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.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 leich-

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.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Arbeitsschritte[267] 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 Analyse[268] 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.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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,

https://doi.org/10.5771/9783748941071-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 zugetragen 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*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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*.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

https://doi.org/10.5771/9783748941071-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

(1) Fallgruppen

Für einzelne Fallgruppen des Behinderungsmissbrauchs 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 Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 19.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

– 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.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Behinderungsmissbrauch 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 Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 28 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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. Verbraucherwohlfahrt	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.

https://doi.org/10.5771/9783748941071-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748941071-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY