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

https://doi.org/10.5771/9783748941071-17 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-17 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Verbraucherwohlfahrtsstandard 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.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-17 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-17 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-17 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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?

https://doi.org/10.5771/9783748941071-17 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-17 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Ausbeutungsmissbrauchs. Ausbeutungsmissbräuche haben eine geringere praktische Relevanz als Behinderungsmissbräuche. Die Überlegungen der Kommission zum more economic approach bei Art. 102 AEUV galten stets nur Behinderungsmissbräuchen und klammerten Ausbeutungsmissbräuche 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.; *Wingerter*, Abgrenzung des relevanten Marktes: notwendig, nützlich, überflüssig?, 2016.

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

https://doi.org/10.5771/9783748941071-17 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02.

28 Vgl. zum Reformprozess und der Diskussion Teil B.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-17 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(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 evolutorisch-systemtheoretische Paradigma in der Wettbewerbstheorie, 2009.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-17 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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; *Schmidtchen*, 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.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-17 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Ökonomie[34] 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.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-17 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-17 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.).

https://doi.org/10.5771/9783748941071-17 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY