

E. Weiterentwicklung des more economic approach

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

I. Maßstabsbildung und Ökonomie

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

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

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

Es stellt sich die Frage, welche Rolle die Ökonomie bei der Maßstabsbildung spielen kann. Welche Grenzen hat die Ökonomie als Wissenschaft, insbesondere bei der Bestimmung, anhand welcher Maßstäbe Verhaltensweisen gemessen werden sollten, und welche Fragen kann sie hierbei nicht beantworten?

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

1. Ziele und Wettbewerbstheorien

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

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

a. Wettbewerbstheorien

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

aa. Klassik und Neoklassik

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

bb. Ordoliberalismus

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

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

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

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

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

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

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

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

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

cc. Österreichische Schule

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

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

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

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

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

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

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

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

dd. Harvard School

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

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

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

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

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

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

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

ee. Chicago School

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

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

ff. Post Chicago

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

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

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

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

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

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

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

gg. Neo-Brandeisians

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

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

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

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

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

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

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

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

b. Pluralismus an Theorien und Zielen

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

2. Grenzen der Ökonomie

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

a. Ökonomie als empirische Wissenschaft

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b. Konstitutionelle Ökonomie

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

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

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

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

aa. Privatrechtsgesellschaft und Wohlfahrtsstandard

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

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

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

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

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

979 Böhm, ORDO 17 (1966), 75, 75 ff.

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

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

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

bb. Konstitutionelle und subkonstitutionelle Ebene

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

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

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

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

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

985 Böhm, ORDO 17 (1966), 75, 75 ff.

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

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

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

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

cc. Ökonomischer Rat in einer demokratischen Gesellschaft

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

dd. Anwendung und Bewertung

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

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

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

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

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

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

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

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

c. Zwischenergebnis

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

3. Maßstabsbildung zu Art. 102 AEUV

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

a. Aufgabe der Europäischen Kommission

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

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

1000 S. dazu D.IV.1.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

europäischen Gerichten zustehenden Auslegungsmonopol des Primärrechts.¹⁰⁰⁸

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

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

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

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

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

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

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

b. Rechtswissenschaft und Maßstabsbildung

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

Die Rechtswissenschaft kann ebenfalls keine eigenständige Maßstabsbildung leisten. Dies zeigt die Einordnung der Problemstellung in die Kategorien der konstitutionellen Ökonomie. Auf subkonstitutioneller Ebene kann die Rechtswissenschaft sich aber mit der Frage befassen, welche Regeln ein vorher gesetztes Ziel am besten verfolgen. Außerdem kann die Rechtswissenschaft auf dieser Ebene Normen auf die Vereinbarkeit mit den konstitutionell gesetzten Zielen überprüfen und diese in deren Sinne auslegen. Auf konstitutioneller Ebene sind von der Rechtswissenschaft aber keine Erkenntnisse zu erhoffen. Die Grundentscheidung, welche Regelungen auf einer konstitutionellen Ebene gelten, kann die Rechtswissenschaft nicht treffen. Stattdessen muss sie gerade in einer demokratisch organisierten Gesellschaft mit den Vorgaben der Normgeber arbeiten. Diese Überlegungen decken sich mit der rechtpositivistischen Position, nach der kein objektiver Maßstab für die Beurteilung von Regeln bestehen kann. Nach der Theorie des positiven Rechts verbleibt der Rechtswissenschaft die Behand-

lung des gesetzten Rechts.¹⁰¹⁰ Hier fügt sich der rechtswissenschaftliche Methodenkanon in Form der Auslegungsmethoden ein.

Entsprechend dieser Differenzierungen kann sich die Rechtswissenschaft beispielsweise dazu äußern, ob eine nationale Ausnahme vom Kartellverbot mit den europäischen Wettbewerbsregeln vereinbar ist. Allerdings kann sie sich nicht dazu äußern, ob das Wirtschaftssystem wettbewerbslich organisiert sein sollte. Neben der Auslegung des gesetzten Rechts verbleibt der Rechtswissenschaft die Aufgabe, auf Grundlage eines ausgebildeten Maßstabes entwickelte Regeln und deren Anwendung zu untersuchen. Teil dessen ist es, Probleme aufzuzeigen, wie es hier im Rahmen der Entscheidungsanalyse geschehen ist.

In den Aufgabenbereich der Rechtswissenschaft fällt somit aber auch die Frage, welchen Maßstab Art. 102 AEUV voraussetzt. Dies ist getrennt von der Frage, was der optimale Maßstab einer hypothetischen perfekten Missbrauchsaufsicht wäre. Im Wege der Auslegung kann der Inhalt von Art. 102 AEUV auf subkonstitutioneller Ebene ermittelt und damit auch die Frage beantwortet werden, welchen Maßstab diese Vorschrift voraussetzt. Diese Fragestellung wurde in der Rechtswissenschaft schon vor der Einführung des *more economic approach* intensiv diskutiert. Auch wenn die Kommission mit der Prioritätenmitteilung die Verbraucherwohlfahrt in den Mittelpunkt gestellt hat, ist dieser Streit aufgrund ihrer uneindeutigen Entscheidungspraxis und der unklaren Position der europäischen Gerichte weiterhin unentschieden.

c. Bedeutung des Verfahrens

Die Kommission sollte sich erneut in diesem Streit positionieren. Dabei ist sie keineswegs auf die bei Veröffentlichung der Prioritätenmitteilung bestehenden Positionen beschränkt. Aktuell treten Stimmen hinzu, die eine weitere Öffnung des Maßstabes verlangen.¹⁰¹¹ Auch die Umsetzung des „Green Deals“ könnte hierzu beitragen.¹⁰¹² Kommission und Gerichte haben bei der Auslegung die Möglichkeit, die Diskussion aus der Rechtswissenschaft zu rezipieren. Gebunden sind sie hieran nicht. Diese inhaltliche Freiheit

1010 Kelsen, Reine Rechtslehre, 2008, S. 49 f.

1011 Vgl. für die Öffnung des Maßstabes bspw. Gerbrandy, *Journal of Common Market Studies* 2019, 127 ff.; Claassen/Gerbrandy, *Utrecht Law Review* 2016, 1 ff.

1012 Holmes in: *Competition law, climate change & environmental sustainability*, 2021, S. 3, 9.

wird begrenzt durch den Wortlaut von Art. 102 AEUV und das förmliche Verfahren, in dem diese Entscheidungen ergehen.

Die Begrenzung durch das Verfahren ist bei dieser Frage von noch größerer Bedeutung als in anderen Fällen.¹⁰¹³ Die Frage nach dem Maßstab von Art. 102 AEUV ist aufgrund der abstrakten Formulierung der Norm weniger klaren Vorgaben unterworfen als andere Rechtsfragen. So ist bspw. eine Behörde, die immissionsschutzrechtliche Vorschriften anwendet, auch nur an das Gesetz gebunden und hat auch hier unklare Rechtsfragen zu beantworten. Das Gesetz macht dabei aber wesentlich detailliertere Vorgaben. Das förmliche Verfahren erfüllt zwar auch in Fällen seine Aufgabe, in denen die Entscheidung inhaltlich determiniert ist. Wenn dies allerdings nicht der Fall ist, dann kommt dem Verfahren eine stärkere Bedeutung zu. Je mehr Möglichkeiten es gibt, die Rechtsfrage zu beantworten, desto stärker wiegt das Verfahren auf dem Weg zur Entscheidung.

Entsprechend müssen für die Maßstabsbildung klare Verfahren definiert sein. Für konkrete Fälle sind Verfahrensregeln bereits etabliert. Im Falle des *more economic approach* und der Maßstabsbildung zu Art. 102 AEUV fehlen solche Verfahrensregeln aber an der maßgeblichen Stelle. Die Kommission hat versucht, den *more economic approach* und den Maßstab der Verbraucherwohlfahrt zunächst über die Formulierung von Leitlinien einzuführen, bevor sie die Prioritätenmitteilung veröffentlicht hat. Für diese Art der Normen ist kein förmliches Verfahren ersichtlich. Die Geschäftsordnung der Kommission schweigt hierzu ebenso wie das *Antitrust manual of procedures*. Grundzüge eines Verfahrens werden trotzdem eingehalten, was bspw. die Einholung von Stellungnahmen zu den geplanten Leitlinien zeigt. Es ist aber eine stärkere Formalisierung möglich, wenn man bspw. einen Vergleich zu Gesetzgebungsverfahren zieht. Dies ist aufgrund der großen Bedeutung der Leitlinien auch nötig. Sie sind zwar nur Verwaltungsvorschriften und ihre Anwendung unterliegt der gerichtlichen Kontrolle, sie schaffen aber über die Selbstbindung der Kommission schutzwürdiges Vertrauen und ermöglichen den Marktteilnehmern, ihr Verhalten hieran auszurichten.¹⁰¹⁴ Gerade im Fall von Art. 102 AEUV ist ihre Bedeutung auch deswegen so groß, da sie der einzige Rechtsakt sind, der Art. 102 AEUV konkretisiert.

1013 *Habermas*, Faktizität und Geltung, 2019, S. 367 ff.

1014 S.o. B.II.4.d.

4. Raum für Ökonomie

Es stellt sich im Anschluss die Frage, welcher Raum der Ökonomie verbleibt, wenn die Maßstabsbildung eine politische Entscheidung ist, bei der die Rechtswissenschaft unterstützen kann. Unabhängig von der Maßstabsbildung kann die Ökonomie die Inhalte der Regeln bestimmen, die die politisch gesetzten Ziele erreichen können. Darüber hinaus können ökonomische Erkenntnisse aber auch – unabhängig von deren Inhalten – bei der Ausgestaltung der Rechtsnormen eingesetzt werden. Zuletzt haben ökonomische Methoden auch Raum bei der Sachverhaltsermittlung im Kartellrecht.

a. Voraussetzungen von Eingriffen

Die Überlegungen der konstitutionellen Ökonomie verdeutlichen, dass es der Ökonomie möglich ist, Aussagen zur Erreichung eines bestimmten Zieles zu treffen. Solange also der Maßstab vorgegeben ist, ist es der Ökonomie theoretisch unabhängig davon, welcher Maßstab gewählt ist, möglich, Aussagen über die Art und Weise der Zielerreichung zu treffen. Dies gelingt der Wettbewerbsökonomie, indem sie Kausalbeziehungen und Zusammenhänge aufzeigt, die neuen Regelungen zugrunde gelegt werden können.¹⁰¹⁵ Das ist besonders sichtbar bei der Entwicklung neuer Schadens-theorien.¹⁰¹⁶ Wenn ein Maßstab vorgegeben ist, kann die Ökonomie die Umstände identifizieren, die in einem kausalen Zusammenhang zum Grad der Zielerreichung des Maßstabes stehen. Diese Umstände können dann zu Voraussetzungen eines kartellrechtlichen Eingriffs werden.¹⁰¹⁷

Als Beispiel kann die später noch ausführlich dargestellte ökonomische Forschung zu bedingten Rabatten dienen.¹⁰¹⁸ In der post Chicago School konnten theoretisch und empirisch wohlfahrtsmindernde Wirkungen von bedingten Rabatten unter folgenden (zur Verdeutlichung vereinfachten) Voraussetzungen nachgewiesen werden:¹⁰¹⁹

1015 Ewald in: Wiedemann (Hrsg.) Handbuch des Kartellrechts, 2020, § 7 Rn. 19.

1016 Ewald in: Wiedemann (Hrsg.) Handbuch des Kartellrechts, 2020, § 7 Rn. 19.

1017 Vgl. hierzu anhand des Beispiels von Kampfpreisen *Fumagalli/Calcagno/Motta*, *Exclusionary Practices*, 2018, S. 73 ff.

1018 Vgl. F. II. 2. b.

1019 Vgl. *Fumagalli/Calcagno/Motta*, *Exclusionary Practices*, 2018, S. 148 ff.

- (1) Es besteht eine sukzessive Nachfrage.
- (2) Ein Teil der Nachfrage ist unbestreitbar.
- (3) Es bestehen Skaleneffekte.

Diese Merkmale könnten nun vom Gesetzgeber oder von der Kartellbehörde in einer Entscheidung als Voraussetzung für die Untersagung der Verhaltensweise gewählt werden, da wissenschaftlich ein Zusammenhang zwischen deren Vorliegen und dem gesetzten Maßstab (hier: Verbraucherwohlfahrt) begründet wird.

Der Einfluss ökonomischer Erkenntnisse auf die Voraussetzungen von Eingriffen besteht nicht nur wie bisher dargestellt bei der Bestimmung dieser Voraussetzungen *ex ante*. Auch *ex post* können etablierte Voraussetzungen überwacht und evaluiert werden.¹⁰²⁰

Die Möglichkeiten der Ökonomie, an diesen Stellen Einfluss auf die Rechtssetzung und Rechtsanwendung zu nehmen, sind aber nicht zwingend wahrzunehmen. Ob und in welchem Umfang die Normgeber die Ökonomie bei der Gestaltung von Regeln einbinden, unterfällt ihrer Entscheidungsprärogative und hängt maßgeblich mit dem von ihnen gewählten oder mit dem ihnen vorgegebenen Maßstab zusammen. Die Einbindung ökonomischer Erkenntnisse wird leichter fallen, wenn ein Maßstab gewählt wird, der auch in der ökonomischen Forschung zugrunde gelegt wird. So finden sich aktuell aufgrund der Ausrichtung der *post Chicago Ära* mehr ökonomische Forschungsergebnisse, die aufzeigen, unter welchen Voraussetzungen eine Verhaltensweise wohlfahrtsmindernd sein kann. Allerdings schließt das nicht die Möglichkeit aus, ökonomische Erkenntnisse auch bei der Wahl anderer Ziele und Maßstäbe einzubinden. Hier können ökonomisch genauso Kausalbeziehungen ermittelt werden.¹⁰²¹

b. Ausgestaltung von Rechtsnormen

Auch bei der Formulierung von Rechtsnormen unabhängig von dem Einfluss auf die inhaltlichen Voraussetzungen können ökonomische Erkenntnisse eine Rolle spielen.

1020 Vgl. *Ilzkovitz/Dierx*, Ex-post economic evaluation of competition policy: The EU experience, 2020; *Ilzkovitz*, Ex Post Economic Evaluation of Competition Policy, 2020.

1021 Vgl. *Christiansen/Kerber*, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 223, Fn. 15.

Bei der Festlegung der konkreten Voraussetzungen und Tatbestandsmerkmale muss eine Auswahl getroffen werden. Eine Vielzahl von Umständen könnte theoretisch als Voraussetzung für eine Rechtsnorm dienen. Dies gilt nicht nur für Umstände, die zuvor aufgrund ökonomischer Forschung – wie unter a. dargestellt – ermittelt wurden. Eine solche Auswahlentscheidung ist auch dann zu treffen, wenn inhaltlich keinerlei ökonomische Überlegungen einbezogen werden sollen. In diesen Fällen muss trotzdem eine Auswahl zwischen den anderweitig ermittelten Voraussetzungen getroffen werden.

Diese Auswahl kann durch ökonomische Überlegungen gesteuert werden. Als Beispiel kann hier ein Merkmal dienen, das zwar entweder aus ökonomischen Erwägungen oder aufgrund politischer Entscheidung gewünscht ist, dessen Prüfung aber so aufwändig wäre, dass die Regel kaum mehr durchzusetzen ist. Die Ökonomie kann nicht nur dabei helfen, diesen Aufwand zu ermitteln, sondern setzt den Aufwand in ein Verhältnis zum Mehrwert des untersuchten Tatbestandsmerkmals. So kann festgestellt werden, ob es effizient ist, das jeweilige Tatbestandsmerkmal zu wählen. Das wäre beispielsweise dann der Fall, wenn der zusätzliche Aufwand, den das Tatbestandsmerkmal mit sich bringt, auch in einer größeren Genauigkeit der Normanwendung resultiert.¹⁰²²

Ähnliches gilt für die konkrete Ausgestaltung der so gewählten Voraussetzungen und Tatbestandsmerkmale. Hier stellt sich die Frage, welche Anforderungen an deren Nachweis gestellt werden sollten. Je höher die Anforderungen, desto höher die Kosten der Durchsetzung.¹⁰²³ Auch dies kann in ein Verhältnis zum Grad der Zielerreichung gesetzt werden.

Zu diesen Punkten existieren ebenfalls wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnisse.¹⁰²⁴ Der more economic approach hat diese aber bisher nicht berücksichtigt, sondern lediglich eine Integration der inhaltlich relevanten Erkenntnisse angestrebt und dabei die Frage offengelassen, wie diese Integration im Einzelnen ebenfalls von ökonomischen Erkenntnissen geleitet werden kann. Dies spiegelt sich auch in den Ergebnissen der Entscheidungsanalyse wider. Die aufwändige Auswirkungsanalyse, die die Europäi-

1022 Vgl. *Christiansen/Kerber*, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 223 ff.

1023 Vgl. *Christiansen/Kerber*, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 231 ff.

1024 M.w.N. *Christiansen/Kerber*, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 223 f.

sche Kommission in den Entscheidungen anstellt, wirft die Frage nach einer effizienten Ausgestaltung der Rechtsnormen auf. Wegen des hier bestehenden Verbesserungspotentials werden diese Ansätze im Folgenden vertieft dargestellt und sind maßgeblich für die Ausarbeitung einer Methode zur Regelsetzung auf Grundlage ökonomischer Erkenntnisse.¹⁰²⁵

c. Sachverhaltsermittlung

Neben der Rolle bei der Regelgestaltung kann die Ökonomie als empirische Wissenschaft in einzelnen konkreten Verfahren auch bei der Tatsachenermittlung unterstützen.¹⁰²⁶ Die Möglichkeit, die wahrnehmbare wirtschaftliche Realität zu beschreiben und Kausalzusammenhänge zu ermitteln, kann auch eine Rolle bei dem Nachweis von Tatbestandsmerkmalen spielen. Beispiele hierfür sind die aktuell schon angewendeten Verfahren zur Ermittlung der Marktkonzentration.¹⁰²⁷

Inwieweit die Ökonomie in einzelnen Verfahren zur Sachverhaltsermittlung herangezogen werden sollte, lässt sich nicht von der Formulierung und Ausgestaltung dieser Regeln trennen. Letztlich legen diese Regeln entweder selbst ausdrücklich oder in ihrer Auslegung und Anwendung fest, welche Anforderungen im Einzelfall an die Beweismittel gestellt werden müssen.

Die Darstellung der hierfür vorhandenen Methoden und deren Leistungsfähigkeit ist nicht Gegenstand der hier untersuchten Forschungsfrage. Es verbleibt aber auch hier Raum für den Einsatz der Ökonomie unabhängig von der Wahl eines Maßstabes.

5. Zwischenergebnis

Die Ökonomie kann keine Maßstabsbildung leisten und hierbei auch nicht unterstützend tätig sein. Die Kommission und die europäischen Gerichte haben es in der Hand, den Maßstab des Art. 102 AEUV zu bestimmen und werden dabei auf die Erkenntnisse der Rechtswissenschaft zur Auslegung

1025 S. hierzu E. II. und III und F.

1026 Podszun, EuCML 2018, 57, 65; Eißler, *Economic Evidence*, 2010; vgl. hierzu auch *DG Competition*, Best practices for the submission of economic evidence and date collection in cases concerning the application of articles 101 and 102 TFEU and in merger cases, 2011.

1027 Walker, *Economic analysis in merger investigations*, 2020, S. 10 f.

von Art. 102 AEUV zurückgreifen müssen. Abseits der Maßstabsbildung bleibt aber Raum für eine bessere Einbringung der Ökonomie. Diese sollte nicht nur bei der Suche nach Voraussetzungen von Eingriffen oder der Sachverhaltsaufbereitung herangezogen werden, sondern auch bei der Frage, wie Rechtsnormen effizient ausgestaltet werden können.

II. Auswirkungenanalyse und Normkomplexität

Die Auswirkungenanalyse ist wichtiger Bestandteil des more economic approach. Die Auswirkungenanalyse prägt auch die Entscheidungspraxis maßgeblich, führt aber zu erheblichem Aufwand, Verzögerungen und hohen Anforderungen an die zu führenden Nachweise. Es stellt sich somit die Frage, wie Normen auf Grundlage ökonomischer Erkenntnisse geschaffen werden können, ohne zwangsläufig zu einer Einzelfall- und Auswirkungenanalyse zu gelangen.¹⁰²⁸

Eine Auswirkungenanalyse ist ökonomisch nicht zwingend nötig (dazu 1.). Um deren Probleme zu beheben, wird stattdessen ein System zur Bildung unterschiedlich komplexer Rechtsnormen unter Einbeziehung ökonomischer Erkenntnisse vorgeschlagen (dazu 2.). Ökonomische Erkenntnisse können dabei zweifach genutzt werden. Zum einen werden diese bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Regeln herangezogen. Daneben helfen ökonomische Überlegungen aber auch dabei, den optimalen Differenzierungsgrad der Rechtsnormen festzulegen (dazu 3.).¹⁰²⁹ Verschiedene juristische Instrumente können dies umsetzen (dazu 4.).

Im Folgenden werden mit „Regelung“ bzw. „Regel“ und „Rechtsnorm“ bzw. „Norm“ zwei Begriffe verwendet, die unterschieden werden müssen. Regelung und Regel wird im Sinne einer formalen Rechtsquelle in Form der geschriebenen Vorschrift verstanden. Die Begriffe Rechtsnorm und Norm beschreiben den Inhalt einer Regelung im Sinne einer rechtlichen Sollensanforderung.¹⁰³⁰ Diese können durch Auslegung der Regelung und Anwendung im konkreten Fall ermittelt werden. Im Rahmen dieses Abschnittes werden ausschließlich Rechtsnormen behandelt.

1028 Vgl. grundlegend hierzu *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 2015, S. 400 ff.

1029 *Budzinski* in: Competition policy and the economic approach, 2011, S. III, 128 f.; *Christiansen/Kerber*, Journal of Competition Law & Economics 2006, 215, 216.

1030 *Eichler*, Gesetz und System, 1970, S. 36.

1. Auswirkungsanalyse und ökonomische Forschung

Es stellt sich zunächst die Frage, ob die Integration ökonomischer Erkenntnisse stets eine Auswirkungsanalyse voraussetzt. Das Gutachten der EAGCP und die Prioritätenmitteilung stellen diese in den Mittelpunkt ihrer Anforderungen an die Reform der Missbrauchsaufsicht. Ökonomische Forschung zu Art. 102 AEUV arbeitet jedoch selbst mit Vereinfachungen, die einer strengen Einzelfall- und Auswirkungsanalyse widersprechen.

a. Vereinfachungen in der Ökonomie

Die Einzelfall- und Auswirkungsanalyse, auch „rule of reason“ genannt, ist wichtiger Bestandteil des more economic approach zu Art. 102 AEUV. Das Gutachten der EAGCP sieht sie als notwendig an, um trennscharf zwischen wettbewerbswidrigen und wettbewerbsschädigenden Verhaltensweisen unterscheiden zu können.¹⁰³¹

Dem liegt die Annahme zugrunde, dass der Ökonomie Werkzeuge zur Verfügung stehen, um die rule of reason auszufüllen und die Auswirkungen der Verhaltensweisen im Einzelfall zu analysieren und festzustellen, ob sie wettbewerbswidrig sind oder nicht. Diese Erwartung ist jedoch nicht gerechtfertigt. Die Ökonomie greift selbst auf Vereinfachungen zurück. Wenn die Integration ökonomischer Erkenntnisse das Ziel ist, dann ist ein differenzierterer Ansatz nötig, der auch Raum für Vereinfachungen lässt, da die Ökonomie selbst auf diese zurückgreifen muss und nicht die Realität detailgenau abbilden kann.

Wie dargestellt versteht sich die Ökonomie als empirische Wissenschaft. Sie trifft also Aussagen über die wahrnehmbare Realität.¹⁰³² Danach sollte es ihr es also auch möglich sein, Aussagen über die Auswirkungen von den hier zu untersuchenden Verhaltensweisen im Einzelfall zu machen. Die ökonomische Methodologie hinterfragt diese Annahme. Diese Problematik schließt sich der bereits dargestellten stärkeren Ausrichtung der Ökonomie an der Empirie an.¹⁰³³ Es geht um die Rolle der Theorie in der Ökonomie und um folgende für das Problem der Einzelfallanalyse relevante Fragestel-

1031 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. 5 ff.; *Schmidtchen*, WuW 2006, 707.

1032 S.o. E.I.2.a.

1033 *Boumans/Davis*, Economic methodology, 2016, S. 36 ff.

lung: Kann die Ökonomie eine realitätsgetreue Abbildung und Prognosen der Auswirkungen von Verhaltensweisen im Einzelfall gewährleisten?

Ein Hauptproblem der Ökonomie ist die hohe Komplexität des Wirtschaftsgeschehens. So formulierte *John Stuart Mill*:

„If the knowledge what are the particular causes operating in any given instance were revealed to us by infallible authority, then, if our abstract science were perfect, we should become prophets. But the causes are not so revealed: they are to be collected by observation; and observation in circumstances of complexity is apt to be imperfect. Some of the causes may lie beyond observation; many are apt to escape it, unless we are on the look-out for them.“¹⁰³⁴

Hiernach ist die Komplexität der Grund für fehleranfällige und unvollständige Beobachtungen. Die Kausalbeziehungen können nicht alle wahrgenommen werden und deswegen auch keine perfekten Vorhersagen anhand von Gesetzen oder Modellen getroffen werden. Es existiert eine unüberschaubare Vielzahl von Variablen, die Einfluss auf den jeweiligen Untersuchungsgegenstand haben können. Gesellschaftliche Phänomene wie auch das Wirtschaftsgeschehen sind aufgrund einer großen Menge möglicher Einflussfaktoren sehr komplex.¹⁰³⁵

Als Beispiel dient die Frage, ob eine Steigerung der Nachfrage zu einer Preiserhöhung führt. Nach den grundlegenden mikroökonomischen Modellen wäre dies anzunehmen. Allerdings ist der genaue Kausalzusammenhang in der Realität kaum nachzuweisen. Die einzelnen tatsächlichen Vorgänge, die den Preis beeinflussen, können nicht alle nachvollzogen werden. Es müsste jede Entscheidung der betroffenen Marktteilnehmer einzeln nachvollzogen werden. Alternativursachen wie beispielsweise Änderungen im Angebots- und Nachfrageverhalten müssten ausgeschlossen werden.

Diese Zusammenhänge innerhalb des Wirtschaftsgeschehens sind dynamisch und so vielfältig, dass sie in einem künstlichen System aktuell nicht abgebildet werden können. Die Grenzen ergeben sich aufgrund der beschränkten mentalen Kapazitäten, den Grenzen der statistischen Methoden und der vorhandenen Rechenleistung von Computern bei der Datenverarbeitung.¹⁰³⁶ Die Modelle, die aufgrund dieser Beschränkungen entwickelt

1034 *Mill*, *Essays On Some Unsettled Questions Of Political Economy*, 1874, S. 107.

1035 *Boumans/Davis*, *Economic methodology*, 2016, S. 64 ff.

1036 *Friedman* in: *Conference on Business Cycles*, 1951, S. 107, 112 f.

werden, sind deswegen aus der heutigen Perspektive hoch komplex, jedoch im Vergleich zur Realität weiterhin enorme Vereinfachungen.¹⁰³⁷

Dies ist gekoppelt mit dem Problem, dass die Gesamtheit des Wirtschaftsgeschehens keinem Experiment unterzogen werden kann. Deswegen ist es nahezu unmöglich, einzelne Einflussfaktoren unter Laborbedingungen zu isolieren.¹⁰³⁸ Wie am Beispiel der Preiserhöhung nach Absprachen gesehen, kann die Kausalbeziehung zwischen Absprache und Preiserhöhung getrennt von Alternativursachen untersucht werden. In den Naturwissenschaften wäre das zumindest eingeschränkt möglich. Hier könnte bspw. das Experiment im Vakuum durchgeführt werden, um Verfälschungen durch den Luftwiderstand auszuschließen. Wenn in der Ökonomie dennoch mögliche Gesetzmäßigkeiten gefunden werden, sind diese eher als Tendenzen und Trends zu bezeichnen, da nie sicher sein kann, dass ihnen Allgemeingültigkeit zukommt, da die Entwicklung der Gesellschaft ein einmaliger historischer Prozess ist.¹⁰³⁹ In anderen Wissenschaften können Experimente dazu dienen, einzelne Variablen auszuschalten, um so Zusammenhänge zwischen Ursache und Wirkung herstellen zu können und Gesetzmäßigkeiten zu entwickeln.¹⁰⁴⁰

Da dies in der Ökonomie nicht möglich ist, treten Theorien an die Stelle von Gesetzmäßigkeiten. Theorien beschreiben die Zusammenhänge in Form von Ursache und Wirkung zwischen einzelnen Tatsachen und systematisieren das über die Welt gewonnene Wissen.¹⁰⁴¹ Die Theorien fußen auf Annahmen, um einzelne Probleme gesondert zu betrachten. Sie reduzieren mit den Annahmen die Komplexität des Wirtschaftsgeschehens und erlauben die gesonderte Betrachtung einzelner Phänomene, auch wenn die Annahmen selbst unrealistisch sind.¹⁰⁴² Dies ist nötig, solange ein realistisches Modell des Wirtschaftsgeschehens nicht möglich ist. Die Theorie sollte deswegen nicht nur anhand ihrer Annahmen, sondern auch anhand ihrer Nützlichkeit bewertet werden. Diese äußert sich vor allem darin, dass die Theorie gute Vorhersagen produziert.¹⁰⁴³ So wäre im Extremfall eine Theorie nützlich, die auf vielen vollkommen realitätsfernen Annahmen

1037 *Boumans/Davis*, *Economic methodology*, 2016, S. 46 ff.

1038 *Boumans/Davis*, *Economic methodology*, 2016, S. 86.

1039 *Boumans/Davis*, *Economic methodology*, 2016, S. 87.

1040 *Boumans/Davis*, *Economic methodology*, 2016, S. 70.

1041 *Boumans/Davis*, *Economic methodology*, 2016, S. 13.

1042 *Boumans/Davis*, *Economic methodology*, 2016, S. 49 ff.

1043 *Friedman* in: *The philosophy of economics*, 1994, S. 3, 14.

beruht, wenn sie dafür in allen Fällen die richtigen Vorhersagen liefert. Friedmann prognostiziert deswegen:

"Truly important and significant hypotheses will be found to have "assumptions" that are wildly inaccurate descriptive representations of reality, and, in general, the more significant the theory, the more unrealistic the assumptions (in this sense)."¹⁰⁴⁴

Die wichtigsten Theorien könnten nach Friedmann auf grob falschen Annahmen beruhen. Sie müssen getestet werden, um ihre Nützlichkeit zu bestimmen. Sie können also nicht anhand eines einzelnen Falles entwickelt, getestet und als valide angesehen werden.¹⁰⁴⁵ Um in einem spezifischen Fall Aussagen treffen zu können, genügt nicht die Analyse dieses Einzelfalles. Dies ist vielmehr nur anhand von bestehenden und getesteten Theorien möglich, die die Variablen des Einzelfalles mit Hilfe ordnen, ausschalten und in ein Verhältnis setzen.

Jede Theorie ist also selbst eine Vereinfachung, anhand derer auch zukünftige Fälle bewertet werden können, ohne jeden Aspekt des Einzelfalles zu berücksichtigen. Die Verwendung von Annahmen setzt im Gegenteil voraus, dass einzelne Fakten bewusst ausgeblendet werden. Diese Eigenschaft teilen die Theorien mit den abstrakten Regeln, die ebenfalls nicht alle Facetten eines möglichen Einzelfalles berücksichtigen können. Es ist also gerade kein Widerspruch, vereinfachende Regeln auf Grundlage von ökonomischen Erkenntnissen zu formulieren.

b. Ökonomische Forschung zu Art. 102 AEUV

Diese wissenschaftstheoretischen Überlegungen werden auch in der aktuellen ökonomischen Forschung zu Art. 102 AEUV bestätigt. Hierbei lohnt sich ein Blick auf verschiedene Veröffentlichungen aus diesem Bereich, die in dem wirtschaftswissenschaftlichen Werk „*Exclusionary Practices*“ von *Fumagalli/Motta/Calcagno* zusammengefasst und systematisiert werden. Entsprechende Lehrbücher haben in der Ökonomie einen hohen Stellenwert, da sie den aktuellen Stand der Forschung abzubilden versuchen.¹⁰⁴⁶ Der Blick in ein solches Lehrbuch ist dementsprechend keine Betrachtung einzelner Forschungsergebnisse, sondern des gesamten Forschungsge-

1044 *Friedman* in: *The philosophy of economics*, 1994, S. 3, 14.

1045 *Boumans/Davis*, *Economic methodology*, 2016, S. 43.

1046 *Boumans/Davis*, *Economic methodology*, 2016, S. 106.

bietes. Für Fachfremde sind diese Lehrbücher nötig, wenn sie den aktuellen Stand der Forschung nachvollziehen möchten, da dies ohne einen strukturierenden Überblick kaum gelingen kann.

aa. Exclusionary Practices

Die ökonomische Forschung zu Art. 102 AEUV beschäftigt sich im Schwerpunkt mit sog. „exclusionary practices“.

„Exclusionary practices are contracts, pricing strategies and more generally actions taken by dominant firms to deter new competitors from entering an industry, to oblige rivals to exit, to confine them to market niches, or to prevent them from expanding, and which ultimately cause consumer harm.¹⁰⁴⁷

Danach sind behindernde Verhaltensweisen solche, die potentielle Wettbewerber am Markteintritt hindern, Konkurrenten zum Marktaustritt bewegen oder zumindest deren Marktanteile gering halten und damit den Verbrauchern schaden.

Die Verhaltensweisen werden in verschiedene Fallgruppen unterteilt, es werden bestehende Theorien dargestellt und eigene entwickelt. Diese Theorien sollen zeigen, unter welchen Annahmen und Voraussetzungen eine Verdrängungswirkung möglich und rentabel ist. Das Vorgehen ist dabei stets ähnlich. Eine Theorie wird zunächst umschrieben und Annahmen und mögliche Zusammenhänge werden einfach sprachlich dargestellt (sog. intuition). Im Anschluss wird die Theorie formalisiert und in ein mathematisches Modell überführt, in dem verschiedene Zusammenhänge bewiesen oder widerlegt werden können.¹⁰⁴⁸ Zusätzlich zu diesem theoretischen Nachweis werden auch empirische Nachweise erbracht, wenn die Verhaltensweisen und Zusammenhänge auch im tatsächlichen Wirtschaftsgeschehen beobachtet werden konnten.¹⁰⁴⁹ Unterstützend werden außerdem Experimente angeführt, wenn einzelne Zusammenhänge in künstlichen Versuchsanordnungen nachgewiesen werden.¹⁰⁵⁰

1047 Fumagalli/Calcagno/Motta, Exclusionary Practices, 2018, S. 1.

1048 Fumagalli/Calcagno/Motta, Exclusionary Practices, 2018, S. 16 ff.; Funk/Jaag, Journal of Competition Law & Economics 2018, 292 ff.

1049 Fumagalli/Calcagno/Motta, Exclusionary Practices, 2018, S. 45 ff.

1050 Fumagalli/Calcagno/Motta, Exclusionary Practices, 2018, S. 35.

bb. Beispiel: Kampfpreise und Finanzierung

Als Beispiel dient die Untersuchung von Kampfpreisen. Eine der Theorien untersucht die Umstände, unter denen ein marktbeherrschendes Unternehmen mit Hilfe von Kampfpreisen Wettbewerber vom Markt verdrängen kann.¹⁰⁵¹

Nach der Chicago School führen Kampfpreise nicht zu einer Verdrängung von ebenso effizienten Wettbewerbern und damit auch nicht zu einer Preiserhöhung. Kampfpreise basieren auf der Annahme, dass das marktbeherrschende Unternehmen mehr Geld zur Verfügung hat als Wettbewerber und damit längere Zeit niedrigere Preise oder sogar nicht kostendeckende Preise setzen kann. Dem entgegnete McGee als Vertreter der Chicago School, dass der Wettbewerber Zugang zu externer Finanzierung hat, um die Phase der Kampfpreise zu überbrücken, da auch das beherrschende Unternehmen Verluste hinnehmen muss, die aufgrund des großen Marktanteils sogar über denen der Wettbewerber liegen.¹⁰⁵²

Vertreter einer neuen Theorie zeigen nun, dass Kampfpreise dennoch zur Verdrängung eingesetzt werden können, da der Zugang zu externer Finanzierung beschränkt ist, wenn potentielle Kreditgeber unter Unsicherheit agieren müssen. Dies ergibt sich daraus, dass die Kreditgeber ihren Entscheidungen nicht alle relevanten Informationen zum Marktgeschehen zugrunde legen können und generell weniger Kenntnisse vom Marktgeschehen haben als die Kreditnehmer (sog. principal agent problem).¹⁰⁵³ Wenn die Kreditgeber in dieser Situation sicherstellen wollen, dass die Kreditnehmer die Mittel zweckmäßig einsetzen, werden sie sich vertraglich absichern. Dies geschieht bspw. über Sicherheiten oder über Kündigungsklauseln, die an die Unternehmensergebnisse gekoppelt sind und führt zu Ineffizienzen (sog. credit rationing).¹⁰⁵⁴ Die zusätzlichen Kosten der Sicherheiten oder nicht einzuhaltende Zielvorgaben können dazu führen, dass ein ebenso effizienter Wettbewerber keine Finanzierung aufbringen kann. Dies wird durch die Kampfpreistrategie zusätzlich verstärkt, da einem Unternehmen in dieser Situation ohnehin weniger finanzielle Mittel zur Verfügung stehen und damit der Zugang zu Sicherheiten erschwert ist. Kündigungsklauseln in bestehenden Kreditverträgen können bei beste-

1051 Fumagalli/Calcagno/Motta, *Exclusionary Practices*, 2018, S. 26 ff.

1052 McGee, *The Journal of Law and Economics* 1958, 137 ff.

1053 Bolton/Scharfstein, *The American Economic Review* 1990, 93 ff.

1054 Fumagalli/Calcagno/Motta, *Exclusionary Practices*, 2018, S. 19.

henden Kampfpreisen außerdem leichter ausgelöst werden, da die Wettbewerber bspw. vorgegebene Umsatz- oder Gewinnziele schwerer erreichen können.¹⁰⁵⁵

Es gelingt auch ein formaler Nachweis dieser Zusammenhänge, bei dem diese mathematisch nachvollzogen werden.¹⁰⁵⁶

Die Theorie wird unterstützt durch empirische Beobachtungen. Diese betrachten echte Fälle und stellen dort Zusammenhänge zwischen dem Einsatz von Kampfpreisen und dem schlechten Zugang von Wettbewerbern zu externer Finanzierung her.¹⁰⁵⁷ Hieraus wird der Schluss gezogen, dass Kampfpreise wahrscheinlicher zu einer Verdrängung von Wettbewerbern führen, wenn der Zugang zu externer Finanzierung erschwert ist und das beherrschende Unternehmen zumindest leichteren Zugang zu finanziellen Mitteln und externer Finanzierung hat als Wettbewerber.¹⁰⁵⁸

Dieses Beispiel zeigt, dass auch in der konkreten Forschung zu missbräuchlichen Verhaltensweisen auf Vereinfachungen zurückgegriffen wird. Es wird nicht auf den Einzelfall verwiesen, in dem nachgewiesen werden müsste, dass die Kampfpreise zur Verdrängung führen und dem beherrschenden Unternehmen eine Preiserhöhung ermöglicht haben. Stattdessen werden Merkmale isoliert, unter denen Kampfpreise als Verdrängungstaktik Erfolg haben können.

2. Zwischen per se rule und rule of reason

Die Entscheidungsanalyse hat gezeigt, dass die Europäische Kommission auf die in der Prioritätenmitteilung entwickelten Kriterien nicht zurückgreift und stattdessen Einzelfall- und Auswirkungsanalysen durchführt. Die ökonomische Forschung zu Art. 102 AEUV ermöglicht eine Beurteilung von Fällen ohne Einzelfall- und Auswirkungsanalyse. Die Einzelfall- und Auswirkungsanalyse lässt die Vorteile von weniger differenzierten Entscheidungen außer Acht. Die hergebrachte Unterscheidung zwischen klaren Rechtsnormen („per se rules“) und der Auswirkungsanalyse im Einzelfall („rule of reason“) ist dabei wenig zielführend. Die beiden Ansätze lassen sich nicht klar trennen, es besteht eine Skala der zu- bzw. abnehmenden

1055 *Fumagalli/Calcagno/Motta*, *Exclusionary Practices*, 2018, S. 19 f.

1056 *Bolton/Scharfstein*, *The American Economic Review* 1990, 93, 94 ff.

1057 *Fumagalli/Calcagno/Motta*, *Exclusionary Practices*, 2018, S. 20, 21.

1058 *Fumagalli/Calcagno/Motta*, *Exclusionary Practices*, 2018, S. 75 f.

Komplexität bei Normen, deren Gestaltungsmöglichkeiten ausgeschöpft werden sollten.

a. Per se rules und rule of reason

Mit per se rules werden Normen beschrieben, die eine bestimmte Verhaltensweise verbieten, ohne nach den Auswirkungen dieser Verhaltensweise im Einzelfall zu fragen.¹⁰⁵⁹ Ein Beispiel aus dem Bereich der Missbrauchsaufsicht ist das Verbot bedingter Rabatte. Eine per se rule verbietet jeden Rabatt, den ein marktbeherrschendes Unternehmen unter der Bedingung erteilt, dass der Abnehmer eine bestimmte Menge von Waren von ihm bezieht. Diese Art von Normen wird häufig der Zeit vor dem more economic approach zugeschrieben und als zu undifferenziert kritisiert. Der more economic approach setzt deswegen den per se rules eine rule of reason entgegen. Die rule of reason untersucht in jedem Einzelfall die Auswirkungen des Verhaltens. Damit soll sie dem Umstand Rechnung tragen, dass Verhaltensweisen ambivalente Auswirkungen haben können.¹⁰⁶⁰

b. Vorteile der rule of reason und von per se rules

Die Vorteile der mit dem more economic approach befürworteten rule of reason liegen auf der Hand. Es werden im Optimalfall nur noch Entscheidungen getroffen, die zutreffend sind.

		Effekte des Verhaltens	
		Positiv	Negativ
Anwendung der Rechtsnorm	Gestattung	Richtige Entscheidung	Typ 2 (false negative)
	Verbot	Typ 1 (false positive)	Richtige Entscheidung

(Abbildung nach Figure 2 bei *Christiansen/Kerber*, Journal of Competition Law and Economics 2006, 215, 226)

1059 Schmidt/Voigt, ORDO (58) 2007, 33, 36; *Christiansen/Kerber*, Journal of Competition Law & Economics 2006, 215, 217.

1060 Schmidt, Per-se-Rule, Rule of Reason und der "more economic approach", 2007, S. 4 f.; *Christiansen/Kerber*, Journal of Competition Law & Economics 2006, 215, 217 f.; *Ackermann*, Art. 85 Abs. 1 EGV und die rule of reason, 1997.

Die rule of reason soll sowohl „Typ 1“ und „Typ 2“ Fehler vermeiden. Typ 1 Fehler sind Entscheidungen, in denen ein tatsächlich unschädliches Verhalten untersagt wird (sog. „overenforcement“).¹⁰⁶¹ Typ 2 Fehler hingegen sind Fälle, die nicht untersagt werden, obwohl sie tatsächlich schädlich sind (sog. „underenforcement“).¹⁰⁶² Diese Fehlerkategorien bestehen unabhängig vom gewählten Maßstab. In der Diskussion werden Typ 1 und 2 Fehler meistens in Bezug auf die Gesamt- oder Verbraucherwohlfahrt ermittelt. Ein Typ 1 Fehler liegt danach vor, wenn das Verhalten keine oder sogar positive Wohlfahrtseffekte hat und dennoch untersagt wird. Bei einem anderen Maßstab lassen sich die Fehler aber genauso beschreiben. Ein Typ 1 Fehler kann auch dann vorliegen, wenn der Maßstab der Schutz des Wettbewerbsprozesses ist. In diesem Fall liegt ein Typ 1 Fehler vor, wenn die Verhaltensweise verboten wird, obwohl sie den Wettbewerbsprozess nicht beeinträchtigt.¹⁰⁶³

Da eine rule of reason aber voraussetzt, dass jeder Einzelfall auf all seine tatsächlichen Auswirkungen hin untersucht wird, kann es dennoch zu Typ 2 Fehlern kommen. Ein Verhalten kann tatsächlich nur schädliche Auswirkungen haben, doch der Wettbewerbsbehörde gelingt der Nachweis dieser Auswirkungen nicht.¹⁰⁶⁴ Auch wenn der Nachweis in einigen Fällen gelingt, können diese Fälle so aufwendig sein, dass die Behörde nicht genügend Ressourcen hat, andere – ebenfalls schädliche – Verhaltensweisen zu untersuchen. Der erhöhte Aufwand schlägt sich außerdem in der Verfahrensdauer nieder, sodass richtige Entscheidungen erst spät getroffen werden können.

Per se rules machen Fehler der Typen 1 und 2 praktisch unvermeidbar. Generalisierungen führen dazu, dass gerade nicht der Einzelfall gewürdigt wird, sondern formalisierte Verhaltensweisen erfasst werden. Das trifft bspw. auf Typ 1 Fehler zu, wenn Verhaltensweisen unter per se Verbote fallen, ohne schädigende Auswirkungen zu haben. Allerdings sind auch bei per se rules mit zu geringem Anwendungsbereich Fehler des Typs 2 möglich.¹⁰⁶⁵ Dies ist bspw. dann der Fall, wenn die per se rule nur bedingte Rabatte verbietet, aber auch andere Rabattformen negative Auswirkungen haben können.

1061 Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 216.

1062 Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 216.

1063 Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 223.

1064 Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 223 ff.

1065 Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 219.

Die per se rules haben allerdings auch Vorteile, die schon weit vor der Debatte zum more economic approach untersucht wurden.¹⁰⁶⁶ Eindeutige Rechtsnormen als Rahmenbedingungen sollten interventionistische Eingriffe in den Marktprozess verhindern und den Entscheidungsspielraum von Behörden einschränken.¹⁰⁶⁷ Für diese Ausgestaltung sprechen auch jetzt noch drei Überlegungen.

Einfache Normen stellen Rechtssicherheit her. Unternehmen können ihr eigenes Verhalten an diesen leichter ausrichten. Darüber hinaus können sie auch das Verhalten der Wettbewerber besser einschätzen. Ohne solche Normen bestünde bei jedem Verhalten Unklarheit über die Zulässigkeit, da die Auswirkungen im Einzelfall nur schwer antizipiert werden können. Rechtsunsicherheit kann damit auch Effizienzen verhindern.¹⁰⁶⁸

Klare Rechtsnormen binden Behörden stärker und reduzieren damit Einfluss auf die Entscheidungsfindung und damit das Problem des „rent seeking“. Rent seeking beschreibt ein Phänomen, in dem Akteure versuchen, die eigene Wohlfahrt durch staatliche Eingriffe in die Ressourcenallokation zu mehren.¹⁰⁶⁹ Klassisches Beispiel für legales rent seeking ist Lobbying. Dieser Einfluss setzt voraus, dass die staatlichen Stellen bei den Eingriffen einen Entscheidungsspielraum haben, auf den Einfluss genommen werden kann. Während dies bei der Entwicklung einer Rechtsnorm selbst kaum ausgeschlossen werden kann, reduziert sich die Einflussmöglichkeit bei eindeutigen Rechtsnormen. Die fallspezifische Auswirkungsanalyse oder rule of reason ist hingegen ein Einfallstor für Einflussnahme.¹⁰⁷⁰

Per se rules reduzieren außerdem Entscheidungsprobleme durch Informationsdefizite. Bei Anwendung der rule of reason können bspw. aufgrund von Informationsdefiziten Typ 2 Fehler auftreten. Es kann Rechtsnormen geben, die trotz Vereinfachungen weniger fehlerhafte Entscheidungen hervorbringen. Entscheidungen aufgrund einer vereinfachenden Rechtsnorm werden immer eine bestimmte Anzahl an Typ 1 und/oder Typ 2 Fehlern enthalten. Wenn die Rechtsnorm aber richtig ausgestaltet ist, kann es sein,

1066 Schmidt/Voigt, ORDO (58) 2007, 33, 6 f.; Christiansen/Kerber, Journal of Competition Law & Economics 2006, 215, 219.

1067 Schmidt, Per-se-Rule, Rule of Reason und der "more economic approach", 2007, S. 5; Christiansen/Kerber, Journal of Competition Law & Economics 2006, 215, 219.

1068 Voigt/Schmidt, Making European merger policy more predictable, 2005, S. 1–5.

1069 Krueger, The American Economic Review 1974, 291.

1070 Christiansen/Kerber, Journal of Competition Law & Economics 2006, 215, 220.

dass die Menge dieser Fehler geringer ist als die Menge der Typ 2 Fehler, die aufgrund der Informationsdefizite bei einer rule of reason auftreten.¹⁰⁷¹

c. Skala der Komplexität

Per se rules und die rule of reason stehen sich nicht alleine als Alternativen gegenüber. Sie sind lediglich Teile einer Skala zu- bzw. abnehmender Komplexität.¹⁰⁷² Komplexität kann unterschiedlich verstanden werden.¹⁰⁷³ Bei dem hier vorgestellten Ansatz steigt die Komplexität einer Norm mit der Anzahl der Differenzierungen und Kriterien sowie den nötigen Informationen für die Beurteilung eines Falles.¹⁰⁷⁴ Die per se rules haben somit einen geringen Komplexitätsgrad, eine konsequente rule of reason den höchsten. Per se rules knüpfen nur an wenige Differenzierungen an. So wäre beispielsweise ein generelles Verbot von Rabatten eine extreme Form einer per se rule. In diesem Fall ist die Qualifikation als „Rabatt“ das einzige Merkmal, für dessen Bestimmung wenige Informationen nötig sind. Eine rule of reason, die die Bestimmung jeder Auswirkung einer Verhaltensweise im Einzelfall erfordert, hat eine unbestimmbar hohe Anzahl an möglichen Differenzierungen und Kriterien, die bei der Bewertung herangezogen werden können.

Viele Rechtsnormen lassen sich keinem der beiden Begriffe vollständig zuordnen, sondern finden sich auf dieser Skala zwischen deren Extremen.¹⁰⁷⁵ Es werden mehrere Differenzierungskriterien eingeführt, die komplexer sind als eine einfache per se rule, aber keine komplette Auswirkungsanalyse voraussetzen.

Zu beachten ist, dass die Differenzierungsmerkmale nicht mit der formalen sprachlichen Formulierung von Tatbestandsmerkmalen gleichgesetzt werden dürfen. Bei den Begriffen „Rabatt“ oder „Auswirkungen auf die Verbraucherwohlfahrt“ handelt es sich formal gesehen jeweils nur um ein einziges Tatbestandsmerkmal. Für die Bestimmung des Differenzierungsgrades ist diese formale Einordnung unerheblich. Es kommt nicht auf den In-

1071 Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 220, 223 ff.

1072 Schmidt, *Per-se-Rule, Rule of Reason und der "more economic approach"*, 2007, S. 5.

1073 Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 221.

1074 Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 221.

1075 Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 223.

halt einer geschriebenen Regelung an. Stattdessen ist deren Ausfüllung auf Ebene der Anwendung maßgeblich. Dies zeigt sich sehr gut an dem hier betrachteten Art. 102 AEUV. Hinsichtlich der Anforderungen an das missbräuchliche Verhalten ist diese formale Regel mit wenigen Tatbestandsmerkmalen ausgestattet. In der Anwendung kann hieraus jedoch sowohl eine hochkomplexe rule of reason als auch eine per se rule mit geringer Komplexität entstehen. Dementsprechend ist im Folgenden nicht die formale Regelung, wie sie sich in Gesetzestexten findet, zu untersuchen, sondern die Norm, im Sinne der konkreten Interpretation und Anwendung der formalen Regelung.

Dieses Konzept von Komplexität darf nicht mit der Offenheit von formalen Regelungen oder der „Härte“ der Anwendung verwechselt werden. Offene Regeln werden häufig als Generalklauseln bezeichnet. Diese lassen sich nicht zwangsläufig einem einzelnen Grad der Komplexität zuordnen. Vielmehr erlauben Generalklauseln und offene Regeln weitere Auslegungen, die wiederum einen eigenen Komplexitätsgrad aufweisen.¹⁰⁷⁶ Gutes Beispiel ist auch hier Art. 102 AEUV. Dieser ist eine offene Generalklausel. Wie dargestellt kommen für die Ausfüllung der Generalklausel sowohl Regeln mit geringer (per se rules) sowie mit hoher Komplexität (rule of reason) in Betracht. Auch die wahrgenommene Härte einer Regelung oder Norm ist unabhängig von deren Komplexität. Ein per se Verbot von bestimmten Verhaltensweisen könnte als „harte“ oder „starke“ Regelung wahrgenommen werden, gleichzeitig kann aber auch eine Freistellung von der Missbrauchsaufsicht als per se Regel formuliert werden.

3. Optimale Normkomplexität

Aufbauend auf der Skala der Komplexität kann ein Modell entwickelt werden, das eine optimale Normkomplexität theoretisch bestimmbar macht. Dieses Modell kann dabei unterstützen, Regeln so zu formulieren, dass ein passender Ausgleich zwischen den Extremen der per se rules und der rule of reason vorgenommen wird.

1076 Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 222.

a. Modell der optimalen Normkomplexität

Ausgangspunkt für das Modell ist die Annahme, dass die Anwendung der Missbrauchskontrolle nicht perfekt ist.¹⁰⁷⁷ Fehlentscheidungen, die von einer hypothetischen richtigen Entscheidung abweichen, lassen sich auf verschiedene Gründe zurückführen.

Zunächst können die zugrunde liegenden Rechtsnormen selbst fehlerhaft sein, wenn sie gemessen an einem hypothetischen Optimalzustand zu wenige oder zu viele Verhaltensweisen verbieten. Die Gründe für fehlerhafte Rechtsnormen sind vielfältig. Zugrunde liegende ökonomische Erkenntnisse könnten – wenn man ihnen überhaupt maßgebliche Bedeutung zumisst – falsch umgesetzt worden sein. Selbst wenn diese richtig umgesetzt werden, kann es sein, dass mehrere widerstreitende ökonomische Einschätzungen zu einem einzelnen Thema vorliegen und dementsprechend Unklarheit herrscht, was überhaupt umgesetzt werden soll. Gleiches gilt, wenn sich die ökonomischen Erkenntnisse über Zeit fortentwickeln. Die Regeln könnten aber auch deswegen fehlerhaft sein, weil in ihrem Entstehungsprozess unsachgemäße Einflussnahme durch Lobbyismus genommen wurde.¹⁰⁷⁸

Außerdem ist – selbst wenn die Rechtsnorm zutreffend sein sollte – die Durchsetzung mit Fehlern behaftet. Die Durchsetzung sieht sich stets mit Informationsdefiziten und Unsicherheiten konfrontiert. Diese resultieren beispielsweise aus der (gezielten) Fehlinformation durch Beteiligte und Betroffene, aber auch aus faktischen Beschränkungen im Umfang der verwertbaren Informationen oder bei Kosten der Informationsbeschaffung.¹⁰⁷⁹

Zuletzt können auch einzelne Fälle der politischen Einflussnahme ausgesetzt sein, sodass trotz richtiger Rechtsnormen und der theoretisch möglichen Anwendung und Durchsetzung dieser dennoch ein falsches Ergebnis entsteht.¹⁰⁸⁰

Diese möglichen Fehlerquellen führen zu Kosten im Sinne einer nicht optimalen Zielerreichung. Ihnen gegenüber stehen die Kosten, die daraus resultieren, dass Rechtsnormen möglichst zutreffend ausgestaltet und

1077 Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 223; Heyer, *Antitrust Law Journal* 2005, 375 ff.; van Wijck, *European Competition Journal* 2021, 1, 4 ff.

1078 Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 223.

1079 Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 223 f.

1080 Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 233 ff.

durchgesetzt werden (im Folgenden: Normierungskosten). Dies beinhaltet alle Kosten der Entwicklung der Rechtsnorm wie beispielsweise Gutachten und Expertenbefragungen und die Kosten der konsequenten Durchsetzung wie beispielsweise Ausstattung der Wettbewerbsbehörden.¹⁰⁸¹ Ebenfalls enthalten sind die Kosten der betroffenen Unternehmen. Dies betrifft insbesondere Kosten der Compliance, aber auch Kosten der Rechtsunsicherheit.¹⁰⁸²

Diese beiden Arten der Kosten verhalten sich jeweils unterschiedlich in Abhängigkeit zur Normkomplexität. Die Normierungskosten steigen mit zunehmender Komplexität. Die marginalen Kosten der zusätzlichen Differenzierung steigen stärker, da die weiter ausdifferenzierten Merkmale höhere Kosten bspw. bei der Sachverhaltsermittlung nach sich ziehen.¹⁰⁸³

Bei den Fehlerkosten ist keine so klare Aussage möglich. Auf den ersten Blick dürften diese mit komplexeren Normen sinken, da komplexere Normen eine präzisere und fehlerfreiere Anwendung ermöglichen. Allerdings können komplexere Normen auch das Risiko erhöhen, dass falsche Entscheidungen ergehen. Diese Überlegungen stützen sich darauf, dass erhöhte Komplexität dazu führen kann, dass die Entscheidung leichter unsachgemäßem Einfluss ausgesetzt wird. Unabhängig hiervon werden die Kosten jedoch zumindest langsamer fallen, da wiederum die marginale Fehlerkostenreduktion bei steigender Differenzierung zurückgeht.¹⁰⁸⁴ Dies lässt sich auf folgende Überlegung stützen: Die Einführung einiger weniger offensichtlicher Differenzierungskriterien führt dazu, dass der Großteil der Fälle zutreffend entschieden werden kann. Um aber den letzten kleinen Teil der Fälle – die hiervon noch nicht abgedeckt sind – ebenfalls erfassen zu können, sind gegebenenfalls erheblich mehr Differenzierungen nötig.¹⁰⁸⁵

Diese Überlegungen führen zu dem Ergebnis, dass die addierten Kosten einen Tiefpunkt aufweisen. Dieser Tiefpunkt ist gleichzeitig der Punkt der optimalen Normkomplexität, da hier das Minimum der nötigen Kosten liegt.¹⁰⁸⁶

1081 Schmidt/Voigt, ORDO (58) 2007, 33, 37 f.; Christiansen/Kerber, Journal of Competition Law & Economics 2006, 215, 223, 231 ff.

1082 Christiansen/Kerber, Journal of Competition Law & Economics 2006, 215, 232 f.

1083 Christiansen/Kerber, Journal of Competition Law & Economics 2006, 215, 224.

1084 Christiansen/Kerber, Journal of Competition Law & Economics 2006, 215, 224.

1085 Christiansen/Kerber, Journal of Competition Law & Economics 2006, 215, 224; hier kann eine Parallele zu den sog. "hard cases" gezogen werden, vgl. Dworkin, Harvard Law Review 1975, 1057, 1057 ff.

1086 Christiansen/Kerber, Journal of Competition Law & Economics 2006, 215, 223 ff.

b. Kritik

Dieses Modell sieht sich der Kritik ausgesetzt, dass es praktisch nicht umsetzbar ist. Es ist unmöglich, mathematisch genau die Fehlerkosten festzustellen.¹⁰⁸⁷ Selbst wenn dies gelingt, ist es unmöglich, eine Norm zu schaffen, die den errechneten Punkt der Komplexität ebenso genau abbildet. Die genaue Bestimmung und Umsetzung der Komplexität ist Fiktion.

Dies ist aber auch nicht der Zweck eines Modells. Stattdessen sind auf Grundlage des Modells Aussagen über die anzustrebende Normkomplexität möglich, ohne dass diese punktgenau bestimmt werden sollte. Dessen wichtigste Lehre ist, dass die optimale Normkomplexität nicht dazu führt, dass jeder Fall richtig entschieden wird.

“The test of a good legal rule is not primarily whether it leads to the correct decision in a particular case, but whether it does a good job deterring anticompetitive behavior throughout the economy given all of the relevant costs, benefits and uncertainties associated with diagnosis and remedies.”¹⁰⁸⁸

Es werden demnach fehlerhafte Entscheidungen hingenommen, um die Kosten der weiteren Differenzierung zu vermeiden. Diese Lehre lässt sich im Rahmen der Normsetzung als Hilfestellung heranziehen.¹⁰⁸⁹ Bei der Beurteilung neuer Normen sollten die beschriebenen Kostenfunktionen beachtet werden. Die Erhöhung des Differenzierungsgrades einer Norm ist nicht allein deswegen empfehlenswert, weil Fehler vermieden werden. Vielmehr muss der Nutzen der vermiedenen Fehler die Kosten aufwiegen, die durch die höhere Differenzierung entstehen. Voraussetzung für die Verwendung einer *per se* rule ist also gerade nicht, dass alle Fälle, die unter sie fallen würden, negative Auswirkungen haben.

Das Modell zeigt außerdem Zusammenhänge zwischen Fehlerkosten, Normierungskosten und Normkomplexität auf und erlaubt es damit, bei der Entwicklung von neuen Rechtsnormen diese Kostengrößen einzubeziehen und deren Einfluss auf die Komplexität der Rechtsnorm entsprechend zu berücksichtigen. Auf Grundlage des Modells lassen sich außerdem die Einflussgrößen auf die Normkomplexität bestimmen (hierzu c.) und entsprechende juristische Instrumente auswählen, die bei der Umsetzung hel-

1087 Polinsky/Shavell, *The Journal of Law, Economics, and Organization* 1989, 99, 108.

1088 Joskow, *Journal of Law, Economics, and Organization* 2002, 95, 99 f.

1089 Vgl. grundlegend hierzu Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 2015, S. 414 ff.

fen (dazu 4.). Das Modell kann damit Leitfaden sein für eine Annäherung an die nur theoretisch bestimmbare optimale Normkomplexität.

c. Einflussfaktoren auf die Normkomplexität

Ausgehend von dem dargestellten Modell finden sich verschiedene Einflussgrößen, die die Normkomplexität unter bestimmten Umständen beeinflussen können.

aa. Verteilung der Effekte

Maßgeblichen Einfluss auf den optimalen Differenzierungsgrad hat die Verteilung der Wohlfahrtseffekte bei bestimmten Verhaltensweisen. Teilt man alle möglichen missbräuchlichen Verhaltensweisen in Gruppen ein, dann lässt sich für jede dieser Gruppen eine Verteilung der Wohlfahrtseffekte darstellen.¹⁰⁹⁰ Während manche Verhaltensweisen in der Gruppe positive Wohlfahrtseffekte aufweisen, weisen andere negative oder zumindest weniger starke positive Effekte auf. Es ergibt sich also eine Verteilung zwischen den jeweiligen maximal positiven und maximal negativen Effekten. Diese Verteilung kann auch nach der (wahrscheinlichen) Häufigkeit der Effekte gewichtet werden.¹⁰⁹¹

Beispielhaft sollen fünf Gruppen von Verhaltensweisen (V1 – V5) betrachtet werden, die den Einfluss der Verteilung der Effekte auf die optimale Normkomplexität verdeutlichen.¹⁰⁹² Gruppe V1 beinhaltet dabei nur Verhaltensweisen mit positiven Effekten. Hier ist eine undifferenzierte per se Gestattung der Gruppe empfehlenswert. Umgekehrt weist die Gruppe V2 nur negative Effekte auf. Hier ist ein undifferenziertes per se Verbot möglich, da dieses wegen des geringen Differenzierungsgrades keine Normsetzungs- und Anwendungskosten verursacht und selbst bei suboptimaler Durchsetzung nur positive Effekte mit sich bringt. Die Gruppen V3 und V4 weisen zu großen Teilen Verhaltensweisen auf, die klar positiven (V3) bzw. negativen Effekten (V4) zugeordnet werden können, aber eine kleine Menge von Verhaltensweisen, die jeweils den entgegengesetzten Wohlfahrtsef-

1090 Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 229 ff.

1091 Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 229.

1092 S. hierzu auch das Schaubild bei Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law and Economics* 2006, 215, 230.

fekt aufweisen. Ausgangspunkt für diese Gruppen kann wiederum ein per se Verbot bzw. eine per se Gestattung sein. Weitergehend könnte jedoch ein Differenzierungskriterium die Fälle ausklammern, die jeweils gegenteilige Effekte haben, um Fehler vermeiden. Allerdings ist hierbei zu beachten, dass die Einführung des Kriteriums selbst Kosten erzeugt, die durch den Nutzen der Differenzierung aufgewogen werden müssen. Wenn durch das Kriterium nur wenige Fehler des Typ 1 und des Typ 2 vermieden werden können, kann trotzdem eine per se Norm vorzugswürdig sein. Dies gilt umso mehr, als das Differenzierungskriterium selbst fehleranfällig ist. So kann es sein, dass das Differenzierungskriterium in der Gruppe V3 dazu führt, dass Verhaltensweisen mit positiven Effekten untersagt werden. Der Nutzen eines neuen Kriteriums muss die Kosten der zusätzlichen Differenzierung und die Kosten neuer Fehler aufwiegen.

Die Gruppe V5 weist eine hohe Verteilung der Wohlfahrtseffekte auf. Die der Gruppe zugeordneten Verhaltensweisen können eine Vielzahl von positiven wie negativen Wohlfahrtseffekten haben. Eine Differenzierung hat hier einen positiven Effekt, selbst wenn sie nicht perfekt differenziert und Normsetzungs- und Anwendungskosten erzeugt.

bb. Kosten der Normsetzung und Anwendung

Wie schon dargestellt steigen Regulierungskosten mit steigender Differenzierung. Ein genauerer Blick darauf, wie sich diese Kosten zusammensetzen und verändern können, hilft bei der Umsetzung in konkrete Normen.

(1) Kosten der Normsetzung

Die Kosten der Normsetzung sind Kosten der Formulierung und Einführung von Normen.¹⁰⁹³ Diese beinhalten alle Arten von Normen. Es können also die Kosten eines Gesetzgebungsverfahrens, die Kosten der Formulierung von Richtlinien, aber auch die Formulierung abstrakter Regeln bei der Auslegung und Anwendung anderer Regelungen in einem konkreten Fall sein. Es wird angenommen, dass diese Kosten mit stärkerer Differenzierung steigen, da die korrekte Formulierung differenzierter Normen schwieriger ist als die Formulierung von per se Normen.¹⁰⁹⁴ Diese Aussage ist in dieser

1093 Vgl. Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 231.

1094 Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 231.

Klarheit allerdings anzuzweifeln. Zwar ist zuzugeben, dass die Formulierung der Normen an sich anspruchsvoller ist, allerdings teilen sich sowohl die Formulierung von per se Normen, als auch die Formulierung von differenzierten Normen einen großen Kostenpunkt in Form von Informationskosten. Letztlich dürften im Laufe der Normsetzung die Kostenpunkte beider Arten weitgehend gleich laufen – zumindest im Rahmen von ergebnis-offenen Verfahren. Informationen müssen gesammelt, Gutachten in Auftrag gegeben und Experten angehört werden. Erst das Ergebnis dieses Prozesses macht die Entscheidung möglich, welcher Differenzierungsgrad gewählt werden sollte. Der letzte Schritt, die eigentliche Formulierung der Norm, dürfte dabei eher einen kleineren Kostenpunkt betreffen, zumal im Rahmen des Verfahrens ohnehin schon verschiedene Arten von Normen entworfen werden sollten. Gleichzeitig ist es vorstellbar, dass eine vollständig ausdifferenzierte Norm im Sinne einer Einzelfallanalyse bei der Normsetzung ähnlich geringe Kosten verursacht wie eine per se Norm. Die Einzelfallanalyse ist in der Anwendung zwar hochdifferenziert, in der abstrakten Formulierung aber sehr einfach.

Wegen dieser Zweifel an ihrer Entwicklung sollte den Kosten der Normsetzung kein zu großes Gewicht beigemessen werden. Dies gilt umso mehr, da es sich um Fixkosten handelt, von denen einige nicht spezifisch für die Normsetzung bei einer bestimmte Norm anfallen. Parlamente tagen unabhängig von den konkreten Vorhaben, Beamte sind unabhängig von einem bestimmten Projekt beschäftigt.

(2) Kosten der Rechtsanwendung

Weiterer Teil der Regulierungskosten sind die Kosten der Rechtsanwendung. Diese Kosten umfassen alle Kosten, die bei der Beurteilung von Fällen anfallen, sowohl bei Behörden als auch bei Gerichten und den Beteiligten. In Wettbewerbsfällen sind dies hauptsächlich Informationskosten.¹⁰⁹⁵ Die mit dem Sachverhalt verbundenen Daten müssen gesammelt, systematisiert und ausgewertet werden. Dabei handelt es sich um variable Kosten, da sie für jeden Fall potentiell erneut anfallen. Hier ist die eindeutige Prognose möglich, dass diese Kosten mit steigender Differenzierung ebenfalls ansteigen, da differenzierte Normen nach der hier gewählten Definition der Komplexität immer mehr Informationen benötigen.¹⁰⁹⁶

1095 Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 231 f.

1096 Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 233.

(3) Kosten von Überwachung und Compliance

Überwachung und Compliance betreffen sowohl Behörden als auch Unternehmen. Die aufgestellten Normen müssen unabhängig von ihrer Anwendung überwacht werden. Die Behörden müssen mögliche Verstöße feststellen können und dafür ein System bereithalten.¹⁰⁹⁷ Ein Beispiel hierfür sind Sektoruntersuchungen, wie sie Wettbewerbsbehörden durchführen. Deren Inhalt richtet sich nach dem Inhalt der Normen, auf deren Verstöße der jeweilige Sektor untersucht wird. Auf der anderen Seite müssen auch Unternehmen stetig auf die Einhaltung der Normen achten und ebenfalls hierfür ein System bereitstellen. Diese Kosten setzen sich sowohl aus Fixkosten als auch aus variablen Kosten zusammen. Sie erhöhen sich aufgrund der steigenden Informationserfordernisse ebenfalls mit erhöhter Normkomplexität.¹⁰⁹⁸

(4) Kosten der Rechts(un)sicherheit

Weitere Kosten entstehen durch Rechtsunsicherheit. Wenn die Auslegung oder Anwendung der Normen unklar ist, ist es auch schwieriger für die betroffenen Unternehmen, ihr Verhalten daran auszurichten.¹⁰⁹⁹ Das erzeugt zunächst erhöhte Kosten, da der Versuch, die Normen zu befolgen, ebenfalls mehr Informationskosten verursacht. Kosten können aber auch entstehen, wenn die Unternehmen die unklaren Normen falsch auslegen. So können Unternehmen von Verhalten mit positiven Effekten absehen oder auch Verhalten mit negativen Effekten fälschlicherweise adaptieren, obwohl die Norm eigentlich das jeweilige Gegenteil erzielen soll. Je differenzierter die Normen sind, desto schwieriger ist ihre Anwendung und die Rechtsunsicherheit erhöht sich damit, was zu steigenden Kosten führt.¹¹⁰⁰

Trotz einiger Unklarheiten und dem Umstand, dass diese Kosten noch keiner tiefergreifenden empirischen Analyse unterzogen wurden, lässt sich

1097 Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 232.

1098 Schmidt/Voigt, *ORDO* (58) 2007, 33, 38 f.; Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 233.

1099 Vgl. Doern, *Governance* 1995, 195 ff.; Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 232.

1100 Schmidt/Voigt, *ORDO* (58) 2007, 33, 37 f.; Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 233.

die Grundtendenz des Modells nachvollziehen, dass steigende Differenzierung zu erhöhten Normsetzungs- und Anwendungskosten führt.¹¹⁰¹

cc. Politische und unsachgemäße Einflussnahme

Eine weitere Einflussgröße, die berücksichtigt werden kann, ist der mögliche politische und unsachgemäße Einfluss auf die Entstehung der Normen und auf deren Anwendung.¹¹⁰² Die Einflussnahme kann auf Ebene der Normsetzung stattfinden oder auch erst auf Ebene der Rechtsanwendung im einzelnen Fall. Die Einflussnahme kann sowohl zu Typ 1 Fehlern führen, wenn bspw. Wettbewerber eine besonders rigorose und strenge Anwendung fordern, sie kann aber auch zu Typ 2 Fehlern führen, wenn die Betroffenen selber Einfluss nehmen oder auch die Politik erfolgreich ein zu lockeres Kartellrechtsregime fordert. Beide Arten von Fehlern erzeugen, wie gezeigt, Kosten in Form von suboptimaler Zielerreichung.¹¹⁰³

Der Zusammenhang zwischen einem Entscheidungsspielraum und politischer Einflussnahme ist in der Institutionenökonomie etabliert.¹¹⁰⁴ Dieser Ansatz wird teilweise auf den Differenzierungsgrad übertragen. So lässt sich argumentieren, dass per se Normen keinen Raum für Einflussnahme lassen, da das Ergebnis vorgezeichnet ist. Bei differenzierteren Normen ist das Ergebnis schwerer vorherzusagen und aufgrund der Informationsfülle weniger eindeutig, schwieriger zu überprüfen und damit eher der Einflussnahme ausgesetzt.¹¹⁰⁵ Dabei geht es nicht nur um direkte und vorsätzlich falsche Einflussnahme. Auch die gezielte und rechtmäßige strategische Informationsübermittlung durch die Beteiligten kann bei Informationsasymmetrien zu falschen Ergebnissen führen. Differenzierte Normen, die auf mehr Informationen angewiesen sind, sind leichter dem Einfluss derer ausgesetzt, die diese Informationen in den Händen halten. Hier sind dies auch die betroffenen Unternehmen. Diese Überlegungen können dazu füh-

1101 Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 224.

1102 Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 233.

1103 Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 234.

1104 Mahoney/Sanchirico, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 2005, 329 ff.; Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 234.

1105 Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 234.

ren, dass eine stärkere Differenzierung also sogar zu höheren Fehlerkosten führen kann, wenn dadurch die Einflussnahme erhöht wird.¹¹⁰⁶

Allerdings sind institutionelle Absicherungen möglich, die eine Entkoppelung von Differenzierungsgrad und Einflussnahme ermöglichen. Das eigentliche Ziel muss sein, die Einflussnahme direkt zu bekämpfen und zu minimieren. Diese darf nicht hingenommen und nur die zweitbeste Lösung gewählt werden, die darin besteht, neue Normen aus Angst vor unsachgemäßer Einflussnahme anzupassen. Die eigentliche Lösung liegt deswegen im Prozessrecht und nicht im materiellen Recht. Dennoch wäre es künstlich, die Wirklichkeit der Einflussnahme komplett auszublenden. Deswegen soll dieser Einflussgröße bei dem hier vorgestellten Konzept zumindest eine geringere Bedeutung zukommen. Bei der konkreten Formulierung von Normen in der Praxis sollte diese Einflussgröße berücksichtigt werden, gerade wenn keine ausreichenden Mechanismen bereitstehen, um die Einflussnahme gering zu halten.

dd. Zwischenergebnis

Maßgeblich für den Differenzierungsgrad sind neben den allgemeinen Fehlerkosten die Verteilung der positiven und negativen Effekte in Abhängigkeit zur jeweiligen Norm, die Informationskosten der Anwendung und die Rechtsunsicherheit. Nachrangig sind auch die Kosten der politischen und unsachgemäßen Einflussnahme zu berücksichtigen.

4. Juristische Instrumente der Differenzierung

Die Umsetzung der Differenzierung in den Normen erfolgt anhand juristischer Instrumente, die den Differenzierungsgrad beeinflussen. Die folgende, nicht abschließende Aufzählung stellt verschiedene Instrumente anhand von Beispielen dar und zeigt deren Auswirkungen auf die Komplexität einer Norm über deren Einflussfaktoren. Daraus ergeben sich die Umstände, unter denen das jeweilige Instrument eingesetzt werden sollte.

1106 Christiansen/Kerber, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, 215, 234 f.

a. Positive und negative Merkmale

Jede Norm setzt sich aus positiven und negativen Merkmalen zusammen. Positive Merkmale sind alle Merkmale, die im konkreten Fall vorliegen müssen, damit die Norm Anwendung findet. Negative Merkmale wiederum dürfen nicht vorliegen, wenn die Norm angewendet werden soll. Wichtig ist, dass diese Merkmale hier nicht im Sinne formaler Tatbestandsmerkmale im Sinne der im Gesetz geschriebenen Worte verstanden werden. Stattdessen geht es um jedes innerhalb der Tatbestandsmerkmale zu prüfende Kriterium. Aus einem formalen Tatbestandsmerkmal können sich mehrere zu prüfende Kriterien ergeben. Ein Beispiel hierfür ist das Tatbestandsmerkmal „Unternehmen“ in Art. 102 AEUV, welches sich aus den einzelnen Merkmalen „Einheit“ und „Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit“ zusammensetzt.¹¹⁰⁷ Sogar diese Merkmale lassen sich noch weiter untergliedern. Danach ist bspw. eine wirtschaftliche Tätigkeit „jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten“.¹¹⁰⁸

Die Komplexität einer Norm hängt direkt mit der Anzahl der zu prüfenden Merkmale zusammen. Bei dem hier vorgestellten Ansatz steigt die Komplexität einer Norm mit der Anzahl der Differenzierungen und Kriterien sowie den nötigen Informationen für die Beurteilung eines Falles. Danach führt jedes Merkmal und jede weitere zu dessen Bestimmung nötige Information zu einer höheren Komplexität der Norm. Ein hoher Differenzierungsgrad zeichnet sich also durch viele Merkmale und viele zur Prüfung notwendige Informationen aus, während ein niedriger Differenzierungsgrad weniger Merkmale und ein geringeres Informationserfordernis voraussetzt. Durch die Wahl der Merkmale kann also zwischen den Extremen der Skala der Differenzierung variiert werden. Bspw. enthält das per se Verbot nur ein Merkmal, für das nur wenige Informationen ermittelt werden müssen, während für den AEC-Test mehrere Kostengrößen ermittelt und gegenübergestellt werden müssen.

1107 EuGH, 23.4.1991, Rs. C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161, Rz. 21 – *Höfner und Elser*; EuGH, 16.11.1995, Rs. C-244/94, ECLI:EU:C:1995:392, Rz. 14 – *Fédération française des sociétés d'assurances*; EuGH, 11.12.1997, Rs. C-55/96, ECLI:EU:C:1997:603, Rz. 21 – *Job Centre*; EuGH, 18.6.1998, Rs. C-35/96, ECLI:EU:C:1998:303, Rz. 36 – *Kommission/Italien*; EuGH, 12.9.2000, Rs. C-180/98, ECLI:U:C:2000:428, Rz. 74 – *Pavlov*; EuG, 12.12.2006, Rs. T-155/04, ECLI:EU:T:2006:387, Rz. 50.

1108 EuGH, 12.9.2000, Rs. C-180/98, ECLI:U:C:2000:428, Rz. 75 – *Pavlov*; EuGH, 18.6.1998, Rs. C-35/96, ECLI:EU:C:1998:303, Rz. 36 – *Kommission/Italien*.

Ausgehend von der umzusetzenden ökonomischen Forschung stellt sich die Frage, wie die Komplexität reduziert werden kann. Es können maximal die Kriterien und Zusammenhänge einer neuen Norm zugrunde gelegt werden, die auch in der ökonomischen Forschung enthalten sind. Eine differenziertere Norm wäre zwar möglich, jedoch nicht mehr von der vorliegenden ökonomischen Forschung gedeckt. Weitere Merkmale können sich nur aus anderen Quellen herleiten, sind dann aber für die vorliegende Betrachtung unerheblich. Dementsprechend kann für eine Reduzierung der Komplexität auf Merkmale, die in der ökonomischen Forschung enthalten sind, verzichtet werden. Das sollte nach dem dargestellten Modell immer dann der Fall sein, wenn insbesondere aufgrund der Verteilung der Effekte die Kosten der bestimmten Merkmale deren Nutzen überwiegen. So können bspw. Merkmale, die mit besonders hohen Informationskosten einhergehen und gleichzeitig nur in wenigen Fällen zu abweichenden und möglicherweise fehlerbehafteten Ergebnissen führen können, wegfallen. Mit der Wahl der Merkmale lassen sich also die Differenzierungskriterien, die die Verteilung der Effekte am besten abbilden, rechtlich umsetzen.

b. Vermutungen

Vermutungen bewirken, dass bei Erfüllung der Merkmale der Vermutung (sog. Anknüpfungstatsachen) auf das Vorliegen anderer Merkmale oder des gesamten Tatbestandes geschlossen wird.¹¹⁰⁹ Dabei kann man zwischen Tatsachenvermutungen und Rechtsvermutungen unterscheiden. Bei Tatsachenvermutungen wird auf das Vorliegen einer Tatsache geschlossen, während bei Rechtsvermutungen auf eine Rechtsfolge geschlossen wird.¹¹¹⁰ Die Vermutung kann außerdem widerleglich oder unwiderleglich ausgestaltet sein.¹¹¹¹ Die Vermutung muss nicht in jedem Fall angewendet werden, es besteht jedoch weiterhin die Möglichkeit, statt der Voraussetzungen der Vermutung die Merkmale selbst zu ermitteln.

1109 Groh in: Rechtswörterbuch, 2021, Vermutung; Ritter, Presumptions in EU Competition Law, 2017, S. 2 f.

1110 Groh in: Rechtswörterbuch, 2021, Vermutung.

1111 So bspw. geregelt in § 292 S. 1 ZPO.

Ein Beispiel für eine Vermutung im Kartellrecht findet sich bei der Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung nach § 18 Abs. 4 GWB.¹¹¹² Wenn der Marktanteil des Unternehmens 40% übersteigt, gilt die Vermutung der Marktbeherrschung, die aber insbesondere auf Grundlage der übrigen Merkmale aus § 18 Abs. 3 GWB widerlegt werden kann.¹¹¹³

Eine Vermutung reduziert die Komplexität einer Norm. Am Beispiel der Marktbeherrschung wird dies deutlich. Statt alle Faktoren ermitteln zu müssen, die für die Marktbeherrschung nach § 18 Abs. 3 GWB maßgeblich sind, könnte nur der Marktanteil bestimmt werden. Weitere Merkmale müssen nicht geprüft werden, die nötigen Informationen werden reduziert und somit sinkt die Komplexität der Norm.

Die Wirkungen unterscheiden sich jedoch bei widerleglichen und unwiderleglichen Vermutungen. Bei einer unwiderleglichen Vermutung gilt die Reduzierung der Komplexität in allen Fällen, in denen die Vermutung angewendet wird. Bei einer widerleglichen Vermutung gilt dies allerdings nur, wenn nicht der Versuch unternommen wird, diese zu widerlegen. In diesen Fällen bleibt die ursprüngliche Komplexität erhalten, die Kosten der Komplexität treffen in diesem Punkt aber die andere Partei. Insofern sind die Wirkungen ähnlich einer Beweislastumkehr. Dennoch bleibt es bei der Reduzierung der Komplexität für die Fälle, in denen keine Anstrengung unternommen wird, die Vermutung zu widerlegen.

Vermutungen sollten eingesetzt werden, um den Differenzierungsgrad punktuell zu steuern. Merkmale, die zu einem zu hohen Komplexitätsgrad führen, können durch andere Merkmale ersetzt werden. Damit können punktgenau Informationskosten bei der Rechtsanwendung reduziert werden. Dabei wird der Differenzierungsgrad reduziert, aber in einem schwächeren Umfang, als es der Fall wäre, wenn die vermuteten Merkmale ganz ausgelassen würden. Anstelle der vermuteten Merkmale treten zumindest die Voraussetzungen der Vermutung. Diese weisen einen geringeren Differenzierungsgrad auf oder sollten zumindest mit geringeren Informationskosten einhergehen. Die Vermutung sollte also eingesetzt werden, wenn ein Merkmal mit hohen Informationskosten einhergeht, aber gleichzeitig für die Differenzierung von erlaubten und zu untersagenden Verhaltensweisen wichtig ist. Dabei gilt folgender Zusammenhang: Je wichtiger das vermute-

1112 Weitere Beispiele bei Frenz/Ehlenz, EuR 2010, 490, 490 f.; Fernández, Journal of European Competition Law & Practice 2019, 448 ff.; van Cleynenbreugel in: Abusive practices in competition law, 2018, S. 47 ff.

1113 Bechtold/Bosch, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (§§ 1-96, 185, 186): Kommentar, 2021, § 18, Rn. 74 f.

te Merkmal für die Differenzierung ist, desto eher sollte eine widerlegliche Vermutung gewählt werden. Hier besteht zumindest die Möglichkeit, zu den ursprünglichen Merkmalen mit höherer Komplexität zurückzukehren, wenn versucht wird, die Vermutung zu widerlegen.

Widerlegliche Vermutungen bieten sich auch an, wenn Informationsasymmetrien bestehen. Im Gegensatz zu unwiderleglichen Vermutungen werden die Informationskosten der Norm nur verschoben. Das ist aus Sicht einer Kosten-Nutzen-Betrachtung dann vorteilhaft, wenn die Partei, auf die diese Kosten verschoben werden, den Nachweis leichter führen kann als die ursprünglich belastete Partei. Damit lassen widerlegliche Vermutungen einen Kompromiss zwischen stärkerer Differenzierung und Kostenreduzierung zu.

Gleichzeitig ist zu beachten, dass Vermutungen zu höheren Kosten bei der Normsetzung und Anwendung (Teil der Regulierungskosten) führen können. Bei der Normsetzung müssen nicht nur die eigentlichen Voraussetzungen entwickelt und festgelegt, sondern zusätzlich auch die Anknüpfungstatsachen bestimmt werden. Diese müssen dabei im Zusammenhang mit den vermuteten Merkmalen stehen. Bei Vorliegen der Anknüpfungstatsachen sollte das Vorliegen der vermuteten Merkmale wahrscheinlich sein. Je geringer der Grad der Wahrscheinlichkeit, desto höher fallen die Fehlerkosten aus. Um hier die richtigen Voraussetzungen zu bestimmen, kann wiederum auf die Ökonomie zurückgegriffen werden. Im besten Fall enthält die ökonomische Forschung schon Feststellungen hierzu, anderenfalls müssen diese noch ermittelt werden.

c. Beweislastumkehr

Die Beweislastumkehr wirkt ähnlich wie eine widerlegliche Vermutung. Beide Instrumente unterscheiden sich jedoch dadurch, dass die Vermutung an weitere Voraussetzungen geknüpft ist, während die Beweislastumkehr ohne weitere Voraussetzungen für eines der Merkmale gilt.

Die Beweislastverteilung bestimmt für jedes einzelne Merkmal, welche Partei es nachzuweisen hat und damit auch, welche Folge eintritt, wenn dieser Nachweis nicht gelingt.¹¹¹⁴ Da es sich bei der EU-Missbrauchsaufsicht um ein hoheitliches Verfahren handelt, muss grundsätzlich die Kom-

1114 Groh in: Rechtswörterbuch, 2021, Beweislast.

mission die Voraussetzungen der Missbräuchlichkeit nachweisen. Einzelne Punkte wie die Rechtfertigung haben jedoch schon jetzt die betroffenen Unternehmen nachzuweisen.¹¹¹⁵

Die Beweislastumkehr führt dazu, dass das betroffene Unternehmen einzelne Merkmale bzw. deren Nichtvorliegen nachweisen muss. Gelingt dies nicht, kann das Verhalten untersagt werden, obwohl die Wettbewerbsbehörde diese Merkmale nicht nachgewiesen hat. Die Wirkungen und Einsatzmöglichkeiten der Beweislastumkehr sind denen der widerleglichen Vermutung sehr ähnlich.¹¹¹⁶ Die Komplexität wird punktuell reduziert und im Einzelfall werden die Informationskosten entweder reduziert oder auf die andere Partei umverteilt. Allerdings ist sie in all diesen Aspekten eine noch stärkere Reduzierung, da im Gegensatz zur widerleglichen Vermutung bei der Beweislastumkehr keine weiteren Voraussetzungen für deren Eingreifen vorliegen müssen. Sie sollte also eingesetzt werden, wenn die Informationskosten für die Merkmale noch höher sind und keine tauglichen Anknüpfungstatsachen für eine Vermutung ermittelt werden können.

d. Beweismaß und Beweismittel

Neben der Beweislast kann auch das Beweismaß Einfluss auf den Differenzierungsgrad haben.¹¹¹⁷ Das Beweismaß ist die Schwelle der Gewissheit, bei deren Überschreiten der Beweis gelingt.¹¹¹⁸ Das Beweismaß kann theoretisch beliebig festgelegt werden. So gilt bspw. im deutschen Zivilprozessrecht nach § 286 Abs. 1 ZPO kein fester Schwellenwert. Stattdessen verlangt das Gesetz eine „freie Überzeugung“, die von der herrschenden Ansicht als „volle Überzeugung“ verstanden und normativ ausgefüllt wird.¹¹¹⁹ In diesem Fall genügt dann „ein für das praktische Leben brauchbarer Grad von Gewissheit, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschlie-

1115 Dieckmann in: Wiedemann (Hrsg.) Handbuch des Kartellrechts, 2020, § 41 Rn. 26.

1116 Vgl. zu Kosten und Nutzen der Beweislastverteilung Hay, Indiana Law Journal 1997, 651 ff.

1117 Vgl. allgemein zur ökonomischen Logik des Beweisrechts Posner, An Economic Approach to the Law of Evidence, 1999.

1118 Eigene Formulierung, inhaltlich wie Prütting in: MüKo-ZPO, 2020, § 286 Rn. 28; für das Kartellrecht vgl. Kalintiri, Evidence standards in EU competition enforcement, 2019.

1119 Prütting in: MüKo-ZPO, 2020, § 286 Rn. 41.

ßen“.¹¹²⁰ Stattdessen kann aber auch mit festen Schwellenwerten gearbeitet werden, die auch durch Prozentangaben Ausdruck finden können. Ein Beispiel hierfür ist ein Schwellenwert von 50%+1, der auch als „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ von einer Mindermeinung im Rahmen von § 286 Abs.1 ZPO diskutiert wird oder in Form des hinreichenden Tatverdachts i.S.d. § 203 StPO bei Eröffnung des Hauptverfahrens notwendig ist.¹¹²¹

Je geringer die Anforderungen an das Beweismaß sind, desto geringer ist auch die Normkomplexität. Der Nachweis gelingt leichter und es müssen weniger Informationen gesammelt und aufbereitet werden.

Die Modifizierung des Beweismaßes eignet sich besonders, wenn hohe Informationskosten bei mehreren oder auch nur bei einzelnen Merkmalen bestehen. Dann kann die Anpassung des Beweismaßes die oben beschriebene Verteilung der Effekte bei der Normsetzung und Anwendung umsetzen. Dies ist an einem Beispiel leicht zu verdeutlichen: Die tatsächlichen Auswirkungen einer Verhaltensweise sind nur schwer zu ermitteln. Es lässt sich aber leicht die Verteilung der Effekte beschreiben. Dabei ergibt sich, dass die Verhaltensweise in 90% der Fälle schädigend ist und in 10% der Fälle wohlfahrtssteigernd. Hier sollte eine niedrigere Nachweisschwelle eingeführt werden. Ähnlich verhält es sich, wenn eine Verhaltensweise starke negative Effekte haben kann, aber nur schwache positive in den Fällen, in denen sie positive Effekte hat. Hier wären die Kosten einer fehlerhaften Untersagung niedriger als die Kosten einer fehlerhaften Zulassung. Deswegen sollte die Untersagung unter einer niedrigeren Nachweisschwelle möglich sein.¹¹²²

Eng verknüpft mit dem Beweismaß sind die Beweismittel, die nötig sind, um einzelne Merkmale nachweisen zu können, da einzelnen Beweismitteln generell ein höherer Beweiswert zugemessen werden kann. Die zulässigen und erforderlichen Beweismittel können festgelegt werden und üben dann maßgeblichen Einfluss auf die Komplexität von Normen aus.

Ein Beispiel für die unterschiedlichen Beweismittel findet sich in den analysierten Entscheidungen. Teilweise genügen der Kommission Aussagen von Wettbewerbern des marktbeherrschenden Unternehmens, um nachzuweisen, dass eine Verdrängungswirkung vorlag. Man könnte aber ebenso

1120 Bacher in: BeckOK ZPO, 2021, § 286 ZPO Rn. 2.

1121 Wenske in: MüKo-StPO Band 2, 2016, § 203 StPO Rn. 10 ff.

1122 Beckner/Salop, Antitrust Law Journal 1999, 41, 61 f.

voraussetzen, dass eine kontrafaktische Analyse durchgeführt wird.¹¹²³ Letzteres führt zu einer komplexeren Norm, da mehr Informationen hierfür ermittelt werden müssen.

Anhand des Beispiels wird deutlich, dass die Komplexität einer Norm maßgeblich durch die Beweismittel beeinflusst wird. Die möglichen Beweismittel beeinflussen maßgeblich die nötigen Informationen für die Bestimmung eines Merkmals und damit auch seinen Inhalt und seine Komplexität.

5. Zwischenergebnis

Eine Einzelfall- und Auswirkungsanalyse ist nicht nötig, um ökonomische Erkenntnisse in die Anwendung von Art. 102 AEUV zu integrieren. Ökonomische Erkenntnisse sollten genutzt werden, um der Rechtsanwendung Normen zugrunde zu legen, die sich zwischen den Extremen der *per se* Norm und der *rule of reason* bewegen. Das Modell der optimalen Normkomplexität dient als Hilfestellung, um diese Normen auszugestalten. In Abhängigkeit von der Verteilung der Effekte und der Kosten der Normsetzung und Anwendung sollte sich einem optimalen Differenzierungsgrad angenähert werden. Für die Umsetzung stehen verschiedene juristische Instrumente bereit, die auf unterschiedliche Art und Weise den Differenzierungsgrad einer Norm umsetzen können. Diese Instrumente sind bei der Schaffung neuer Normen gezielt einzusetzen, um einen möglichst optimalen Differenzierungsgrad umzusetzen.

III. Wandel und Pluralismus

Die Analyse hat gezeigt, dass die Kommission in den Entscheidungen immer mehr von dem sich selbst gesetzten Maßstab zur Beurteilung der Missbräuchlichkeit abweicht. Grund hierfür ist der Wandel in der Ökonomie, der auch Folge des Wandels des Wirtschaftsgeschehens ist. Neben einem stetigen Wandel ist auch ein zunehmender Pluralismus in der Ökonomie zu verzeichnen. Die Phänomene des Wandels und des Pluralismus selbst

1123 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 21.

sind eng miteinander verknüpft. Der Wandel passiert nicht „über Nacht“, sondern entspringt einer stetigen Entwicklung. Neue oder überholte Erkenntnisse entwickeln sich stets aus schon bestehenden Ansätzen. Beide Probleme sind außerdem von grundlegender Bedeutung, da die Ökonomie als Wissenschaft von einem stetigen Wandel geprägt ist und dieser in der (ökonomischen) Wissenschaftstheorie als Notwendigkeit angesehen wird. Gleichzeitig verzeichnet die aktuelle Ökonomie einen starken Pluralismus von Meinungen und Ansätzen. Beides lässt sich auch anhand von Beispielen gerade in der Wettbewerbsökonomie illustrieren (hierzu 1.a.). Wandel und Pluralismus sollten aber nicht als Schwäche der Ökonomie als Wissenschaft begriffen werden, sondern sind zwingende Folge eines modernen Wissenschaftsverständnisses. Dies zeigt ein Blick auf die wissenschaftstheoretischen Grundlagen in Form der (ökonomischen) Methodologie (hierzu 1.b.).

Es ist verfehlt, von der Ökonomie eindeutige und stets aktuelle Aussagen zu erwarten.¹¹²⁴ Stattdessen ist es eine rechtliche Herausforderung, mit dem vorgefundenen Wandel und Pluralismus umzugehen (dazu 2.). Es kommt zur Kollision mit dem stärker entscheidungsbezogenen und damit auf Momentaufnahmen fokussierten Rechtssystem. Es stellt sich somit die Frage, wie Wandel und Pluralismus in der Ökonomie von einem durch Regelungen und Entscheidungen geprägten Rechtssystem abgebildet werden können.

Eine Lösung liegt darin, Regelungen, im Sinne von formalen geschriebenen Vorschriften, so auszugestalten, dass sie den Wandel antizipieren können (dazu 3.). Dem Pluralismus in der Wissenschaft kann nur durch Verfahren zur Auswahl begegnet werden, da es keinen wissenschaftlichen Maßstab für die Auswahl zwischen zwei wissenschaftlichen Positionen gibt (dazu 4.). Zuletzt ermöglichen Überprüfungsmechanismen die Anpassung von Regelungen und Anwendungspraxis auch ex post (dazu 5.).

1. Wandel und Pluralismus in der Ökonomie

Wandel und Pluralismus in der Ökonomie lassen sich gerade am Beispiel der Wettbewerbsökonomie veranschaulichen. In Bezug auf einzelne Themenfelder, hier anhand der Theorien zu Kampfpreisen, lassen sich in kürzerer Zeit Entwicklungen nachvollziehen und mehrere entgegengesetzte Meinungen und Ansätze wiederfinden. Beides darf gerade nicht als

1124 So auch *Lademann* in: FS Möschel, 2011, S. 381, 386 ff.

Schwäche der Ökonomie missverstanden werden, sondern ist vielmehr eine wissenschaftstheoretische Notwendigkeit und deswegen nicht hinwegzudenken.

a. Wandel und Pluralismus in der Wettbewerbsökonomie

Wandel und Pluralismus in der Ökonomie lassen sich leicht belegen. Die Geschichte der Wettbewerbsökonomie ist geprägt von einem stetigen Wandel und Pluralismus von Theorien und Wettbewerbsleitbildern. Eine ausführliche Darstellung der gesamten Entwicklung der Wettbewerbsökonomie ist an dieser Stelle nicht möglich und auch nicht zielführend.¹¹²⁵ Beispielhaft kann auf den bereits dargestellten Streit zwischen „Harvard School“ und „Chicago School“ und dessen Fortsetzung in der Post Chicago Ära verwiesen werden.¹¹²⁶ Es werden immer wieder neue Ansätze entwickelt, die aufeinander aufbauen, sich aber auch widersprechen können.

Wandel und Pluralismus finden sich auch in konkreten Forschungsergebnissen wieder.¹¹²⁷ Als anschauliches Beispiel dient hier die Forschung zu Kampfpreisen, die schon für die Vereinfachungen in der Ökonomie als Beispiel angeführt wurde.¹¹²⁸

Formalisierte Theorien, die Kampfpreise und deren Wirkung erklären konnten, existierten bis 1980 nicht.¹¹²⁹ Dennoch gab es nicht-formalisierte Erklärungsversuche, die darauf basierten, dass das marktbeherrschende Unternehmen mehr Geld zur Verfügung hat als Wettbewerber und damit längere Zeit niedrigere Preise oder sogar nicht kostendeckende Preise setzen kann (sog. „deep pocket doctrine“). Die Chicago School brach mit dieser Erklärung. McGee entwickelte 1958 in einem viel rezipierten Artikel vier Kritikpunkte, die die weitere Diskussion zu Kampfpreisen maßgeblich prägten:¹¹³⁰

- Aufgrund des größeren Marktanteils muss das marktbeherrschende Unternehmen größere Verluste hinnehmen.

1125 Budzinski, Cambridge Journal of Economics 2008, 295, 297–313; ders., An Evolutionary Theory of Competition, 2004.

1126 S.o. E.I.1.a.dd-ff.

1127 Borlini, European Competition Journal 2009, 409, 416 ff.

1128 S.o. D.II.1.b.bb.

1129 Fumagalli/Calcagno/Motta, Exclusionary Practices, 2018, S. 16.

1130 McGee, The Journal of Law and Economics 1958, 137, 138 ff.

- Eine Preiserhöhung nach Verdrängung der Wettbewerber ist nicht möglich, da ein erneuter Markteintritt erfolgen kann, insbesondere dann, wenn die Vermögenswerte des ausgeschiedenen Konkurrenten noch vorhanden sind.
- Es ist nicht selbstverständlich, dass das beherrschende Unternehmen mehr finanzielle Ressourcen hat als die Wettbewerber, da diese auch Zugang zum Finanzmarkt haben.
- Es ist effizienter, Wettbewerber zu übernehmen, statt Kampfpreise zu setzen, da in dieser Zeit mögliche Profite verloren gehen.

Diese sog. Chicago-Kritik an der bisherigen Erklärung für Kampfpreise führte jedoch zu verschiedenen Theorien, die diese zu entkräften versuchen. Die schon dargestellte Theorie der unvollkommenen Finanzmärkte begegnet beispielsweise dem dritten Kritikpunkt. Daneben stehen Theorien, die die Verdrängungswirkung von Kampfpreisen anhand asymmetrischer Informationen erklären, aufgrund derer potentielle Wettbewerber abgeschreckt werden.¹¹³¹ Zuletzt existieren Theorien, die die Verdrängungswirkung aufgrund von Skaleneffekten erklären können, die durch die Kampfpreise den Wettbewerbern vorenthalten werden. Bemerkenswert ist, dass diese Theorien auf empirische Evidenz zurückgreifen und sogar Erkenntnisse aus Experimenten verwerten konnten.¹¹³²

An diesem konkreten Beispiel zeigt sich der Wandel weg von einer nicht formalisierten Theorie, über die Chicago-Kritik hin zu einer Vielzahl von Theorien gestützt durch unterschiedliche Methoden.

b. (Ökonomische) Wissenschaftstheorie

Auch wenn stetiger Wandel und Pluralismus ökonomischer Erkenntnisse deren rechtliche Umsetzung erschweren, ist dies keine Schwäche der Ökonomie, sondern eine wissenschaftstheoretische Notwendigkeit. Die (ökonomische) Methodologie zeigt, dass beides notwendig ist, damit eine Wissenschaft überhaupt wissenschaftlichen Standards entsprechen kann. Dies widerspricht der Erwartung, von der Ökonomie eindeutige und unumstößliche Wahrheiten zu erhalten.

1131 *Kreps/Wilson*, Journal of Economic Theory 1982, 253 ff.; *Milgrom/Roberts*, Journal of Economic Theory 1982, 280 ff.

1132 *Fumagalli/Calcagno/Motta*, Exclusionary Practices, 2018, S. 20, 23, 35.

aa. Wandel und Pluralismus als Schwäche der Ökonomie?

Es könnte als Schwäche der Ökonomie wahrgenommen werden, dass sie keine eindeutige und objektiv richtige Wahrheit hervorbringen kann.¹¹³³ Gerade aus der Perspektive der Rechtsetzung und Rechtsanwendung sollte die Ökonomie klare Ergebnisse liefern, damit eindeutige Normen geschaffen werden können. Die Vorstellung von der Ökonomie als positive, empirische Wissenschaft bringt diese Erwartungshaltung mit sich. Nach dieser Vorstellung gibt es eine objektive Wahrheit, also muss es auch eindeutige Antworten auf die tatsächlichen Fragen geben, die an die Ökonomie gestellt werden. Unter welchen Umständen sind Lieferverweigerungen wohlfahrtsschädigend? Gibt es überhaupt Situationen, in denen Unternehmen Anreize haben, um Kampfpreise zu setzen? Entsprechend mag es irritieren, wenn die Antworten auf solche Fragen mit der Zeit anders beantwortet werden oder zu einem Zeitpunkt gar verschiedene Antworten geliefert werden. Während dies in der Rechtswissenschaft aufgrund des stetigen Wandels in der Rechtsprechung und der anhaltenden Meinungsstreitigkeiten selbstverständlich sein sollte, scheinen die Anforderungen an die empirischen Wissenschaften teilweise höher gesteckt zu sein.

Teilweise wird der Pluralismus tatsächlich als ineffizienter Wissenschaftsbetrieb angesehen und darauf zurückgeführt, dass Wissenschaftler die eigene Disziplin größer und komplizierter erscheinen lassen, um damit künstlich den eigenen Wert und gemeinsame Fördermittel erhöhen zu können.¹¹³⁴ Letztlich hilft diese Ansicht aber in der Sache auch nicht weiter, denn selbst wenn sie zutreffen würde, müsste dennoch eine „richtige“ oder zumindest vorzugswürdige Ansicht aus dem Pluralismus herausgefiltert werden. Gleiches gilt im Ergebnis auch für einen Ansatz, der den stetigen Wandel und bestehenden Pluralismus als Teil eines Selektionsprozesses begreift, der am Ende eine „beste“ oder „richtige“ Antwort liefern kann. Auch dies hilft nicht weiter, wenn man sich damit konfrontiert sieht, jetzt Regeln aufzustellen und Entscheidungen zu treffen.

1133 *Borlini*, *European Competition Journal* 2009, 409, 447.

1134 *Laband/Tollison*, *Kyklos* 2003, 161 ff.; *van Dalen/Klamer*, *Kyklos* 2005, 395 ff.

bb. Ökonomische Methodologie

Die Rezeption der modernen Wissenschaftstheorie führt außerdem zu einem anderen Ergebnis. Wandel und Pluralismus sind notwendige Phänomene einer sich stetig entwickelnden Wissenschaft.

Die Methodologie ist die Lehre von den wissenschaftlichen Methoden und damit eine Metawissenschaft. Sie untersucht die Natur einer Wissenschaft, indem sie die Frage stellt, welche Kriterien erfüllt werden müssen, damit ein bestimmtes Vorgehen als wissenschaftlich bezeichnet werden kann.¹¹³⁵ Die Methodologie ist abzugrenzen von der Methode. Eine Methode bezeichnet die konkrete Art der Untersuchung.¹¹³⁶ Die Methodologie beantwortet beispielsweise die Frage, warum schwankende Angebots- und Nachfragekurven als Erklärung für schwankende Preise angeführt werden können.¹¹³⁷ Im Gegensatz hierzu ist eine Methode eine Anleitung dazu, wie eine Nachfragekurve ermittelt werden kann.

Im Folgenden werden verschiedene Ansätze der Methodologie nachvollzogen und damit gezeigt, dass ohne Wandel und Pluralismus Wissenschaft nicht möglich ist und diese immer antreiben. Dabei wird auf präskriptive Ansätze zurückgegriffen, die auch als normative Methodologie bezeichnet werden.¹¹³⁸ Sie suchen selbst nach den Anforderungen, die an die Wissenschaft gestellt werden. Die Ansätze versuchen die Frage zu beantworten, wie Forschung vollzogen werden sollte. Es werden Anforderungen an „gute“ Forschung formuliert. Diese zeigen, dass eine Tätigkeit nur dann wissenschaftlichen Charakter hat, wenn sie geeignet ist, widerlegt oder ergänzt zu werden.

Daneben finden sich auch deskriptive Ansätze. Diese formulieren nicht selbst die Anforderungen an die Wissenschaft, sondern beschreiben, wie Wissenschaft tatsächlich betrieben wurde und wird. Sie stellen die Frage, welchen Anforderungen die Wissenschaft tatsächlich genügt. Deskriptive ökonomische Methodologie wird deswegen auch als positive Methodologie bezeichnet.¹¹³⁹ Auch sie zeigt, dass Wissenschaft sich in einem stetigen Wandel befindet und immer auch unterschiedliche Meinungen und Denkrichtungen bestehen.

1135 *Boumans/Davis*, *Economic methodology*, 2016, S. 3.

1136 *Boumans/Davis*, *Economic methodology*, 2016, S. 3.

1137 *Boumans/Davis*, *Economic methodology*, 2016, S. 3.

1138 *Boumans/Davis*, *Economic methodology*, 2016, S. 4.

1139 *Boumans/Davis*, *Economic methodology*, 2016, S. 4.

(1) Falsifikationismus

Die Notwendigkeit des stetigen Wandels in der Wissenschaft erkannte als erster der Wissenschaftsphilosoph Karl Popper und formulierte als Antwort auf das Abgrenzungs- und Induktionsproblem den Falsifikationismus.¹¹⁴⁰ Nach Popper soll eine Theorie dann wissenschaftlich sein, wenn sie in einem Test falsifizierbar ist. Eine Bestätigung der Theorie ist wertlos, da die gleiche Theorie bei dem nächsten Test wiederum falsifiziert werden kann. Theorien, die nicht falsifizierbar sind oder gegen Falsifizierung immunisiert werden, sind nicht als wissenschaftlich anzusehen.¹¹⁴¹ Eine Theorie kann niemals als wahr angesehen werden. Sie kann nur bestätigt werden, wenn sie im Rahmen eines ernsthaften Falsifizierungsversuchs nicht widerlegt werden kann. Diese Bestätigung ist aber immer zeitlich begrenzt, denn auf jede Bestätigung kann jederzeit die Falsifikation folgen.¹¹⁴² Klassisches Beispiel hierfür ist die Hypothese, dass alle Schwäne weiß sind. Diese konnte lange aufgrund vieler Beobachtungen scheinbar verifiziert werden. Im siebzehnten Jahrhundert wurden dann aber schwarze Schwäne in Australien entdeckt.¹¹⁴³

Nach Popper ist Wissenschaft also gerade der Prozess der andauernden Falsifizierungsversuche. Ein ständiger Wandel der Wissenschaft ist damit notwendig vorausgesetzt. Eine abschließende letztgültige Wahrheit sollte zwar ständig gesucht werden, kann aber nie mit Sicherheit gefunden werden:

„Der Ehrgeiz, recht zu behalten, verrät ein Missverständnis: nicht der *Besitz* von Wissen, von unumstößlichen Wahrheiten macht den Wissenschaftler, sondern das rücksichtslos kritische, das unablässige *Suchen* nach Wahrheit.“¹¹⁴⁴

(2) Paradigmenwechsel

Der Falsifikationismus Poppers wurde intensiv rezipiert und löste verschiedene Reaktionen aus. Auf Thomas S. Kuhn geht ein Ansatz zurück, der stärker historische Zusammenhänge in den Wissenschaften betrachtet. Kuhn

1140 Popper, Logik der Forschung, 2005, S. 54 ff.

1141 Popper, Logik der Forschung, 2005, S. 16 ff.

1142 Boumans/Davis, Economic methodology, 2016, S. 82.

1143 Boumans/Davis, Economic methodology, 2016, S. 83.

1144 Popper, Logik der Forschung, 2005, S. 269, Hervorhebungen wie im Original.

teilt in „*The Structure of Scientific Revolutions*“ die Entwicklung der Wissenschaft in Zeiträume gewöhnlicher Wissenschaft („normal science“) und Zeiträume von Anomalien und Krisen ein, auf die eine wissenschaftliche Revolution folgen kann.¹¹⁴⁵ In den Perioden gewöhnlicher Wissenschaft existiert ein vorherrschendes Paradigma und gibt die zu beantwortenden Probleme und Fragen sowie die anzuwendenden Methoden vor. Gleichzeitig verbindet und diszipliniert das Paradigma Wissenschaftler und deren Forschung durch geteilte Überzeugungen, Werte und Techniken.¹¹⁴⁶ Ein Paradigma stellt zunächst in Aussicht, dass eine noch unvollständige Liste von Problemen gelöst werden kann und lösenswert ist. Der normale Wissenschaftsbetrieb erweitert und bearbeitet diese und kann das Paradigma damit weiter konkretisieren („Mopping-up“ oder „Puzzle Solving“).¹¹⁴⁷ Die zweite Periode beginnt mit dem Aufkommen einer Anomalie. Eine Anomalie ist nach Kuhn die Beobachtung, dass die Natur den Erwartungen und Vorhersagen des Paradigmas widerspricht.¹¹⁴⁸ Dies provoziert die weitere Erforschung der Anomalie. Im Laufe dessen wird das Paradigma auf verschiedene Arten angepasst. Die Anpassungen erfolgen aber durch verschiedene Forscher und unterscheiden sich, sodass keine als neues Paradigma angesehen werden kann, da es am dafür nötigen Konsens fehlt.¹¹⁴⁹ Die Anomalie hat damit eine Krise herbeigeführt, da das alte Paradigma seine Konturierung verliert. Diese Krise kann auf drei verschiedene Arten aufgelöst werden: (1) Nach anfänglichem Scheitern wird trotzdem eine Lösung des der Anomalie zugrunde liegenden Problems innerhalb des Paradigmas gefunden. (2) Das Problem kann auch mit neuen noch so radikalen Ansätzen nicht gelöst werden und wird als momentan nicht lösbar beiseitegeschoben. (3) Ein mögliches neues Paradigma wird begründet und konkurriert mit dem alten Paradigma. Es kommt zur wissenschaftlichen Revolution.¹¹⁵⁰

(3) Forschungsprogramme

Auch Imre Lakatos baute auf Poppers Falsifikationismus auf und entwickelte diesen weiter, indem er dynamische Elemente Kuhns übernahm.

1145 Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, 2021, S. 92 ff.; Boumans/Davis, *Economic methodology*, 2016, S. 104 f.

1146 Boumans/Davis, *Economic methodology*, 2016, S. 115.

1147 Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, 2021, S. 35 ff.

1148 Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, 2021, S. 52 ff.

1149 Boumans/Davis, *Economic methodology*, 2016, S. 110.

1150 Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, 2021, S. 77 ff.

Nach Lakatos genügt es nicht für den wissenschaftlichen Status einer Theorie, dass diese falsifizierbar ist. Sie muss außerdem zur Entdeckung neuer Tatsachen führen können, die unter einer vorhergehenden Theorie unwahrscheinlich oder unmöglich erschienen.¹¹⁵¹ Eine Theorie ist im Gegensatz zu Popper nicht durch eine einfache widersprechende Wahrnehmung falsifiziert, sondern erst, wenn eine neue Theorie (1) die Entdeckung neuer Tatsachen vorausbestimmt, (2) den gesamten unwiderlegten Inhalt der alten Theorie enthält und (3) die neu entdeckten Tatsachen bestätigt werden können.¹¹⁵² Lakatos betrachtet damit einzelne Theorien niemals getrennt, sondern immer im Kontext ihrer Vorgänger. Weisen die Theorien einer Reihe einen gemeinsamen Kern auf, bezeichnet Lakatos diese als wissenschaftliche Forschungsprogramme („scientific research program“ - SRP). Dieser Kern („hard core“) enthält einen rein metaphysischen Glaubenssatz, der selbst nicht bewiesen werden kann und, besteht außerdem aus methodologischen Regeln, welche Forschungszweige (nicht) verfolgt werden sollen.¹¹⁵³ Den Kern umgeben Theorien, die überprüft und widerlegt werden können. Dieser „Gürtel“ („protective belt“) wird angepasst, wenn einzelne der dort enthaltenen Theorien widerlegt werden.¹¹⁵⁴

In der Ökonomie lassen sich diese Forschungsprogramme beobachten, weswegen die Betrachtungsweise Lakatos der von Kuhn für die Ökonomie teilweise vorgezogen wird.¹¹⁵⁵ Ein Beispiel für ein SRP in der Ökonomie ist die von Adam Smith beschriebene „invisible hand“. Die Vorstellung der „invisible hand“ ist rein metaphysisch und nicht dem Beweis zugänglich. Sie ist aber umgeben von verschiedenen Theorien. Eine dieser Theorien betrifft bspw. den Preis im Wettbewerb und besagt, dass Unternehmen im Wettbewerb den Anreiz haben, Gewinne zu maximieren, indem sie Grenzerlöse und Grenzkosten angleichen.¹¹⁵⁶ Diese Theorie trifft wiederum Annahmen, die empirisch überprüfbar sind, wie die Annahme, dass Angebotskurven stets fallend sind – also der Preis sinkt, wenn das Angebot steigt. Gleiches gilt umgekehrt für die Nachfragekurve. Nur wenn diese Annahmen zutreffen, trifft auch die Theorie zu. Wenn diese Annahmen

1151 *Boumans/Davis*, *Economic methodology*, 2016, S. 119; *Lakatos/Musgrave*, *Criticism and the growth of knowledge*, 2015, S. 116.

1152 *Boumans/Davis*, *Economic methodology*, 2016, S. 119; *Lakatos*, *Philosophical Papers* 1977, 170, 176 ff.

1153 *Lakatos*, *Philosophical Papers* 1977, 170, 191 f.

1154 *Lakatos*, *Philosophical Papers* 1977, 170, 192 ff.

1155 *Boumans/Davis*, *Economic methodology*, 2016, S. 126.

1156 *Boumans/Davis*, *Economic methodology*, 2016, S. 124.

getestet werden und sich nicht bestätigen lassen, müsste das Konzept der unsichtbaren Hand überdacht werden.

Die Weiterentwicklungen von Poppers Grundthese durch Kuhn und Lakatos bestätigen, dass Wandel und Pluralismus notwendige Bestandteile jeder Wissenschaft sind. Bei Lakatos tritt dieses Element der Wissenschaftlichkeit sogar noch stärker hervor als bei Popper, da er die Entdeckung neuer unwahrscheinlicher Tatsachen verlangt.

(4) Moderne, Postmoderne und Pluralismus

Die moderne Methodologie ist stärker geprägt von einem deskriptiven Ansatz. Einer dieser Ansätze ist die Wissenschaftssoziologie („sociology of scientific knowledge“ – SSK). Sie betrachtet die Wissenschaft als soziales Konstrukt. Die Akzeptanz wissenschaftlicher Theorien hängt nach diesem Ansatz nicht davon ab, wie gut diese die Wirklichkeit erklären, sondern ob diese mit den Interessen der anderen Wissenschaftler übereinstimmen.¹¹⁵⁷ Die SSK fokussiert sich darauf, welchen Einfluss die gesellschaftlichen Interessen auf die Wissenschaft haben.¹¹⁵⁸ Auch die SSK setzt dabei einen stetigen Wandel und Pluralismus in der Wissenschaft als zwingend voraus.

Ein ähnlicher Ansatz ist, die Wissenschaft als Ökonomie zu betrachten („economics of scientific knowledge“ – ESK). Auch hier wird Wissenschaft als gesellschaftliches Konstrukt betrachtet, im Gegensatz zu SSK aber nicht als das Resultat der Überzeugungen, sondern als Resultat der ökonomischen Entscheidungen der Wissenschaftler. Wissenschaftler werden als Nutzenmaximierer betrachtet und die Wissenschaft als Markt angesehen.¹¹⁵⁹ Um diesen Markt zu beschreiben und zu modellieren, werden klassische ökonomische Mittel eingesetzt.¹¹⁶⁰ Ähnlich wie bei der SSK ist ein stetiger Wandel und Pluralismus – nun aufgrund ökonomischer Faktoren – vorausgesetzt.

Der „rhetorische“ Ansatz baut auf der SSK auf und untersucht, wie Ideen und Argumente innerhalb einer Disziplin verbreitet werden. Es wird der Diskurs zwischen Wissenschaftlern betrachtet und wie diese anhand

1157 Boumans/Davis, *Economic methodology*, 2016, S. 136.

1158 Vgl. Shapin/Schaffer, *Leviathan and the air-pump*, 1985, S. 15.

1159 Vgl. Partha/David, *Research Policy* 1994, 487 ff.

1160 Boumans/Davis, *Economic methodology*, 2016, S. 144.

rhetorischer Mittel Theorien und Modelle verbreiten.¹¹⁶¹ Damit verbunden ist eine Kritik des Positivismus. Der Grundgedanke des Positivismus, dass es mit den analytischen und synthetischen a posteriori Aussagen eine feste Grundlage gibt, auf der die Wissenschaft fußt, wird abgelehnt. Nach dem rhetorischen Ansatz erscheint vielmehr immer nur das als wahr, von dem man überzeugt werden konnte. Da man selbst und andere Wissenschaftler jeweils von anderen Aussagen überzeugt sein können, kann eine solche allgemeine Grundlage nicht existieren.¹¹⁶² Ergänzt wird dies durch die Überlegung, dass die Sprache, mit der wir Wissen konstruieren, selbst nicht eindeutig ist, und ein Begriff mehrere Bedeutungen haben kann.¹¹⁶³ Auch dies zeigt, dass ein Pluralismus in der Wissenschaft notwendig ist, da ohne diesen der vom rhetorischen Ansatz untersuchte Diskurs gar nicht stattfinden könnte.

Als Postmoderne lassen sich in der (ökonomischen) Methodologie verschiedene Ansätze zusammenfassen, die grundlegende Annahmen und Prinzipien hinterfragen. Selbst die Annahme, dass überhaupt eine wissenschaftliche Methode existiert, wird hinterfragt.¹¹⁶⁴ Klare Aussagen lassen sich aus diesen Ansätzen nicht herleiten. Sie befeuern nur die Diskussion in der Methodologie und zeigen, dass auch in der Zukunft eine Entwicklung der Wissenschaften sowie der Methodologie selbst in unvorhersehbare Richtungen möglich ist.

Auch als Reaktion auf die Kritik der Postmoderne entwickelte sich der theoretische Pluralismus. Im Gegensatz zu den modernen Ansätzen wie SSK und ESK begnügt sich der theoretische Pluralismus nicht mit deskriptiven Aussagen. Im Gegensatz zu Popper und dessen Schülern formuliert er aber auch keine Anforderungen an die Wissenschaftlichkeit, sondern lässt diese fallen und verlangt, dass mehrere unterschiedliche wissenschaftliche Ansätze gleichzeitig verfolgt werden sollten.¹¹⁶⁵ Der theoretische Pluralismus lässt sich auf Paul Feyerabend zurückführen, der schon früh die Existenz von generellen Regeln für die Wissenschaft abstritt und diese sogar als hinderlich ansah, wie in seinem berühmtesten Kurzzitat treffend zusammengefasst wird: „anything goes“.¹¹⁶⁶ Im Pluralismus stehen die verschiede-

1161 Grundlegend für die Ökonomie hierfür *McCloskey*, *The Rhetoric of Economics*, 1998; *Gibbard/Varian*, *The Journal of Philosophy* 1978, 664 ff.

1162 *Boumans/Davis*, *Economic methodology*, 2016, S. 168.

1163 Vgl. *McCloskey* in: *The philosophy of economics*, 2008, S. 415, 419 ff.

1164 *Boumans/Davis*, *Economic methodology*, 2016, S. 170 f.

1165 *Boumans/Davis*, *Economic methodology*, 2016, S. 173 ff.

1166 *Feyerabend*, *Against method*, 2002, S. 7.

nen wissenschaftlichen Ansätze in Konkurrenz nebeneinander. Allein die zukünftige Entwicklung kann zeigen, welcher von ihnen erfolgreich ist.¹¹⁶⁷

c. Zusammenfassung

Wandel und Pluralismus sind in der Ökonomie wie auch in anderen Wissenschaften eine Selbstverständlichkeit und dürfen nicht als Schwäche, sondern als wissenschaftstheoretische Notwendigkeit angesehen werden. Der Blick in die Wissenschaftstheorie zeigt eine Vielzahl von Ansätzen. Diese haben gemeinsam, dass ein stetiger Wandel und Widerstreit verschiedener Meinungen die Wissenschaft gerade ausmacht und für diese notwendig ist (Popper, Kuhn, Lakatos, Feyerabend). Die deskriptiven Ansätze identifizieren Wandel und Pluralismus bei der Untersuchung von Wissenschaft als diese definierend (SSK, ESK, Rhetorik). Dem folgend kann von der Ökonomie gerade nicht verlangt werden, dass sie eindeutige und dauerhaft gültige Lösungen hervorbringt. Im Gegenteil würde ihr dies die Wissenschaftlichkeit nehmen.

2. Statisches Recht?

Wandel und Pluralismus treten in Konflikt mit den Anforderungen eines Rechtssystems. Da Wandel und Pluralismus aber notwendige Bestandteile der ökonomischen Forschung sind, muss die rechtliche Umsetzung ökonomischer Erkenntnisse eine Lösung für diesen Widerspruch finden. Allerdings finden sich auch in der Rechtswissenschaft der beschriebene Wandel und Pluralismus und auch Instrumente, die den Umgang hiermit erleichtern.

a. Statik des Rechts

Während Wandel und Pluralismus in der Ökonomie und auch in anderen Wissenschaften wünschenswert sind, treten sie in Konflikt mit Entscheidungen, die nur einen Bruchteil der ökonomischen Erkenntnisse berücksichtigen.

¹¹⁶⁷ Vgl. *Samuels*, *Economics as discourse*, 1990, S. 11.

Die rechtliche Praxis weist statische Elemente in Form von verbindlichen Entscheidungen auf. Die Entscheidung kann eine Einzelfallentscheidung in einem konkreten Fall sein, sie kann aber auch die Entscheidung zur Adaption bestimmter Normen und Regelungen sein. Diese Entscheidungen sind verbindlich und deswegen in ihrem Inhalt festgelegt. So kann bspw. die Bußgeldentscheidung der Kommission ihren Inhalt nicht ohne weiteres ändern, nur weil im Laufe der Zeit neue ökonomische Erkenntnisse ans Licht treten. Gleiches gilt für ein Gesetz oder Leitlinien, deren Inhalt sich nicht auf sich widersprechende ökonomische Theorien stützen kann. Insofern spiegelt der Inhalt dieser Entscheidungen immer nur einen Bruchteil der ökonomischen Erkenntnisse und ist zugleich nur Momentaufnahme des aktuellen Standes der Wissenschaft.

Entscheidungen und Regelungen können aufgehoben und abgeändert werden. Aufgrund des Vertrauensschutzes und der Belange der Rechtssicherheit ist dies aber regelmäßig nur unter weiteren Voraussetzungen möglich. Bei einer Einzelfallentscheidung durch Gerichte oder Behörden ist dies aufgrund des Instituts der Rechtskraft, das Vertrauensschutz und Rechtssicherheit verkörpert und das auch im europäischen Prozessrecht gilt, nur unter hohen Voraussetzungen möglich.¹¹⁶⁸ Zumindest abstrakte Normen in Entscheidungen und Regelungen können mit Wirkung für die Zukunft durch neue Regelungen ersetzt und angepasst werden.¹¹⁶⁹ Dies zeichnet im Ergebnis doch ein dynamisches Bild der Rechtsentwicklung.¹¹⁷⁰ Allerdings ändert diese dynamische Betrachtung nichts an dem praktischen Erfordernis, dass im Moment der Entscheidung oder der Regelsetzung eine Eingrenzung und Festlegung auf den Inhalt notwendig ist.

Wenn diese Statik des Rechts auf den Wandel und Pluralismus in der Ökonomie trifft, stellt sich die eingangs genannte Frage, wie bei der Regelsetzung und in der Anwendung des Rechts der Wandel zugrunde liegender ökonomischer Erkenntnisse und mehrere sich widersprechende ökonomische Erkenntnisse berücksichtigt werden können.

1168 Baudenbacher/Ende/Haas in: MüKo-Wettbewerbsrecht: EU, Band 2, Verfahren vor den Europäischen Gerichten in Wettbewerbs- und Beihilfesachen Rn. 191 ff.

1169 Podszun in: Regelsetzung im Privatrecht, 2019, S. 255, 258.

1170 Podszun, Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte, 2014, S. 145.

b. Wandel und Pluralismus in der Rechtswissenschaft

Die Rechtswissenschaft selbst sieht sich mit dieser Frage konfrontiert. Sie stellt sich gleichermaßen im Hinblick auf widerstreitende Ansichten in der Rechtswissenschaft. Insofern unterscheidet sich die Rechtswissenschaft nicht von der Ökonomie. Es gibt ebenfalls eine Vielzahl sich widersprechender Meinungen zu Einzelfragen. Gleichzeitig sind diese Ansichten auch stets im Fluss. Ansichten, die zunächst keine Berücksichtigung finden, können sich auch innerhalb relativ kurzer Zeit „durchsetzen“. Bestehende Ansichten werden immer weiter verfeinert oder im wissenschaftlichen Prozess verworfen. Diese Phänomene können durch bestehende Instrumente zumindest teilweise erfolgreich bewältigt werden, obwohl auch hier Probleme auftreten.

Für die Entscheidungsfindung und Regelsetzung stehen Verfahren bereit, in denen eine Auseinandersetzung mit verschiedenen Meinungen möglich ist und nach deren Abschluss die Entscheidung getroffen wird. Garant für die Berücksichtigung verschiedenster Meinungen sind die Verfahren zur Entscheidungsfindung. Besonders klar tritt dies bei der Gesetzanwendung durch Gerichte hervor.¹¹⁷¹ Der Austausch der Rechtsansichten und die intensive Diskussion auf dem Weg zur Entscheidungsfindung gehören neben der Tatsachenermittlung zum ureigenen Inhalt eines jeden Gerichtsverfahrens und sind durch entsprechende Verfahrensgarantien abgesichert.¹¹⁷² Ähnliches gilt auch für die Rechtsanwendung durch Behörden. Anhörungsrechte garantieren auch hier, dass Rechtsansichten diskutiert werden können.¹¹⁷³ Damit ist gewährleistet, dass in Fällen verschiedenste Ansichten berücksichtigt werden können. Auch bei der Formulierung von Regeln werden Verfahren eingesetzt, die eine Rezeption von verschiedenen, auch gegensätzlichen Meinungen ermöglichen. In den parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren ist schon durch die Plenardebatte und die Diskussionen in den Ausschüssen gewährleistet, dass plurale Meinungen berücksichtigt werden können.¹¹⁷⁴ Hinzu treten Expertenanhörungen, die

1171 So auch *Ibáñez*, Intel and Article 102 TFEU Case Law, 2014, S. 30 f.

1172 *Eser/Kubicel* in: Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2019, 37 ff.

1173 Im europäischen Kartellrecht besonders abgesichert über den Anhörungsbeauftragten, vgl. insgesamt zur Anhörung *Ritter/Wirtz* in: Immenga/Mestmäcker Band 1: EU, 2019, VO 1/2003 Art. 27 Rn. 43 ff.; *Körber* in: Immenga/Mestmäcker Band 3: Fusionskontrolle, 2020, Einleitung Rn. 112.

1174 Vgl. hierzu beispielsweise Art. 294 AEUV.

gewährleisten, dass auch verschiedene Ansichten von Vertretern aus der Wissenschaft vorgetragen und unterstützt werden.

Die schnelle Rezeption der fortlaufenden Entwicklung in der rechtswissenschaftlichen Diskussion stellt die Rechtspraxis dennoch vor Herausforderungen. Neue Meinungen, die sich in der Wissenschaft schneller durchzusetzen vermögen, haben trotzdem größere Schwierigkeiten in der Praxis, akzeptiert zu werden, sei dies vom Gesetzgeber oder von Gerichten. Oft führt dies zu seltsamen Ergebnissen, wenn ein Meinungsstreit als „geklärt“ angesehen wird und große Teile der Wissenschaft eine Lösung stützen, während die Rechtsprechung weiter „alte“ Meinungen vertritt und auch der Gesetzgeber nicht tätig wird.¹¹⁷⁵

Der Umgang mit dem Wandel in der Rechtswissenschaft fällt entsprechend schwer, da dieser in direktem Konflikt mit anderen Rechtsgrundsätzen in Form von Rechtssicherheit und Vertrauensschutz steht. In Einzelfallentscheidungen ist die spätere Berücksichtigung eines stetigen Wandels kaum denkbar, da diese zu einem bestimmten Zeitpunkt verbindlich und rechtskräftig die Rechtslage feststellen müssen. Eine Berücksichtigung bei der Regelsetzung ist durch die Formulierung von „offenen“ Generalklauseln möglich. Diese stehen in Konflikt zur Rechtssicherheit und lassen dem Rechtsanwender einen Spielraum bei der Ausfüllung der Tatbestandsmerkmale. Sie können also immer wieder neu interpretiert werden und damit auch neue und sich wandelnde Auffassungen berücksichtigen.¹¹⁷⁶ Gleichzeitig gibt der Normgeber damit aber auch seine Entscheidungshoheit an die Rechtsanwender weiter und trifft bewusst keine abschließende Entscheidung. Ob und wie der Wandel dann letztlich berücksichtigt wird, bleibt unklar und liegt in den Händen der Rechtsanwender. Bei der Regelsetzung kann der Wandel ebenfalls durch neue Regeln berücksichtigt und umgesetzt werden. Hier muss zwar erneut das jeweilige Verfahren durchlaufen werden, grundsätzlich ist eine solche Anpassung mit Wirkung für die Zukunft aber möglich. Hierbei helfen Evaluationen, die bestehende Regelungen überprüfen.

In Form von generalisierten Regeln, Evaluationen und den Verfahren zur Entscheidungsfindung und Regelsetzung stehen schon rechtliche Instrumente bereit, um Wandel und Pluralismus zu integrieren. Diese können

1175 Deutlichstes Beispiel hierfür ist die Diskussion im Strafrecht um die Rechtsnatur des Mordtatbestandes, § 211 StGB, vgl. hierzu *Eser/Sternberg-Lieben* in: Schröder (Hrsg.) *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch*, 2019, § 211 StGB Rn. 45 ff.

1176 *Podszun* in: *Regelsetzung im Privatrecht*, 2019, S. 255, 274.

auch bei der Umsetzung ökonomischer Erkenntnisse nutzbar gemacht werden.

3. Generalisierung und Konkretisierung

Regelungen mit einem geringen Grad der Konkretisierung ermöglichen in der Anwendung einen flexibleren Umgang mit neuen Entwicklungen und Unsicherheiten. Wie schon bei der Normkomplexität existiert eine Skala der Konkretisierung. Bei der Umsetzung des gewählten Grades der Konkretisierung stehen mit Generalklauseln, Abwägungen und Gewichtungen verschiedene Instrumente bereit.

a. Grad der Konkretisierung von Regeln

Bei der Wahl der Konkretisierung von Regeln stehen verschiedene Grade der Konkretisierung zu Verfügung, die sich auf einer Skala zu- bzw. abnehmender Konkretisierung wiederfinden.¹¹⁷⁷ Gegenstand der Betrachtung sind dabei immer geschriebene rechtsförmige Rechtsakte.¹¹⁷⁸ Im Unterschied zu der Komplexität, bei der die aus den Regelungen gewonnenen Normen relevant waren, ist die Konkretisierung nur bei formalisierten Regeln relevant. Der im Einzelfall durch Auslegung ermittelte Inhalt eines Rechtsaktes weist immer einer hohen Grad der Konkretisierung auf. Die Frage nach der Konkretisierung ist die Frage danach, wie weit diese Auslegung durch eine formalisierte Regel vorgegeben ist.

Es existieren unterschiedliche Definitionen von Konkretisierung. Im formalen Sinne ist die Konkretisierung die Normverwirklichung durch die Ausgestaltung und Anwendung.¹¹⁷⁹ Eine bestehende formale Regel wird dabei immer weiter individualisiert und ausdifferenziert. Dieser Betrachtung geht es primär um die Legitimation der Konkretisierung im Lichte der Normenhierarchie und nicht um die methodische Frage, wie die Konkretisierung erfolgt.¹¹⁸⁰

Die hermeneutische Konkretisierungstheorie sieht in dem Vorgang der Konkretisierung nicht die Individualisierung einer schon bestehenden

1177 Vgl. *Brugger*, Archiv des öffentlichen Rechts Bd. 119 (1994), 1, 16.

1178 *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2020, S. 14.

1179 *Rhinow*, Rechtsetzung und Methodik, 1979, S. 232 ff.

1180 *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2020, S. 15.

Norm, sondern versteht den Vorgang als Erzeugen einer neuen Rechtsnorm in der Anwendung auf einen Einzelfall.¹¹⁸¹

Für die Frage, wie der Konkretisierungsgrad genutzt werden kann, um den Wandel in der Ökonomie auch im Recht abzubilden, ist es nötig, die Konkretisierung von Normen auch als Prozess der neuen Rechtsetzung zu verstehen. Die Umsetzung neuer ökonomischer Erkenntnisse mit Hilfe älterer Rechtsnormen ist gerade ein Fall, in dem der formellen Regel ein neuer Inhalt gegeben wird, der bei der Normsetzung nicht berücksichtigt werden konnte. Dieser Aspekt der Konkretisierung darf nicht ausgeblendet werden, so wie es bei einer rein formalen Betrachtung der Fall wäre. Gleichzeitig muss auch anerkannt werden, dass die bestehende formale Regel der neu erzeugten Rechtsnorm Grenzen zieht. Dies ist nicht nur eine Frage der Legitimation, sondern auch ein Erfordernis der Rechtssicherheit.

Deswegen bietet sich für den hier verfolgten Zweck ein vermittelndes Verständnis an. Dieses versteht Konkretisierung als „gebundene Normbildung“.¹¹⁸² Die „gebundene Normbildung“ setzt das Konzept der formalen Normverwirklichung um, indem sie die Bindung der in der Normenhierarchie übergeordneten Normen anerkennt. Trotzdem versteht sie Konkretisierung als schöpferische Ausfüllung dieser Normen. Zusammengefasst ist die Konkretisierung also die Bildung neuer Norminhalte innerhalb der von der übergeordneten formalen Norm gesetzten Grenzen.¹¹⁸³

Wie schon bei der Betrachtung der Normkomplexität verhält es sich hier ebenfalls so, dass nicht nur zwei Extremzustände bestehen, sondern eine Skala der Konkretisierung, auf der sich verschiedene Regelungen wiederfinden. An deren einem Ende stehen Generalklauseln, die den größtmöglichen Spielraum lassen. Am anderen Ende stehen Einzelfallgesetze, die keinerlei Auslegung und anderweitige Anwendung mehr zulassen.

Auf dieser Skala nimmt nach diesem Verständnis die Konkretisierung zu, je weniger Auslegungen die Norm zugänglich ist und je weniger Einzelfälle unter diese subsumiert werden können. Mit anderen Worten nimmt die Konkretisierung einer formalen Regel zu, je enger deren Grenzen für ihre Ausfüllung gesteckt werden.

Vollständige Generalklauseln am einen Ende der Skala lassen bei der Anwendung den meisten Spielraum für Auslegungen. Sie geben keine sub-

1181 Röthel, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2020, S. 16.

1182 Röthel, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2020, S. 20 ff.; Rhinow, Rechtsetzung und Methodik, 1979, S. 177 f.

1183 Röthel, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2020, S. 21.

sumierbaren Tatbestandsmerkmale vor, sondern müssen erst noch mit diesen gefüllt werden. Die in ihnen enthaltenen Tatbestandsmerkmale sind so wenig konkret, dass eine Anwendung im Sinne einer Abgleichung mit einem Sachverhalt nicht möglich ist. Die Merkmale müssen im Wege der Auslegung erst mit konkreten Kriterien gefüllt werden, bevor unter diese subsumiert werden kann. Je größer der Anteil der Tatbestandsmerkmale ist, die direkt subsumierbar sind, oder je detaillierter die einzelnen Tatbestandsmerkmale ausgefüllt sind, desto konkreter ist die Regelung. Am anderen Ende der Skala steht damit eine Regelung, die zu ihrer Anwendung keinerlei Konkretisierung, also keinerlei Auslegung mehr bedarf.

Klassisches Beispiel für eine Generalklausel aus dem deutschen Zivilrecht ist § 242 BGB, der für die Anwendung keine direkt subsumierbaren Merkmale enthält, sondern starker Konkretisierung bedarf. Aber auch der hier betrachtete Art. 102 AEUV ist eine klassische Generalklausel. Zwar enthält die Norm einige Konkretisierungen durch ihre Tatbestandsmerkmale, diese bedürfen aber – wie schon besprochen – noch erheblicher Konkretisierung, bevor unter diese subsumiert werden kann. Ein einfaches Beispiel für das andere Ende der Skala ist die in einer Einzelfallentscheidung enthaltene Verhaltensanweisung wie bspw.: Intel durfte im Zeitraum von 2005 bis 2007 keine Rabatte unter der Bedingung gewähren, dass Abnehmer ihren Bedarf an CPUs zu 95% bei Intel decken. Eine derart formulierte Regelung wird sich niemals in abstrakten Regelwerken wiederfinden, sondern soll hier nur der Veranschaulichung dienen. Selbst so eine Regelung ist streng genommen noch nicht vollständig konkretisiert. Der Begriff „Rabatte“ müsste noch weiter definiert und selbst „Intel“ könnte als Adressat weiter konkretisiert werden.

b. Ein Modell der optimalen Konkretisierung?

Die unterschiedlichen Konkretisierungsgrade haben Vor- und Nachteile und bringen deswegen verschiedene Nutzen und Kosten mit sich. Es liegt nahe, vergleichbar mit dem Modell der optimalen Differenzierung, ein Modell der optimalen Konkretisierung zu erarbeiten. Vorteile zunehmender Konkretisierung sind die Rechtssicherheit und damit geringere Kosten der Rechtsanwendung. Nachteile der hohen Konkretisierung und damit Vorteile eines geringeren Konkretisierungsgrades sind die Kosten, die entstehen, wenn Entscheidungen getroffen werden, die aufgrund neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse anders entschieden werden müssten.

Gleichzeitig sind bei konkreten Regeln die Kosten der Regelsetzung höher, da Regeln geschaffen werden müssen, die näher an möglichen Einzelfällen sind. Das resultiert in mehr Regeln, die jeweils eine eingehendere Auseinandersetzung mit den vorliegenden wissenschaftlichen Erkenntnissen voraussetzen, als dies bei einer generalisierten Regel der Fall wäre. Bei abstrakteren Regeln wiederum sind die Kosten der Rechtsanwendung höher, da Aufwand betrieben werden muss, um die zutreffende Auslegung zu finden.

In einem Modell wäre die optimale Konkretisierung erreicht, wenn die jeweils aufaddierten Kosten ihren Tiefpunkt erreichen. Die Kosten der fehlenden Flexibilität lassen sich aber niemals *ex ante* beziffern, da sie von einer ungewissen zukünftigen Entwicklung abhängen. Eine Prognose kann hier nur Anhaltspunkte geben. Selbst wenn der Wandel vorhersehbar ist, müsste man auch den Inhalt der neuen Erkenntnisse antizipieren, um zu prognostizieren, ob die Regel geändert werden muss. Schon im Rahmen der Regeldifferenzierung hat sich gezeigt, dass das Modell rein theoretischer Natur ist, da die Kosten praktisch nicht genau bestimmbar sind. Im Fall der Normkomplexität sind die Kosten allerdings noch nicht einmal theoretisch bestimmbar. Deswegen ist es überflüssig, ein Modell zu entwickeln.

c. Einflussfaktoren auf den Konkretisierungsgrad

Auch wenn ein Modell nicht zielführend ist, ergeben sich dennoch verschiedene Einflussgrößen auf den zu wählenden Konkretisierungsgrad, deren Berücksichtigung eine informierte Entscheidung bei der Regelsetzung ermöglicht.

(1) Prognostizierter Wandel

Die erste Einflussgröße ist der zu erwartende Wandel, der die jeweilige Regel betrifft. Der Wandel kann sich nicht nur auf die Weiterentwicklung der Ökonomie, sondern auch auf die Veränderung des Wirtschaftsgeschehens und die daran anknüpfende Veränderung in der Ökonomie beziehen. Wenn Fragestellungen noch ungeklärt sind und noch keine oder nur wenig Forschung hierzu existiert, kann auch die Erwartung, dass diese Lücke zukünftig geschlossen wird, hier einfließen. Je wahrscheinlicher der Wandel erscheint, desto generalisierter sollte die Regelung sein. Eine hohe Konkretisierung wäre in diesen Fällen wertlos oder würde sogar weitere Kosten

verursachen, da die Regelung schneller wieder geändert werden müsste. Lässt es sich also schon zum Zeitpunkt der Regelsetzung absehen, dass die ökonomische Erkenntnisbasis für die Regelung unsicher ist oder sich bald ändern könnte, dann sollte entweder eher zu einer Generalklausel gegriffen oder eine konkrete Regel gewählt werden, die leichter zu ändern ist.

Die Prognose des zukünftigen Wandels stellt eine Herausforderung dar. Wandel zeichnet sich allerdings schon vor seinem Eintritt ab. Forschungsvorhaben sind schon vor ihrer Fertigstellung oftmals publik und werden bspw. auf Fachkonferenzen vorgestellt und diskutiert. In der Forschung sind Themen bekannt, zu denen aktuell intensiver geforscht wird. Große Forschungsprojekte und deren Themen erfahren auch vor ihrem Abschluss schon Aufmerksamkeit. Zusätzlich kann ein Blick auf den bisherigen Wandel zu dem relevanten Thema die Prognose unterstützen. Kam es in der jüngeren Vergangenheit in kurzer Zeit zu vielen neuen Erkenntnissen und Veröffentlichungen, ist dies auch für die Zukunft zu erwarten. Auch der Wandel im Wirtschaftsgeschehen kann sich abzeichnen. Unternehmen wachsen in unterschiedlichem Ausmaß. Neue Geschäftsmodelle und Praktiken werden nach und nach von mehreren Unternehmen adaptiert, sodass auch hier Trends ablesbar sind.

(2) Regelungskosten

Als weitere Einflussgröße spielen die Regelungskosten eine Rolle, die in ähnlicher Form als Kosten der Normsetzung und Anwendung auch schon für die Normkomplexität von Bedeutung waren.¹¹⁸⁴ Allerdings gehen hier von ambivalente Effekte aus, die schwer gegeneinander aufzuwiegen sind.

Es entstehen Informationskosten sowohl bei der Schaffung der Regel als auch bei deren Anwendung. Wird eine konkrete Regelung geschaffen, treten hier schon die zusätzlichen Informationskosten der Konkretisierung auf. Diese setzen sich zusammen aus der Ermittlung der relevanten ökonomischen Forschung, der Auswahlentscheidung und den Entscheidungen, wie diese einzubinden ist. Teile dieser Kosten treten auch bei einer generalisierten Regelung auf, da diese in der Anwendung ohnehin konkretisiert werden muss. Allerdings können sich bei konkreteren Regeln Effizienzen ergeben, wenn die Regel in einer Vielzahl von Fällen und von verschiedenen Akteuren angewendet wird und die Kosten der Konkretisierung damit nur einmal anfallen. Bei einer rein behördlichen Durchsetzung ist dies eher

1184 S.o. E.II.3.c.bb.

zu vernachlässigen, da anzunehmen ist, dass die Wettbewerbsbehörde bei mehreren gleichgelagerten Fällen nicht in jedem Fall die gesamten Kosten der Konkretisierung erneut aufwenden muss. Stattdessen wird die Wettbewerbsbehörde von den Lerneffekten profitieren und ältere Fälle als Vorbild nehmen. Bei Einbeziehung der privaten Durchsetzung könnte sich ein anderes Bild ergeben, da hier neben der Wettbewerbsbehörde auch verschiedene unabhängige Gerichte zur Anwendung berufen sind. Jeder Prozess ist hier zunächst ein unabhängiger Akt der Konkretisierung, der jeweils gesonderte Informationskosten mit sich bringt. Die Gerichte können im Rahmen der Auslegung außerdem zu unterschiedlichen Konkretisierungen kommen, was bis zur höchstrichterlichen Klärung der Frage weitere Rechtsunsicherheit erzeugt. Allerdings spielt zumindest für Art. 102 AEUV die private Rechtsdurchsetzung eine untergeordnete Rolle. Diesen status quo vorausgesetzt, verursachen Regelungen mit hoher Konkretisierung auch hohe Informationskosten. Gleichzeitig muss aber beachtet werden, dass Regelungen mit niedriger Konkretisierung die private Rechtsdurchsetzung weiterhin erschweren werden. Dies würde den status quo perpetuieren. Deswegen sollten nicht allein mit Verweis auf die niedrigeren Informationskosten Regelungen mit niedriger Konkretisierung gewählt werden.

Nicht ausgeblendet werden dürfen aber die Kosten, die aufgrund der Rechtsunsicherheit entstehen. Bei generalisierten Regelungen sind Auslegung und Anwendung der Regelungen unklarer als bei konkretisierten Regelungen. Es entstehen höhere Kosten, da die Normadressaten mehr Aufwand betreiben müssen, um den Inhalt der Regelungen zu ermitteln. Außerdem laufen sie Gefahr die Regelungen „falsch“, also abweichend von späteren verbindlichen Entscheidungen, zu interpretieren. Dies führt zu weiteren Kosten für die Rechtsdurchsetzung. Außerdem kann es dazu führen, dass Unternehmen irrtümlich von regelkonformem Verhalten absehen oder regelwidriges Verhalten adaptieren.

Es ist kein eindeutiges Urteil möglich. Generalisierte Regeln führen zwar in der Normsetzung zu geringeren Kosten, bringen allerdings höhere Kosten der Anwendung und Rechtsunsicherheit mit sich. Eine klare Aussage ist nur möglich, wenn man sich diesen Kosten im Einzelfall zumindest annähern kann.

(3) Unsachgemäße Einflussnahme

Die unsachgemäße Einflussnahme kann auch für die Wahl des Konkretisierungsgrades relevant sein.¹¹⁸⁵ Die politische Einflussnahme ist hier im Rahmen der Regelsetzung je nach Art der relevanten Regel nicht nur gewünscht, sondern sogar zwingend notwendig. Diese kann aber auch Ziel unsachgemäßer Einflussnahme sein.

Grundsätzlich wäre zu erwarten, dass bei hoher Generalisierung die Einflussnahme während der Rechtsanwendung leichter ist. Dies blendet allerdings aus, dass bei hoher Konkretisierung die Einflussnahme auf die Regelsetzung viel größere Wirkungen haben kann. Werden die konkreten Regelungen schon bei deren Setzung einer solchen Einflussnahme ausgesetzt, bleibt in der Anwendung nämlich kein Spielraum mehr, hiervon abzuweichen. Ausschlaggebend dürfte sein, welcher Akteur besser vor unsachgemäßer Einflussnahme geschützt ist. Allerdings ist hier wiederum darauf zu verweisen, dass es nicht Aufgabe des materiellen Rechts ist, vor dieser Art von Einflussnahme zu schützen.

(4) Stellung in der Normenhierarchie

Weitere maßgebliche Einflussgrößen für die Wahl des jeweiligen Konkretisierungsgrades einer Regelung sind die Verortung der Regel in der Normenhierarchie und damit zusammenhängend deren Reversibilität. Eine Regelung auf einer höheren Ebene der Normenhierarchie sollte auch einen höheren Grad der Generalisierung aufweisen. Auf den tieferen Ebenen können auch konkretere Regeln verwendet werden. Grund dafür ist die Reversibilität der Regelungen. Regelmäßig ist eine in der Normenhierarchie weiter oben verortete Regel schwerer zu ändern. Die höchste Ebene wird regelmäßig durch eine Verfassung oder im Falle der EU durch das Primärrecht ausgefüllt. Auf den unteren Ebenen finden sich bspw. Verordnungen oder Verwaltungsvorschriften. Eine konkretisierte Regel muss eher geändert werden, wenn es zu einem Wandel in den zugrunde liegenden ökonomischen Erkenntnissen kommt. Wenn sich diese Regelung nun auf einer der höheren Ebenen befindet, wäre diese Änderung mit größerem Aufwand verbunden. Ein überspitztes Beispiel wäre ein Verbot von rückwirkenden Rabatten im AEUV. Sollte sich dieses Verbot als falsch herausstellen, müsste das Primärrecht geändert oder der Fehler hingenommen werden.

¹¹⁸⁵ S.o. zur unsachgemäßen Einflussnahme E.II.3.c.cc.

Die Verortung in der Normenhierarchie sollte nicht den Grad der Konkretisierung beeinflussen. Stattdessen sollte der aufgrund der relevanten Einflussgrößen gewählte Grad der Konkretisierung beeinflussen, welche Regelungsebene in der Normenhierarchie gewählt wird. Allerdings dürfte diese in der Praxis oft nicht frei wählbar sein. Die verschiedenen Regelungsebenen fallen in die Zuständigkeit verschiedener Akteure und setzen unterschiedliche Verfahren zur Regelsetzung voraus. Kein Akteur hat die Freiheit, für eine beabsichtigte Regelung die „beste“ Ebene in der Normenhierarchie zu wählen. Stattdessen wird dem jeweiligen Akteur die Ebene oftmals vorgegeben oder die Wahl zumindest erheblich eingeschränkt sein. So kann die Europäische Kommission nur auf Verwaltungsvorschriften zurückgreifen, wenn sie ohne die Mitwirkung anderer Organe formalisierte Regelungen schaffen möchte.

d. Juristische Instrumente zur Generalisierung

Der gewählte Konkretisierungsgrad muss in eine förmliche Regel umgesetzt werden. Hierfür kommen als juristische Instrumente insbesondere Generalklauseln, Gewichtungen und Abwägungen sowie Beurteilungs- und Ermessensspielräume in Betracht.

aa. Generalklauseln und Tatbestandsmerkmale

Die Konkretisierung ist die Reduzierung der möglichen Auslegungen und Einzelfälle, die unter eine Regel fallen können. Generalisierung ist damit der Vorgang, eine Regel so zu formulieren, dass mehrere Auslegungen und Einzelfälle unter diese subsumiert werden können. Die Auslegung und Anwendung im Sinne der umgesetzten ökonomischen Forschung ist dann nur eine von mehreren Möglichkeiten. Damit bleibt die Regelung offen für die Berücksichtigung anderer oder neuer ökonomischer Erkenntnisse. Der Spielraum für andere Auslegungen bestimmt sich nach den klassischen juristischen Auslegungsmethoden.¹¹⁸⁶ Bei Schaffung einer neuen Regel spielt dabei insbesondere der Wortlaut eine bedeutende Rolle. Die bewusste Wahl von Worten, die mehreren Bedeutungen zugänglich sind, führt zu einer weniger konkreten Regel. Auch der Zweck einer Regelung lässt sich

¹¹⁸⁶ Vgl. *Möslein/Röthel* in: Europäische Methodenlehre, 2021, S. 324 ff.

bei Regelsetzung beeinflussen. Im Rahmen der teleologischen Auslegung werden regelmäßig die Gesetzgebungsmaterialien oder Erwägungsgründe herangezogen. Auch hierüber kann der Grad der Konkretisierung bewusst gesteuert werden.

Auch Regelbeispiele ermöglichen die Einflussnahme auf den Grad der Konkretisierung. Diese können eine Generalklausel ergänzen und stellen eine nicht abschließende Aufzählung an Beispielen dar, die unter die Regelung fallen sollen. Hierdurch wird die Auslegung der Generalklausel eingeschränkt, da illustriert wird, welche Fälle unter die Regelung fallen sollen. Es ist dann zumindest ein erhöhter Begründungsaufwand nötig, um gänzlich anders gelagerte Fälle ebenfalls unter die Regelung subsumieren zu können.

Als Beispiel dient Art. 102 AEUV. Das Tatbestandsmerkmal „Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung“ lässt sich auf viele verschiedene Weisen auslegen. Der Wortlaut lässt theoretisch eine Vielzahl von Einzelfällen unter diese Regelung fallen. Gleichzeitig enthält Art. 102 AEUV Regelbeispiele, denen aber in der Anwendungspraxis kaum Bedeutung zukommt.¹¹⁸⁷ Das andere Extrem findet sich bspw. in der Prioritätenmitteilung, in der die Kommission teilweise auch die Beweismittel festlegt, die nötig sind, um einen Missbrauch nachzuweisen. Dies lässt kaum Spielraum bei der Anwendung der Regel.

bb. Abwägungen

Eine weitere Möglichkeit, um den Grad der Konkretisierung zu reduzieren, sind Abwägungen. Es existiert keine einheitliche Definition des Begriffes der Abwägung. Teilweise wird Abwägung als Synonym zu Bewertung oder Wertung verwendet.¹¹⁸⁸ In der Methodik beschreibt die Abwägung eine Art der Rechtsanwendung. Gerade bei der Normkollision kommt diese zur Anwendung und wird dabei als Verfahren zur Optimierung bei der Kollision von Rechtspositionen verstanden.¹¹⁸⁹ Sucht man jedoch eine Beschreibung der Abwägung unabhängig vom konkreten Anwendungsfall, wird die Abwägung definiert als „Entscheidungsverfahren zur begründeten

1187 *Fuchs* in: Immenga/Mestmäcker Band 1: EU, 2019, Art. 102 AEUV Rn. 133.

1188 *Stück*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 1998, 405, 406.

1189 Vgl. mit Verweis auf die Grundrechtsdogmatik *Stück*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 1998, 405, 406.

Festsetzung von Vorrangrelationen unter kollidierenden Argumenten“.¹¹⁹⁰ Das Instrument der Abwägung kann auf die Situation angewendet werden, in der in der Ökonomie sich widersprechende Zusammenhänge festgestellt werden. Sie reduziert die Konkretisierung einer formalen Regel im Hinblick auf das Vorrangverhältnis der beiden Zusammenhänge. Dies ist dann zu nutzen, wenn die Vorrangverhältnisse im Vorfeld entweder auf Grundlage ökonomischer Erkenntnisse noch nicht festgelegt werden können oder deren ökonomische Grundlage so unsicher ist, dass sie sich voraussichtlich in Zukunft ändern wird.

Als Beispiel dienen im Rahmen von Art. 102 AEUV missbräuchliche Lieferverweigerungen. Die ökonomische Forschung untersucht die negativen Auswirkungen auf die Verbraucherwohlfahrt.¹¹⁹¹ Gleichzeitig erkennt sie an, dass trotzdem Lieferverpflichtungen zurückhaltend eingesetzt werden sollten, da diese die dynamischen Anreize für Investitionen und Innovationen schmälern.¹¹⁹² Ein klares Vorrangverhältnis zwischen diesen sich widersprechenden Positionen konnte allerdings bisher nicht definiert werden. Es bleibt also aus ökonomischer Sicht unklar, unter welchen Voraussetzungen die dynamischen Anreize überwiegen oder wann die kurzfristigen negativen Auswirkungen auf die Verbraucherwohlfahrt maßgeblich sein sollen.¹¹⁹³

Dies kann in eine Regelung übersetzt werden, die im Einzelfall eine Abwägung zwischen diesen beiden Positionen anordnet. Die Regel legt selbst kein Vorrangverhältnis fest, sondern überlässt dies der Konkretisierung im Rahmen der Anwendung im Einzelfall. Bei dieser müssen dann beide Positionen gegenübergestellt werden, um im konkreten Fall das Vorrangverhältnis zu bestimmen. Mit welchen Beweismitteln die Ermittlung des Vorrangverhältnisses zu erfolgen hat, ist wiederum eine Frage des gewählten Differenzierungsgrades.

1190 Sieckmann, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 1994, 227, 238.

1191 Vgl. Fumagalli/Calcagno/Motta, Exclusionary Practices, 2018, S. 466.

1192 Fumagalli/Calcagno/Motta, Exclusionary Practices, 2018, S. 467 f.

1193 Fumagalli/Calcagno/Motta, Exclusionary Practices, 2018, S. 467 f.

cc. Auswahlmöglichkeiten

In eine formale Regelung aufgenommene Auswahlmöglichkeiten¹¹⁹⁴ zwischen verschiedenen Regelungsinhalten können den Grad der Konkretisierung einschränken und lassen gleichzeitig einen Spielraum für eine Auswahl zwischen den verschiedenen Regelungsinhalten.

Bei der Beurteilung von Kampfpreisen könnten beispielsweise sowohl die Theorie der unvollkommenen Finanzmärkte in konkrete Tatbestandsmerkmale umgesetzt werden als auch die Theorie, die sich auf Skaleneffekte stützt. Die Wettbewerbsbehörde ist dann frei in der Auswahl, welche Theorie besser auf den vorliegenden Fall passt. Sie ist aber gleichzeitig in der Wahl der überhaupt validen Theorien eingeschränkt. Theoretisch ist es auch möglich, die Auswahl zwischen sich widersprechenden Theorien zuzulassen. Dann wird es aber unumgänglich sein, dass zumindest die Wettbewerbsbehörde sich mit der erstmaligen Anwendung der Regelung festlegt. Danach dürfte sie aufgrund der Selbstbindung der Verwaltung an diesen Regelungsinhalt gebunden sein.

Der Einsatz von Auswahlmöglichkeiten ist dann zu empfehlen, wenn ein grundlegender Wandel nicht zu erwarten ist, da unbekannte zukünftige Theorien in der Vorauswahl nicht berücksichtigt werden können. Wenn mehrere Theorien nebeneinanderstehen und die Auswahl der Wettbewerbsbehörde und den Gerichten überlassen werden soll, da diesen höhere Sachkunde beigemessen wird, bietet sich eine solche Vorauswahl an.

4. Auswahlentscheidung und Verfahren

Der Pluralismus in der Ökonomie verdeutlicht das Problem der Auswahlentscheidung. Schon bei Umsetzung des Gutachtens der EAGCP zeigte sich dieses Problem.¹¹⁹⁵ Es ist unklar, ob und welche ökonomischen Erkenntnisse in Regelungen oder auch bei der Konkretisierung von Generalklauseln im Einzelfall umgesetzt werden sollen. Da die Ökonomie selbst keinen wissenschaftlichen Maßstab zur Auswahl bereitstellen kann, ist die Regelung eines Verfahrens zur Entscheidungsfindung umso bedeutender.

1194 Mit diesem Vorschlag auch *Podszun* in: *Regelsetzung im Privatrecht*, 2019, S. 255, 274.

1195 S.o. B.III.1.

a. Erfordernis einer Auswahlentscheidung

Solange keine einhellige Meinung in der Ökonomie vorherrscht, muss eine Auswahlentscheidung zwischen den verschiedenen Meinungen getroffen werden. Zusätzlich muss eine Entscheidung darüber getroffen werden, ob ökonomische Erkenntnisse überhaupt einbezogen werden sollen. Bei Generalklauseln ist dies spätestens zum Zeitpunkt ihrer Anwendung der Fall. Wenn der Normgeber keine Generalklauseln verwenden möchte, dann ist diese Entscheidung schon zu dem Zeitpunkt erforderlich, in dem die Norm gesetzt wird.

Die wissenschaftstheoretischen Überlegungen zeigen, dass keine wissenschaftlichen Maßstäbe für diese Auswahlentscheidung existieren können. Ein solcher Maßstab müsste die Frage beantworten, welche der Ansichten wissenschaftlich oder welche objektiv zutreffender ist als die anderen. Die Entwicklung der (ökonomischen) Methodologie selbst ist aber geprägt von Uneinigkeit über diese Frage. Während einzelne Ansätze diese zu beantworten versuchen, so z.B. der Falsifikationismus von Popper, führen diese aber im Ergebnis nicht zur Auswahl einer einzigen richtigen Meinung, sondern können die Auswahl nur eingrenzen. Die moderne Methodologie wiederum rückt entweder gänzlich von der Beantwortung dieser Frage ab (deskriptive Methodologie) oder stellt keinerlei Anforderungen mehr an die Wissenschaftlichkeit (theoretischer Pluralismus).

b. Elemente des Auswahlverfahrens

Die Auswahlentscheidung muss dennoch getroffen werden. Hierfür müssen die jeweiligen Verfahren so ausgestaltet werden, dass sie eine Auseinandersetzung mit der Auswahlentscheidung ermöglichen.¹¹⁹⁶ Die evolutionäre Rechtstheorie¹¹⁹⁷ formuliert für die Öffnung von Regelsetzungsverfahren und die Berücksichtigung von Diversität Empfehlungen, die auf die Einbindung pluraler ökonomischer Erkenntnisse übertragen werden können. Die Verfahren sollen einen offenen Suchprozess ermöglichen, da sie aufgrund der wissenschaftstheoretischen Beschränkungen zwingend ergebnisoffen durchgeführt werden müssen. Dies gilt nicht nur für Verfahren der Regelsetzung, sondern auch für Verfahren zur Entscheidungsfindung bei der

1196 Vgl. Möslein/Röthel in: Europäische Methodenlehre, 2021, S. 348 f.

1197 Podszun in: Regelsetzung im Privatrecht, 2019, S. 255, 274.

Anwendung von unkonkreten Regeln im Einzelfall, wenn erst in diesen die Entscheidung über die Einbindung ökonomischer Erkenntnisse erfolgt. Hierfür sollten in dem Verfahren Arbeitspapiere angefertigt und diskutiert und Expertenmeinungen gehört werden. Ein mehrstufiger Entscheidungsprozess auch durch unterschiedliche Gremien sichert ebenfalls, dass unterschiedliche Meinungen berücksichtigt werden.

Transparenz und Begründungspflicht sind bereits etablierte Rechtsinstitute, die Verfahren absichern und überprüfbar machen. Dies gilt speziell auch für die hier zu treffende Auswahlentscheidung. Am Ende des Prozesses muss klar benannt werden, auf welche ökonomischen Erkenntnisse die Regelung gestützt wird. Gerade die Auswahlentscheidung muss außerdem begründet sein. Es muss klar benannt werden, warum gerade die ausgewählte ökonomische Forschung der Regelsetzung oder der Entscheidung zugrunde gelegt wurde. Dies ist beispielsweise bei der Formulierung der Prioritätenmitteilung nicht geschehen. Nur so ist aber eine nachträgliche Überprüfung und Auseinandersetzung mit der Auswahlentscheidung sichergestellt. Gleichzeitig haben Transparenz und Begründungspflicht eine disziplinierende Funktion auf die Entscheidungsträger und können sachfremde Erwägungen ausschließen.

Das Verfahren ist mit der Formulierung der Regel oder der Entscheidungsfindung nicht abgeschlossen. Im Anschluss sollten die Möglichkeiten gefördert werden, mögliche Konflikte durch verschiedene Akteure aufzulösen. Hierfür wäre es möglich, Anreize für die rechtliche Überprüfung zu erhöhen. Das könnte bspw. dadurch erfolgen, dass möglichen Klägern bewusst Argumente für die Klageerhebung mitgegeben werden. Einzelne Regelungen oder Verfahren können in diesem Zusammenhang auch als „Experimente“ genutzt werden, um die eigene Auswahlentscheidung auf die Probe zu stellen. Die Kommission wollte bspw. im Intel Verfahren den neu entwickelten AEC-Test auf die Probe stellen. An dem Beispiel wird aber auch deutlich, dass diese Verfahren deutlich schneller geführt werden müssen, wenn sie als Erkenntnisquelle genutzt werden sollen.

c. Evaluationen

Neben der Überprüfung im Konfliktfall können auch anlasslose Evaluationen durchgeführt werden. Ökonomische Evaluationen von Regeln und

Entscheidungen sind bereits etabliert.¹¹⁹⁸ So finden sich auf europäischer Ebene bspw. ex post ökonomische Evaluationen von Entscheidungen durch die Europäische Kommission.¹¹⁹⁹ Auch Regelungen werden Evaluationen und Fitness-Checks unterzogen.¹²⁰⁰ Bei diesen steht vor allem die Analyse der Auswirkungen im Mittelpunkt. Es fehlt an der Überprüfung der ökonomischen Grundlagen, auf denen die Entscheidung oder die Regelung fußt.¹²⁰¹ Bestehende Evaluationsmechanismen sollten um entsprechende Instrumente ergänzt werden. Diese sollten überprüfen, ob die Regel auch angesichts der neuen ökonomischen Entwicklungen noch fortbestehen sollte oder ob sich diese so gewandelt haben, dass eine Überarbeitung oder Neufassung der Regel nötig ist. Ergänzt werden kann dies durch Mechanismen, die eine leichtere Anpassung der Regel möglich machen. Denkbar wären hier Verfahrenserleichterungen für die erneute Regelsetzung, wenn die Evaluation zu einem entsprechenden Ergebnis kommt. Eine weitere Möglichkeit ist die Befristung von Regeln. Danach verliert eine Regel automatisch mit Ablauf einer vorher festgelegten Frist ihre Gültigkeit. Dies zwingt zu einer neuen Auseinandersetzung mit der der Regelung unterworfenen Thematik. Diese Option sollte bei besonders einschneidenden Regeln gewählt werden, die im Falle einer Änderung der ökonomischen Grundlage in keinem Fall beibehalten werden können.

Insgesamt sind die Überprüfungsmöglichkeiten rigoroser anzuwenden, je konkreter die Regel formuliert und je unsicherer die Tatsachengrundlage ist. So können in diesen Fällen bspw. die Überprüfungs- und Geltungsfristen kürzer gesetzt werden.

5. Zwischenergebnis

Die dynamische und plurale Entwicklung der Ökonomie steht in Konflikt zu den Erfordernissen einer statischen Entscheidungsfindung und Regelsetzung. Gleichzeitig sind Dynamik und Pluralismus auch der Rechtswissenschaft nicht fremd. Regelungen und Entscheidungen müssen anhand bekannter Instrumente auch für den Wandel und Pluralismus in der Ökonomie sensibilisiert werden. Das setzt im Prozess der Entscheidungsfin-

1198 Vgl. Budzinski in: Empirische Institutionenökonomik, 2012, S. 45.

1199 Ilzkovitz, Ex Post Economic Evaluation of Competition Policy, 2020; Ilzkovitz/Dierx, Ex-post economic evaluation of competition policy: The EU experience, 2020; Duso/Gugler/Yurtoglu, How Effective is European Merger Control?, 2006.

1200 Europäische Kommission, Evaluating laws, policies and funding programmes, 2021.

1201 Vgl. Kovacic, Journal of Corporation Law 2006, 503, 508 ff.

derung eine bewusste Auseinandersetzung mit der Problemstellung voraus. Der Grad der Konkretisierung kann in Abhängigkeit zu dem erwarteten Wandel und den dadurch entstehenden Kosten gewählt werden. Die Auswahl aus sich auch widersprechenden ökonomischen Erkenntnissen erfolgt innerhalb eines hierauf ausgelegten Verfahrens.

IV. Eckpunkte einer neuen Methode

Die Analyse der Entstehungsgeschichte der Prioritätenmitteilung und der darauf folgenden Entscheidungen hat die Probleme des *more economic approach* bei Behinderungsmissbräuchen aufgezeigt. Die Auseinandersetzung mit diesen Problemen hat Eckpunkte für eine Weiterentwicklung des *more economic approach* identifiziert.

- (1) Eine wissenschaftliche Methode kann die Maßstabsbildung nicht ersetzen. Die Maßstabsbildung ist für die Durchführung aber notwendig. Es muss Klarheit herrschen, welcher Maßstab der Missbrauchskontrolle zugrunde gelegt wird. Ist die Verbraucherwohlfahrt maßgeblich? Wird auch die Kommission wieder zu einem stärker wettbewerbsbezogenen Ansatz zurückkehren? Oder werden gänzlich neue Belange in die Beurteilung eingestellt? Mit diesen Fragen muss sich die Kommission auseinandersetzen. Sie sollte Leitlinien auf dieser Grundlage entwickeln.¹²⁰² Unterstützt wird sie bei der Suche nach dem Maßstab durch die Rechtswissenschaft. Den europäischen Gerichten verbleibt das letzte Wort hierzu.
- (2) Unabhängig von dem gewählten Maßstab sollte in der Kartellrechtsanwendung Abstand von der Einzelfall- und Auswirkungsanalyse genommen werden. Stattdessen sollten Normen entwickelt werden, deren Differenzierungsgrad im Vorfeld anhand verschiedener Einflussgrößen angepasst und anhand von bekannten rechtlichen Instrumenten umgesetzt wird. Dies ermöglicht, als Kompromiss zwischen *per se rules* und der *rule of reason*, die Vorteile beider Ansätze optimal miteinander zu verbinden.
- (3) Die Praxis zu Art. 102 AEUV sollte mehr für den Wandel und den Pluralismus in der Ökonomie sensibilisiert werden. Dafür muss mit der unberechtigten Erwartungshaltung gebrochen werden, dass die Ökonomie eindeutige und unumstößliche Ergebnisse hervorbringen kann.

1202 S.o. E. I. 3.

Eine Rezeption der wissenschaftstheoretischen Grundlagen zeigt, dass dies mit den Anforderungen an eine Wissenschaft unvereinbar ist. Die Berücksichtigung von Wandel und Pluralismus in statischen Entscheidungen und Regelungen ist durch die Steuerung des Konkretisierungsgrades von Regelungen möglich. Die Auswahlentscheidung zwischen mehreren auch widerstreitenden ökonomischen Theorien kann nicht auf wissenschaftlicher Grundlage erfolgen, stattdessen muss ein Verfahren eines offenen Suchprozesses umgesetzt werden. Bestehende Regelungen und getroffene Entscheidungen sollten auch auf eine Veränderung der ökonomischen Grundlagen hin evaluiert werden.