

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. 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 Missbrauchs begriffes: 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

Inhaltsverzeichnis

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

Inhaltsverzeichnis

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

Inhaltsverzeichnis

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-Brandeisians	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

Inhaltsverzeichnis

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