

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 umzusetzen- den 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 Gutachterauftrag 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 Normkomplexi-

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 Behinderungsmissbräuche 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.

