der Auslegung und Anwendung anderer Regelungen in einem konkreten Fall sein. Es wird angenommen, dass diese Kosten mit stärkerer Differenzierung steigen, da die korrekte Formulierung differenzierter Normen schwieriger ist als die Formulierung von per se Normen.¹⁰⁹⁴ Diese Aussage ist in dieser

1093 Vgl. *Christiansen/Kerber*, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 231.

1094 *Christiansen/Kerber*, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 231.

Klarheit allerdings anzuzweifeln. Zwar ist zuzugeben, dass die Formulierung der Normen an sich anspruchsvoller ist, allerdings teilen sich sowohl die Formulierung von *per se* Normen, als auch die Formulierung von differenzierten Normen einen großen Kostenpunkt in Form von Informationskosten. Letztlich dürften im Laufe der Normsetzung die Kostenpunkte beider Arten weitgehend gleich laufen – zumindest im Rahmen von ergebnisoffenen Verfahren. Informationen müssen gesammelt, Gutachten in Auftrag gegeben und Experten angehört werden. Erst das Ergebnis dieses Prozesses macht die Entscheidung möglich, welcher Differenzierungsgrad gewählt werden sollte. Der letzte Schritt, die eigentliche Formulierung der Norm, dürfte dabei eher einen kleineren Kostenpunkt betreffen, zumal im Rahmen des Verfahrens ohnehin schon verschiedene Arten von Normen entworfen werden sollten. Gleichzeitig ist es vorstellbar, dass eine vollständig ausdifferenzierte Norm im Sinne einer Einzelfallanalyse bei der Normsetzung ähnlich geringe Kosten verursacht wie eine *per se* Norm. Die Einzelfallanalyse ist in der Anwendung zwar hochdifferenziert, in der abstrakten Formulierung aber sehr einfach.

Wegen dieser Zweifel an ihrer Entwicklung sollte den Kosten der Normsetzung kein zu großes Gewicht beigemessen werden. Dies gilt umso mehr, da es sich um Fixkosten handelt, von denen einige nicht spezifisch für die Normsetzung bei einer bestimmte Norm anfallen. Parlamente tagen unabhängig von den konkreten Vorhaben, Beamte sind unabhängig von einem bestimmten Projekt beschäftigt.

(2) Kosten der Rechtsanwendung

Weiterer Teil der Regulierungskosten sind die Kosten der Rechtsanwendung. Diese Kosten umfassen alle Kosten, die bei der Beurteilung von Fällen anfallen, sowohl bei Behörden als auch bei Gerichten und den Beteiligten. In Wettbewerbsfällen sind dies hauptsächlich Informationskosten.¹⁰⁹⁵ Die mit dem Sachverhalt verbundenen Daten müssen gesammelt, systematisiert und ausgewertet werden. Dabei handelt es sich um variable Kosten, da sie für jeden Fall potentiell erneut anfallen. Hier ist die eindeutige Prognose möglich, dass diese Kosten mit steigender Differenzierung ebenfalls ansteigen, da differenzierte Normen nach der hier gewählten Definition der Komplexität immer mehr Informationen benötigen.¹⁰⁹⁶

1095 *Christiansen/Kerber*, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 231 f.

1096 *Christiansen/Kerber*, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 233.

(3) Kosten von Überwachung und Compliance

Überwachung und Compliance betreffen sowohl Behörden als auch Unternehmen. Die aufgestellten Normen müssen unabhängig von ihrer Anwendung überwacht werden. Die Behörden müssen mögliche Verstöße feststellen können und dafür ein System bereithalten.¹⁰⁹⁷ Ein Beispiel hierfür sind Sektoruntersuchungen, wie sie Wettbewerbsbehörden durchführen. Deren Inhalt richtet sich nach dem Inhalt der Normen, auf deren Verstöße der jeweilige Sektor untersucht wird. Auf der anderen Seite müssen auch Unternehmen stetig auf die Einhaltung der Normen achten und ebenfalls hierfür ein System bereitstellen. Diese Kosten setzen sich sowohl aus Fixkosten als auch aus variablen Kosten zusammen. Sie erhöhen sich aufgrund der steigenden Informationsanfordernisse ebenfalls mit erhöhter Normkomplexität.¹⁰⁹⁸

(4) Kosten der Rechts(un)sicherheit

Weitere Kosten entstehen durch Rechtsunsicherheit. Wenn die Auslegung oder Anwendung der Normen unklar ist, ist es auch schwieriger für die betroffenen Unternehmen, ihr Verhalten daran auszurichten.¹⁰⁹⁹ Das erzeugt zunächst erhöhte Kosten, da der Versuch, die Normen zu befolgen, ebenfalls mehr Informationskosten verursacht. Kosten können aber auch entstehen, wenn die Unternehmen die unklaren Normen falsch auslegen. So können Unternehmen von Verhalten mit positiven Effekten absehen oder auch Verhalten mit negativen Effekten fälschlicherweise adaptieren, obwohl die Norm eigentlich das jeweilige Gegenteil erzielen soll. Je differenzierter die Normen sind, desto schwieriger ist ihre Anwendung und die Rechtsunsicherheit erhöht sich damit, was zu steigenden Kosten führt.¹¹⁰⁰

Trotz einiger Unklarheiten und dem Umstand, dass diese Kosten noch keiner tiefgreifenden empirischen Analyse unterzogen wurden, lässt sich

1097 *Christiansen/Kerber*, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 232.

1098 *Schmidt/Voigt*, *ORDO* (58) 2007, 33, 38 f.; *Christiansen/Kerber*, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 233.

1099 Vgl. *Doern*, *Governance* 1995, 195 ff.; *Christiansen/Kerber*, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 232.

1100 *Schmidt/Voigt*, *ORDO* (58) 2007, 33, 37 f.; *Christiansen/Kerber*, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 233.

die Grundtendenz des Modells nachvollziehen, dass steigende Differenzierung zu erhöhten Normsetzungs- und Anwendungskosten führt.¹¹⁰¹

cc. Politische und unsachgemäße Einflussnahme

Eine weitere Einflussgröße, die berücksichtigt werden kann, ist der mögliche politische und unsachgemäße Einfluss auf die Entstehung der Normen und auf deren Anwendung.¹¹⁰² Die Einflussnahme kann auf Ebene der Normsetzung stattfinden oder auch erst auf Ebene der Rechtsanwendung im einzelnen Fall. Die Einflussnahme kann sowohl zu Typ 1 Fehlern führen, wenn bspw. Wettbewerber eine besonders rigorose und strenge Anwendung fordern, sie kann aber auch zu Typ 2 Fehlern führen, wenn die Betroffenen selber Einfluss nehmen oder auch die Politik erfolgreich ein zu lockeres Kartellrechtsregime fordert. Beide Arten von Fehlern erzeugen, wie gezeigt, Kosten in Form von suboptimaler Zielerreichung.¹¹⁰³

Der Zusammenhang zwischen einem Entscheidungsspielraum und politischer Einflussnahme ist in der Institutionenökonomie etabliert.¹¹⁰⁴ Dieser Ansatz wird teilweise auf den Differenzierungsgrad übertragen. So lässt sich argumentieren, dass per se Normen keinen Raum für Einflussnahme lassen, da das Ergebnis vorgezeichnet ist. Bei differenzierteren Normen ist das Ergebnis schwerer vorherzusagen und aufgrund der Informationsfülle weniger eindeutig, schwieriger zu überprüfen und damit eher der Einflussnahme ausgesetzt.¹¹⁰⁵ Dabei geht es nicht nur um direkte und vorsätzlich falsche Einflussnahme. Auch die gezielte und rechtmäßige strategische Informationsübermittlung durch die Beteiligten kann bei Informationsasymmetrien zu falschen Ergebnissen führen. Differenzierte Normen, die auf mehr Informationen angewiesen sind, sind leichter dem Einfluss derer ausgesetzt, die diese Informationen in den Händen halten. Hier sind dies auch die betroffenen Unternehmen. Diese Überlegungen können dazu füh-

1101 *Christiansen/Kerber*, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 224.

1102 *Christiansen/Kerber*, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 233.

1103 *Christiansen/Kerber*, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 234.

1104 *Mahoney/Sanchirico*, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 2005, 329 ff.; *Christiansen/Kerber*, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 234.

1105 *Christiansen/Kerber*, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 234.

ren, dass eine stärkere Differenzierung also sogar zu höheren Fehlerkosten führen kann, wenn dadurch die Einflussnahme erhöht wird.¹¹⁰⁶

Allerdings sind institutionelle Absicherungen möglich, die eine Entkoppelung von Differenzierungsgrad und Einflussnahme ermöglichen. Das eigentliche Ziel muss sein, die Einflussnahme direkt zu bekämpfen und zu minimieren. Diese darf nicht hingenommen und nur die zweitbeste Lösung gewählt werden, die darin besteht, neue Normen aus Angst vor unsachgemäßer Einflussnahme anzupassen. Die eigentliche Lösung liegt deswegen im Prozessrecht und nicht im materiellen Recht. Dennoch wäre es künstlich, die Wirklichkeit der Einflussnahme komplett auszublenden. Deswegen soll dieser Einflussgröße bei dem hier vorgestellten Konzept zumindest eine geringere Bedeutung zukommen. Bei der konkreten Formulierung von Normen in der Praxis sollte diese Einflussgröße berücksichtigt werden, gerade wenn keine ausreichenden Mechanismen bereitstehen, um die Einflussnahme gering zu halten.

dd. Zwischenergebnis

Maßgeblich für den Differenzierungsgrad sind neben den allgemeinen Fehlerkosten die Verteilung der positiven und negativen Effekte in Abhängigkeit zur jeweiligen Norm, die Informationskosten der Anwendung und die Rechtsunsicherheit. Nachrangig sind auch die Kosten der politischen und unsachgemäßen Einflussnahme zu berücksichtigen.

4. Juristische Instrumente der Differenzierung

Die Umsetzung der Differenzierung in den Normen erfolgt anhand juristischer Instrumente, die den Differenzierungsgrad beeinflussen. Die folgende, nicht abschließende Aufzählung stellt verschiedene Instrumente anhand von Beispielen dar und zeigt deren Auswirkungen auf die Komplexität einer Norm über deren Einflussfaktoren. Daraus ergeben sich die Umstände, unter denen das jeweilige Instrument eingesetzt werden sollte.

1106 *Christiansen/Kerber*, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 234 f.

a. Positive und negative Merkmale

Jede Norm setzt sich aus positiven und negativen Merkmalen zusammen. Positive Merkmale sind alle Merkmale, die im konkreten Fall vorliegen müssen, damit die Norm Anwendung findet. Negative Merkmale wiederum dürfen nicht vorliegen, wenn die Norm angewendet werden soll. Wichtig ist, dass diese Merkmale hier nicht im Sinne formaler Tatbestandsmerkmale im Sinne der im Gesetz geschriebenen Worte verstanden werden. Stattdessen geht es um jedes innerhalb der Tatbestandsmerkmale zu prüfende Kriterium. Aus einem formalen Tatbestandsmerkmal können sich mehrere zu prüfende Kriterien ergeben. Ein Beispiel hierfür ist das Tatbestandsmerkmal „Unternehmen“ in Art. 102 AEUV, welches sich aus den einzelnen Merkmalen „Einheit“ und „Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit“ zusammensetzt.¹¹⁰⁷ Sogar diese Merkmale lassen sich noch weiter untergliedern. Danach ist bspw. eine wirtschaftliche Tätigkeit „jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten“.¹¹⁰⁸

Die Komplexität einer Norm hängt direkt mit der Anzahl der zu prüfenden Merkmale zusammen. Bei dem hier vorgestellten Ansatz steigt die Komplexität einer Norm mit der Anzahl der Differenzierungen und Kriterien sowie den nötigen Informationen für die Beurteilung eines Falles. Danach führt jedes Merkmal und jede weitere zu dessen Bestimmung nötige Information zu einer höheren Komplexität der Norm. Ein hoher Differenzierungsgrad zeichnet sich also durch viele Merkmale und viele zur Prüfung notwendige Informationen aus, während ein niedriger Differenzierungsgrad weniger Merkmale und ein geringeres Informationserfordernis voraussetzt. Durch die Wahl der Merkmale kann also zwischen den Extremen der Skala der Differenzierung variiert werden. Bspw. enthält das per se Verbot nur ein Merkmal, für das nur wenige Informationen ermittelt werden müssen, während für den AEC-Test mehrere Kostengrößen ermittelt und gegenübergestellt werden müssen.

1107 EuGH, 23.4.1991, Rs. C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161, Rz. 21 – *Höfner und Elser*; EuGH, 16.11.1995, Rs. C-244/94, ECLI:EU:C:1995:392, Rz. 14 – *Fédération française des sociétés d'assurances*; EuGH, 11.12.1997, Rs. C-55/96, ECLI:EU:C:1997:603, Rz. 21 – *Job Centre*; EuGH, 18.6.1998, Rs. C-35/96, ECLI:EU:C:1998:303, Rz. 36 – *Kommission/Italien*; EuGH, 12.9.2000, Rs. C-180/98, ECLI:U:C:2000:428, Rz. 74 – *Pavlov*; EuG, 12.12.2006, Rs. T-155/04, ECLI:EU:T:2006:387, Rz. 50.

1108 EuGH, 12.9.2000, Rs. C-180/98, ECLI:U:C:2000:428, Rz. 75 – *Pavlov*; EuGH, 18.6.1998, Rs. C-35/96, ECLI:EU:C:1998:303, Rz. 36 – *Kommission/Italien*.

Ausgehend von der umzusetzenden ökonomischen Forschung stellt sich die Frage, wie die Komplexität reduziert werden kann. Es können maximal die Kriterien und Zusammenhänge einer neuen Norm zugrunde gelegt werden, die auch in der ökonomischen Forschung enthalten sind. Eine differenziertere Norm wäre zwar möglich, jedoch nicht mehr von der vorliegenden ökonomischen Forschung gedeckt. Weitere Merkmale können sich nur aus anderen Quellen herleiten, sind dann aber für die vorliegende Betrachtung unerheblich. Dementsprechend kann für eine Reduzierung der Komplexität auf Merkmale, die in der ökonomischen Forschung enthalten sind, verzichtet werden. Das sollte nach dem dargestellten Modell immer dann der Fall sein, wenn insbesondere aufgrund der Verteilung der Effekte die Kosten der bestimmten Merkmale deren Nutzen überwiegen. So können bspw. Merkmale, die mit besonders hohen Informationskosten einhergehen und gleichzeitig nur in wenigen Fällen zu abweichenden und möglicherweise fehlerbehafteten Ergebnissen führen können, wegfallen. Mit der Wahl der Merkmale lassen sich also die Differenzierungskriterien, die die Verteilung der Effekte am besten abbilden, rechtlich umsetzen.

b. Vermutungen

Vermutungen bewirken, dass bei Erfüllung der Merkmale der Vermutung (sog. Anknüpfungstatsachen) auf das Vorliegen anderer Merkmale oder des gesamten Tatbestandes geschlossen wird.¹¹⁰⁹ Dabei kann man zwischen Tatsachenvermutungen und Rechtsvermutungen unterscheiden. Bei Tatsachenvermutungen wird auf das Vorliegen einer Tatsache geschlossen, während bei Rechtsvermutungen auf eine Rechtsfolge geschlossen wird.¹¹¹⁰ Die Vermutung kann außerdem widerleglich oder unwiderleglich ausgestaltet sein.¹¹¹¹ Die Vermutung muss nicht in jedem Fall angewendet werden, es besteht jedoch weiterhin die Möglichkeit, statt der Voraussetzungen der Vermutung die Merkmale selbst zu ermitteln.

1109 *Groh* in: Rechtswörterbuch, 2021, Vermutung; *Ritter*, Presumptions in EU Competition Law, 2017, S. 2 f.

1110 *Groh* in: Rechtswörterbuch, 2021, Vermutung.

1111 So bspw. geregelt in § 292 S. 1 ZPO.

Ein Beispiel für eine Vermutung im Kartellrecht findet sich bei der Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung nach § 18 Abs. 4 GWB.¹¹¹² Wenn der Marktanteil des Unternehmens 40% übersteigt, gilt die Vermutung der Marktbeherrschung, die aber insbesondere auf Grundlage der übrigen Merkmale aus § 18 Abs. 3 GWB widerlegt werden kann.¹¹¹³

Eine Vermutung reduziert die Komplexität einer Norm. Am Beispiel der Marktbeherrschung wird dies deutlich. Statt alle Faktoren ermitteln zu müssen, die für die Marktbeherrschung nach § 18 Abs. 3 GWB maßgeblich sind, könnte nur der Marktanteil bestimmt werden. Weitere Merkmale müssen nicht geprüft werden, die nötigen Informationen werden reduziert und somit sinkt die Komplexität der Norm.

Die Wirkungen unterscheiden sich jedoch bei widerleglichen und unwiderleglichen Vermutungen. Bei einer unwiderleglichen Vermutung gilt die Reduzierung der Komplexität in allen Fällen, in denen die Vermutung angewendet wird. Bei einer widerleglichen Vermutung gilt dies allerdings nur, wenn nicht der Versuch unternommen wird, diese zu widerlegen. In diesen Fällen bleibt die ursprüngliche Komplexität erhalten, die Kosten der Komplexität treffen in diesem Punkt aber die andere Partei. Insofern sind die Wirkungen ähnlich einer Beweislastumkehr. Dennoch bleibt es bei der Reduzierung der Komplexität für die Fälle, in denen keine Anstrengung unternommen wird, die Vermutung zu widerlegen.

Vermutungen sollten eingesetzt werden, um den Differenzierungsgrad punktuell zu steuern. Merkmale, die zu einem zu hohen Komplexitätsgrad führen, können durch andere Merkmale ersetzt werden. Damit können punktgenau Informationskosten bei der Rechtsanwendung reduziert werden. Dabei wird der Differenzierungsgrad reduziert, aber in einem schwächeren Umfang, als es der Fall wäre, wenn die vermuteten Merkmale ganz ausgelassen würden. Anstelle der vermuteten Merkmale treten zumindest die Voraussetzungen der Vermutung. Diese weisen einen geringeren Differenzierungsgrad auf oder sollten zumindest mit geringeren Informationskosten einhergehen. Die Vermutung sollte also eingesetzt werden, wenn ein Merkmal mit hohen Informationskosten einhergeht, aber gleichzeitig für die Differenzierung von erlaubten und zu untersagenden Verhaltensweisen wichtig ist. Dabei gilt folgender Zusammenhang: Je wichtiger das vermutete

1112 Weitere Beispiele bei *Frenz/Ehlenz*, EuR 2010, 490, 490 f.; *Fernández*, *Journal of European Competition Law & Practice* 2019, 448 ff.; *van Cleynenbreugel* in: *Abusive practices in competition law*, 2018, S. 47 ff.

1113 *Bechtold/Bosch*, *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (§§ 1-96, 185, 186): Kommentar*, 2021, § 18, Rn. 74 f.

te Merkmal für die Differenzierung ist, desto eher sollte eine widerlegliche Vermutung gewählt werden. Hier besteht zumindest die Möglichkeit, zu den ursprünglichen Merkmalen mit höherer Komplexität zurückzukehren, wenn versucht wird, die Vermutung zu widerlegen.

Widerlegliche Vermutungen bieten sich auch an, wenn Informationsasymmetrien bestehen. Im Gegensatz zu unwiderleglichen Vermutungen werden die Informationskosten der Norm nur verschoben. Das ist aus Sicht einer Kosten-Nutzen-Betrachtung dann vorteilhaft, wenn die Partei, auf die diese Kosten verschoben werden, den Nachweis leichter führen kann als die ursprünglich belastete Partei. Damit lassen widerlegliche Vermutungen einen Kompromiss zwischen stärkerer Differenzierung und Kostenreduzierung zu.

Gleichzeitig ist zu beachten, dass Vermutungen zu höheren Kosten bei der Normsetzung und Anwendung (Teil der Regulierungskosten) führen können. Bei der Normsetzung müssen nicht nur die eigentlichen Voraussetzungen entwickelt und festgelegt, sondern zusätzlich auch die Anknüpfungstatsachen bestimmt werden. Diese müssen dabei im Zusammenhang mit den vermuteten Merkmalen stehen. Bei Vorliegen der Anknüpfungstatsachen sollte das Vorliegen der vermuteten Merkmale wahrscheinlich sein. Je geringer der Grad der Wahrscheinlichkeit, desto höher fallen die Fehlerkosten aus. Um hier die richtigen Voraussetzungen zu bestimmen, kann wiederum auf die Ökonomie zurückgegriffen werden. Im besten Fall enthält die ökonomische Forschung schon Feststellungen hierzu, anderenfalls müssen diese noch ermittelt werden.

c. Beweislastumkehr

Die Beweislastumkehr wirkt ähnlich wie eine widerlegliche Vermutung. Beide Instrumente unterscheiden sich jedoch dadurch, dass die Vermutung an weitere Voraussetzungen geknüpft ist, während die Beweislastumkehr ohne weitere Voraussetzungen für eines der Merkmale gilt.

Die Beweislastverteilung bestimmt für jedes einzelne Merkmal, welche Partei es nachzuweisen hat und damit auch, welche Folge eintritt, wenn dieser Nachweis nicht gelingt.¹¹¹⁴ Da es sich bei der EU-Missbrauchsaufsicht um ein hoheitliches Verfahren handelt, muss grundsätzlich die Kom-

1114 Groh in: Rechtswörterbuch, 2021, Beweislast.

mission die Voraussetzungen der Missbräuchlichkeit nachweisen. Einzelne Punkte wie die Rechtfertigung haben jedoch schon jetzt die betroffenen Unternehmen nachzuweisen.¹¹¹⁵

Die Beweislastumkehr führt dazu, dass das betroffene Unternehmen einzelne Merkmale bzw. deren Nichtvorliegen nachweisen muss. Gelingt dies nicht, kann das Verhalten untersagt werden, obwohl die Wettbewerbsbehörde diese Merkmale nicht nachgewiesen hat. Die Wirkungen und Einsatzmöglichkeiten der Beweislastumkehr sind denen der widerleglichen Vermutung sehr ähnlich.¹¹¹⁶ Die Komplexität wird punktuell reduziert und im Einzelfall werden die Informationskosten entweder reduziert oder auf die andere Partei umverteilt. Allerdings ist sie in all diesen Aspekten eine noch stärkere Reduzierung, da im Gegensatz zur widerleglichen Vermutung bei der Beweislastumkehr keine weiteren Voraussetzungen für deren Eingreifen vorliegen müssen. Sie sollte also eingesetzt werden, wenn die Informationskosten für die Merkmale noch höher sind und keine tauglichen Anknüpfungstatsachen für eine Vermutung ermittelt werden können.

d. Beweismaß und Beweismittel

Neben der Beweislast kann auch das Beweismaß Einfluss auf den Differenzierungsgrad haben.¹¹¹⁷ Das Beweismaß ist die Schwelle der Gewissheit, bei deren Überschreiten der Beweis gelingt.¹¹¹⁸ Das Beweismaß kann theoretisch beliebig festgelegt werden. So gilt bspw. im deutschen Zivilprozessrecht nach § 286 Abs. 1 ZPO kein fester Schwellenwert. Stattdessen verlangt das Gesetz eine „freie Überzeugung“, die von der herrschenden Ansicht als „volle Überzeugung“ verstanden und normativ ausgefüllt wird.¹¹¹⁹ In diesem Fall genügt dann „ein für das praktische Leben brauchbarer Grad von Gewissheit, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschlie-

1115 Dieckmann in: Wiedemann (Hrsg.) Handbuch des Kartellrechts, 2020, § 41 Rn. 26.

1116 Vgl. zu Kosten und Nutzen der Beweislastverteilung Hay, *Indiana Law Journal* 1997, 651 ff.

1117 Vgl. allgemein zur ökonomischen Logik des Beweisrechts Posner, *An Economic Approach to the Law of Evidence*, 1999.

1118 Eigene Formulierung, inhaltlich wie Prütting in: MüKo-ZPO, 2020, § 286 Rn. 28; für das Kartellrecht vgl. Kalintiri, *Evidence standards in EU competition enforcement*, 2019.

1119 Prütting in: MüKo-ZPO, 2020, § 286 Rn. 41.

ßen“.¹¹²⁰ Stattdessen kann aber auch mit festen Schwellenwerten gearbeitet werden, die auch durch Prozentangaben Ausdruck finden können. Ein Beispiel hierfür ist ein Schwellenwert von 50%+1, der auch als „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ von einer Mindermeinung im Rahmen von § 286 Abs.1 ZPO diskutiert wird oder in Form des hinreichenden Tatverdachts i.S.d. § 203 StPO bei Eröffnung des Hauptverfahrens notwendig ist.¹¹²¹

Je geringer die Anforderungen an das Beweismaß sind, desto geringer ist auch die Normkomplexität. Der Nachweis gelingt leichter und es müssen weniger Informationen gesammelt und aufbereitet werden.

Die Modifizierung des Beweismaßes eignet sich besonders, wenn hohe Informationskosten bei mehreren oder auch nur bei einzelnen Merkmalen bestehen. Dann kann die Anpassung des Beweismaßes die oben beschriebene Verteilung der Effekte bei der Normsetzung und Anwendung umsetzen. Dies ist an einem Beispiel leicht zu verdeutlichen: Die tatsächlichen Auswirkungen einer Verhaltensweise sind nur schwer zu ermitteln. Es lässt sich aber leicht die Verteilung der Effekte beschreiben. Dabei ergibt sich, dass die Verhaltensweise in 90% der Fälle schädigend ist und in 10% der Fälle wohlfahrtssteigernd. Hier sollte eine niedrigere Nachweisschwelle eingeführt werden. Ähnlich verhält es sich, wenn eine Verhaltensweise starke negative Effekte haben kann, aber nur schwache positive in den Fällen, in denen sie positive Effekte hat. Hier wären die Kosten einer fehlerhaften Untersagung niedriger als die Kosten einer fehlerhaften Zulassung. Deswegen sollte die Untersagung unter einer niedrigeren Nachweisschwelle möglich sein.¹¹²²

Eng verknüpft mit dem Beweismaß sind die Beweismittel, die nötig sind, um einzelne Merkmale nachweisen zu können, da einzelnen Beweismitteln generell ein höherer Beweiswert zugemessen werden kann. Die zulässigen und erforderlichen Beweismittel können festgelegt werden und üben dann maßgeblichen Einfluss auf die Komplexität von Normen aus.

Ein Beispiel für die unterschiedlichen Beweismittel findet sich in den analysierten Entscheidungen. Teilweise genügen der Kommission Aussagen von Wettbewerbern des marktbeherrschenden Unternehmens, um nachzuweisen, dass eine Verdrängungswirkung vorlag. Man könnte aber ebenso

1120 *Bacher* in: BeckOK ZPO, 2021, § 286 ZPO Rn. 2.

1121 *Wenske* in: MüKo-StPO Band 2, 2016, § 203 StPO Rn. 10 ff.

1122 *Beckner/Salop*, Antitrust Law Journal 1999, 41, 61 f.

voraussetzen, dass eine kontrafaktische Analyse durchgeführt wird.¹¹²³ Letzteres führt zu einer komplexeren Norm, da mehr Informationen hierfür ermittelt werden müssen.

Anhand des Beispiels wird deutlich, dass die Komplexität einer Norm maßgeblich durch die Beweismittel beeinflusst wird. Die möglichen Beweismittel beeinflussen maßgeblich die nötigen Informationen für die Bestimmung eines Merkmals und damit auch seinen Inhalt und seine Komplexität.

5. Zwischenergebnis

Eine Einzelfall- und Auswirkungsanalyse ist nicht nötig, um ökonomische Erkenntnisse in die Anwendung von Art. 102 AEUV zu integrieren. Ökonomische Erkenntnisse sollten genutzt werden, um der Rechtsanwendung Normen zugrunde zu legen, die sich zwischen den Extremen der *per se* Norm und der *rule of reason* bewegen. Das Modell der optimalen Normkomplexität dient als Hilfestellung, um diese Normen auszugestalten. In Abhängigkeit von der Verteilung der Effekte und der Kosten der Normsetzung und Anwendung sollte sich einem optimalen Differenzierungsgrad angenähert werden. Für die Umsetzung stehen verschiedene juristische Instrumente bereit, die auf unterschiedliche Art und Weise den Differenzierungsgrad einer Norm umsetzen können. Diese Instrumente sind bei der Schaffung neuer Normen gezielt einzusetzen, um einen möglichst optimalen Differenzierungsgrad umzusetzen.

III. Wandel und Pluralismus

Die Analyse hat gezeigt, dass die Kommission in den Entscheidungen immer mehr von dem sich selbst gesetzten Maßstab zur Beurteilung der Missbräuchlichkeit abweicht. Grund hierfür ist der Wandel in der Ökonomie, der auch Folge des Wandels des Wirtschaftsgeschehens ist. Neben einem stetigen Wandel ist auch ein zunehmender Pluralismus in der Ökonomie zu verzeichnen. Die Phänomene des Wandels und des Pluralismus selbst

¹¹²³ *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.

sind eng miteinander verknüpft. Der Wandel passiert nicht „über Nacht“, sondern entspringt einer stetigen Entwicklung. Neue oder überholte Erkenntnisse entwickeln sich stets aus schon bestehenden Ansätzen. Beide Probleme sind außerdem von grundlegender Bedeutung, da die Ökonomie als Wissenschaft von einem stetigen Wandel geprägt ist und dieser in der (ökonomischen) Wissenschaftstheorie als Notwendigkeit angesehen wird. Gleichzeitig verzeichnet die aktuelle Ökonomie einen starken Pluralismus von Meinungen und Ansätzen. Beides lässt sich auch anhand von Beispielen gerade in der Wettbewerbsökonomie illustrieren (hierzu 1.a.). Wandel und Pluralismus sollten aber nicht als Schwäche der Ökonomie als Wissenschaft begriffen werden, sondern sind zwingende Folge eines modernen Wissenschaftsverständnisses. Dies zeigt ein Blick auf die wissenschaftstheoretischen Grundlagen in Form der (ökonomischen) Methodologie (hierzu 1.b.).

Es ist verfehlt, von der Ökonomie eindeutige und stets aktuelle Aussagen zu erwarten.¹¹²⁴ Stattdessen ist es eine rechtliche Herausforderung, mit dem vorgefundenen Wandel und Pluralismus umzugehen (dazu 2.). Es kommt zur Kollision mit dem stärker entscheidungsbezogenen und damit auf Momentaufnahmen fokussierten Rechtssystem. Es stellt sich somit die Frage, wie Wandel und Pluralismus in der Ökonomie von einem durch Regelungen und Entscheidungen geprägten Rechtssystem abgebildet werden können.

Eine Lösung liegt darin, Regelungen, im Sinne von formalen geschriebenen Vorschriften, so auszugestalten, dass sie den Wandel antizipieren können (dazu 3.). Dem Pluralismus in der Wissenschaft kann nur durch Verfahren zur Auswahl begegnet werden, da es keinen wissenschaftlichen Maßstab für die Auswahl zwischen zwei wissenschaftlichen Positionen gibt (dazu 4.). Zuletzt ermöglichen Überprüfungsmechanismen die Anpassung von Regelungen und Anwendungspraxis auch ex post (dazu 5.).

1. Wandel und Pluralismus in der Ökonomie

Wandel und Pluralismus in der Ökonomie lassen sich gerade am Beispiel der Wettbewerbsökonomie veranschaulichen. In Bezug auf einzelne Themenfelder, hier anhand der Theorien zu Kampfpreisen, lassen sich in kürzerer Zeit Entwicklungen nachvollziehen und mehrere entgegengesetzte Meinungen und Ansätze wiederfinden. Beides darf gerade nicht als

1124 So auch *Lademann* in: FS Möschel, 2011, S. 381, 386 ff.

Schwäche der Ökonomie missverstanden werden, sondern ist vielmehr eine wissenschaftstheoretische Notwendigkeit und deswegen nicht hinwegzudenken.

a. Wandel und Pluralismus in der Wettbewerbsökonomie

Wandel und Pluralismus in der Ökonomie lassen sich leicht belegen. Die Geschichte der Wettbewerbsökonomie ist geprägt von einem stetigen Wandel und Pluralismus von Theorien und Wettbewerbsleitbildern. Eine ausführliche Darstellung der gesamten Entwicklung der Wettbewerbsökonomie ist an dieser Stelle nicht möglich und auch nicht zielführend.¹¹²⁵ Beispielhaft kann auf den bereits dargestellten Streit zwischen „Harvard School“ und „Chicago School“ und dessen Fortsetzung in der Post Chicago Ära verwiesen werden.¹¹²⁶ Es werden immer wieder neue Ansätze entwickelt, die aufeinander aufbauen, sich aber auch widersprechen können.

Wandel und Pluralismus finden sich auch in konkreten Forschungsergebnissen wieder.¹¹²⁷ Als anschauliches Beispiel dient hier die Forschung zu Kampfpreisen, die schon für die Vereinfachungen in der Ökonomie als Beispiel angeführt wurde.¹¹²⁸

Formalisierte Theorien, die Kampfpreise und deren Wirkung erklären konnten, existierten bis 1980 nicht.¹¹²⁹ Dennoch gab es nicht-formalisierte Erklärungsversuche, die darauf basierten, dass das marktbeherrschende Unternehmen mehr Geld zur Verfügung hat als Wettbewerber und damit längere Zeit niedrigere Preise oder sogar nicht kostendeckende Preise setzen kann (sog. „deep pocket doctrine“). Die Chicago School brach mit dieser Erklärung. McGee entwickelte 1958 in einem viel rezipierten Artikel vier Kritikpunkte, die die weitere Diskussion zu Kampfpreisen maßgeblich prägten:¹¹³⁰

- Aufgrund des größeren Marktanteils muss das marktbeherrschende Unternehmen größere Verluste hinnehmen.

1125 *Budzinski*, Cambridge Journal of Economics 2008, 295, 297–313; *ders.*, An Evolutionary Theory of Competition, 2004.

1126 S.o. E.I.1.a.dd-ff.

1127 *Borlini*, European Competition Journal 2009, 409, 416 ff.

1128 S.o. D.II.1.b.bb.

1129 *Fumagalli/Calcagno/Motta*, Exclusionary Practices, 2018, S. 16.

1130 *McGee*, The Journal of Law and Economics 1958, 137, 138 ff.

- Eine Preiserhöhung nach Verdrängung der Wettbewerber ist nicht möglich, da ein erneuter Markteintritt erfolgen kann, insbesondere dann, wenn die Vermögenswerte des ausgeschiedenen Konkurrenten noch vorhanden sind.
- Es ist nicht selbstverständlich, dass das beherrschende Unternehmen mehr finanzielle Ressourcen hat als die Wettbewerber, da diese auch Zugang zum Finanzmarkt haben.
- Es ist effizienter, Wettbewerber zu übernehmen, statt Kampfpreise zu setzen, da in dieser Zeit mögliche Profite verloren gehen.

Diese sog. Chicago-Kritik an der bisherigen Erklärung für Kampfpreise führte jedoch zu verschiedenen Theorien, die diese zu entkräften versuchen. Die schon dargestellte Theorie der unvollkommenen Finanzmärkte begegnet beispielsweise dem dritten Kritikpunkt. Daneben stehen Theorien, die die Verdrängungswirkung von Kampfpreisen anhand asymmetrischer Informationen erklären, aufgrund derer potentielle Wettbewerber abgeschreckt werden.¹¹³¹ Zuletzt existieren Theorien, die die Verdrängungswirkung aufgrund von Skaleneffekten erklären können, die durch die Kampfpreise den Wettbewerbern vorenthalten werden. Bemerkenswert ist, dass diese Theorien auf empirische Evidenz zurückgreifen und sogar Erkenntnisse aus Experimenten verwerten konnten.¹¹³²

An diesem konkreten Beispiel zeigt sich der Wandel weg von einer nicht formalisierten Theorie, über die Chicago-Kritik hin zu einer Vielzahl von Theorien gestützt durch unterschiedliche Methoden.

b. (Ökonomische) Wissenschaftstheorie

Auch wenn stetiger Wandel und Pluralismus ökonomischer Erkenntnisse deren rechtliche Umsetzung erschweren, ist dies keine Schwäche der Ökonomie, sondern eine wissenschaftstheoretische Notwendigkeit. Die (ökonomische) Methodologie zeigt, dass beides notwendig ist, damit eine Wissenschaft überhaupt wissenschaftlichen Standards entsprechen kann. Dies widerspricht der Erwartung, von der Ökonomie eindeutige und unumstößliche Wahrheiten zu erhalten.

1131 *Kreps/Wilson*, Journal of Economic Theory 1982, 253 ff.; *Milgrom/Roberts*, Journal of Economic Theory 1982, 280 ff.

1132 *Fumagalli/Calcagno/Motta*, Exclusionary Practices, 2018, S. 20, 23, 35.

aa. Wandel und Pluralismus als Schwäche der Ökonomie?

Es könnte als Schwäche der Ökonomie wahrgenommen werden, dass sie keine eindeutige und objektiv richtige Wahrheit hervorbringen kann.¹¹³³ Gerade aus der Perspektive der Rechtsetzung und Rechtsanwendung sollte die Ökonomie klare Ergebnisse liefern, damit eindeutige Normen geschaffen werden können. Die Vorstellung von der Ökonomie als positive, empirische Wissenschaft bringt diese Erwartungshaltung mit sich. Nach dieser Vorstellung gibt es eine objektive Wahrheit, also muss es auch eindeutige Antworten auf die tatsächlichen Fragen geben, die an die Ökonomie gestellt werden. Unter welchen Umständen sind Lieferverweigerungen wohlfahrtsschädigend? Gibt es überhaupt Situationen, in denen Unternehmen Anreize haben, um Kampfpreise zu setzen? Entsprechend mag es irritieren, wenn die Antworten auf solche Fragen mit der Zeit anders beantwortet werden oder zu einem Zeitpunkt gar verschiedene Antworten geliefert werden. Während dies in der Rechtswissenschaft aufgrund des stetigen Wandels in der Rechtsprechung und der anhaltenden Meinungsstreitigkeiten selbstverständlich sein sollte, scheinen die Anforderungen an die empirischen Wissenschaften teilweise höher gesteckt zu sein.

Teilweise wird der Pluralismus tatsächlich als ineffizienter Wissenschaftsbetrieb angesehen und darauf zurückgeführt, dass Wissenschaftler die eigene Disziplin größer und komplizierter erscheinen lassen, um damit künstlich den eigenen Wert und gemeinsame Fördermittel erhöhen zu können.¹¹³⁴ Letztlich hilft diese Ansicht aber in der Sache auch nicht weiter, denn selbst wenn sie zutreffen würde, müsste dennoch eine „richtige“ oder zumindest vorzugswürdige Ansicht aus dem Pluralismus herausgefiltert werden. Gleiches gilt im Ergebnis auch für einen Ansatz, der den stetigen Wandel und bestehenden Pluralismus als Teil eines Selektionsprozesses begreift, der am Ende eine „beste“ oder „richtige“ Antwort liefern kann. Auch dies hilft nicht weiter, wenn man sich damit konfrontiert sieht, jetzt Regeln aufzustellen und Entscheidungen zu treffen.

1133 *Borlini*, *European Competition Journal* 2009, 409, 447.

1134 *Laband/Tollison*, *Kyklos* 2003, 161 ff.; *van Dalen/Klamer*, *Kyklos* 2005, 395 ff.

bb. Ökonomische Methodologie

Die Rezeption der modernen Wissenschaftstheorie führt außerdem zu einem anderen Ergebnis. Wandel und Pluralismus sind notwendige Phänomene einer sich stetig entwickelnden Wissenschaft.

Die Methodologie ist die Lehre von den wissenschaftlichen Methoden und damit eine Metawissenschaft. Sie untersucht die Natur einer Wissenschaft, indem sie die Frage stellt, welche Kriterien erfüllt werden müssen, damit ein bestimmtes Vorgehen als wissenschaftlich bezeichnet werden kann.¹¹³⁵ Die Methodologie ist abzugrenzen von der Methode. Eine Methode bezeichnet die konkrete Art der Untersuchung.¹¹³⁶ Die Methodologie beantwortet beispielsweise die Frage, warum schwankende Angebots- und Nachfragekurven als Erklärung für schwankende Preise angeführt werden können.¹¹³⁷ Im Gegensatz hierzu ist eine Methode eine Anleitung dazu, wie eine Nachfragekurve ermittelt werden kann.

Im Folgenden werden verschiedene Ansätze der Methodologie nachvollzogen und damit gezeigt, dass ohne Wandel und Pluralismus Wissenschaft nicht möglich ist und diese immer antreiben. Dabei wird auf präskriptive Ansätze zurückgegriffen, die auch als normative Methodologie bezeichnet werden.¹¹³⁸ Sie suchen selbst nach den Anforderungen, die an die Wissenschaft gestellt werden. Die Ansätze versuchen die Frage zu beantworten, wie Forschung vollzogen werden sollte. Es werden Anforderungen an „gute“ Forschung formuliert. Diese zeigen, dass eine Tätigkeit nur dann wissenschaftlichen Charakter hat, wenn sie geeignet ist, widerlegt oder ergänzt zu werden.

Daneben finden sich auch deskriptive Ansätze. Diese formulieren nicht selbst die Anforderungen an die Wissenschaft, sondern beschreiben, wie Wissenschaft tatsächlich betrieben wurde und wird. Sie stellen die Frage, welchen Anforderungen die Wissenschaft tatsächlich genügt. Deskriptive ökonomische Methodologie wird deswegen auch als positive Methodologie bezeichnet.¹¹³⁹ Auch sie zeigt, dass Wissenschaft sich in einem stetigen Wandel befindet und immer auch unterschiedliche Meinungen und Denkrichtungen bestehen.

1135 *Boumans/Davis, Economic methodology, 2016, S. 3.*

1136 *Boumans/Davis, Economic methodology, 2016, S. 3.*

1137 *Boumans/Davis, Economic methodology, 2016, S. 3.*

1138 *Boumans/Davis, Economic methodology, 2016, S. 4.*

1139 *Boumans/Davis, Economic methodology, 2016, S. 4.*

(1) Falsifikationismus

Die Notwendigkeit des stetigen Wandels in der Wissenschaft erkannte als erster der Wissenschaftsphilosoph Karl Popper und formulierte als Antwort auf das Abgrenzungs- und Induktionsproblem den Falsifikationismus.¹¹⁴⁰ Nach Popper soll eine Theorie dann wissenschaftlich sein, wenn sie in einem Test falsifizierbar ist. Eine Bestätigung der Theorie ist wertlos, da die gleiche Theorie bei dem nächsten Test wiederum falsifiziert werden kann. Theorien, die nicht falsifizierbar sind oder gegen Falsifizierung immunisiert werden, sind nicht als wissenschaftlich anzusehen.¹¹⁴¹ Eine Theorie kann niemals als wahr angesehen werden. Sie kann nur bestätigt werden, wenn sie im Rahmen eines ernsthaften Falsifizierungsversuchs nicht widerlegt werden kann. Diese Bestätigung ist aber immer zeitlich begrenzt, denn auf jede Bestätigung kann jederzeit die Falsifikation folgen.¹¹⁴² Klassisches Beispiel hierfür ist die Hypothese, dass alle Schwäne weiß sind. Diese konnte lange aufgrund vieler Beobachtungen scheinbar verifiziert werden. Im siebzehnten Jahrhundert wurden dann aber schwarze Schwäne in Australien entdeckt.¹¹⁴³

Nach Popper ist Wissenschaft also gerade der Prozess der andauernden Falsifizierungsversuche. Ein ständiger Wandel der Wissenschaft ist damit notwendig vorausgesetzt. Eine abschließende letztgültige Wahrheit sollte zwar ständig gesucht werden, kann aber nie mit Sicherheit gefunden werden:

„Der Ehrgeiz, recht zu behalten, verrät ein Missverständnis: nicht der *Besitz* von Wissen, von unumstößlichen Wahrheiten macht den Wissenschaftler, sondern das rücksichtslos kritische, das unablässige *Suchen* nach Wahrheit.“¹¹⁴⁴

(2) Paradigmenwechsel

Der Falsifikationismus Poppers wurde intensiv rezipiert und löste verschiedene Reaktionen aus. Auf Thomas S. Kuhn geht ein Ansatz zurück, der stärker historische Zusammenhänge in den Wissenschaften betrachtet. Kuhn

1140 Popper, *Logik der Forschung*, 2005, S. 54 ff.

1141 Popper, *Logik der Forschung*, 2005, S. 16 ff.

1142 Boumans/Davis, *Economic methodology*, 2016, S. 82.

1143 Boumans/Davis, *Economic methodology*, 2016, S. 83.

1144 Popper, *Logik der Forschung*, 2005, S. 269, Hervorhebungen wie im Original.

teilt in „*The Structure of Scientific Revolutions*“ die Entwicklung der Wissenschaft in Zeiträume gewöhnlicher Wissenschaft („normal science“) und Zeiträume von Anomalien und Krisen ein, auf die eine wissenschaftliche Revolution folgen kann.¹¹⁴⁵ In den Perioden gewöhnlicher Wissenschaft existiert ein vorherrschendes Paradigma und gibt die zu beantwortenden Probleme und Fragen sowie die anzuwendenden Methoden vor. Gleichzeitig verbindet und diszipliniert das Paradigma Wissenschaftler und deren Forschung durch geteilte Überzeugungen, Werte und Techniken.¹¹⁴⁶ Ein Paradigma stellt zunächst in Aussicht, dass eine noch unvollständige Liste von Problemen gelöst werden kann und lösenswert ist. Der normale Wissenschaftsbetrieb erweitert und bearbeitet diese und kann das Paradigma damit weiter konkretisieren („Mopping-up“ oder „Puzzle Solving“).¹¹⁴⁷ Die zweite Periode beginnt mit dem Aufkommen einer Anomalie. Eine Anomalie ist nach Kuhn die Beobachtung, dass die Natur den Erwartungen und Vorhersagen des Paradigmas widerspricht.¹¹⁴⁸ Dies provoziert die weitere Erforschung der Anomalie. Im Laufe dessen wird das Paradigma auf verschiedene Arten angepasst. Die Anpassungen erfolgen aber durch verschiedene Forscher und unterscheiden sich, sodass keine als neues Paradigma angesehen werden kann, da es am dafür nötigen Konsens fehlt.¹¹⁴⁹ Die Anomalie hat damit eine Krise herbeigeführt, da das alte Paradigma seine Konturierung verliert. Diese Krise kann auf drei verschiedene Arten aufgelöst werden: (1) Nach anfänglichem Scheitern wird trotzdem eine Lösung des der Anomalie zugrunde liegenden Problems innerhalb des Paradigmas gefunden. (2) Das Problem kann auch mit neuen noch so radikalen Ansätzen nicht gelöst werden und wird als momentan nicht lösbar beiseitegeschoben. (3) Ein mögliches neues Paradigma wird begründet und konkurriert mit dem alten Paradigma. Es kommt zur wissenschaftlichen Revolution.¹¹⁵⁰

(3) Forschungsprogramme

Auch Imre Lakatos baute auf Poppers Falsifikationismus auf und entwickelte diesen weiter, indem er dynamische Elemente Kuhns übernahm.

1145 Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, 2021, S. 92 ff.; Boumans/Davis, *Economic methodology*, 2016, S. 104 f.

1146 Boumans/Davis, *Economic methodology*, 2016, S. 115.

1147 Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, 2021, S. 35 ff.

1148 Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, 2021, S. 52 ff.

1149 Boumans/Davis, *Economic methodology*, 2016, S. 110.

1150 Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, 2021, S. 77 ff.

Nach Lakatos genügt es nicht für den wissenschaftlichen Status einer Theorie, dass diese falsifizierbar ist. Sie muss außerdem zur Entdeckung neuer Tatsachen führen können, die unter einer vorhergehenden Theorie unwahrscheinlich oder unmöglich erschienen.¹¹⁵¹ Eine Theorie ist im Gegensatz zu Popper nicht durch eine einfache widersprechende Wahrnehmung falsifiziert, sondern erst, wenn eine neue Theorie (1) die Entdeckung neuer Tatsachen vorausbestimmt, (2) den gesamten unwiderlegten Inhalt der alten Theorie enthält und (3) die neu entdeckten Tatsachen bestätigt werden können.¹¹⁵² Lakatos betrachtet damit einzelne Theorien niemals getrennt, sondern immer im Kontext ihrer Vorgänger. Weisen die Theorien einer Reihe einen gemeinsamen Kern auf, bezeichnet Lakatos diese als wissenschaftliche Forschungsprogramme („scientific research program“ - SRP). Dieser Kern („hard core“) enthält einen rein metaphysischen Glaubenssatz, der selbst nicht bewiesen werden kann und, besteht außerdem aus methodologischen Regeln, welche Forschungszweige (nicht) verfolgt werden sollen.¹¹⁵³ Den Kern umgeben Theorien, die überprüft und widerlegt werden können. Dieser „Gürtel“ („protective belt“) wird angepasst, wenn einzelne der dort enthaltenen Theorien widerlegt werden.¹¹⁵⁴

In der Ökonomie lassen sich diese Forschungsprogramme beobachten, weswegen die Betrachtungsweise Lakatos der von Kuhn für die Ökonomie teilweise vorgezogen wird.¹¹⁵⁵ Ein Beispiel für ein SRP in der Ökonomie ist die von Adam Smith beschriebene „invisible hand“. Die Vorstellung der „invisible hand“ ist rein metaphysisch und nicht dem Beweis zugänglich. Sie ist aber umgeben von verschiedenen Theorien. Eine dieser Theorien betrifft bspw. den Preis im Wettbewerb und besagt, dass Unternehmen im Wettbewerb den Anreiz haben, Gewinne zu maximieren, indem sie Grenzerlöse und Grenzkosten angleichen.¹¹⁵⁶ Diese Theorie trifft wiederum Annahmen, die empirisch überprüfbar sind, wie die Annahme, dass Angebotskurven stets fallend sind – also der Preis sinkt, wenn das Angebot steigt. Gleiches gilt umgekehrt für die Nachfragekurve. Nur wenn diese Annahmen zutreffen, trifft auch die Theorie zu. Wenn diese Annahmen

1151 *Boumans/Davis*, *Economic methodology*, 2016, S. 119; *Lakatos/Musgrave*, *Criticism and the growth of knowledge*, 2015, S. 116.

1152 *Boumans/Davis*, *Economic methodology*, 2016, S. 119; *Lakatos*, *Philosophical Papers 1977*, 170, 176 ff.

1153 *Lakatos*, *Philosophical Papers 1977*, 170, 191 f.

1154 *Lakatos*, *Philosophical Papers 1977*, 170, 192 ff.

1155 *Boumans/Davis*, *Economic methodology*, 2016, S. 126.

1156 *Boumans/Davis*, *Economic methodology*, 2016, S. 124.

getestet werden und sich nicht bestätigen lassen, müsste das Konzept der unsichtbaren Hand überdacht werden.

Die Weiterentwicklungen von Poppers Grundthese durch Kuhn und Lakatos bestätigen, dass Wandel und Pluralismus notwendige Bestandteile jeder Wissenschaft sind. Bei Lakatos tritt dieses Element der Wissenschaftlichkeit sogar noch stärker hervor als bei Popper, da er die Entdeckung neuer unwahrscheinlicher Tatsachen verlangt.

(4) Moderne, Postmoderne und Pluralismus

Die moderne Methodologie ist stärker geprägt von einem deskriptiven Ansatz. Einer dieser Ansätze ist die Wissenschaftssoziologie („sociology of scientific knowledge“ – SSK). Sie betrachtet die Wissenschaft als soziales Konstrukt. Die Akzeptanz wissenschaftlicher Theorien hängt nach diesem Ansatz nicht davon ab, wie gut diese die Wirklichkeit erklären, sondern ob diese mit den Interessen der anderen Wissenschaftler übereinstimmen.¹¹⁵⁷ Die SSK fokussiert sich darauf, welchen Einfluss die gesellschaftlichen Interessen auf die Wissenschaft haben.¹¹⁵⁸ Auch die SSK setzt dabei einen stetigen Wandel und Pluralismus in der Wissenschaft als zwingend voraus.

Ein ähnlicher Ansatz ist, die Wissenschaft als Ökonomie zu betrachten („economics of scientific knowledge“ - ESK). Auch hier wird Wissenschaft als gesellschaftliches Konstrukt betrachtet, im Gegensatz zu SSK aber nicht als das Resultat der Überzeugungen, sondern als Resultat der ökonomischen Entscheidungen der Wissenschaftler. Wissenschaftler werden als Nutzenmaximierer betrachtet und die Wissenschaft als Markt angesehen.¹¹⁵⁹ Um diesen Markt zu beschreiben und zu modellieren, werden klassische ökonomische Mittel eingesetzt.¹¹⁶⁰ Ähnlich wie bei der SSK ist ein stetiger Wandel und Pluralismus – nun aufgrund ökonomischer Faktoren – vorausgesetzt.

Der „rhetorische“ Ansatz baut auf der SSK auf und untersucht, wie Ideen und Argumente innerhalb einer Disziplin verbreitet werden. Es wird der Diskurs zwischen Wissenschaftlern betrachtet und wie diese anhand

1157 *Boumans/Davis*, *Economic methodology*, 2016, S. 136.

1158 Vgl. *Shapin/Schaffer*, *Leviathan and the air-pump*, 1985, S. 15.

1159 Vgl. *Partha/David*, *Research Policy* 1994, 487 ff.

1160 *Boumans/Davis*, *Economic methodology*, 2016, S. 144.

rhetorischer Mittel Theorien und Modelle verbreiten.¹¹⁶¹ Damit verbunden ist eine Kritik des Positivismus. Der Grundgedanke des Positivismus, dass es mit den analytischen und synthetischen a posteriori Aussagen eine feste Grundlage gibt, auf der die Wissenschaft fußt, wird abgelehnt. Nach dem rhetorischen Ansatz erscheint vielmehr immer nur das als wahr, von dem man überzeugt werden konnte. Da man selbst und andere Wissenschaftler jeweils von anderen Aussagen überzeugt sein können, kann eine solche allgemeine Grundlage nicht existieren.¹¹⁶² Ergänzt wird dies durch die Überlegung, dass die Sprache, mit der wir Wissen konstruieren, selbst nicht eindeutig ist, und ein Begriff mehrere Bedeutungen haben kann.¹¹⁶³ Auch dies zeigt, dass ein Pluralismus in der Wissenschaft notwendig ist, da ohne diesen der vom rhetorischen Ansatz untersuchte Diskurs gar nicht stattfinden könnte.

Als Postmoderne lassen sich in der (ökonomischen) Methodologie verschiedene Ansätze zusammenfassen, die grundlegende Annahmen und Prinzipien hinterfragen. Selbst die Annahme, dass überhaupt eine wissenschaftliche Methode existiert, wird hinterfragt.¹¹⁶⁴ Klare Aussagen lassen sich aus diesen Ansätzen nicht herleiten. Sie befeuern nur die Diskussion in der Methodologie und zeigen, dass auch in der Zukunft eine Entwicklung der Wissenschaften sowie der Methodologie selbst in unvorhersehbare Richtungen möglich ist.

Auch als Reaktion auf die Kritik der Postmoderne entwickelte sich der theoretische Pluralismus. Im Gegensatz zu den modernen Ansätzen wie SSK und ESK begnügt sich der theoretische Pluralismus nicht mit deskriptiven Aussagen. Im Gegensatz zu Popper und dessen Schülern formuliert er aber auch keine Anforderungen an die Wissenschaftlichkeit, sondern lässt diese fallen und verlangt, dass mehrere unterschiedliche wissenschaftliche Ansätze gleichzeitig verfolgt werden sollten.¹¹⁶⁵ Der theoretische Pluralismus lässt sich auf Paul Feyerabend zurückführen, der schon früh die Existenz von generellen Regeln für die Wissenschaft abstritt und diese sogar als hinderlich ansah, wie in seinem berühmtesten Kurzzitat treffend zusammengefasst wird: „anything goes“.¹¹⁶⁶ Im Pluralismus stehen die verschiede-

1161 Grundlegend für die Ökonomie hierfür *McCloskey*, *The Rhetoric of Economics*, 1998; *Gibbard/Varian*, *The Journal of Philosophy* 1978, 664 ff.

1162 *Boumans/Davis*, *Economic methodology*, 2016, S. 168.

1163 Vgl. *McCloskey* in: *The philosophy of economics*, 2008, S. 415, 419 ff.

1164 *Boumans/Davis*, *Economic methodology*, 2016, S. 170 f.

1165 *Boumans/Davis*, *Economic methodology*, 2016, S. 173 ff.

1166 *Feyerabend*, *Against method*, 2002, S. 7.

nen wissenschaftlichen Ansätze in Konkurrenz nebeneinander. Allein die zukünftige Entwicklung kann zeigen, welcher von ihnen erfolgreich ist.¹¹⁶⁷

c. Zusammenfassung

Wandel und Pluralismus sind in der Ökonomie wie auch in anderen Wissenschaften eine Selbstverständlichkeit und dürfen nicht als Schwäche, sondern als wissenschaftstheoretische Notwendigkeit angesehen werden. Der Blick in die Wissenschaftstheorie zeigt eine Vielzahl von Ansätzen. Diese haben gemeinsam, dass ein stetiger Wandel und Widerstreit verschiedener Meinungen die Wissenschaft gerade ausmacht und für diese notwendig ist (Popper, Kuhn, Lakatos, Feyerabend). Die deskriptiven Ansätze identifizieren Wandel und Pluralismus bei der Untersuchung von Wissenschaft als diese definierend (SSK, ESK, Rhetorik). Dem folgend kann von der Ökonomie gerade nicht verlangt werden, dass sie eindeutige und dauerhaft gültige Lösungen hervorbringt. Im Gegenteil würde ihr dies die Wissenschaftlichkeit nehmen.

2. Statisches Recht?

Wandel und Pluralismus treten in Konflikt mit den Anforderungen eines Rechtssystems. Da Wandel und Pluralismus aber notwendige Bestandteile der ökonomischen Forschung sind, muss die rechtliche Umsetzung ökonomischer Erkenntnisse eine Lösung für diesen Widerspruch finden. Allerdings finden sich auch in der Rechtswissenschaft der beschriebene Wandel und Pluralismus und auch Instrumente, die den Umgang hiermit erleichtern.

a. Statik des Rechts

Während Wandel und Pluralismus in der Ökonomie und auch in anderen Wissenschaften wünschenswert sind, treten sie in Konflikt mit Entscheidungen, die nur einen Bruchteil der ökonomischen Erkenntnisse berücksichtigen.

1167 Vgl. *Samuels*, *Economics as discourse*, 1990, S. 11.

Die rechtliche Praxis weist statische Elemente in Form von verbindlichen Entscheidungen auf. Die Entscheidung kann eine Einzelfallentscheidung in einem konkreten Fall sein, sie kann aber auch die Entscheidung zur Adaption bestimmter Normen und Regelungen sein. Diese Entscheidungen sind verbindlich und deswegen in ihrem Inhalt festgelegt. So kann bspw. die Bußgeldentscheidung der Kommission ihren Inhalt nicht ohne weiteres ändern, nur weil im Laufe der Zeit neue ökonomische Erkenntnisse ans Licht treten. Gleiches gilt für ein Gesetz oder Leitlinien, deren Inhalt sich nicht auf sich widersprechende ökonomische Theorien stützen kann. Insofern spiegelt der Inhalt dieser Entscheidungen immer nur einen Bruchteil der ökonomischen Erkenntnisse und ist zugleich nur Momentaufnahme des aktuellen Standes der Wissenschaft.

Entscheidungen und Regelungen können aufgehoben und abgeändert werden. Aufgrund des Vertrauensschutzes und der Belange der Rechtssicherheit ist dies aber regelmäßig nur unter weiteren Voraussetzungen möglich. Bei einer Einzelfallentscheidung durch Gerichte oder Behörden ist dies aufgrund des Instituts der Rechtskraft, das Vertrauensschutz und Rechtssicherheit verkörpert und das auch im europäischen Prozessrecht gilt, nur unter hohen Voraussetzungen möglich.¹¹⁶⁸ Zumindest abstrakte Normen in Entscheidungen und Regelungen können mit Wirkung für die Zukunft durch neue Regelungen ersetzt und angepasst werden.¹¹⁶⁹ Dies zeichnet im Ergebnis doch ein dynamisches Bild der Rechtsentwicklung.¹¹⁷⁰ Allerdings ändert diese dynamische Betrachtung nichts an dem praktischen Erfordernis, dass im Moment der Entscheidung oder der Regelsetzung eine Eingrenzung und Festlegung auf den Inhalt notwendig ist.

Wenn diese Statik des Rechts auf den Wandel und Pluralismus in der Ökonomie trifft, stellt sich die eingangs genannte Frage, wie bei der Regelsetzung und in der Anwendung des Rechts der Wandel zugrunde liegender ökonomischer Erkenntnisse und mehrere sich widersprechende ökonomische Erkenntnisse berücksichtigt werden können.

1168 *Baudenbacher/Ende/Haas* in: MüKo-Wettbewerbsrecht: EU, Band 2, Verfahren vor den Europäischen Gerichten in Wettbewerbs- und Beihilfesachen Rn. 191 ff.

1169 *Podszun* in: *Regelsetzung im Privatrecht*, 2019, S. 255, 258.

1170 *Podszun*, *Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte*, 2014, S. 145.

b. Wandel und Pluralismus in der Rechtswissenschaft

Die Rechtswissenschaft selbst sieht sich mit dieser Frage konfrontiert. Sie stellt sich gleichermaßen im Hinblick auf widerstreitende Ansichten in der Rechtswissenschaft. Insofern unterscheidet sich die Rechtswissenschaft nicht von der Ökonomie. Es gibt ebenfalls eine Vielzahl sich widersprechender Meinungen zu Einzelfragen. Gleichzeitig sind diese Ansichten auch stets im Fluss. Ansichten, die zunächst keine Berücksichtigung finden, können sich auch innerhalb relativ kurzer Zeit „durchsetzen“. Bestehende Ansichten werden immer weiter verfeinert oder im wissenschaftlichen Prozess verworfen. Diese Phänomene können durch bestehende Instrumente zumindest teilweise erfolgreich bewältigt werden, obwohl auch hier Probleme auftreten.

Für die Entscheidungsfindung und Regelsetzung stehen Verfahren bereit, in denen eine Auseinandersetzung mit verschiedenen Meinungen möglich ist und nach deren Abschluss die Entscheidung getroffen wird. Garant für die Berücksichtigung verschiedenster Meinungen sind die Verfahren zur Entscheidungsfindung. Besonders klar tritt dies bei der Gesetzesanwendung durch Gerichte hervor.¹¹⁷¹ Der Austausch der Rechtsansichten und die intensive Diskussion auf dem Weg zur Entscheidungsfindung gehören neben der Tatsachenermittlung zum ureigenen Inhalt eines jeden Gerichtsverfahrens und sind durch entsprechende Verfahrensgarantien abgesichert.¹¹⁷² Ähnliches gilt auch für die Rechtsanwendung durch Behörden. Anhörungsrechte garantieren auch hier, dass Rechtsansichten diskutiert werden können.¹¹⁷³ Damit ist gewährleistet, dass in Fällen verschiedenste Ansichten berücksichtigt werden können. Auch bei der Formulierung von Regeln werden Verfahren eingesetzt, die eine Rezeption von verschiedenen, auch gegensätzlichen Meinungen ermöglichen. In den parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren ist schon durch die Plenardebatte und die Diskussionen in den Ausschüssen gewährleistet, dass plurale Meinungen berücksichtigt werden können.¹¹⁷⁴ Hinzu treten Expertenanhörungen, die

1171 So auch *Ibáñez*, Intel and Article 102 TFEU Case Law, 2014, S. 30 f.

1172 *Eser/Kubiciel* in: Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2019, 37 ff.

1173 Im europäischen Kartellrecht besonders abgesichert über den Anhörungsbeauftragten, vgl. insgesamt zur Anhörung *Ritter/Wirtz* in: Immenga/Mestmäcker Band 1: EU, 2019, VO 1/2003 Art. 27 Rn. 43 ff.; *Körber* in: Immenga/Mestmäcker Band 3: Fusionskontrolle, 2020, Einleitung Rn. 112.

1174 Vgl. hierzu beispielsweise Art. 294 AEUV.

gewährleisten, dass auch verschiedene Ansichten von Vertretern aus der Wissenschaft vorgetragen und unterstützt werden.

Die schnelle Rezeption der fortlaufenden Entwicklung in der rechtswissenschaftlichen Diskussion stellt die Rechtspraxis dennoch vor Herausforderungen. Neue Meinungen, die sich in der Wissenschaft schneller durchzusetzen vermögen, haben trotzdem größere Schwierigkeiten in der Praxis, akzeptiert zu werden, sei dies vom Gesetzgeber oder von Gerichten. Oft führt dies zu seltsamen Ergebnissen, wenn ein Meinungsstreit als „geklärt“ angesehen wird und große Teile der Wissenschaft eine Lösung stützen, während die Rechtsprechung weiter „alte“ Meinungen vertritt und auch der Gesetzgeber nicht tätig wird.¹¹⁷⁵

Der Umgang mit dem Wandel in der Rechtswissenschaft fällt entsprechend schwer, da dieser in direktem Konflikt mit anderen Rechtsgrundsätzen in Form von Rechtssicherheit und Vertrauensschutz steht. In Einzelfallentscheidungen ist die spätere Berücksichtigung eines stetigen Wandels kaum denkbar, da diese zu einem bestimmten Zeitpunkt verbindlich und rechtskräftig die Rechtslage feststellen müssen. Eine Berücksichtigung bei der Regelsetzung ist durch die Formulierung von „offenen“ Generalklauseln möglich. Diese stehen in Konflikt zur Rechtssicherheit und lassen dem Rechtsanwender einen Spielraum bei der Ausfüllung der Tatbestandsmerkmale. Sie können also immer wieder neu interpretiert werden und damit auch neue und sich wandelnde Auffassungen berücksichtigen.¹¹⁷⁶ Gleichzeitig gibt der Normgeber damit aber auch seine Entscheidungshoheit an die Rechtsanwender weiter und trifft bewusst keine abschließende Entscheidung. Ob und wie der Wandel dann letztlich berücksichtigt wird, bleibt unklar und liegt in den Händen der Rechtsanwender. Bei der Regelsetzung kann der Wandel ebenfalls durch neue Regeln berücksichtigt und umgesetzt werden. Hier muss zwar erneut das jeweilige Verfahren durchlaufen werden, grundsätzlich ist eine solche Anpassung mit Wirkung für die Zukunft aber möglich. Hierbei helfen Evaluationen, die bestehende Regelungen überprüfen.

In Form von generalisierten Regeln, Evaluationen und den Verfahren zur Entscheidungsfindung und Regelsetzung stehen schon rechtliche Instrumente bereit, um Wandel und Pluralismus zu integrieren. Diese können

1175 Deutlichstes Beispiel hierfür ist die Diskussion im Strafrecht um die Rechtsnatur des Mordtatbestandes, § 211 StGB, vgl. hierzu *Eser/Sternberg-Lieben* in: Schröder (Hrsg.) *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch*, 2019, § 211 StGB Rn. 45 ff.

1176 *Podszun* in: *Regelsetzung im Privatrecht*, 2019, S. 255, 274.

auch bei der Umsetzung ökonomischer Erkenntnisse nutzbar gemacht werden.

3. Generalisierung und Konkretisierung

Regelungen mit einem geringen Grad der Konkretisierung ermöglichen in der Anwendung einen flexibleren Umgang mit neuen Entwicklungen und Unsicherheiten. Wie schon bei der Normkomplexität existiert eine Skala der Konkretisierung. Bei der Umsetzung des gewählten Grades der Konkretisierung stehen mit Generalklauseln, Abwägungen und Gewichtungen verschiedene Instrumente bereit.

a. Grad der Konkretisierung von Regeln

Bei der Wahl der Konkretisierung von Regeln stehen verschiedene Grade der Konkretisierung zu Verfügung, die sich auf einer Skala zu- bzw. abnehmender Konkretisierung wiederfinden.¹¹⁷⁷ Gegenstand der Betrachtung sind dabei immer geschriebene rechtsförmige Rechtsakte.¹¹⁷⁸ Im Unterschied zu der Komplexität, bei der die aus den Regelungen gewonnenen Normen relevant waren, ist die Konkretisierung nur bei formalisierten Regeln relevant. Der im Einzelfall durch Auslegung ermittelte Inhalt eines Rechtsaktes weist immer einer hohen Grad der Konkretisierung auf. Die Frage nach der Konkretisierung ist die Frage danach, wie weit diese Auslegung durch eine formalisierte Regel vorgegeben ist.

Es existieren unterschiedliche Definitionen von Konkretisierung. Im formalen Sinne ist die Konkretisierung die Normverwirklichung durch die Ausgestaltung und Anwendung.¹¹⁷⁹ Eine bestehende formale Regel wird dabei immer weiter individualisiert und ausdifferenziert. Dieser Betrachtung geht es primär um die Legitimation der Konkretisierung im Lichte der Normenhierarchie und nicht um die methodische Frage, wie die Konkretisierung erfolgt.¹¹⁸⁰

Die hermeneutische Konkretisierungstheorie sieht in dem Vorgang der Konkretisierung nicht die Individualisierung einer schon bestehenden

1177 Vgl. *Brugger*, Archiv des öffentlichen Rechts Bd. 119 (1994), 1, 16.

1178 *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2020, S. 14.

1179 *Rhinow*, Rechtsetzung und Methodik, 1979, S. 232 ff.

1180 *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2020, S. 15.

Norm, sondern versteht den Vorgang als Erzeugen einer neuen Rechtsnorm in der Anwendung auf einen Einzelfall.¹¹⁸¹

Für die Frage, wie der Konkretisierungsgrad genutzt werden kann, um den Wandel in der Ökonomie auch im Recht abzubilden, ist es nötig, die Konkretisierung von Normen auch als Prozess der neuen Rechtsetzung zu verstehen. Die Umsetzung neuer ökonomischer Erkenntnisse mit Hilfe älterer Rechtsnormen ist gerade ein Fall, in dem der formellen Regel ein neuer Inhalt gegeben wird, der bei der Normsetzung nicht berücksichtigt werden konnte. Dieser Aspekt der Konkretisierung darf nicht ausgeblendet werden, so wie es bei einer rein formalen Betrachtung der Fall wäre. Gleichzeitig muss auch anerkannt werden, dass die bestehende formale Regel der neu erzeugten Rechtsnorm Grenzen zieht. Dies ist nicht nur eine Frage der Legitimation, sondern auch ein Erfordernis der Rechtssicherheit.

Deswegen bietet sich für den hier verfolgten Zweck ein vermittelndes Verständnis an. Dieses versteht Konkretisierung als „gebundene Normbildung“.¹¹⁸² Die „gebundene Normbildung“ setzt das Konzept der formalen Normverwirklichung um, indem sie die Bindung der in der Normenhierarchie übergeordneten Normen anerkennt. Trotzdem versteht sie Konkretisierung als schöpferische Ausfüllung dieser Normen. Zusammengefasst ist die Konkretisierung also die Bildung neuer Norminhalte innerhalb der von der übergeordneten formalen Norm gesetzten Grenzen.¹¹⁸³

Wie schon bei der Betrachtung der Normkomplexität verhält es sich hier ebenfalls so, dass nicht nur zwei Extremzustände bestehen, sondern eine Skala der Konkretisierung, auf der sich verschiedene Regelungen wiederfinden. An deren einem Ende stehen Generalklauseln, die den größtmöglichen Spielraum lassen. Am anderen Ende stehen Einzelfallgesetze, die keinerlei Auslegung und anderweitige Anwendung mehr zulassen.

Auf dieser Skala nimmt nach diesem Verständnis die Konkretisierung zu, je weniger Auslegungen die Norm zugänglich ist und je weniger Einzelfälle unter diese subsumiert werden können. Mit anderen Worten nimmt die Konkretisierung einer formalen Regel zu, je enger deren Grenzen für ihre Ausfüllung gesteckt werden.

Vollständige Generalklauseln am einen Ende der Skala lassen bei der Anwendung den meisten Spielraum für Auslegungen. Sie geben keine sub-

1181 Röthel, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2020, S. 16.

1182 Röthel, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2020, S. 20 ff.; Rhinow, Rechtsetzung und Methodik, 1979, S. 177 f.

1183 Röthel, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2020, S. 21.

sumierbaren Tatbestandsmerkmale vor, sondern müssen erst noch mit diesen gefüllt werden. Die in ihnen enthaltenen Tatbestandsmerkmale sind so wenig konkret, dass eine Anwendung im Sinne einer Abgleichung mit einem Sachverhalt nicht möglich ist. Die Merkmale müssen im Wege der Auslegung erst mit konkreten Kriterien gefüllt werden, bevor unter diese subsumiert werden kann. Je größer der Anteil der Tatbestandsmerkmale ist, die direkt subsumierbar sind, oder je detaillierter die einzelnen Tatbestandsmerkmale ausgefüllt sind, desto konkreter ist die Regelung. Am anderen Ende der Skala steht damit eine Regelung, die zu ihrer Anwendung keinerlei Konkretisierung, also keinerlei Auslegung mehr bedarf.

Klassisches Beispiel für eine Generalklausel aus dem deutschen Zivilrecht ist § 242 BGB, der für die Anwendung keine direkt subsumierbaren Merkmale enthält, sondern starker Konkretisierung bedarf. Aber auch der hier betrachtete Art. 102 AEUV ist eine klassische Generalklausel. Zwar enthält die Norm einige Konkretisierungen durch ihre Tatbestandsmerkmale, diese bedürfen aber – wie schon besprochen – noch erheblicher Konkretisierung, bevor unter diese subsumiert werden kann. Ein einfaches Beispiel für das andere Ende der Skala ist die in einer Einzelfallentscheidung enthaltene Verhaltensanweisung wie bspw.: Intel durfte im Zeitraum von 2005 bis 2007 keine Rabatte unter der Bedingung gewähren, dass Abnehmer ihren Bedarf an CPUs zu 95% bei Intel decken. Eine derart formulierte Regelung wird sich niemals in abstrakten Regelwerken wiederfinden, sondern soll hier nur der Veranschaulichung dienen. Selbst so eine Regelung ist streng genommen noch nicht vollständig konkretisiert. Der Begriff „Rabatte“ müsste noch weiter definiert und selbst „Intel“ könnte als Adressat weiter konkretisiert werden.

b. Ein Modell der optimalen Konkretisierung?

Die unterschiedlichen Konkretisierungsgrade haben Vor- und Nachteile und bringen deswegen verschiedene Nutzen und Kosten mit sich. Es liegt nahe, vergleichbar mit dem Modell der optimalen Differenzierung, ein Modell der optimalen Konkretisierung zu erarbeiten. Vorteile zunehmender Konkretisierung sind die Rechtssicherheit und damit geringere Kosten der Rechtsanwendung. Nachteile der hohen Konkretisierung und damit Vorteile eines geringeren Konkretisierungsgrades sind die Kosten, die entstehen, wenn Entscheidungen getroffen werden, die aufgrund neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse anders entschieden werden müssten.

Gleichzeitig sind bei konkreten Regeln die Kosten der Regelsetzung höher, da Regeln geschaffen werden müssen, die näher an möglichen Einzelfällen sind. Das resultiert in mehr Regeln, die jeweils eine eingehendere Auseinandersetzung mit den vorliegenden wissenschaftlichen Erkenntnissen voraussetzen, als dies bei einer generalisierten Regel der Fall wäre. Bei abstrakteren Regeln wiederum sind die Kosten der Rechtsanwendung höher, da Aufwand betrieben werden muss, um die zutreffende Auslegung zu finden.

In einem Modell wäre die optimale Konkretisierung erreicht, wenn die jeweils aufaddierten Kosten ihren Tiefpunkt erreichen. Die Kosten der fehlenden Flexibilität lassen sich aber niemals *ex ante* beziffern, da sie von einer ungewissen zukünftigen Entwicklung abhängen. Eine Prognose kann hier nur Anhaltspunkte geben. Selbst wenn der Wandel vorhersehbar ist, müsste man auch den Inhalt der neuen Erkenntnisse antizipieren, um zu prognostizieren, ob die Regel geändert werden muss. Schon im Rahmen der Regeldifferenzierung hat sich gezeigt, dass das Modell rein theoretischer Natur ist, da die Kosten praktisch nicht genau bestimmbar sind. Im Fall der Normkomplexität sind die Kosten allerdings noch nicht einmal theoretisch bestimmbar. Deswegen ist es überflüssig, ein Modell zu entwickeln.

c. Einflussfaktoren auf den Konkretisierungsgrad

Auch wenn ein Modell nicht zielführend ist, ergeben sich dennoch verschiedene Einflussgrößen auf den zu wählenden Konkretisierungsgrad, deren Berücksichtigung eine informierte Entscheidung bei der Regelsetzung ermöglicht.

(1) Prognostizierter Wandel

Die erste Einflussgröße ist der zu erwartende Wandel, der die jeweilige Regel betrifft. Der Wandel kann sich nicht nur auf die Weiterentwicklung der Ökonomie, sondern auch auf die Veränderung des Wirtschaftsgeschehens und die daran anknüpfende Veränderung in der Ökonomie beziehen. Wenn Fragestellungen noch ungeklärt sind und noch keine oder nur wenig Forschung hierzu existiert, kann auch die Erwartung, dass diese Lücke zukünftig geschlossen wird, hier einfließen. Je wahrscheinlicher der Wandel erscheint, desto generalisierter sollte die Regelung sein. Eine hohe Konkretisierung wäre in diesen Fällen wertlos oder würde sogar weitere Kosten

verursachen, da die Regelung schneller wieder geändert werden müsste. Lässt es sich also schon zum Zeitpunkt der Regelsetzung absehen, dass die ökonomische Erkenntnisbasis für die Regelung unsicher ist oder sich bald ändern könnte, dann sollte entweder eher zu einer Generalklausel gegriffen oder eine konkrete Regel gewählt werden, die leichter zu ändern ist.

Die Prognose des zukünftigen Wandels stellt eine Herausforderung dar. Wandel zeichnet sich allerdings schon vor seinem Eintritt ab. Forschungsvorhaben sind schon vor ihrer Fertigstellung oftmals publik und werden bspw. auf Fachkonferenzen vorgestellt und diskutiert. In der Forschung sind Themen bekannt, zu denen aktuell intensiver geforscht wird. Große Forschungsprojekte und deren Themen erfahren auch vor ihrem Abschluss schon Aufmerksamkeit. Zusätzlich kann ein Blick auf den bisherigen Wandel zu dem relevanten Thema die Prognose unterstützen. Kam es in der jüngeren Vergangenheit in kurzer Zeit zu vielen neuen Erkenntnissen und Veröffentlichungen, ist dies auch für die Zukunft zu erwarten. Auch der Wandel im Wirtschaftsgeschehen kann sich abzeichnen. Unternehmen wachsen in unterschiedlichem Ausmaß. Neue Geschäftsmodelle und Praktiken werden nach und nach von mehreren Unternehmen adaptiert, sodass auch hier Trends ablesbar sind.

(2) Regelungskosten

Als weitere Einflussgröße spielen die Regelungskosten eine Rolle, die in ähnlicher Form als Kosten der Normsetzung und Anwendung auch schon für die Normkomplexität von Bedeutung waren.¹¹⁸⁴ Allerdings gehen hier von ambivalente Effekte aus, die schwer gegeneinander aufzuwiegen sind.

Es entstehen Informationskosten sowohl bei der Schaffung der Regel als auch bei deren Anwendung. Wird eine konkrete Regelung geschaffen, treten hier schon die zusätzlichen Informationskosten der Konkretisierung auf. Diese setzen sich zusammen aus der Ermittlung der relevanten ökonomischen Forschung, der Auswahlentscheidung und den Entscheidungen, wie diese einzubinden ist. Teile dieser Kosten treten auch bei einer generalisierten Regelung auf, da diese in der Anwendung ohnehin konkretisiert werden muss. Allerdings können sich bei konkreteren Regeln Effizienzen ergeben, wenn die Regel in einer Vielzahl von Fällen und von verschiedenen Akteuren angewendet wird und die Kosten der Konkretisierung damit nur einmal anfallen. Bei einer rein behördlichen Durchsetzung ist dies eher

1184 S.o. E.II.3.c.bb.

zu vernachlässigen, da anzunehmen ist, dass die Wettbewerbsbehörde bei mehreren gleichgelagerten Fällen nicht in jedem Fall die gesamten Kosten der Konkretisierung erneut aufwenden muss. Stattdessen wird die Wettbewerbsbehörde von den Lerneffekten profitieren und ältere Fälle als Vorbild nehmen. Bei Einbeziehung der privaten Durchsetzung könnte sich ein anderes Bild ergeben, da hier neben der Wettbewerbsbehörde auch verschiedene unabhängige Gerichte zur Anwendung berufen sind. Jeder Prozess ist hier zunächst ein unabhängiger Akt der Konkretisierung, der jeweils gesonderte Informationskosten mit sich bringt. Die Gerichte können im Rahmen der Auslegung außerdem zu unterschiedlichen Konkretisierungen kommen, was bis zur höchstrichterlichen Klärung der Frage weitere Rechtsunsicherheit erzeugt. Allerdings spielt zumindest für Art. 102 AEUV die private Rechtsdurchsetzung eine untergeordnete Rolle. Diesen status quo vorausgesetzt, verursachen Regelungen mit hoher Konkretisierung auch hohe Informationskosten. Gleichzeitig muss aber beachtet werden, dass Regelungen mit niedriger Konkretisierung die private Rechtsdurchsetzung weiterhin erschweren werden. Dies würde den status quo perpetuieren. Deswegen sollten nicht allein mit Verweis auf die niedrigeren Informationskosten Regelungen mit niedriger Konkretisierung gewählt werden.

Nicht ausgeblendet werden dürfen aber die Kosten, die aufgrund der Rechtsunsicherheit entstehen. Bei generalisierten Regelungen sind Auslegung und Anwendung der Regelungen unklarer als bei konkretisierten Regelungen. Es entstehen höhere Kosten, da die Normadressaten mehr Aufwand betreiben müssen, um den Inhalt der Regelungen zu ermitteln. Außerdem laufen sie Gefahr die Regelungen „falsch“, also abweichend von späteren verbindlichen Entscheidungen, zu interpretieren. Dies führt zu weiteren Kosten für die Rechtsdurchsetzung. Außerdem kann es dazu führen, dass Unternehmen irrtümlich von regelkonformem Verhalten absehen oder regelwidriges Verhalten adaptieren.

Es ist kein eindeutiges Urteil möglich. Generalisierte Regeln führen zwar in der Normsetzung zu geringeren Kosten, bringen allerdings höhere Kosten der Anwendung und Rechtsunsicherheit mit sich. Eine klare Aussage ist nur möglich, wenn man sich diesen Kosten im Einzelfall zumindest annähern kann.

(3) Unsachgemäße Einflussnahme

Die unsachgemäße Einflussnahme kann auch für die Wahl des Konkretisierungsgrades relevant sein.¹¹⁸⁵ Die politische Einflussnahme ist hier im Rahmen der Regelsetzung je nach Art der relevanten Regel nicht nur gewünscht, sondern sogar zwingend notwendig. Diese kann aber auch Ziel unsachgemäßer Einflussnahme sein.

Grundsätzlich wäre zu erwarten, dass bei hoher Generalisierung die Einflussnahme während der Rechtsanwendung leichter ist. Dies blendet allerdings aus, dass bei hoher Konkretisierung die Einflussnahme auf die Regelsetzung viel größere Wirkungen haben kann. Werden die konkreten Regelungen schon bei deren Setzung einer solchen Einflussnahme ausgesetzt, bleibt in der Anwendung nämlich kein Spielraum mehr, hiervon abzuweichen. Ausschlaggebend dürfte sein, welcher Akteur besser vor unsachgemäßer Einflussnahme geschützt ist. Allerdings ist hier wiederum darauf zu verweisen, dass es nicht Aufgabe des materiellen Rechts ist, vor dieser Art von Einflussnahme zu schützen.

(4) Stellung in der Normenhierarchie

Weitere maßgebliche Einflussgrößen für die Wahl des jeweiligen Konkretisierungsgrades einer Regelung sind die Verortung der Regel in der Normenhierarchie und damit zusammenhängend deren Reversibilität. Eine Regelung auf einer höheren Ebene der Normenhierarchie sollte auch einen höheren Grad der Generalisierung aufweisen. Auf den tieferen Ebenen können auch konkretere Regeln verwendet werden. Grund dafür ist die Reversibilität der Regelungen. Regelmäßig ist eine in der Normenhierarchie weiter oben verortete Regel schwerer zu ändern. Die höchste Ebene wird regelmäßig durch eine Verfassung oder im Falle der EU durch das Primärrecht ausgefüllt. Auf den unteren Ebenen finden sich bspw. Verordnungen oder Verwaltungsvorschriften. Eine konkretisierte Regel muss eher geändert werden, wenn es zu einem Wandel in den zugrunde liegenden ökonomischen Erkenntnissen kommt. Wenn sich diese Regelung nun auf einer der höheren Ebenen befindet, wäre diese Änderung mit größerem Aufwand verbunden. Ein überspitztes Beispiel wäre ein Verbot von rückwirkenden Rabatten im AEUV. Sollte sich dieses Verbot als falsch herausstellen, müsste das Primärrecht geändert oder der Fehler hingenommen werden.

1185 S.o. zur unsachgemäßen Einflussnahme E.II.3.c.cc.

Die Verortung in der Normenhierarchie sollte nicht den Grad der Konkretisierung beeinflussen. Stattdessen sollte der aufgrund der relevanten Einflussgrößen gewählte Grad der Konkretisierung beeinflussen, welche Regelungsebene in der Normenhierarchie gewählt wird. Allerdings dürfte diese in der Praxis oft nicht frei wählbar sein. Die verschiedenen Regelungsebenen fallen in die Zuständigkeit verschiedener Akteure und setzen unterschiedliche Verfahren zur Regelsetzung voraus. Kein Akteur hat die Freiheit, für eine beabsichtigte Regelung die „beste“ Ebene in der Normenhierarchie zu wählen. Stattdessen wird dem jeweiligen Akteur die Ebene oftmals vorgegeben oder die Wahl zumindest erheblich eingeschränkt sein. So kann die Europäische Kommission nur auf Verwaltungsvorschriften zurückgreifen, wenn sie ohne die Mitwirkung anderer Organe formalisierte Regelungen schaffen möchte.

d. Juristische Instrumente zur Generalisierung

Der gewählte Konkretisierungsgrad muss in eine förmliche Regel umgesetzt werden. Hierfür kommen als juristische Instrumente insbesondere Generalklauseln, Gewichtungen und Abwägungen sowie Beurteilungs- und Ermessensspielräume in Betracht.

aa. Generalklauseln und Tatbestandsmerkmale

Die Konkretisierung ist die Reduzierung der möglichen Auslegungen und Einzelfälle, die unter eine Regel fallen können. Generalisierung ist damit der Vorgang, eine Regel so zu formulieren, dass mehrere Auslegungen und Einzelfälle unter diese subsumiert werden können. Die Auslegung und Anwendung im Sinne der umgesetzten ökonomischen Forschung ist dann nur eine von mehreren Möglichkeiten. Damit bleibt die Regelung offen für die Berücksichtigung anderer oder neuer ökonomischer Erkenntnisse. Der Spielraum für andere Auslegungen bestimmt sich nach den klassischen juristischen Auslegungsmethoden.¹¹⁸⁶ Bei Schaffung einer neuen Regel spielt dabei insbesondere der Wortlaut eine bedeutende Rolle. Die bewusste Wahl von Worten, die mehreren Bedeutungen zugänglich sind, führt zu einer weniger konkreten Regel. Auch der Zweck einer Regelung lässt sich

¹¹⁸⁶ Vgl. *Möslein/Röthel* in: *Europäische Methodenlehre*, 2021, S. 324 ff.

bei Regelsetzung beeinflussen. Im Rahmen der teleologischen Auslegung werden regelmäßig die Gesetzgebungsmaterialien oder Erwägungsgründe herangezogen. Auch hierüber kann der Grad der Konkretisierung bewusst gesteuert werden.

Auch Regelbeispiele ermöglichen die Einflussnahme auf den Grad der Konkretisierung. Diese können eine Generalklausel ergänzen und stellen eine nicht abschließende Aufzählung an Beispielen dar, die unter die Regelung fallen sollen. Hierdurch wird die Auslegung der Generalklausel eingeschränkt, da illustriert wird, welche Fälle unter die Regelung fallen sollen. Es ist dann zumindest ein erhöhter Begründungsaufwand nötig, um gänzlich anders gelagerte Fälle ebenfalls unter die Regelung subsumieren zu können.

Als Beispiel dient Art. 102 AEUV. Das Tatbestandsmerkmal „Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung“ lässt sich auf viele verschiedene Weisen auslegen. Der Wortlaut lässt theoretisch eine Vielzahl von Einzelfällen unter diese Regelung fallen. Gleichzeitig enthält Art. 102 AEUV Regelbeispiele, denen aber in der Anwendungspraxis kaum Bedeutung zukommt.¹¹⁸⁷ Das andere Extrem findet sich bspw. in der Prioritätenmitteilung, in der die Kommission teilweise auch die Beweismittel festlegt, die nötig sind, um einen Missbrauch nachzuweisen. Dies lässt kaum Spielraum bei der Anwendung der Regel.

bb. Abwägungen

Eine weitere Möglichkeit, um den Grad der Konkretisierung zu reduzieren, sind Abwägungen. Es existiert keine einheitliche Definition des Begriffes der Abwägung. Teilweise wird Abwägung als Synonym zu Bewertung oder Wertung verwendet.¹¹⁸⁸ In der Methodik beschreibt die Abwägung eine Art der Rechtsanwendung. Gerade bei der Normkollision kommt diese zur Anwendung und wird dabei als Verfahren zur Optimierung bei der Kollision von Rechtspositionen verstanden.¹¹⁸⁹ Sucht man jedoch eine Beschreibung der Abwägung unabhängig vom konkreten Anwendungsfall, wird die Abwägung definiert als „Entscheidungsverfahren zur begründeten

1187 *Fuchs* in: Immenga/Mestmäcker Band I: EU, 2019, Art. 102 AEUV Rn. 133.

1188 *Stück*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 1998, 405, 406.

1189 Vgl. mit Verweis auf die Grundrechtsdogmatik *Stück*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 1998, 405, 406.

Festsetzung von Vorrangrelationen unter kollidierenden Argumenten“.¹¹⁹⁰ Das Instrument der Abwägung kann auf die Situation angewendet werden, in der in der Ökonomie sich widersprechende Zusammenhänge festgestellt werden. Sie reduziert die Konkretisierung einer formalen Regel im Hinblick auf das Vorrangverhältnis der beiden Zusammenhänge. Dies ist dann zu nutzen, wenn die Vorrangverhältnisse im Vorfeld entweder auf Grundlage ökonomischer Erkenntnisse noch nicht festgelegt werden können oder deren ökonomische Grundlage so unsicher ist, dass sie sich voraussichtlich in Zukunft ändern wird.

Als Beispiel dienen im Rahmen von Art. 102 AEUV missbräuchliche Lieferverweigerungen. Die ökonomische Forschung untersucht die negativen Auswirkungen auf die Verbraucherwohlfahrt.¹¹⁹¹ Gleichzeitig erkennt sie an, dass trotzdem Lieferverpflichtungen zurückhaltend eingesetzt werden sollten, da diese die dynamischen Anreize für Investitionen und Innovationen schmälern.¹¹⁹² Ein klares Vorrangverhältnis zwischen diesen sich widersprechenden Positionen konnte allerdings bisher nicht definiert werden. Es bleibt also aus ökonomischer Sicht unklar, unter welchen Voraussetzungen die dynamischen Anreize überwiegen oder wann die kurzfristigen negativen Auswirkungen auf die Verbraucherwohlfahrt maßgeblich sein sollen.¹¹⁹³

Dies kann in eine Regelung übersetzt werden, die im Einzelfall eine Abwägung zwischen diesen beiden Positionen anordnet. Die Regel legt selbst kein Vorrangverhältnis fest, sondern überlässt dies der Konkretisierung im Rahmen der Anwendung im Einzelfall. Bei dieser müssen dann beide Positionen gegenübergestellt werden, um im konkreten Fall das Vorrangverhältnis zu bestimmen. Mit welchen Beweismitteln die Ermittlung des Vorrangverhältnisses zu erfolgen hat, ist wiederum eine Frage des gewählten Differenzierungsgrades.

1190 *Sieckmann*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 1994, 227, 238.

1191 Vgl. *Fumagalli/Calcagno/Motta*, Exclusionary Practices, 2018, S. 466.

1192 *Fumagalli/Calcagno/Motta*, Exclusionary Practices, 2018, S. 467 f.

1193 *Fumagalli/Calcagno/Motta*, Exclusionary Practices, 2018, S. 467 f.

cc. Auswahlmöglichkeiten

In eine formale Regelung aufgenommene Auswahlmöglichkeiten¹¹⁹⁴ zwischen verschiedenen Regelungsinhalten können den Grad der Konkretisierung einschränken und lassen gleichzeitig einen Spielraum für eine Auswahl zwischen den verschiedenen Regelungsinhalten.

Bei der Beurteilung von Kampfpreisen könnten beispielsweise sowohl die Theorie der unvollkommenen Finanzmärkte in konkrete Tatbestandsmerkmale umgesetzt werden als auch die Theorie, die sich auf Skaleneffekte stützt. Die Wettbewerbsbehörde ist dann frei in der Auswahl, welche Theorie besser auf den vorliegenden Fall passt. Sie ist aber gleichzeitig in der Wahl der überhaupt validen Theorien eingeschränkt. Theoretisch ist es auch möglich, die Auswahl zwischen sich widersprechenden Theorien zuzulassen. Dann wird es aber unumgänglich sein, dass zumindest die Wettbewerbsbehörde sich mit der erstmaligen Anwendung der Regelung festlegt. Danach dürfte sie aufgrund der Selbstbindung der Verwaltung an diesen Regelungsinhalt gebunden sein.

Der Einsatz von Auswahlmöglichkeiten ist dann zu empfehlen, wenn ein grundlegender Wandel nicht zu erwarten ist, da unbekannt zukünftige Theorien in der Vorauswahl nicht berücksichtigt werden können. Wenn mehrere Theorien nebeneinanderstehen und die Auswahl der Wettbewerbsbehörde und den Gerichten überlassen werden soll, da diesen höhere Sachkunde beigemessen wird, bietet sich eine solche Vorauswahl an.

4. Auswahlentscheidung und Verfahren

Der Pluralismus in der Ökonomie verdeutlicht das Problem der Auswahlentscheidung. Schon bei Umsetzung des Gutachtens der EAGCP zeigte sich dieses Problem.¹¹⁹⁵ Es ist unklar, ob und welche ökonomischen Erkenntnisse in Regelungen oder auch bei der Konkretisierung von Generalklauseln im Einzelfall umgesetzt werden sollen. Da die Ökonomie selbst keinen wissenschaftlichen Maßstab zur Auswahl bereitstellen kann, ist die Regelung eines Verfahrens zur Entscheidungsfindung umso bedeutender.

1194 Mit diesem Vorschlag auch *Podszun* in: *Regelsetzung im Privatrecht*, 2019, S. 255, 274.

1195 S.o. B.III.1.

a. Erfordernis einer Auswahlentscheidung

Solange keine einhellige Meinung in der Ökonomie vorherrscht, muss eine Auswahlentscheidung zwischen den verschiedenen Meinungen getroffen werden. Zusätzlich muss eine Entscheidung darüber getroffen werden, ob ökonomische Erkenntnisse überhaupt einbezogen werden sollen. Bei Generalklauseln ist dies spätestens zum Zeitpunkt ihrer Anwendung der Fall. Wenn der Normgeber keine Generalklauseln verwenden möchte, dann ist diese Entscheidung schon zu dem Zeitpunkt erforderlich, in dem die Norm gesetzt wird.

Die wissenschaftstheoretischen Überlegungen zeigen, dass keine wissenschaftlichen Maßstäbe für diese Auswahlentscheidung existieren können. Ein solcher Maßstab müsste die Frage beantworten, welche der Ansichten wissenschaftlich oder welche objektiv zutreffender ist als die anderen. Die Entwicklung der (ökonomischen) Methodologie selbst ist aber geprägt von Uneinigkeit über diese Frage. Während einzelne Ansätze diese zu beantworten versuchen, so z.B. der Falsifikationismus von Popper, führen diese aber im Ergebnis nicht zur Auswahl einer einzigen richtigen Meinung, sondern können die Auswahl nur eingrenzen. Die moderne Methodologie wiederum rückt entweder gänzlich von der Beantwortung dieser Frage ab (deskriptive Methodologie) oder stellt keinerlei Anforderungen mehr an die Wissenschaftlichkeit (theoretischer Pluralismus).

b. Elemente des Auswahlverfahrens

Die Auswahlentscheidung muss dennoch getroffen werden. Hierfür müssen die jeweiligen Verfahren so ausgestaltet werden, dass sie eine Auseinandersetzung mit der Auswahlentscheidung ermöglichen.¹¹⁹⁶ Die evolutionäre Rechtstheorie¹¹⁹⁷ formuliert für die Öffnung von Regelsetzungsverfahren und die Berücksichtigung von Diversität Empfehlungen, die auf die Einbindung pluraler ökonomischer Erkenntnisse übertragen werden können. Die Verfahren sollen einen offenen Suchprozess ermöglichen, da sie aufgrund der wissenschaftstheoretischen Beschränkungen zwingend ergebnisoffen durchgeführt werden müssen. Dies gilt nicht nur für Verfahren der Regelung, sondern auch für Verfahren zur Entscheidungsfindung bei der

1196 Vgl. *Möslein/Röthel* in: Europäische Methodenlehre, 2021, S. 348 f.

1197 *Podszun* in: Regelungsetzungen im Privatrecht, 2019, S. 255, 274.

Anwendung von unkonkreten Regeln im Einzelfall, wenn erst in diesen die Entscheidung über die Einbindung ökonomischer Erkenntnisse erfolgt. Hierfür sollten in dem Verfahren Arbeitspapiere angefertigt und diskutiert und Expertenmeinungen gehört werden. Ein mehrstufiger Entscheidungsprozess auch durch unterschiedliche Gremien sichert ebenfalls, dass unterschiedliche Meinungen berücksichtigt werden.

Transparenz und Begründungspflicht sind bereits etablierte Rechtsinstitute, die Verfahren absichern und überprüfbar machen. Dies gilt speziell auch für die hier zu treffende Auswahlentscheidung. Am Ende des Prozesses muss klar benannt werden, auf welche ökonomischen Erkenntnisse die Regelung gestützt wird. Gerade die Auswahlentscheidung muss außerdem begründet sein. Es muss klar benannt werden, warum gerade die ausgewählte ökonomische Forschung der Regelsetzung oder der Entscheidung zugrunde gelegt wurde. Dies ist beispielsweise bei der Formulierung der Prioritätenmitteilung nicht geschehen. Nur so ist aber eine nachträgliche Überprüfung und Auseinandersetzung mit der Auswahlentscheidung sichergestellt. Gleichzeitig haben Transparenz und Begründungspflicht eine disziplinierende Funktion auf die Entscheidungsträger und können sachfremde Erwägungen ausschließen.

Das Verfahren ist mit der Formulierung der Regel oder der Entscheidungsfindung nicht abgeschlossen. Im Anschluss sollten die Möglichkeiten gefördert werden, mögliche Konflikte durch verschiedene Akteure aufzulösen. Hierfür wäre es möglich, Anreize für die rechtliche Überprüfung zu erhöhen. Das könnte bspw. dadurch erfolgen, dass möglichen Klägern bewusst Argumente für die Klageerhebung mitgegeben werden. Einzelne Regelungen oder Verfahren können in diesem Zusammenhang auch als „Experimente“ genutzt werden, um die eigene Auswahlentscheidung auf die Probe zu stellen. Die Kommission wollte bspw. im Intel Verfahren den neu entwickelten AEC-Test auf die Probe stellen. An dem Beispiel wird aber auch deutlich, dass diese Verfahren deutlich schneller geführt werden müssen, wenn sie als Erkenntnisquelle genutzt werden sollen.

c. Evaluationen

Neben der Überprüfung im Konfliktfall können auch anlasslose Evaluationen durchgeführt werden. Ökonomische Evaluationen von Regeln und

Entscheidungen sind bereits etabliert.¹¹⁹⁸ So finden sich auf europäischer Ebene bspw. ex post ökonomische Evaluationen von Entscheidungen durch die Europäische Kommission.¹¹⁹⁹ Auch Regelungen werden Evaluationen und Fitness-Checks unterzogen.¹²⁰⁰ Bei diesen steht vor allem die Analyse der Auswirkungen im Mittelpunkt. Es fehlt an der Überprüfung der ökonomischen Grundlagen, auf denen die Entscheidung oder die Regelung fußt.¹²⁰¹ Bestehende Evaluationsmechanismen sollten um entsprechende Instrumente ergänzt werden. Diese sollten überprüfen, ob die Regel auch angesichts der neuen ökonomischen Entwicklungen noch fortbestehen sollte oder ob sich diese so gewandelt haben, dass eine Überarbeitung oder Neufassung der Regel nötig ist. Ergänzt werden kann dies durch Mechanismen, die eine leichtere Anpassung der Regel möglich machen. Denkbar wären hier Verfahrenserleichterungen für die erneute Regelsetzung, wenn die Evaluation zu einem entsprechenden Ergebnis kommt. Eine weitere Möglichkeit ist die Befristung von Regeln. Danach verliert eine Regel automatisch mit Ablauf einer vorher festgelegten Frist ihre Gültigkeit. Dies zwingt zu einer neuen Auseinandersetzung mit der der Regelung unterworfenen Thematik. Diese Option sollte bei besonders einschneidenden Regeln gewählt werden, die im Falle einer Änderung der ökonomischen Grundlage in keinem Fall beibehalten werden können.

Insgesamt sind die Überprüfungsmöglichkeiten rigoroser anzuwenden, je konkreter die Regel formuliert und je unsicherer die Tatsachengrundlage ist. So können in diesen Fällen bspw. die Überprüfungs- und Geltungsfristen kürzer gesetzt werden.

5. Zwischenergebnis

Die dynamische und plurale Entwicklung der Ökonomie steht in Konflikt zu den Erfordernissen einer statischen Entscheidungsfindung und Regelsetzung. Gleichzeitig sind Dynamik und Pluralismus auch der Rechtswissenschaft nicht fremd. Regelungen und Entscheidungen müssen anhand bekannter Instrumente auch für den Wandel und Pluralismus in der Ökonomie sensibilisiert werden. Das setzt im Prozess der Entscheidungsfin-

1198 Vgl. *Budzinski* in: *Empirische Institutionenökonomik*, 2012, S. 45.

1199 *Ilzkovitz*, *Ex Post Economic Evaluation of Competition Policy*, 2020; *Ilzkovitz/Dierx*, *Ex-post economic evaluation of competition policy: The EU experience*, 2020; *Duso/Gugler/Yurtoglu*, *How Effective is European Merger Control?*, 2006.

1200 *Europäische Kommission*, *Evaluating laws, policies and funding programmes*, 2021.

1201 Vgl. *Kovacic*, *Journal of Corporation Law* 2006, 503, 508 ff.

derung eine bewusste Auseinandersetzung mit der Problemstellung voraus. Der Grad der Konkretisierung kann in Abhängigkeit zu dem erwarteten Wandel und den dadurch entstehenden Kosten gewählt werden. Die Auswahl aus sich auch widersprechenden ökonomischen Erkenntnissen erfolgt innerhalb eines hierauf ausgelegten Verfahrens.

IV. Eckpunkte einer neuen Methode

Die Analyse der Entstehungsgeschichte der Prioritätenmitteilung und der darauf folgenden Entscheidungen hat die Probleme des *more economic approach* bei Behinderungsmisbräuchen aufgezeigt. Die Auseinandersetzung mit diesen Problemen hat Eckpunkte für eine Weiterentwicklung des *more economic approach* identifiziert.

- (1) Eine wissenschaftliche Methode kann die Maßstabsbildung nicht ersetzen. Die Maßstabsbildung ist für die Durchführung aber notwendig. Es muss Klarheit herrschen, welcher Maßstab der Missbrauchskontrolle zugrunde gelegt wird. Ist die Verbraucherwohlfahrt maßgeblich? Wird auch die Kommission wieder zu einem stärker wettbewerbsbezogenen Ansatz zurückkehren? Oder werden gänzlich neue Belange in die Beurteilung eingestellt? Mit diesen Fragen muss sich die Kommission auseinandersetzen. Sie sollte Leitlinien auf dieser Grundlage entwickeln.¹²⁰² Unterstützt wird sie bei der Suche nach dem Maßstab durch die Rechtswissenschaft. Den europäischen Gerichten verbleibt das letzte Wort hierzu.
- (2) Unabhängig von dem gewählten Maßstab sollte in der Kartellrechtsanwendung Abstand von der Einzelfall- und Auswirkungsanalyse genommen werden. Stattdessen sollten Normen entwickelt werden, deren Differenzierungsgrad im Vorfeld anhand verschiedener Einflussgrößen angepasst und anhand von bekannten rechtlichen Instrumenten umgesetzt wird. Dies ermöglicht, als Kompromiss zwischen *per se rules* und der *rule of reason*, die Vorteile beider Ansätze optimal miteinander zu verbinden.
- (3) Die Praxis zu Art. 102 AEUV sollte mehr für den Wandel und den Pluralismus in der Ökonomie sensibilisiert werden. Dafür muss mit der unberechtigten Erwartungshaltung gebrochen werden, dass die Ökonomie eindeutige und unumstößliche Ergebnisse hervorbringen kann.

1202 S.o. E. I. 3.

Eine Rezeption der wissenschaftstheoretischen Grundlagen zeigt, dass dies mit den Anforderungen an eine Wissenschaft unvereinbar ist. Die Berücksichtigung von Wandel und Pluralismus in statischen Entscheidungen und Regelungen ist durch die Steuerung des Konkretisierungsgrades von Regelungen möglich. Die Auswahlentscheidung zwischen mehreren auch widerstreitenden ökonomischen Theorien kann nicht auf wissenschaftlicher Grundlage erfolgen, stattdessen muss ein Verfahren eines offenen Suchprozesses umgesetzt werden. Bestehende Regelungen und getroffene Entscheidungen sollten auch auf eine Veränderung der ökonomischen Grundlagen hin evaluiert werden.

F. Regelsetzung auf Grundlage ökonomischer Forschung

Die bisherigen Ergebnisse werden nachfolgend in eine Methode umgesetzt, mit der aus ökonomischer Forschung Rechtsnormen und Regelungen gebildet werden können. Die Arbeitsschritte dienen als Vorschlag an Akteure in Praxis und Wissenschaft, die Regeln entwickeln. Sie erleichtern die Einbeziehung ökonomischer Forschung – unabhängig von deren Inhalt – und ergänzen bestehende Abläufe. Gleichzeitig werden damit die vorstehenden Ergebnisse besser greifbar und praktisch handhabbar. Nach der Umsetzung in Arbeitsschritte (hierzu I.) wird deswegen auch ein konkretes Anwendungsbeispiel vorgestellt (hierzu II.) sowie mögliche Kritik an der Methode diskutiert (hierzu III.).

I. Entwicklung der Methode

Die Ergebnisse werden in einzelne, nacheinander durchzuführende Arbeitsschritte umgesetzt, um sie praktisch anwendbar zu machen. Diese Methode soll zum einen zur Veranschaulichung der theoretischen Ausführungen dienen, kann aber auch – über das Anwendungsbeispiel hinaus – auf andere ökonomische Forschungsergebnisse angewendet werden, um auf deren Grundlage Regeln zu formulieren.

1. Voraussetzungen

Die Formulierung von Arbeitsschritten hängt von Voraussetzungen ab, die selbst nicht in Arbeitsschritte gefasst werden. Insbesondere die Maßstabbildung und die Entscheidung, ob und welche ökonomischen Erkenntnisse herangezogen werden sollen, sind keiner wissenschaftlichen Methode zugänglich.¹²⁰³

Die Methode setzt deswegen voraus, dass der Maßstab vorgegeben ist. Wie schon dargestellt, kann die Wissenschaft die Maßstabssuche nicht selbst bewerkstelligen, sondern dabei nur unterstützen. Außerdem setzt die Methode voraus, dass die ökonomischen Erkenntnisse, die in Regeln

1203 S. dazu E.I. und E.III.4.

umgesetzt werden sollen, feststehen und nicht mehr zwischen mehreren konkurrierenden oder sich widersprechenden Erkenntnissen entschieden werden muss. Die hierfür nötige Auswahlentscheidung kann methodisch nicht abgebildet und nicht anhand wissenschaftlicher Kriterien getroffen werden, sondern ist politischer Natur.

Es muss außerdem Regelungsbedarf bestehen und der Regelungsgegenstand identifiziert sein. Diese Voraussetzungen gelten immer dann, wenn neue Regeln gesetzt werden sollen. Die Identifizierung von Regelungsbedarf ist nicht Gegenstand dieser Untersuchung. Auch hierbei könnte die Ökonomie aber unterstützen. Eng damit verknüpft ist, dass eine klare Frage an die Ökonomie formuliert werden muss. Die Umsetzung des Gutachtens der EAGCP in die Prioritätenmitteilung zeigt die Probleme eines zu umfassenden ökonomischen Reformvorschlags. Die EAGCP legte einen Vorschlag für eine komplette Reform des Missbrauchsrechts vor, zu der die Kommission nicht bereit war oder die ihr nicht möglich erschien.¹²⁰⁴

Voraussetzung für die Durchführung der Methode ist auch, dass schon ökonomische Erkenntnisse zu der Frage vorliegen. Sollte dies noch nicht der Fall sein, müssten solche Erkenntnisse zunächst erzeugt werden. Dies würde bspw. in einem Gutachtauftrag oder eigenen Forschungsanstrengungen münden.

2. Normkomplexität und Konkretisierungsgrad

Bei der Reihenfolge der Arbeitsschritte sind zunächst die Normkomplexität und sodann der Konkretisierungsgrad festzulegen. Die umzusetzenden ökonomischen Erkenntnisse sind Ausgangspunkt für die Bestimmung der Komplexität einer Norm. Der Differenzierungsgrad ist wiederum Ausgangspunkt für die Bestimmung des Konkretisierungsgrades.

Die zugrunde gelegten ökonomischen Erkenntnisse stellen den maximalen Komplexitätsgrad dar. Eine komplexere Norm wäre theoretisch denkbar. Es würde sich dann aber die Frage stellen, wie man die weiteren (komplexeren) Voraussetzungen ermittelt. Dies wäre nur durch weitere ökonomische Forschung möglich. Ausgehend von der vorliegenden ökonomischen Forschung stellt sich also nur die Frage, ob die Komplexität bei der Anwendung reduziert werden kann. Weitere Voraussetzungen würden sich außerhalb der vorliegenden ökonomischen Erkenntnisse bewegen.

1204 Vgl. hierzu B.III.1.

Auf dieser Grundlage und anhand der identifizierten Einflussgrößen kann dann die optimale Komplexität der Norm bestimmt werden.

Im nächsten Schritt wird ausgehend von diesem Komplexitätsgrad der Konkretisierungsgrad bestimmt. Der gewählte Komplexitätsgrad stellt dabei den maximal möglichen Konkretisierungsgrad da. Eine konkretere Regel wäre nur möglich, wenn deren Inhalt unabhängig von den zugrunde liegenden ökonomischen Erkenntnissen und damit auch unter Ausblendung des gewählten Differenzierungsgrades bestimmt werden könnte.

Dabei wird auch der Unterschied zwischen Konkretisierung und Komplexität klarer. Die Konkretisierung betrifft allein die formale Regelung und fragt danach, wie viel Spielraum diese der Auslegung lässt. In der Anwendung wird die Regel immer maximal konkretisiert, da sie auf einen Einzelfall angewendet wird. Die Komplexität betrifft den Inhalt der Regel (also die Norm im Sinne der konkreten Sollensanweisung), so wie er im Einzelfall angewendet wird, und fragt danach, wie viele Differenzierungen diese enthält. Bei alleiniger Betrachtung einer unkonkreten Regel bleibt deren Komplexität unklar. Diese ergibt sich erst aufgrund der Auslegung.

3. Arbeitsschritte im Einzelnen

Die hier neu entwickelte Methode schlägt einzelne Arbeitsschritte vor, die bei der Umsetzung von ökonomischen Erkenntnissen in rechtliche Regeln durchlaufen werden sollten, um insbesondere die aus der vorstehenden Analyse entwickelten Eckpunkte für eine Weiterentwicklung des more economic approach umzusetzen.

a. Zusammenfassung und Abgrenzung

In einem ersten Schritt müssen die vorhandenen oder neu geschaffenen und zuvor ausgewählten ökonomischen Erkenntnisse zusammengefasst und dabei alle relevanten Aussagen herausgefiltert werden. Zweck der Zusammenfassung ist die Reduzierung des Textmaterials auf die Aussagen, die für Regelsetzung notwendig sind. Dies betrifft alle Aussagen, die einen Zusammenhang zwischen den untersuchten Verhaltensweisen und dem Art. 102 AEUV zugrunde gelegten Maßstab herstellen.

b. *Bestimmung der Normkomplexität*

Zunächst muss die Normkomplexität bestimmt werden. Da die ökonomische Forschung den maximalen Differenzierungsgrad darstellt, stellt sich also immer nur die Frage, ob die Komplexität der vorliegenden ökonomischen Forschung reduziert werden sollte. In diesem Schritt werden für die vorliegende ökonomische Forschung die maßgeblichen Einflussgrößen auf die Normkomplexität ermittelt. Wie bereits dargestellt, müssen dabei die Verteilung der Effekte und die Kosten der Normsetzung und Anwendung bestimmt werden. Nachrangig kann auch hier die Möglichkeit der politischen Einflussnahme berücksichtigt werden.¹²⁰⁵

Bei der Verteilung der Effekte ist zu ermitteln, wie groß die Menge der Fälle der untersuchten Verhaltensweisen ist, die überwiegend positive Effekte mit sich bringen. Sodann muss überprüft werden, wie effektiv die Kriterien aus der ökonomischen Forschung bei der Abgrenzung der Fälle mit positiven Effekten von denen mit negativen Effekten sind. Kriterien sind dann effektiv, wenn sie Typ 2 Fehler reduzieren und gleichzeitig nicht mehr Fehler des Typ 1 erzeugen. Um die Verteilung der Effekte zu ermitteln, sollte eine empirische Studie durchgeführt werden. Bei schon vorhandenem Forschungsmaterial ist eine solche Studie zur Verteilung der Effekte oftmals nicht enthalten. Wenn ohnehin ein Gutachtenauftrag Grundlage für die Regelsetzung ist, dann sollte dieser auch die Verteilung der Effekte zum Gegenstand haben.

Wenn die Verteilung der Effekte bestimmt ist, können die Kriterien aus der ökonomischen Forschung übernommen werden, die als relevante Differenzierungskriterien ermittelt wurden.

Die Kosten der Normsetzung und Anwendung können praktisch nicht genau bestimmt werden. Hier ist auf die schon dargestellten Zusammenhänge zwischen Komplexität und Kosten zu verweisen.¹²⁰⁶ Empirische Untersuchungen hierzu sind im Einzelfall nur schwer umzusetzen, da man eine noch nicht geschaffene Norm Tests unterziehen müsste. Experimente könnten dies eher bewerkstelligen.

Je nach den festgestellten Kosten können weitere der vorgestellten juristischen Instrumente ausgewählt werden, um die optimale Normkomplexität

1205 S.o. E.II.3.c.cc.

1206 S.o. E.II.3.

tät umzusetzen. Beispielhaft sind hier Vermutungen, Beweislastumkehr, Beweismaß und Festlegungen zu Beweismitteln zu nennen.¹²⁰⁷

c. Bestimmung des Konkretisierungsgrades

Im nächsten Schritt wird der Konkretisierungsgrad bestimmt. Die Konkretisierung betrifft allein die formale Regelung und fragt danach, wie vielen Auslegungen diese zugänglich ist. Der gewählte Differenzierungsgrad stellt dabei die maximale Konkretisierung der Norm dar. Ausgehend davon stellt sich die Frage, ob der Konkretisierungsgrad reduziert werden sollte, um weitere mögliche Auslegungen unter die gleiche Regelung fassen zu können. Denkbar ist auch eine maximale Generalisierung in der Form, dass gar keine formale Regel gewählt wird.

Maßgebliche Einflussgrößen auf die Wahl des Konkretisierungsgrades sind der zu erwartende ökonomische Wandel, die Regelungskosten sowie die Verortung der Regel in der Normenhierarchie. Diese sind wie dargestellt zu ermitteln. Dabei gilt, dass die Regelung umso generalisierter sein sollte, je eher ökonomischer Wandel zu erwarten ist. Da die Regelungskosten ambivalente Wirkungen haben können, muss der Zusammenhang zwischen Konkretisierung und Kosten für den konkreten Fall ermittelt werden. Maßgeblich ist dabei insbesondere auch, ob eine private Durchsetzung der Regelung erwünscht ist. Dies spricht für einen höheren Grad der Konkretisierung.

Maßgeblich für die Bestimmung des Konkretisierungsgrades wird oft auch die Verortung in der Normenhierarchie sein. Die Weichenstellung, wer welche Art von Regelung erlassen wird, wird häufig weit vor der inhaltlichen Befassung erfolgen. Die konkrete Form der Umsetzung hängt stark von dem jeweiligen Akteur ab, der sich mit der Regelsetzung beschäftigt. Wenn bspw. die Europäische Kommission eine neue Regel anstrebt, dann kann sie diese in Form von Leitlinien alleine umsetzen. Sie kann zwar auch einen Sekundärrechtsakt anstreben, wäre hierbei aber wiederum auf andere Akteure angewiesen.

Wenn aber die Art der Umsetzung schon vor der inhaltlichen Befassung feststeht, dann wird diese die Normkomplexität beeinflussen und nicht andersherum. Je leichter die angestrebte Regelung reversibel ist, desto konkreter kann sie sein. Im konkreten Fall ist dies anhand des jeweiligen

1207 S.o. E.II.4.

Verfahrens zur Regelsetzung zu überprüfen. Gleichzeitig können Wechselwirkungen mit den übrigen Einflussgrößen entstehen. Je leichter eine Regel reversibel ist, desto weniger relevant ist auch absehbarer Wandel.

Die vorgestellten rechtlichen Instrumente helfen dabei, den Grad der Konkretisierung in bestimmten Situationen zu verringern. Ausgangspunkt ist immer die Wahl von Tatbestandsmerkmalen, die mehr als eine Auslegung zulassen. Unterstützt wird dies durch weitere juristische Instrumente der Regelgestaltung wie bspw. Abwägungen und Auswahlmöglichkeiten.¹²⁰⁸

d. Formulierung der Regelung

Zuletzt ist auf dieser Grundlage die Regelung zu formulieren.

Zuerst ist die anzuwendende Norm mit den Merkmalen der ökonomischen Forschung entsprechend des gewählten Konkretisierungsgrades zu formulieren. Die ökonomische Forschung enthält die maximal differenzierten Merkmale der Verhaltensweisen, die Einfluss auf den gewählten Maßstab haben. Die Umsetzung des Differenzierungsgrades gelingt, wenn einzelne dieser Merkmale ausgelassen werden, wenn ein niedriger Differenzierungsgrad gewählt wurde. Außerdem können einzelne dieser Merkmale durch Vermutungen ersetzt oder eine Beweislastumkehr eingeführt werden. Festlegungen zu Beweismaß und zu den nötigen Beweismitteln können die Komplexität der Regelung weiter reduzieren.

Die so formulierte Norm wird dann im nächsten Schritt in eine formale Regelung umgesetzt, wobei der gewählte Grad der Konkretisierung umgesetzt wird. Dies gelingt insbesondere dadurch, dass nicht einfach die Merkmale, die aus der ökonomischen Forschung entnommen wurden, in Tatbestandsmerkmale überführt werden. Stattdessen können Begriffe als Tatbestandsmerkmale verwendet werden, die neben den Merkmalen der Norm auch weiteren Auslegungen zugänglich sind. Abwägungen, Gewichungen und Auswahlmöglichkeiten können daneben eingesetzt werden, um den Grad der Konkretisierung noch genauer zu steuern.

II. Anwendungsbeispiel

Die dargestellte Methodik wird im Folgenden auf die ökonomische Forschung zu Treuerabatten angewendet. Dieses Themengebiet ist deswegen

1208 S.o. E.III.3.d.

besonders für eine beispielhafte Darstellung der Methodik geeignet, da bedingte Rabatte auch Gegenstand des Intel-Verfahrens waren und noch sind, welches zu Recht als Musterbeispiel des more economic approach gilt. Die Anwendung beginnt mit einer Darstellung der ökonomischen Erkenntnisse, die in Regeln umgesetzt werden sollen, und durchläuft dann die einzelnen Schritte der Methodik.

1. Voraussetzungen und Annahmen

Für die Zwecke des Anwendungsbeispiels wird die Verbraucherwohlfahrt als Maßstab für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit vorausgesetzt. Dies hat rein pragmatische Gründe, da aktuell der Großteil der ökonomischen Forschung zu bedingten Rabatten dessen Wohlfahrtswirkungen untersucht.

Der Regelungsbedarf ergibt sich aus dem Defizit bei der Umsetzung der Prioritätenmitteilung und der damit einhergehenden Unklarheit, wie bedingte Rabatte beurteilt werden sollen. Auch die Rechtsprechung hat sich hierzu nicht klar positioniert. Andere Regelwerke, die Art. 102 AEUV für die Anwendungspraxis konkretisieren, fehlen.

Es stellt sich damit die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Unternehmen Treuerabatte einsetzen kann, um Wettbewerber zum Schaden der Abnehmer zu behindern.

Zur Umsetzung wird die ökonomische Forschung zu „Conditional rebates to target the contestable demand“ aus dem Werk *Exclusionary Practices* der Autoren Fumagalli/Motta/Calcagno herangezogen.¹²⁰⁹ Die Wahl fällt auf diese Veröffentlichung, da das Werk umfassend den Stand der ökonomischen Forschung darstellt und dabei nicht nur die Erkenntnisse der Forscher selbst darstellt, sondern auch andere Veröffentlichungen zum gleichen Thema sammelt.

2. Zusammenfassung und Abgrenzung

Zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Unternehmen Treuerabatte einsetzen kann, um Wettbewerber zum Schaden der Abnehmer zu behindern, hat sich in der Ökonomie eine Theorie entwickelt, die ein Zusammenspiel von Rabatten, Skaleneffekten und unbestreitbarer Nachfrage in den Mittelpunkt stellt.

1209 Fumagalli/Calcagno/Motta, *Exclusionary Practices*, 2018, S. 148 ff.

a. Rabatte und Preisdiskriminierung

In der Ökonomie werden Rabatte als Preisdiskriminierungen behandelt. Dabei handelt es sich um Praktiken, bei denen verschiedene Abnehmer verschiedene Stückpreise für das gleiche Gut zahlen, auch wenn für diese Abnehmer die gleichen Produktions- und Lieferkosten anfallen.¹²¹⁰ In Abgrenzung zu Kampfpreisen gelten Rabatte nur für bestimmte Abnehmer, während Kampfpreise allen Abnehmern gegenüber gelten.¹²¹¹ Bedingte Rabatte unterscheiden sich außerdem von Ausschließlichkeitsbindungen, da der Abnehmer diesen im Vorfeld zustimmen muss.¹²¹²

In der Praxis sind Preisdiskriminierungen weit verbreitet und nehmen unterschiedliche Gestalten an. Ziel des Unternehmens ist in jedem Fall, die Konsumentenrente zu extrahieren, indem Abnehmern immer die Preise angeboten werden, die diese maximal bereit sind zu zahlen. Rabatte sind eine Gestaltungsform der Preisdiskriminierung. Sie treten in den Erscheinungsformen der Mengenrabatte, dynamischen Rabatte sowie der Marktanteils- und Treuerabatte auf.

Die Wohlfahrtswirkungen von Preisdiskriminierung sind ambivalent. Die unterschiedlichen Preise können dazu führen, dass sich insgesamt eine höhere Konsumentenrente ergibt. Ein Unternehmen verkauft sein Produkt an zwei Gruppen von Abnehmern. Gruppe 1 ist bereit einen hohen Preis zu zahlen. Gruppe 2 ist maximal bereit, einen niedrigen Preis zu zahlen. Im Falle der Preisdiskriminierung wird das Unternehmen zwei verschiedene Preise setzen: P_1 und P_2 . Bei einem Verbot der Preisdiskriminierung wird das Unternehmen einen einheitlichen Preis setzen, der zwischen P_1 und P_2 liegt. Bei Preisdiskriminierung ist die Konsumentenrente der Gruppe 2 höher als im Fall ohne Preisdiskriminierung, die Konsumentenrente der Gruppe 1 aber niedriger. Je nach Verteilung ergeben sich entweder positive oder negative Auswirkungen auf die Gesamtwohlfahrt.

Deswegen ist ein genereller Ausschluss der Preisdiskriminierung vor dem Hintergrund einer Wohlfahrtsbetrachtung aus ökonomischer Sicht nicht gerechtfertigt. Daher stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen Preisdiskriminierungen und Rabatte als missbräuchliche Verhaltensweisen und insb. als Behinderungsmisbräuche angesehen werden können.

1210 *Fumagalli/Calcagno/Motta*, *Exclusionary Practices*, 2018, S. 127.

1211 *Fumagalli/Calcagno/Motta*, *Exclusionary Practices*, 2018, S. 126.

1212 *Fumagalli/Calcagno/Motta*, *Exclusionary Practices*, 2018, S. 129.

b. Treuerabatte in der Ökonomie

Treuerabatte sind Rabatte, die ein Unternehmen unter der Bedingung gewährt, dass der Abnehmer einen Anteil der oder die gesamte Nachfrage bei dem Unternehmen befriedigt.¹²¹³ Die Behinderungswirkung von Treuerabatten wird dann thematisiert, wenn ein Unternehmen diese einsetzt, um zwischen dem bestreitbaren und nicht bestreitbaren Teil der Nachfrage zu diskriminieren. Ein Ausschluss ebenso effizienter Wettbewerber erfolgt danach unter folgenden Bedingungen:

aa. Sukzessive Nachfrage

Der Wettbewerb findet zeitlich gestaffelt statt.¹²¹⁴ Es wird also nicht die gesamte Nachfrage nach dem Produkt zu einem gegebenen Zeitpunkt befriedigt, sondern sukzessive in mehreren Phasen zeitlich versetzt.

bb. Unbestreitbare Nachfrage

Die Nachfrage ist geteilt in einen bestreitbaren und nicht bestreitbaren Teil. Ein Teil der Nachfrage kann unabhängig von Preisen nur vom marktbeherrschenden Unternehmen bedient werden (nicht bestreitbarer Teil der Nachfrage). Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn manche Endabnehmer in keinem Fall das Produkt des Konkurrenten kaufen werden. Außerdem müssen Skaleneffekte gegeben sein, die dazu führen, dass der Konkurrent auch die bestreitbare frühe Nachfrage bedienen muss, um effizient anbieten zu können.¹²¹⁵

cc. Kostenstruktur und Skaleneffekte

Es bestehen Skaleneffekte. Diese führen dazu, dass ein Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens das Produkt nur dann effizienter als ein marktbeherrschendes Unternehmen anbieten kann, wenn es sowohl

1213 *Fumagalli/Calcagno/Motta*, *Exclusionary Practices*, 2018, S. 128.

1214 *Fumagalli/Calcagno/Motta*, *Exclusionary Practices*, 2018, S. 148.

1215 *Fumagalli/Calcagno/Motta*, *Exclusionary Practices*, 2018, S. 149.

Teile der früheren als auch Teile der späteren Nachfrage bedienen kann. Allein die früh bzw. spät nachgefragten Mengen genügen für den Wettbewerber nicht, um Kosten auszugleichen oder Effizienzen so nutzen zu können, dass er günstiger als das beherrschende Unternehmen anbieten kann.¹²¹⁶ Diese Kostenstruktur kann in verschiedenen Fällen auftreten.

- Technologische Skaleneffekte: Der Wettbewerber kann aufgrund technologischen Vorsprungs günstiger produzieren, muss dafür aber erst eine gewisse Produktionsmenge erreichen, um die Kosten aufzuwiegen.¹²¹⁷
- Getätigte Fixkosten: Das marktbeherrschende Unternehmen hat bereits hohe Investitionen getätigt, die nötig sind, um auf dem Markt tätig zu werden. Wettbewerber können diese nur tätigen, wenn sie genügend Abnehmer finden (Bsp.: Infrastruktur, Lizenzen, Genehmigungen, liberalisierte Märkte).¹²¹⁸
- Skalen- und Lerneffekte: Die relevanten Skaleneffekte können auch dann auftreten, wenn die Produktion von Lerneffekten profitiert.¹²¹⁹

dd. Geringer Wettbewerbsdruck

Geringer Wettbewerbsdruck auf den Abnehmern auf dem nachgelagerten Markt macht es dem marktbeherrschenden Unternehmen leichter, Preisdiskriminierung zum Nachteil seiner Wettbewerber einzusetzen. Starker Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt ermöglicht den Abnehmern mit besseren Konditionen, einen größeren Anteil an dem Markt zu gewinnen. Damit ist es wahrscheinlicher, dass ein Abnehmer eine größere Menge bei dem effizienteren Wettbewerber nachfragt und dieser schon früher in den Genuss der Skaleneffekte kommt.¹²²⁰ Dies reduziert gleichzeitig den Anreiz des beherrschenden Unternehmens, die Rabatte zu gewähren. Starker Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt führt außerdem dazu, dass das marktbeherrschende Unternehmen schwieriger die Verluste ausgleichen kann.¹²²¹

1216 *Fumagalli/Calcagno/Motta*, *Exclusionary Practices*, 2018, S. 149, 30.

1217 *Fumagalli/Calcagno/Motta*, *Exclusionary Practices*, 2018, S. 30 f.

1218 *Fumagalli/Calcagno/Motta*, *Exclusionary Practices*, 2018, S. 31.

1219 *Fumagalli/Calcagno/Motta*, *Exclusionary Practices*, 2018, S. 31.

1220 *Fumagalli/Calcagno/Motta*, *Exclusionary Practices*, 2018, S. 37, 139.

1221 *Fumagalli/Calcagno/Motta*, *Exclusionary Practices*, 2018, S. 37.

ee. Kosten-Preis-Analyse

Die dargestellte Theorie hat Auswirkungen auf die Durchführung eines Kosten-Preis-Testes, wie dem AEC-Test. Dieser muss den „wahren“ Preis der bestreitbaren Menge zugrunde legen. Dafür muss der gesamte Rabatt auf die bestreitbare Menge umgelegt werden. Ein Wettbewerber müsste nämlich diesen Preis „schlagen“, da er die unbestreitbare Nachfrage ohnehin nicht bedienen kann.¹²²²

ff. Intuition und Formalisierung

Auf Grundlage dieser Aspekte und aufgrund der mathematischen Formalisierung der Zusammenhänge ergibt sich die sog. „Intuition“. In Abgrenzung zur Formalisierung ist die Intuition eine sprachliche Darstellung der logischen Zusammenhänge ohne mathematische Nachweise, die auch von ökonomischen Laien ohne mathematische Ausbildung nachvollzogen werden kann.

Das marktbeherrschende Unternehmen kann aufgrund der Skaleneffekte bei späteren Abnehmern eine höhere Rendite erzielen als ein Konkurrent, wenn es auch die frühere Nachfrage gewinnen konnte.¹²²³ Das ergibt sich daraus, dass der Konkurrent die frühe (bestreitbare) Nachfrage für sich gewinnen muss, damit er auf die Gesamtheit der (bestreitbaren) Nachfrage bezogen effizienter anbieten kann. Deswegen kann das beherrschende Unternehmen früheren Käufern größere Rabatte anbieten als der Wettbewerber. Diese Überlegungen decken sich mit Theorien zu Kampfpreisen, bei denen beherrschende Unternehmen effizienteren Wettbewerbern durch Preise unter den Kosten die Absatzmöglichkeiten abschneiden, die diese brauchen, um aufgrund von Skaleneffekten effizient anbieten zu können.¹²²⁴ Die Mengenrabatte verschärfen diese Gefahr, indem sie dem marktbeherrschenden Unternehmen ein Werkzeug an die Hand geben, mit dem gezielt die bestreitbare Menge angegriffen werden kann. Es wird in dieser Situation also ein Rabatt davon abhängig gemacht, dass ein Abnehmer mehr als den auf ihn entfallenden Teil der unbestreitbaren Nachfrage beziehen wird. Damit verhindert das beherrschende Unternehmen, dass es

1222 *Fumagalli/Calcagno/Motta*, *Exclusionary Practices*, 2018, S. 149 f.

1223 *Fumagalli/Calcagno/Motta*, *Exclusionary Practices*, 2018, S. 149.

1224 *Fumagalli/Calcagno/Motta*, *Exclusionary Practices*, 2018, S. 149, 26 ff.

auch für den unbestreitbaren Teil der Nachfrage Rabatte gewähren muss, für den das gar nicht nötig ist.¹²²⁵ Wäre in diesem Fall Preisdiskriminierung untersagt, müsste das Unternehmen den Rabatt auch auf die Teile der Nachfrage gewähren, die ohnehin bei ihm bedient werden würden, und damit größere Einbußen hinnehmen – oder es könnte die Verdrängungstaktik gar nicht profitabel einsetzen. Es würde damit statt der Rabatte eine Kampfpreisstrategie adaptieren müssen.

Diese Theorie ergibt sich aus einer formalen Analyse.¹²²⁶ Diese zeigt ebenfalls, dass individualisierte Rabatte stärkere Effekte auf die Wettbewerber haben als standardisierte Rabatte.¹²²⁷ Die formale Analyse übersetzt die Intuition in eine mathematische Darstellung, um die logischen Zusammenhänge nachzuweisen. Diese zeigt ebenfalls, dass individualisierte Rabatte stärkere Effekte auf die Wettbewerber haben als standardisierte Rabatte.¹²²⁸ Eine Darstellung dieser Formalisierung ist für Personen ohne ökonomische und mathematische Ausbildung nicht möglich und auch nicht nachvollziehbar. Insofern ist aus juristischer Sicht eine eigene Überprüfung der Formalisierung nicht möglich. In einem Verfahren zur Regelsetzung auf Grundlage ökonomischer Erkenntnisse sollten deswegen Personen mit ökonomischer Ausbildung involviert sein.

3. Bestimmung der Normkomplexität

Ausgehend von der ökonomischen Forschung ist die Normkomplexität anhand der schon beschriebenen Einflussgrößen zu bestimmen. Im Sinne des Modells der optimalen Normkomplexität ist danach zu fragen, welche Differenzierungskriterien die Trennung zwischen Fällen mit positiven und negativen Effekten so bewerkstelligen können, dass die Regulierungskosten unter den möglichen Fehlerkosten bleiben

a. Differenzierungskriterien und Verteilung der Effekte

Eine allgemeine Aussage dazu, ob die Mehrzahl der Treuerabatte positive oder negative Wirkungen hat, lässt sich anhand der ökonomischen

1225 *Fumagalli/Calcagno/Motta*, *Exclusionary Practices*, 2018, S. 149.

1226 *Fumagalli/Calcagno/Motta*, *Exclusionary Practices*, 2018, S. 182.

1227 *Fumagalli/Calcagno/Motta*, *Exclusionary Practices*, 2018, S. 194.

1228 *Fumagalli/Calcagno/Motta*, *Exclusionary Practices*, 2018, S. 194.

Forschung nicht treffen. Weder ein generelles Verbot noch eine generelle Erlaubnis kommen in Betracht. Deswegen stellt sich die Frage, ob anhand der ökonomischen Forschung speziellere Differenzierungskriterien gewählt werden können, die die Verteilung der Effekte entsprechend berücksichtigen. Die ökonomische Forschung hat einen Katalog von Kriterien aufgestellt, die zur Differenzierung herangezogen werden können. Während die ökonomische Forschung alle diese Kriterien heranzieht, stellt sich in einem ersten Schritt die Frage, wie gut die Kriterien zwischen Verhaltensweisen mit positiven und negativen Wirkungen differenzieren. Dabei kann aktuell noch nicht auf empirische Untersuchungen zurückgegriffen werden.

Das Kriterium mit der besten Differenzierungswirkung ist die Kosten-Preis-Analyse. Anhand ihrer wird im Einzelfall ermittelt, ob die Rabatte dazu führen, dass Wettbewerber die eigenen Produkte nicht kostendeckend anbieten können.

Das Zusammenspiel der Kriterien der unbestreitbaren Nachfrage mit bestehenden Skaleneffekten oder hohen Fixkosten kann ebenfalls eine hohe Differenzierungswirkung erzielen. Die Differenzierungswirkung hängt allerdings maßgeblich davon ab, wie genau die Skaleneffekte/Fixkosten und der unbestreitbare Teil der Nachfrage bestimmt werden können. Alleine die Feststellung, dass Skaleneffekte/Fixkosten vorhanden sind und ein unbestreitbarer Teil der Nachfrage existiert, hat kaum Mehrwert für die Differenzierung, da dies auf vielen Märkten der Fall ist. Wenn wiederum genau das Ausmaß der Skaleneffekte/Fixkosten bestimmt werden kann und ebenso der unbestreitbare Teil der Nachfrage, dann kommt dies der Differenzierungswirkung der Kosten-Preis-Analyse sehr nahe. Wenn diese beiden Größen bestimmt werden können, lässt sich anhand dieser ermitteln, ob es für den Wettbewerber überhaupt theoretisch möglich ist, Kosten auszugleichen oder Effizienzen so nutzen zu können, dass er günstiger als das beherrschende Unternehmen anbieten kann.

Weiteres mögliches Differenzierungskriterium ist die Individualisierung der Rabatte. Die ökonomische Forschung konnte feststellen, dass individualisierte Rabatte die dargestellten Effekte verstärken können. Gleiches gilt für den erhöhten Wettbewerbsdruck auf die Abnehmer.

Ungeeignet als Differenzierungskriterium ist die gestaffelte Nachfrage, da diese den Regelfall einer jeden Nachfrage darstellen dürfte.

b. Regulierungskosten

Die Kosten-Preis-Analyse bringt hohe Regulierungskosten mit sich. Dies ergibt sich aus den hohen Kosten der Normanwendung. Das wird aus der Analyse der Kommissionentscheidung in dem Verfahren gegen Intel deutlich. Es muss eine Vielzahl von Informationen gesammelt werden. Gleichzeitig bringt die Analyse auch nur beschränkt Rechtssicherheit mit sich, wie abweichende Analysen zeigen, die von den betroffenen Unternehmen vorgelegt werden.¹²²⁹

Hohe Informationskosten ergeben sich auch bei der Ermittlung des Umstandes, dass ein unbestreitbarer Teil der Nachfrage im Zusammenspiel mit Skaleneffekten oder Fixkosten dazu führt, dass Wettbewerber den bestreitbaren Teil der Nachfrage nicht mehr bedienen können. Diese sind aber zumindest geringer als die der Kosten-Preis-Analyse, da sie in dieser zwingend enthalten, aber zu deren Durchführung auch noch weitere Informationen hinsichtlich der Kostenstruktur der Unternehmen nötig sind. Dennoch ist die genaue Bestimmung aufwendig, wie die Entscheidung der Kommission gegen Intel zeigt. Auf Grundlage interner Dokumente führte die Kommission dort eigene Berechnungen durch.¹²³⁰ Diese müssen für jeden Abnehmer gesondert bestimmt werden.¹²³¹ Es entstehen also Kosten für die Ermittlung der notwendigen Fakten und für deren Verwertung.

Ob ein Rabatt individualisiert ist, dürfte sich aufgrund interner Dokumente recht leicht ermitteln lassen.

Die Ermittlung des Wettbewerbsdrucks auf die Abnehmer ist ebenfalls mit hohen Kosten verbunden, da hier ein weiterer Markt in den Blick genommen werden muss. Es müssen zusätzlich zu dem in diesem Fall analysierten Markt eine von Grund auf neue Analyse eines anderen Marktes vorgenommen und hierfür alle relevanten Informationen ermittelt werden.

c. Umsetzung

Zunächst kann der Wettbewerbsdruck auf den Abnehmern als relevantes Kriterium ausgelassen werden, da dieses bei Gegenüberstellung der positiven Differenzierungswirkung und der einhergehenden Kosten nicht als

1229 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1007 ff. – *Intel*.

1230 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1011 – *Intel*.

1231 Europäische Kommission, 13.5.2009, Case COMP/C-3/37.990, Rz. 1194, 1339 ff., 1445 ff., 1472 ff., 1550 ff. – *Intel*.

Merkmal für eine optimal komplexe Norm in Frage kommt. Der Wettbewerbsdruck lässt sich nur sehr aufwendig ermitteln und bringt gleichzeitig statt einer klaren Aussage nur eine Tendenz in Form eines verstärkten Effekts des Rabattes mit sich.

Die Kosten-Preis-Analyse bringt den höchsten Differenzierungsgrad mit sich, aber auch sehr hohe Kosten in der Anwendung. Allerdings fällt hier auf, dass diese Kosten für das betroffene Unternehmen geringer sein dürften als für andere Normanwender. Das Unternehmen hat besseren Zugriff auf die relevanten Marktdaten und insbesondere auf die eigene Kostenstruktur. Deswegen bietet es sich an, die Kosten-Preis-Analyse durch eine Beweislastumkehr als Verteidigungsmittel in die Verantwortung des betroffenen Unternehmens zu stellen. Dementsprechend müsste das Unternehmen selbst die Kosten-Preis-Analyse durchführen, um zu beweisen, dass das Verhalten selbst nicht missbräuchlich ist. Die Wettbewerbsbehörde müsste sich zwar trotzdem mit dieser Analyse auseinandersetzen und diese würdigen, dennoch ist dies mit erheblich geringerem Aufwand verbunden, als selbst die Analyse durchzuführen. Das Unternehmen selbst wird diese Kosten nur dann auf sich nehmen, wenn es davon ausgehen kann, dass der Test ein entlastendes Ergebnis hervorbringt.

Für die vorausgehende Bestimmung der Missbräuchlichkeit sind statt der Kosten-Preis-Analyse der unbestreitbare Teil der Nachfrage, die Skaleneffekte und die Fixkosten zu betrachten. Aufgrund des hohen Differenzierungsgrads dieser Kriterien und der relativ niedrigen Regulierungskosten können diese als Voraussetzungen einer Vermutung festgelegt werden. Voraussetzungen dieser Vermutung wären, dass die hohen Skaleneffekte oder Fixkosten dazu führen, dass der bestreitbare Teil der Nachfrage nicht durch Wettbewerber bedient werden kann.

Dabei sollte aufgrund der hohen Regulierungskosten, die bei einer genauen Bestimmung auftreten, kein zu hohes Beweismaß gewählt werden. Statt den genauen Zusammenhang im Einzelfall nachzuweisen, sollte auch auf Hilfstatsachen zurückgegriffen werden. So spricht bspw. ein höherer Grad an Marktbeherrschung auch für stärkere Skaleneffekte. Diese Merkmale haben gemeinsam, dass sie graduell bestimmt werden können und in einer Wechselwirkung zueinander stehen. Je größer der unbestreitbare Teil der Nachfrage ist, desto weniger Feststellungen müssen hinsichtlich der Skaleneffekte oder Fixkosten getroffen werden. Auch die Individualisierung der Rabatte lässt sich hierbei berücksichtigen. Die Nachweisschwelle kann bei individualisierten Rabatten sinken, da diese die negativen Auswirkungen ebenfalls wahrscheinlicher machen.

In der Anwendung ist die zu schaffende Rechtsnorm so auszugestalten, dass eine Vermutung für die Missbräuchlichkeit von Treuerabatten spricht. Dem betroffenen Unternehmen verbleibt die Möglichkeit, eine Kosten-Preis-Analyse durchzuführen, die die so unterstellten negativen Auswirkungen widerlegt.

4. Bestimmung des Konkretisierungsgrades

Ausgehend von diesem Differenzierungsgrad als Form der maximalen Konkretisierung kann eine formale Regelung auch weiter generalisiert werden.

a. Regelungsebene

Die Wahl der Regelungsebene ist durch die Voraussetzungen und Annahmen vorgegeben. Wie bereits besprochen, ist dies in der Praxis der Regelfall. Nur in seltenen Fällen dürfte eine Person freie Auswahl haben, welche Regelungsebene für die Umsetzung gewählt wird.

Die Umsetzung in Leitlinien ermöglicht einen höheren Konkretisierungsgrad. Leitlinien sind formal erheblich leichter zu erlassen und entsprechend leichter zu ändern oder zu widerrufen als Primär- und Sekundärrecht. Hierdurch wird das Risiko abgemildert, dass eine konkrete Regelung sich als fehler- oder zumindest als lückenhaft herausstellt, wenn neue ökonomische Erkenntnisse hinzutreten. Gleichzeitig bindet eine Leitlinie als Verwaltungsvorschrift lediglich die Kommission, aber nicht die Gerichte und sonstige Anwender von Art. 102 AEUV. Auch dies ermöglicht die Wahl eines höheren Konkretisierungsgrades, da die Regelung überprüft und verworfen werden kann.

b. Zu erwartende Entwicklungen

Die hier relevante ökonomische Forschung selbst ist zwar noch recht „neu“ (2018), basiert aber auf Überlegungen zu Skaleneffekten, die schon länger Gegenstand der ökonomischen Forschung sind und in Bezug auf andere Praktiken schon seit 2013 diskutiert werden.¹²³² Gleichzeitig gibt es mit

1232 *Fumagalli/Motta*, *The Journal of Law and Economics* 2013, 595 ff.

dem Intel-Verfahren einen bekannten Fall, an dem die Theorie getestet und weiter diskutiert werden konnte, ohne dass dies zur Verwerfung oder Widerlegung der Theorie geführt hätte.¹²³³

Es stellt sich dennoch immer die Frage, ob die Regelung auch abschließend formuliert werden sollte. Die dargestellten Ergebnisse der ökonomischen Forschung könnten in einem hohen Konkretisierungsgrad übernommen, aber die Regelung für neue Fälle, die andere Konstellationen betreffen, offengehalten werden. Dieses Vorgehen geht zwar zu Lasten der Rechtssicherheit, ermöglicht aber die leichte Einbindung neuer ökonomischer Erkenntnisse auch ohne eine Änderung der Regel.

Eine Weiterentwicklung der schon bestehenden Forschung ist zwar auch möglich, jedoch schwerer abzusehen. Zumindest die negativen Effekte einer zu „harten“ Regelung in den Leitlinien ist dadurch abgemindert, dass die Leitlinien zwar die Kommission binden, aber nicht die Gerichte. Dann liegt die Last, gegen die Entscheidungen der Kommission vorzugehen, zunächst bei den betroffenen Unternehmen. Diese können aber gegen die fehlerhafte Entscheidung vorgehen und dabei – im Gegensatz zu Regeln im Sekundär- oder Primärrecht – vortragen, dass die der Regel und damit der Entscheidung zugrunde liegenden ökonomischen Erkenntnisse überholt sind. Die Gerichte überprüfen streng genommen nur die Entscheidung auf Grundlage der Regeln, aber nicht die Regel selbst, da diese als Teil von Leitlinien keine unmittelbare Außenwirkung hat. Mit anderen Worten sind die negativen Folgen einer auf überholten ökonomischen Erkenntnissen basierenden Regel zumindest dann abgeschwächt, wenn die Regel unter zu niedrigen Voraussetzungen ein behördliches Einschreiten hervorgerufen hat.

c. Konkretisierungsgrad

Die Regelungsebene und der nicht konkret zu erwartende Wandel in den zugrunde liegenden ökonomischen Erkenntnissen sprechen dafür, die Regelung nicht weiter zu generalisieren.

Die zugrunde gelegte ökonomische Forschung ist selbst nicht komplett konkretisiert, sodass hier ohnehin auf Generalisierungen zurückgegriffen werden muss. So äußert sich die ökonomische Forschung nicht zu der

1233 *Fumagalli/Calcagno/Motta*, *Exclusionary Practices*, 2018, S. 207.

genauen Bestimmung des Zusammenhanges zwischen Skaleneffekten, Fixkosten und der Kostenstruktur. Gleiches gilt für die Auswirkungen der Individualisierung. Deswegen kann in der ausformulierten Regel nicht der genaue Zusammenhang zwischen diesen Merkmalen beschrieben werden. Auch die Durchführung der Kosten-Preis-Analyse ist in der zugrunde gelegten ökonomischen Forschung nicht weiter spezifiziert, sodass auch hier ohnehin ein Spielraum für weitere Konkretisierung verbleibt.¹²³⁴

5. Beispiel einer Regel

Auf Grundlage dieser Überlegungen können die Voraussetzungen in eine formale Regel umgesetzt werden, die wie folgt lautet:

- (I) Treuerabatte stellen eine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung dar, wenn diese Wettbewerber zum Schaden der Abnehmer behindern. Die Missbräuchlichkeit von Treuerabatten wird vermutet, wenn aufgrund von Skaleneffekten oder Fixkosten der bestreitbare Teil der Nachfrage nicht von Wettbewerbern kostendeckend bedient werden kann.
- (II) Treuerabatte sind dann nicht als missbräuchlich anzusehen, wenn das marktbeherrschende Unternehmen anhand einer Kosten-Preis-Analyse nachweisen kann, dass die Rabatte bezogen auf den bestreitbaren Teil der Nachfrage nicht dazu geführt haben, dass das marktbeherrschende Unternehmen unter Kosten angeboten hat.

III. Kritik an der Methode

Anhand des Anwendungsbeispiels lässt sich Kritik an der Methode formulieren.

Die Durchführung der Methode basiert auf vielen Voraussetzungen und Annahmen: der Maßstab der Missbrauchskontrolle muss feststehen, ein Regelungsbedarf ermittelt und passende ökonomische Forschung ausgewählt worden sein. Diese Annahmen sind notwendig, da die jeweiligen Punkte von Entscheidungen abhängig sind, die nicht alleine mit (rechts)wissenschaftlichen Methoden gelöst werden können. Die Setzung

1234 Vgl. ausführlich zur Umsetzung eines AEC-Tests *Rummel*, Rechtssicherheit bei der Anwendung des equally efficient competitor-Tests, 2015.

des relevanten Maßstabes obliegt der Kommission und den Gerichten. Wie bereits dargestellt, ist die Auswahl der „richtigen“ ökonomischen Forschung auf wissenschaftlicher Grundlage nicht möglich, da keine verbindlichen Kriterien hierfür gebildet werden können.¹²³⁵

Die Ermittlung des Regelungsbedarfes wiederum könnte zumindest teilweise einer wissenschaftlichen Methode zugänglich sein. Die Untersuchung dieser Voraussetzung liegt jedoch außerhalb der hier gestellten Forschungsfrage. In ihrer Bedeutung ist sie allerdings nicht zu unterschätzen und könnte noch in diese Methode als Vorfrage integriert werden.

Die Methode sieht sich auch dem Vorwurf ausgesetzt, dass sie einen künstlichen Prozess abbildet. Regelungen entstehen in einem längeren pluralen Prozess unter Einbindung verschiedenster Akteure. Die Methode versucht allerdings nicht, diesen gesamten Prozess abzubilden oder gar zu ersetzen. Sie ist vielmehr als Hilfestellung gedacht und kann von einzelnen Akteuren innerhalb dieses Prozesses durchgeführt werden, um sich systematisch einer guten Regelung anzunähern.

Zuletzt wird auch deutlich, dass die Methode nicht exakt ist. Selbst bei genauer Befolgung der Handlungsanweisungen ist nicht sichergestellt, dass die Methode immer die gleichen Ergebnisse erzielt. Bei der Umsetzung von ökonomischen Erkenntnissen in Regelungen wäre diese Erwartung aber illusorisch. Wie schon im Rahmen der optimalen Normkomplexität gezeigt, existiert zumindest gedanklich eine „optimale“ Regel, die sowohl die Normkomplexität als auch die Regelkonkretisierung optimal bestimmt und sodann auch die passgenauen juristischen Instrumente zur Umsetzung findet. Allerdings lassen sich alle hierfür relevanten Informationen nicht in der Genauigkeit bestimmen, dass diese Ermittlung möglich wäre. Auch die passgenaue Umsetzung wird daran scheitern, dass die juristischen Instrumente immer dazu führen, dass ein letzter Spielraum in der Interpretation und Anwendung verbleibt.

1235 S.o. E.I.2. und 3.b.

G. Ergebnis

Auf Grundlage der gewählten Methodik und der identifizierten Defizite der bisherigen Umsetzung ökonomischer Erkenntnisse ergibt sich die Antwort auf die anfangs gestellte Forschungsfrage: Wie können ökonomische Erkenntnisse bei der Auslegung und Konkretisierung des Missbrauchsverbots nach Art. 102 AEUV besser genutzt werden?

Aus dem Scheitern der Prioritätenmitteilung und des Maßstabes der Verbraucherwohlfahrt ergibt sich die Notwendigkeit, dass die Kommission erneut tätig wird und anhand von Leitlinien Art. 102 AEUV konkretisiert.

Extensive Einzelfall- und Auswirkungsanalysen können vermieden werden, wenn der Differenzierungsgrad von Rechtsnormen gezielt anhand eines Modells der optimalen Normkomplexität bestimmt wird. Der gewählte Komplexitätsgrad lässt sich anhand verschiedener juristischer Regelungsinstrumente umsetzen.

Wandel und Pluralismus in der Ökonomie sowie in den zu entscheidenden Fällen sollten bei der Formulierung abstrakter Regeln berücksichtigt werden. Regelungen sind insbesondere durch bewusste Generalisierung entsprechend auszugestalten.

Neben diesen Antworten auf die Forschungsfrage ist die eigens entwickelte inhaltlich strukturierende Entscheidungsanalyse ebenfalls ein Ergebnis der Arbeit. Diese kann für weitere Entscheidungsanalysen genutzt werden und ist gekoppelt an ein stärker formalisiertes methodisches Vorgehen, um die Forschung intersubjektiv nachvollziehbar und leichter überprüfbar zu machen. Die immer wieder angestellten grundlegenden Überlegungen, was Wissenschaft ausmacht und welche Grenzen ihr gesetzt sind, betreffen in der Arbeit vor allem das Verhältnis von Kartellrecht und Ökonomie. Sie regen aber auch dazu an, wissenschaftstheoretische Grundlagen in der Rechtswissenschaft stärker zu berücksichtigen.

Literaturverzeichnis

- Ackermann, Thomas*, Art. 85 Abs. 1 EGV und die rule of reason. Zur Konzeption der Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs, Köln u.a. 1997
- Ahlborn, Christian/Grave, Carsten*, Walter Eucken and Ordoliberalism: An Introduction from a Consumer Welfare Perspective, *Competition Policy International* 2006, S. 197–217
- Ahlborn, Christian/van Gerven, Gerwin/Leslie, William*, Bronner revisited: Google Shopping and the Resurrection of Discrimination Under Article 102 TFEU, *Journal of European Competition Law & Practice* 2022, S. 87–98
- Akman, Pinar*, Searching for the Long-Lost Soul of Article 82 EC, *Oxford Journal of Legal Studies* 2009, S. 267–303
- Akman, Pinar*, The Role of Exploitation in Abuse under Article 82 EC, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2009, S. 165–188
- Akman, Pinar*, The European Commission's Guidance on Article 102 TFEU: From Inferno to Paradiso?, *The Modern Law Review* 2010, S. 605–630
- Akman, Pinar*, The concept of abuse in EU competition law. Law and economic approaches, Oxford/Portland Oregon 2012
- Akman, Pinar*, The Reform of the Application of Article 102 TFEU: Mission Accomplished?, *Antitrust Law Journal* 2016, S. 145–208
- Akman, Pinar*, The theory of abuse in Google Search: A positive and normative assessment under EU competition law, *Journal of Law, Technology and Policy* 2017, S. 301–374
- Albæk, Svend*, Consumer Welfare in EU Competition Policy, 2013, https://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/consumer_welfare_2013_en.pdf (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Albers, Michael*, Der more economic approach bei Verdrängungsmisbräuchen – Zum Stand der Überlegungen der Europäischen Kommission, in: Ahrens, Bories/Behrens, Peter/Dietze, Philipp von (Hrsg.) *Marktmacht und Missbrauch*. Forum Wissenschaft und Praxis zum Internationalen Wirtschaftsrecht / Hamburger Forum Kartellrecht, Baden-Baden 2007, S. 11–26
- Allen, Jonathan P.*, *Technology and Inequality. Concentrated Wealth in a Digital World*, Cham 2017
- Arezzo, Emanuela*, Is There a Role for Market Definition and Dominance in an Effects-Based Approach?, 2007, <https://ssrn.com/abstract=964199> (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Arnall, Anthony*, Owning up to Fallibility: Precedent and the Court of Justice, *Common Market Law Review* 1993, S. 247–266
- Arrow, Kenneth J./Debreu, Gerard*, Existence of an Equilibrium for a Competitive Economy, *Econometrica* 22 (1954), S. 265

- Banasevic, Nicholas/Hellstrom, Per*, When the Chips are Down: Some Reflections on the European Commission's Intel Decision, *Journal of European Competition Law & Practice* 2010, S. 301–310
- Barthelmeß, Stephan*, Die Intel-Entscheidung des Europäischen Gerichts: Per se Missbräuchlichkeit von Ausschließlichkeitsrabatten unter Art.102 AEUV und eingeschränkte Bedeutung des „as-efficient-competitor“-Tests, *NZKart* 2014, S. 492–496
- Bechtold, Rainer/Bosch, Wolfgang*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (§§ 1-96, 185, 186): Kommentar, 10. Aufl., München 2021
- Beckner, C. Frederick/Salop, Steven C.*, Decision Theory and Antitrust Rules, *Antitrust Law Journal* 1999, S. 41–76
- BeckOK ZPO = Beck'scher Online-Kommentar ZPO, hrsg. v. *Vorwerk, Volkert/Wolf, Christian*, 42. Aufl., München 2021
- Behrens, Peter*, The Ordoliberal Approach To Controlling Dominant Undertakings In The European Union, *Wirtschaft und Wettbewerb* 2018, S. 354–361
- Behrens, Peter*, The ordoliberal concept of 'abuse' of a dominant position and its impact on Article 102 TFEU, in: Di Porto, Fabiana/Podszun, Rupprecht (Hrsg.) *Abusive practices in competition law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA 2018, S. 5–25
- Bejček, Josef*, Is there a conflict of goals between law and economics in the European competition law?, *Legal studies and practice journal* 2006, S. 370–384
- Belianin, Alexis*, Homo Oeconomicus and Homo Postoeconomicus, *Journal of the New Economic Association* 2017, S. 157–161
- Berelson, Bernard*, Content analysis in communication research, New York 1971
- Bien, Florian/Krah, Matthias*, The Ruling of the CJEU in Post Danmark. Putting an End to Selective Price Cuts as an Abuse Under TFEU Article 102 and Turning Towards a More Economic Approach, *European Competition Law Review* 2012, S. 482–487
- Bien, Florian/Rummel, Per*, Ende des More Economic Approach bei der Beurteilung von Rabattsystemen?, *EuZW* 2012, S. 737–740
- Böge, Ulf*, Der „more economic approach“ und die deutsche Wettbewerbspolitik, *WuW* 2004, S. 726–733
- Bogenreuther, Manuel*, Selbstbevorzugung auf Plattformmärkten. Eine systematische Einordnung des Falls Google Search (Shopping), Baden-Baden 2022
- Böhm, Franz*, Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, *ORDO* 17 (1966), S. 75–151
- Bolton, Patrick/Scharfstein, David S.*, A Theory of Predation Based on Agency Problems in Financial Contracting, *The American Economic Review* 1990, S. 93–106
- Bönisch, Peter/Inderst, Roman*, Zur Interpretation empirischer Evidenz vor Gericht. Missverständnisse und mögliche Lösungen, *ZWeR* 2020, S. 52–68
- Borlini, Leonardo*, Methodological Issues of the “More Economic Approach” to Unilateral Exclusionary Conduct. Proposal of Analysis Starting from the Treatment of Retroactive Rebates, *European Competition Journal* 2009, S. 409–449

- Botteman, Yves/Ewing, Kenneth*, Guidance on Enforcement Priorities Regarding Exclusionary Abuses: A Comparative Overview, 2009, https://econpapers.repec.org/article/cpiatchrn/2.1.2009_3ai=5202.htm (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Boumans, Marcel/Davis, John Bryan*, Economic methodology. Understanding economics as a science, 2. Aufl., London 2016
- Brugger, Winfried*, Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze, Archiv des öffentlichen Rechts Bd. 119 (1994), S. 1–34
- Budzinski, Oliver*, An Evolutionary Theory of Competition, 2004, <https://ssrn.com/abstract=534862> (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Budzinski, Oliver*, An Economic Perspective on the Jurisdictional Reform of the European Merger Control System, European Competition Journal 2006, S. 119–140
- Budzinski, Oliver*, Wettbewerbsfreiheit und More Economic Approach: wohin steuert die Europäische Wettbewerbspolitik?, Marburger volkswirtschaftliche Beiträge, 2007, <http://hdl.handle.net/10419/29859> (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Budzinski, Oliver*, Monoculture versus diversity in competition economics, Cambridge Journal of Economics 2008, S. 295–324
- Budzinski, Oliver*, Modern industrial economics: open problems and possible limits, in: Drexel, Josef/Kerber, Wolfgang/Podszun, Rupperecht (Hrsg.) Competition policy and the economic approach. Foundations and limitations, Cheltenham, UK, Northampton, MA 2011, S. 111–138
- Budzinski, Oliver*, Empirische Ex-Post Evaluation wettbewerbspolitischer Entscheidungen: Methodische Anmerkungen, in: Theurl, Theresia (Hrsg.) Empirische Institutionenökonomik. Konzeptionelle Fragen und Anwendungen, 2012, S. 45–72
- Bundeskartellamt*, Written Statement of the German Bundeskartellamt and the German Ministry of Economics and Technology on the DG Competition discussion paper on the Application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 2006, <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Stellungnahmen/Stellungnahme%20-%20On%20the%20Application%20of%20Article%2082%20of%20the%20Treaty%20to%20exclusionary%20abuses.pdf> (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Carli, Cecilia/Pardolesi, Roberto*, Intel and the Tale of Rebates: The (More) Economic Approach to the Rescue!, 2017, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3089489 (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Chirita, Anca Daniela*, Undistorted, (Un)fair Competition, Consumer Welfare and the Interpretation of Article 102 TFEU, World Competition 2010, S. 417–436
- Christiansen, Arndt/Kerber, Wolfgang*, Competition Policy with Optimally Differentiated Rules Instead of ‚Per Se Rules vs. Rule of Reason‘, Journal of Competition Law & Economics 2006, S. 215–244
- Claassen, Rutger/Gerbrandy, Anna*, Rethinking European Competition Law: From a Consumer Welfare to a Capability Approach, Utrecht Law Review 2016, S. 1–15
- Clark, Maurice John*, Toward a Concept of Workable Competition, The American Economic Review 1940, S. 241–256
- Colangelo, Giuseppe/Maggiolino, Mariateresa*, Intel and the Rebirth of the Economic Approach to EU Competition Law, IIC 2018, S. 685–699

- Competition Law Forum's Article 82 Review Group*, Comments on the DG-Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 to Exclusionary Abuses, 2006, <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/054.pdf> (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Cosma, Hakon/Wish, Richard*, Soft Law in the Field of EU Competition Policy, *European Business Law Review* 2003, S. 25–56
- Crémer, Jacques/Montjoye, Yves-Alexandre de/Schweitzer, Heike*, Competition policy for the digital era, Luxembourg 2019
- Cseres, Kati*, The Controversies of the Consumer Welfare Standard, *The Competition Law Review* 2007, S. 121–173
- Daskalova, Victoria*, Consumer Welfare in EU Competition Law: What is It (Not) About?, *The Competition Law Review* 2015, S. 131–160
- DG Competition*, Best practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of articles 101 and 102 TFEU and in merger cases. Staff working paper, 2011, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/best_practices_submission_en.pdf (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Diez, Fernando*, Article 82, sector-specific regulation, Microsoft and Telefonica: really a new economic understanding of abusive practices under EC law?, 2011, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1831109 (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Diez, Fernando*, Promoting Competition in Digital Markets; A Case Against the Google Case, and the Futile Search of 'Neutrality' in On-Line Searches, 2015, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2691058 (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Dittert, Daniel*, Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung: auf dem Weg zu einem „more economic approach“ in der Rechtsprechung des EuGH? Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 27. März 2012, Rs. C-209/10 (Post Danmark), *European Competition Journal* 2012, S. 570–583
- Doern, Bruce*, A Political-Institutional Framework for the Analysis of Competition Policy Institutions, *Governance* 1995, S. 195–217
- Duso, Tomaso/Gugler, Klaus/Yurtoglu, Burcin B.*, How Effective is European Merger Control? 2006
- Dworkin, Ronald*, Hard Cases, *Harvard Law Review* 1975, S. 1057–1109
- EAGCP*, An economic approach to Article 82, 2005, https://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Edlin, Aaron S.*, Stopping Above-Cost Predatory Pricing, *The Yale Law Journal* 2002, S. 941–991
- Eichler, Hermann*, *Gesetz und System*, Berlin 1970
- Eidenmüller, Horst*, *Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*, 4. Aufl., Tübingen 2015
- Eißler, Ralph*, *Economic Evidence. Beweise und Beweislast in der Europäischen Fusionskontrolle*, Köln 2010
- Eser, Albin/Kubiciel, Michael*, Art. 47 GRCh, in: Meyer, Jürgen/Hölscheidt, Sven/Bernsdorff, Norbert/Borowsky, Martin/Eser, Albin/Giesecke, Bettina (Hrsg.) *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 5. Aufl., Baden-Baden u.a. 2019

- Eucken, Walter*, Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung, ORDO 2 (1949), S. 1–99
- Europäische Kommission*, Grünbuch vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, 1997, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:51996DC0721&from=EN> (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Europäische Kommission*, Grünbuch über die Revision der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates, 2001, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001DC0745&from=de> (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Europäische Kommission*, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 2005, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf> (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Europäische Kommission*, Antitrust Manual of Procedures, 2012, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/antitrust_manproc_3_2012_en.pdf (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Europäische Kommission*, Evaluating laws, policies and funding programmes, 2021, https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/evaluating-and-improving-existing-laws/evaluating-laws_en#evaluationorfitnesscheck (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Ezrachi, Ariel*, The European Commission Guidance on Article 82 EC - The Way in Which Institutional Realities Limit the Potential for Reform, 2009, <http://ssrn.com/abstract=1463854> (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Ezrachi, Ariel*, Sponge, Journal of Antitrust Enforcement 2017, S. 49–75
- Farrell, Joseph/Katz, Michael L.*, The Economics of Welfare Standards in Antitrust, Competition Policy International 2006, S. 3–28
- Federico, Giulio*, The Antitrust Treatment of Loyalty Discounts in Europe: Towards a more Economic Approach, Journal of European Competition Law & Practice 2011, S. 277–284
- Fernández, Cani*, Presumptions and Burden of Proof in EU Competition Law: The Intel Judgment, Journal of European Competition Law & Practice 2019, S. 448–456
- Feyerabend, Paul K.*, Against method, 3. Aufl., London 2002
- Fox, Eleanor M.*, “We Protect Competition, You Protect Competitors”, World Competition 2003, S. 149–165
- Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV Band III, hrsg. v. *Pechstein, Matthias/Nowak, Carsten/Häde, Ulrich*, Tübingen 2017
- Frenz, Walter*, Abschied vom more economic approach, WRP 2013, S. 428–435
- Frenz, Walter/Ehlenz, Christian*, Defizitäre gerichtliche Wettbewerbskontrolle durch More-economic-Approach und Vermutungen?, EuR 2010, S. 490–516
- Friedman, Milton*, „Comment“ on : A Test of an Econometric Model for the United States, 1921-1947 by Carl Christ, in: Universities-National Bureau (Hrsg.) Conference on Business Cycles, Cambridge, MA 1951, S. 107–114
- Friedman, Milton*, The methodology of positive economics, in: Hausman, Daniel M. (Hrsg.) The philosophy of economics, 2. Aufl., Cambridge 1994, S. 3–16
- Früh, Werner*, Inhaltsanalyse. Theorie und Praxis, 8. Aufl., Konstanz/München 2015

- Fumagalli, Chiara/Calcagno, Claudio/Motta, Massimo*, Exclusionary Practices. The economics of monopolisation and abuse of dominance, Cambridge 2018
- Fumagalli, Chiara/Motta, Massimo*, A Simple Theory of Predation, *The Journal of Law and Economics* 2013, S. 595–631
- Funk, Michael/Jaag, Christian*, The more economic approach to predatory pricing, *Journal of Competition Law & Economics* 2018, S. 292–310
- Galle, René*, Ein wirtschaftlicher Ansatz im Kartellrecht. Ein Rechtsvergleich zwischen dem europäischen Wettbewerbsrecht unter dem Einfluss des ‚more economic approach‘ und dem US-amerikanischen Kartellrecht, Baden-Baden 2010
- Gaudin, Germain/Mantzari, Despoina*, Google Shopping and the As-Efficient-Competitor Test: Taking Stock and Looking Ahead, *Journal of European Competition Law & Practice* 2022, S. 125–135
- Geradin, Damien*, Is the Guidance Paper on the Commission’s Enforcement Priorities in Applying Article 102 TFEU to Abusive Exclusionary Conduct Useful?, 2010, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1569502 (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Geradin, Damien*, The Decision of the Commission of 13 May 2009 in the Intel case: Where is the Foreclosure and Consumer Harm?, *Journal of European Competition Law & Practice* 2010, S. 112–122
- Geradin, Damien*, Loyalty Rebates after Intel. Time for the European Court of Justice to Overrule Hoffman-La Roche, *Journal of Competition Law & Economics* 2015, S. 579–615
- Geradin, Damien/O’Donoghue, Robert*, Papering Over the Cracks: The GCEU Judgment in Case T-851/14 Slovak Telekom v Commission, 2019, <https://ssrn.com/abstract=3328476> (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Gerber, David J.*, Anthropology, History and the “More Economic Approach” in European Competition Law – A Review Essay, *IIC* 2010, S. 441–449
- Gerbrandy, Anna*, Rethinking Competition Law within the European Economic Constitution, *Journal of Common Market Studies* 2019, S. 127–142
- Gibbard, Allan/Varian, Hal R.*, Economic Models, *The Journal of Philosophy* 1978, S. 664–677
- Gormsen, Liza Lovdahl*, The Conflict Between Economic Freedom and Consumer Welfare in the Modernisation of Article 82 EC, *European Competition Journal* 2007, S. 329–344
- Gormsen, Liza Lovdahl*, A principled approach to abuse of dominance in European competition law, Cambridge 2010
- Gormsen, Liza Lovdahl*, Why the European Commission’s Enforcement Priorities on Article 82 EC Should Be Withdrawn, 2010, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2400402 (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Groh, Gunnar*, Beweislast, in: Weber, Klaus (Hrsg.) *Rechtswörterbuch*, 27. Aufl., München 2021
- Groh, Gunnar*, Vermutung, in: Weber, Klaus (Hrsg.) *Rechtswörterbuch*, 27. Aufl., München 2021

- Haberer, Anno*, Die Intel-Entscheidung des EuGH. Konkretisierung der Rechtsprechung zu Ausschließlichkeitsrabatten, *WuW* 2017, S. 526–529
- Habermas, Jürgen*, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 7. Aufl., Frankfurt am Main 2019
- Häder, Michael*, Empirische Sozialforschung. Eine Einführung, 4. Aufl., Wiesbaden 2019
- Hall, Mark A./Wright, Ronald F.*, Systematic Content Analysis of Judicial Opinions, *California Law Review* 2008, S. 63–122
- Hammer, Peter T./Sage, William M.*, Antitrust, Health Care Quality, and the Courts, *Columbia Law Review* 2002, S. 545–649
- Handbuch des Kartellrechts, hrsg. v. *Wiedemann, Gerhard*, 3. Aufl., München 2020
- Haucap, Justus*, Akzo Chemie BV: Preismisbrauch eines Marktbeherrschers bei Verkauf unter variablen Kosten zur Konkurrenzausschaltung, *Wirtschaft und Wettbewerb* 2021, S. 448–450
- Hay, Bruce*, Allocating the Burden of Proof, *Indiana Law Journal* 1997, S. 651–679
- Hayek, Friedrich A. von*, The Constitution of Liberty, Chicago 1960
- Hayek, Friedrich A. von*, Freiburger Studien: Gesammelte Aufsätze, Tübingen 1969
- Heidrich, Thomas*, Das evolutiv-systemtheoretische Paradigma in der Wettbewerbstheorie. Alternatives Denken zu dem More Economic Approach, Baden-Baden 2009
- Hempel, Rolf*, Private Follow-on-Klagen im Kartellrecht, *WuW* 2005, S. 137–146
- Herdzina, Klaus*, Wettbewerbspolitik, Stuttgart 1999
- Heyer, Ken*, A World of Uncertainty. Economics and the Globalization of Antitrust, *Antitrust Law Journal* 2005, S. 375–422
- Hildebrand, Doris*, Der „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik, *WuW* 2005, S. 513–520
- Hildebrand, Doris*, The role of economic analysis in EU competition law. The European school, 4. Aufl., Alphen aan den Rijn 2016
- Hofmann, Herweg C.H.*, Negotiated and non-negotiated administrative rule-making. The example of EC competition policy, *Common Market Law Review* 43 (2006), S. 153–178
- Holmes, Simon*, How Sustainability Can be Taken Into Account in Every Area of Competition Law, in: *Holmes, Simon/Middelschulte, Dirk/Snoep, Martijn/Ahmad, Sonia/Timmermans, Frans/Kingston, Suzanne* (Hrsg.) *Competition law, climate change & environmental sustainability*, New York 2021, S. 3–13
- Hopmann, Erich*, Wettbewerb als Norm der Wettbewerbspolitik, *ORDO* 18 (1967), S. 77–94
- Hopmann, Erich*, Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, Berlin 1968
- Hopmann, Erich*, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, Baden-Baden 1988
- Hovenkamp, Herbert J.*, The Harvard and Chicago Schools and the Dominant Firm, 2007, https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2773&context=faculty_scholarship (zuletzt geprüft am 31.5.2022)

- Iacovides, Marios C./Vrettos, Christos*, Radical For Whom? Unsustainable Business Practices as Abuses of Dominance, in: Holmes, Simon/Middelschulte, Dirk/Snoep, Martijn/Ahmad, Sonia/Timmermans, Frans/Kingston, Suzanne (Hrsg.) Competition law, climate change & environmental sustainability, New York 2021, S. 91–103
- Ibáñez, Pablo Colomo*, Intel and Article 102 TFEU Case Law. Making Sense of a Perpetual Controversy, 2014, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2530878 (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Ibáñez, Pablo Colomo*, The Future of Article 102 TFEU after Intel, 2018, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3125468 (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Ibáñez, Pablo Colomo*, Case T-286/09 RENV, Intel v Commission, or the sign of an effective competition law system, 2022, <https://chillingcompetition.com/2022/01/28/case-t%E2%80%91286-09-renv-intel-v-commission-or-the-sign-of-an-effective-competition-law-system/of-an-effective-competition-law-system> (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Ilzkovitz, Fabienne*, Ex Post Economic Evaluation of Competition Policy. The EU Experience, Alphen aan den Rijn 2020
- Ilzkovitz, Fabienne/Dierx, Adriaan*, Ex-post economic evaluation of competition policy: The EU experience, 2020, <https://voxeu.org/article/ex-post-economic-evaluation-competition-policy-eu> (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Immenga/Mestmäcker Band 1: EU = Wettbewerbsrecht Band 1: EU, hrsg. v. *Körber, Torsten/Schweitzer, Heike/Zimmer, Daniel*, 6. Aufl., München 2019
- Immenga/Mestmäcker Band 2: GWB = Wettbewerbsrecht Band 2: GWB, hrsg. v. *Körber, Torsten/Schweitzer, Heike/Zimmer, Daniel*, 6. Aufl., München 2020
- Immenga/Mestmäcker Band 3: Fusionskontrolle = Wettbewerbsrecht Band 3: Fusionskontrolle, hrsg. v. *Körber, Torsten/Schweitzer, Heike/Zimmer, Daniel*, 6. Aufl., München 2020
- Joskow, Paul L.*, Transaction Cost Economics, Antitrust Rules and Remedies, *Journal of Law, Economics, and Organization* 2002, S. 95–116
- Kadar, Massimiliano*, Article 102 and Exclusivity Rebates in a Post-Intel World: Lessons from the Qualcomm and Google Android Cases, *Journal of European Competition Law & Practice* 2019, S. 439–447
- Kalintiri, Andriani*, Evidence standards in EU competition enforcement. The EU approach, Oxford/New York 2019
- Kaplow, Louis*, A Model of the Optimal Complexity of Legal Rules, *The Journal of Law, Economics, and Organization* 1995
- Kaplow, Louis*, On the Choice of Welfare Standards in Competition Law, 2011, <https://papers.ssrn.com/abstract=1873432> (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Kaplow, Louis*, Market definition, market power, *International Journal of Industrial Organization* 2015, S. 148–161
- Kaplow, Louis*, On The Relevance of Market Power, *Harvard Law Review* 2017, S. 1303–1407
- Kartellrecht. Europäisches und Deutsches Kartellrecht, hrsg. v. *Loewenheim, Ulrich/Meessen, Karl Matthias/Riesenkampff, Alexander/Kersting, Christian/Meyer-Lindemann, Hans Jürgen*, 4. Aufl., München 2020

- Kartellrecht Band 2: Europäisches Kartellrecht, hrsg. v. *Bunte, Herman-Josef*, 13. Aufl., München 2018
- Katsoulacos, Yannis/Avdasheva, Svetlana/Golovanova, Svetlana*, Legal standards and the role of economics in Competition Law enforcement, *European Competition Journal* 2016, S. 277–297
- Keller, Matthias*, Kampfpreisstrategien — Aktuelle Entwicklungen im Lichte des More Economic Approach. Von AKZO über Tetra Pak und Wanadoo Interactive bis hin zur Prioritätenmitteilung, *Würzburger Arbeiten zum Wirtschaftsrecht* 2012, Bd. 2, S. 1–44
- Kelsen, Hans*, Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik (Studienausgabe der 1. Auflage 1934), Tübingen 2008
- Kerber, Wolfgang*, ‘Rules vs. Standards’ or Standards as Delegation of Authority for Making (Optimally Differentiated) Rules, in: *Eger, Thomas/Bigus, Jochen/Ott, Claus/Wangenheim, Klaus von* (Hrsg.) *Internationalisierung des Rechts und seine ökonomische Analyse. Internationalization of the law and its economic analysis*; Festschrift für Hans-Bernd Schäfer zum 65. Geburtstag, Wiesbaden 2008, S. 489–498
- Kersting, Christian*, Perspektiven der privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht, *ZWeR* 2008, S. 252–271
- Kersting, Christian*, Die neue Richtlinie zur privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht, *WuW* 2014, S. 564–574
- Khan, Lina*, The New Brandeis Movement: America’s Antimonopoly Debate, *Journal of European Competition Law & Practice* 2018, S. 131–132
- Kirchgässner, Gebhard*, The role of homo oeconomicus in the political economy of James Buchanan, *Constitutional Political Economy* 2014, S. 2–17
- Kirchner, Christian*, Goals of Antitrust and Competition Law Revisited, in: *Schmidtchen, Dieter/Albert, Max/Voigt, Stefan* (Hrsg.) *The more economic approach to European competition law*, Tübingen 2007, S. 7–27
- Konrad, Maximilian*, Das Gemeinwohl, die öffentliche Meinung und die fusionsrechtliche Ministererlaubnis, Berlin 2019
- Kovacic, William E.*, Using Ex Post Evaluations to Improve the Performance of Competition Policy Authorities, *Journal of Corporation Law* 2006, S. 503–547
- Kreifels, Stephan*, Die Prioritätensetzung der Europäischen Kommission beim Aufgreifen kartellrechtlicher Fälle. Eine Analyse der Rejection Decisions, Baden-Baden 2019
- Kreps, David M./Wilson, Robert*, Reputation and imperfect information, *Journal of Economic Theory* 1982, S. 253–279
- Krippendorff, Klaus*, Content analysis. An introduction to its methodology, 3. Aufl., Los Angeles u.a. 2013
- Krueger, Anne O.*, The Political Economy of the Rent-Seeking Society, *The American Economic Review* 1974, S. 291–303
- Krugman, Paul R./Wells, Robin*, *Economics*, New York 2018
- Kuckartz, Udo*, *Qualitative Inhaltsanalyse*, 4. Aufl., Weinheim 2012
- Kuhn, Thomas S.*, *The Structure of Scientific Revolutions*, 2. Aufl., Chicago 2021

- Künzler, Adrian*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? Zur Frage nach den Aufgaben des Rechts gegen private Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 2012
- Laband, David N./Tollison, Robert D.*, Dry Holes in Economic Research, *Kyklos* 2003, S. 161–173
- Lademann, Rainer P.*, Zur Methodologie des more economic approach im Kartellrecht, in: Bechtold, Stefan/Jickeli, Joachim/Rohe, Mathias (Hrsg.) *Recht, Ordnung und Wettbewerb*. Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel, Baden-Baden 2011, S. 381–394
- Lakatos, Imre*, The Methodology of Scientific Research Programmes, *Philosophical Papers* 1977, S. 170–196
- Lamadrid, Alfonso*, Is the Guidance Paper on Article 102 binding on the European Commission?, 2018, <https://chillingcompetition.com/2018/03/15/is-the-guidance-paper-on-article-102-binding-on-the-european-commission/> (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Lasok, Karol P. E./Lasok, Dominik*, Law and institutions of the European Union, 7. Aufl., London 2001
- Leber, Marius*, Dynamische Effizienzen in der EU-Fusionskontrolle, Dissertation
- Lübbig, Thomas*, Weniger Ökonomie wagen, *NZKart* 2019, S. 513–514
- Mahoney, Paul G./Sanchirico, Chris William*, General and Specific Legal Rules, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 2005, S. 329–346
- Marsden, Philip/Podszun, Rupprecht*, Restoring Balance to Digital Competition. Sensible Rules, Effective Enforcement, 2020, <https://www.kas.de/en/single-title/-/content/restoring-balance-to-digital-competition-sensible-rules-effective-enforcement> (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Marty, Frédéric*, As-Efficient Competitor Test in Exclusionary Prices Strategies: Does Post-Danmark Really Pave the Way towards a More Economic Approach?, 2013, <http://www.gredeg.cnrs.fr/working-papers/GREDEG-WP-2013-26.pdf> (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Marty, Frédéric*, Towards an economics of convention-based approach of the European competition policy, *Historical Social Research* 2015, S. 94–111
- Mayring, Philipp*, Qualitative Inhaltsanalyse, *Forum Qualitative Sozialforschung / Forum: Qualitative Social Research*, Vol 1, No 2 (2000): Qualitative Methods in Various Disciplines I: Psychology 2000
- Mayring, Philipp*, Qualitative Inhaltsanalyse, 2000, https://www.ph-freiburg.de/fileadmin/dateien/fakultaet3/sozialwissenschaft/Quasus/Volltexte/2-00mayring-d_qualitativeInhaltsanalyse.pdf (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Mayring, Philipp*, Qualitative Content Analysis. Theoretical Foundation, Basic Procedures and Software Solution, 2014, <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0168-ssoar-395173> (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Mayring, Philipp*, Qualitative Inhaltsanalyse. Grundlagen und Techniken, 12. Aufl., Weinheim 2015

- McCloskey, *Deirdre N.*, *The Rhetoric of Economics*, 2. Aufl., Madison 1998
- McCloskey, *Deirdre N.*, *The Rhetoric of This Economics*, in: Hausman, Daniel M. (Hrsg.) *The philosophy of economics. An anthology*, 3. Aufl., New York 2008, S. 415–430
- McGee, *John S.*, *Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N. J.) Case*, *The Journal of Law and Economics* 1958, S. 137–169
- Mestmäcker, *Ernst-Joachim*, *Die Interdependenz von Recht und Ökonomie in der Wettbewerbspolitik*, in: Monopolkommission (Hrsg.) *Zukunftsperspektiven der Wettbewerbspolitik. Colloquium anlässlich des 30-jährigen Bestehens der Monopolkommission am 5. November 2004 in der Humboldt-Universität zu Berlin, Baden-Baden 2005*, S. 19–35
- Mestmäcker, *Ernst-Joachim/Schweitzer, Heike*, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 3. Aufl., München 2014
- Milgrom, *Paul/Roberts, John*, *Predation, reputation, and entry deterrence*, *Journal of Economic Theory* 1982, S. 280–312
- Mill, *John Stuart*, *Essays On Some Unsettled Questions Of Political Economy. Essay V: On The Definition of Political Economy; And On The Method Of Investigation Proper To It*, Kitchener 1874
- Molestina, *Julia/Picht, Peter*, *Conditional Rebate Schemes and the More Economic Approach: Back to the Future?*, IIC 2015, S. 203–211
- Möschel, *Wernhard*, *Der Missbrauch marktbeherrschender Stellungen nach Art. 82 EG-Vertrag und der „More Economic Approach“*, JZ 2009, S. 1040–1045
- Möslein, *Florian/Röthel Anne*, § 11 Die Konkretisierung von Generalklauseln, in: Riesenhuber (Hrsg.) *Europäische Methodenlehre*, 2021, Berlin/Boston, S. 323–349
- MüKo-StPO Band 2 = Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung. Band 2, hrsg. v. *Schneider, Hartmut*, München 2016
- MüKo-Wettbewerbsrecht: EU = Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht: Band 1: *Europäisches Wettbewerbsrecht*, hrsg. v. *Montag, Frank/Säcker, Franz Jürgen/Bien, Florian/Meier-Beck, Peter*, 3. Aufl., München
- MüKo-ZPO = Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, hrsg. v. *Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas*, 6. Aufl., München 2020
- Nihoul, *Paul*, *The Ruling of the General Court in Intel: Towards the End of an Effect-based Approach in European Competition Law?*, *Journal of European Competition Law & Practice* 2014, S. 521–530
- Nuccio, *Massimiliano/Guerzoni, Marco*, *Big data: Hell or heaven? Digital platforms and market power in the data-driven economy*, *Competition & Change* 2019, S. 312–328
- O'Donoghue, *Robert/Padilla, Atilano Jorge*, *The law and economics of article 102 TFEU*, Oxford u.a. 2020
- Orbach, *Barak*, *The antitrust consumer welfare paradox*, *Journal of Competition Law & Economics* 2011, S. 133–164
- Partha, *Dasgupta/David, Paul A.*, *Toward a new economics of science*, *Research Policy* 1994, S. 487–521

- Paul, Thomas, Behinderungsmissbrauch nach Art. 82 EG und der „more economic approach“, Köln 2008
- Pera, Alberto, Changing Views of Competition and EC Antitrust Law, 2008, <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.5235/ecj.v4n1.127> (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Pera, Alberto/Auricchio, Vito, Consumer Welfare, Standard of Proof and the Objectives of Competition Policy, *European Competition Journal* 2005, S. 153–177
- Pereira, João Cardoso, Intel and the Abuse of Dominant Position: the General Court Upholds the Highest Fine Imposed on a Single Company for a Competition Law Infringement, *European Law Reporter* 2014, S. 204–209
- Petit, Nicolas, From Formalism to Effects? – The Commission’s Communication on Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC, 2009 (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Petit, Nicolas, Intel, Leveraging Rebates and the Goals of Article 102 TFEU, 2015, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2567628 (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Petit, Nicolas, Rebates and Article 102 TFEU: The European Commission’s Duty to Apply the Guidance Paper, 2015, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2695732 (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Podszun, Rupprecht, Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte. Evolution und Legitimation der Rechtsprechung in deregulierten Branchen, Tübingen 2014
- Podszun, Rupprecht, The Role of Economics in Competition Law. The “effects-based approach” after the Intel-judgment of the CJEU, *EuCML* 2018, S. 57–65
- Podszun, Rupprecht, Regelsetzung durch Gerichte als evolutionärer Prozess. Von Darwin zur Dashcam, in: Möslin, Florian (Hrsg.) *Regelsetzung im Privatrecht*, Tübingen 2019, S. 255–299
- Pohlmann, Petra, Normtatsachen im Kartellzivilprozess - Am Beispiel der Kosten-Preis-Schere, in: Bruns, Alexander/Kern, Christoph/Münch, Joachim/Piekenbrock, Andreas/Stadler, Astrid/Tsikrikas, Dimitrios (Hrsg.) *Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag*, Tübingen 2013, S. 435–454
- Polinsky, A. Mitchell/Shavell, Steven, Legal Error, Litigation, and the Incentive to Obey the Law, *The Journal of Law, Economics, and Organization* 1989, S. 99–108
- Popper, Karl R., *Logik der Forschung*, 11. Aufl., Tübingen 2005
- Posner, Richard A., *An Economic Approach to the Law of Evidence*, 1999, http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=165176 (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Rhinow, René Artur, *Rechtsetzung und Methodik. Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung*, Basel & Stuttgart 1979
- Ritter, Cyril, Presumptions in EU Competition Law, 2017, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2999638 (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Rizzo, Andrea, The Judgement of the General Court in Intel, *Italian Antitrust Review* 2014, S. 250–255
- Roeller, Lars-Hendrik/Stehmann, Oliver, The Year 2005 at DG Competition: The Trend towards a More Effects-Based Approach, *Review of Industrial Organization* 2006, S. 81–304

- Röller, Lars-Hendrik, Economic Analysis and Competition Policy Enforcement in Europe, in: van Bergeijk, Peter A. G./Kloosterhuis, Erik (Hrsg.) *Modelling European mergers. Theory, competition policy and case studies*, Cheltenham 2005
- Röpke, Wilhelm, *A Humane Economy*, Chicago 1960
- Röthel, Anne, *Normkonkretisierung im Privatrecht*, Tübingen 2020
- Rummel, Per, *Rechtssicherheit bei der Anwendung des equally efficient competitor-Tests. Der more economic approach der europäischen Missbrauchsaufsicht auf dem Prüfstand*, Baden-Baden 2015
- Samà, Danilo, *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, <https://ssrn.com/abstract=2425100> (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Samuels, Warren J., *Economics as discourse. An analysis of the language of economists*, Boston 1990
- Schmidt, André, *Wie ökonomisch ist der „more economic approach“? Einige kritische Anmerkungen aus ordnungsökonomischer Sicht*, 2006, <https://www.ssoar.info/ssoar/handle/document/41860> (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Schmidt, André, *Per-se-Rule, Rule of Reason und der „more economic approach“*, 2007, <http://hdl.handle.net/10419/32147> (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Schmidt, André/Voigt, Stefan, *Der „more economic approach“ in der Missbrauchsaufsicht*, WuW 2006, S. 1097–1106
- Schmidt, André/Voigt, Stefan, *Bessere europäische Wettbewerbspolitik durch den „more economic approach“? Einige Fragezeichen nach den ersten Erfahrungen*, ORDO (58) 2007, S. 33–50
- Schmidt, Ingo/Haucap, Justus, *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht. Eine interdisziplinäre Einführung*, 10. Aufl., München 2013
- Schmidtchen, Dieter, *Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik: Für einen „more economic approach“*, 2004, <http://hdl.handle.net/10419/23071> (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Schmidtchen, Dieter, *Der „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik*, WuW 2006, S. 6–17
- Schmidtchen, Dieter, *Fehlurteile über den „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik*, WuW 2006, S. 707
- Schönke/Schröder *Strafgesetzbuch. Kommentar*, hrsg. v. Schröder, Horst, 30. Aufl., München 2019
- Schroeder, Dirk, *Normative and Institutional Limitations to a More Economic Approach*, in: Drexl, Josef/Kerber, Wolfgang/Podszun, Rupperecht (Hrsg.) *Competition policy and the economic approach. Foundations and limitations*, Cheltenham, UK, Northampton, MA 2011, S. 279–290
- Schweitzer, Heike, *The History, Interpretation and Underlying Principles of Sec. 2 Sherman Act and Art. 82 EC*, in: Ehlermann, Claus-Dieter/Marquis, Mel (Hrsg.) *European competition law annual. 2007: A reformed approach to Article 82 EC*, Oxford 2008, S. 119–164

- Schweitzer, Heike /Gutmann, Frederik, Unilateral Practices in the digital market: An overview of EU and national case law, 2021, <https://www.concurrences.com/en/bulletin/special-issues/unilateral-practices-in-the-digital-market/new-article-no101045> (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Schweitzer, Heike/Haucap, Justus/Kerber, Wolfgang/Welker, Robert, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, <https://www.bmwj.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen.pdf?> (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Shapin, Steven/Schaffer, Simon, Leviathan and the air-pump. Hobbes, Boyle, and the experimental life, Princeton, NJ 1985
- Sieckmann, Jan-R., Semantischer Normbegriff und Normbegründung, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 1994, S. 227–245
- Smith, Adam, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations. The Glasgow edition of the works and correspondence of Adam Smith, Oxford 1997
- Ştefan, Oana Andreea, European Competition Soft Law in European Courts: A Matter of Hard Principles?, European Law Journal 2008, S. 753–772
- Stegmüller, Wolfgang, Theorie und Erfahrung, Berlin, Heidelberg 1970
- Stigler, George J., Die vollständige Konkurrenz im historischen Rückblick, in: Herdzina, Klaus (Hrsg.) Wettbewerbstheorie, Köln 1975, 30 ff.
- Stück, Hege, Subsumtion und Abwägung, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 1998, S. 405–419
- Temple Lang, John, Article 82 EC - The Problems and the Solution, 2009, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1467747 (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Urbina, Dante A./Ruiz-Villaverde, Alberto, A Critical Review of Homo Economicus from Five Approaches, American Journal of Economics and Sociology 2019, S. 63–93
- Vaheesan, Sandeep, The Twilight of the Technocrats' Monopoly on Antitrust?, The Yale Law Journal 2017-2018, S. 980–995
- van Cleynenbreugel, Pieter, Presumptions and short-cut rules in abuse regulation. (where) do EU and US antitrust approaches meet?, in: Di Porto, Fabiana/Podszun, Rupperecht (Hrsg.) Abusive practices in competition law, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA 2018, S. 47–67
- van Dalen, Hendrik P./Klamer, Arjo, Is Science A Case of Wasteful Competition?, Kyklos 2005, S. 395–414
- van Wijck, Peter, Loyalty rebates and the more economic approach to EU competition law, European Competition Journal 2021, S. 1–22
- Vanberg, Viktor J., Konstitutionenökonomische Überlegungen zum Konzept der Wettbewerbsfreiheit, ORDO 52 (2001), S. 37–62
- Vanberg, Viktor J., Consumer welfare, total welfare and economic freedom - on the normative foundations of competition policy, in: Drexl, Josef/Kerber, Wolfgang/Podszun, Rupperecht (Hrsg.) Competition policy and the economic approach. Foundations and limitations, Cheltenham, UK, Northampton, MA 2011, S. 44–71
- Verein Ernst Mach, Wissenschaftliche Weltauffassung. Der Wiener Kreis, Wien 1929

- Vickers, John*, Abuse of market power, Speech to the 31st conference of the European Association for Research in Industrial Economics, 2004, https://www.biicl.org/files/1407_vickers.pdf (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Voigt, Stefan/Schmidt, André*, Making European merger policy more predictable, Dordrecht 2005
- Walker, Jill*, Economic analysis in merger investigations, 2020, <https://www.oecd.org/daf/competition/economic-analysis-in-merger-investigations-2020.pdf> (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Werden, Gregory J.*, Essays on Consumer Welfare and Competition Policy, 2009, <https://ssrn.com/abstract=1352032> (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Wernicke, Stephan*, Das Intel-Urteil des EuG – ein Lehrstück dogmatischer Kontinuität, EuZW 2015, S. 19–23
- Wernicke, Stephan*, Wettbewerbsrecht: Keine Geldbuße wegen Missbrauchs marktbeherrschender Stellung, EuZW 2017, S. 850–861
- Whish, Richard*, Intel v Commission: Keep Calm and Carry on!, Journal of European Competition Law & Practice 2015, S. 1–2
- Wils, Wouter P.J.*, The Judgment of the EU General Court in Intel and the So-Called ‚More Economic Approach‘ to Abuse of Dominance, 2014, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2498407 (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Wingerter, Eugen*, Abgrenzung des relevanten Marktes: notwendig, nützlich, überflüssig? Eine interdisziplinäre Untersuchung der Bedeutung der Marktabgrenzung und des ökonomischen Konzepts der Marktmacht für die Bestimmung der beherrschenden Stellung eines Unternehmens gemäß Art. 102 AEUV, Baden-Baden 2016
- Wirtz, Markus M./Möller, Silke*, Das Diskussionspapier der Kommission zur Anwendung von Art. 82 EG auf Behinderungsmisbräuche, WuW 2006, S. 226–234
- Wish, Richard*, Regulation 2790/99: The Commission’s „New Style“ Block Exemptions for Vertical Agreements, Common Market Law Review 2000, S. 887–924
- Witt, Anne C.*, The more economic approach to EU antitrust law, Oxford UK/Portland, Oregon 2016
- Witt, Anne C.*, The European Court of Justice and the More Economic Approach – Is the Tide Turning?, University of Leicester School of Law Research Paper. No. 18-10, 2018, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3300114 (zuletzt geprüft am 31.5.2022)
- Wolters, Jan*, Die rechtsstaatlichen Grenzen des „more economic approach“ im Lichte der europäischen Rechtsprechung. Eine Untersuchung des Handelns der Kommission auf dem Gebiet des europäischen Wettbewerbsrechts am Massstab übergeordneter Vertrags- und Verfassungsgrundsätze, Baden-Baden 2015
- Woodcock, Ramsi A.*, The Hidden Rules of a Modest Antitrust, Minnesota Law Review 2021, S. 2095–2174
- Wu, Tim*, The curse of bigness. Antitrust in the new gilded age, New York 2018
- Wurmnest, Wolfgang*, Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch. Eine rechtsvergleichende Neubestimmung des Verhältnisses von Recht und Ökonomik in der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, Tübingen 2012

Zäch, Roger, Freedom to Compete and the More Economic Approach – Limits Imposed by Law, IIC 2009, S. 623–626

Zalewska-Glogowska, Marta, The More Economic Approach under Article 102 TFEU. A Legal Analysis and Comparison with US Antitrust Law, Baden-Baden 2017

Zimmer, Daniel, On Fairness and Welfare: The Objectives of Competition Policy, in: Ehlermann, Claus-Dieter/Marquis, Mel (Hrsg.) European competition law annual. 2007: A reformed approach to Article 82 EC, Oxford 2008, S. 103–109