

Wettbewerb als originäres Ziel oder als Instrument?

Kürzlich hat die EU-Kommission Leitlinien beschlossen, nach denen Fusionen von Unternehmen, die nicht miteinander im Wettbewerb stehen, erleichtert werden. Wettbewerbskommissarin *Neelie Kroes* meint, dass solche Fusionen in den meisten Fällen keine Probleme, sondern Effizienzgewinne mit sich bringen, die sowohl den Unternehmen als auch den Verbrauchern zugute kommen. Die Leitlinien sind Ausfluss eines wettbewerbspolitischen Ansatzes, der unter dem Namen „more economic approach“ kontrovers diskutiert wird.



Fragwürdiger Kurswechsel in der Wettbewerbspolitik

Dr. Bernhard Heitzer
Präsident des Bundeskartellamtes

■ Seit Ende der 1990er Jahre wird über eine Modernisierung der europäischen Kartellrechtsanwendung diskutiert. Die Europäische Kommission hat diesen Prozess angestoßen und wesentlich vorangetrieben. In Abkehr von einem bisweilen als formalistisch kritisierten Ansatz orientiert sie sich zunehmend an ökonomischen Maßstäben. Die Kursänderung vollzieht sich unter der Überschrift „more economic approach“. Damit verbindet sich vordergründig die Forderung nach vermehrter Berücksichtigung neuer ökonomischer Erkenntnisse und Methoden bei der Formulierung der Wettbewerbspolitik und der Durchsetzung der Wettbewerbsregeln.

Doch geht es um mehr als nur das: Dem „more economic approach“ liegt ein geändertes wettbewerbspolitisches Leitbild zugrunde. Wettbewerbspolitik soll sich nicht mehr an der Schaffung und Sicherung der Voraussetzungen für das Funktionieren des Wettbewerbsprozesses orientieren. Sie soll sich vielmehr unmittelbar an der Konsumentenwohlafahrt ausrichten. Der Wettbewerbsprozess soll nur insoweit rechtlichen Schutz genießen, wie er konkreten Wohlfahrtszielen dient. Indem die Europäische Kommission ihrer Wettbewerbspolitik mit der Konsumentenwohlafahrt ein konkretes Ziel vorgibt und dieses verabsolutiert, macht sie sich auf zu neuen Ufern.

Kurswechsel der Europäischen Kommission

Die Europäische Kommission vollzog ihren Kurswechsel in mehreren Etappen:

■ Zunächst überprüfte sie die Beurteilung vertikaler Vereinbarungen. Als vertikal werden Vereinbarungen bezeichnet, die zwischen Unternehmen geschlossen werden, die nicht miteinander im Wettbewerb stehen, zum Beispiel Vertriebsverträge zwischen Produzenten und Händlern. Im Laufe der Zeit hat-

te sich die grundlegende ökonomische Erkenntnis durchgesetzt, dass viele vermeintliche Wettbewerbsbeschränkungen, die in vertikalen Vereinbarungen zu finden sind, eher wettbewerbsförderlich als wettbewerbschädlich sind. Die bis dahin geltende Herangehensweise war sehr formalistisch. Zu Recht wurde ein gewisser „Zwangsjacken-Charakter“ der bis dato geltenden Regelungen beklagt.

■ In einem weiteren Schritt unterzog die Europäische Kommission die Behandlung horizontaler Vereinbarungen – also zwischen unmittelbaren Wettbewerbern – einer neuen, an ökonomischen Maßstäben ausgerichteten Beurteilung.

■ Diese mit Blick auf das Kartellverbot begonnene Akzentverschiebung setzte sich im Bereich der Fusionskontrolle fort. Im Jahr 2004 führte die Europäische Kommission nach zum Teil heftigen Kontroversen einen an das amerikanische Vorbild angelehnten neuen Maßstab zur Überprüfung von Zusammenschlüssen ein, der weniger auf „Marktbeherrschung“ als auf ein „Nachlassen von Wettbewerb“ abstellt. Er zeugt von einem Ansatz, der stärker auf die konkreten Effekte eines Zusammenschlusses, wie zum Beispiel zu erwartende Preissteigerungen, ausgerichtet ist als auf nachteilige Konsequenzen für die Marktstruktur.

■ Über die „Modernisierung“ der Missbrauchsaufsicht beabsichtigt die Europäische Kommission seit einiger Zeit, die Neuausrichtung der europäischen Kartellrechtspraxis fortzusetzen. Hierzu veröffentlichte die Generaldirektion Wettbewerb im Dezember 2005 ein Diskussionspapier. Es befasst sich mit Behinderungsmissbräuchen, wie sie etwa in Kampfpreisen oder Kopplungsgeschäften marktbeherrschender Unternehmen zum Ausdruck kommen können. Die Diskussion, die über die Beurteilung derartiger Missbräuche entbrannt ist, legt die grundsätzlichen Differenzen über die Ausrichtung der Wettbewerbspolitik offen. Die Generaldirektion Wettbewerb hat sich im Zusammenhang mit dem Diskussionspapier so deutlich wie nie zuvor für eine Ausrichtung der Wettbewerbspolitik unmittelbar auf die Konsumentenwohlfahrt ausgesprochen.

Ziele der Wettbewerbspolitik

In Anlehnung an die Freiburger Schule lässt sich Wettbewerb als Prozess begreifen, dessen Ausgang im Einzelnen unbekannt ist, der aber insgesamt günstige Ergebnisse hervorbringt. Zu diesen günstigen Ergebnissen zählt die Steigerung der Konsumentenwohlfahrt, so wie sie in der derzeitigen Debatte verstanden wird – aber eben nicht nur. *Friedrich A. von Hayek* hat Wettbewerb treffend als Entdeckungsverfahren charakterisiert, dessen Ergebnisse notwendig unvorhersagbar sind. Bei einem solchen offenen Verständnis von Wettbewerb muss es vor allem Ziel der Wettbewerbspolitik sein, die Voraussetzungen für das Funktionieren des Wettbewerbsprozesses zu schaffen und zu erhalten. Wettbewerbspolitik schützt demnach die Handlungsfreiheit der Marktteilnehmer und sichert die den Wettbewerb erst ermöglichende Marktstruktur. Sie beschränkt sich in gewisser Hinsicht darauf, Leitplanken einzuziehen. Dieses offene Wettbewerbskonzept liegt dem traditionellen Verständnis des deutschen und europäischen Wettbewerbsrechts zugrunde. Ein Durchgriff auf konkrete hinter dem Wettbewerb liegende Ziele ist damit nicht ohne Weiteres vereinbar.

In Abkehr vom ergebnisoffenen Verständnis von Wettbewerb ist der „more economic approach“ von einem anderen Leitbild geprägt. Danach ist einziges Ziel der Wettbewerbspolitik, die Konsumentenwohlfahrt zu steigern. Wettbewerb wird als Mittel zur Erreichung konkreter, mit ökonomischen Maßstäben fass-

barer Ziele aufgefasst. Dieses Verständnis ist eine Folge der wirtschaftswissenschaftlichen Forschung, die sich in einem weitergehenden Maße als noch vor wenigen Jahrzehnten zutraut, in konkreten Einzelfallanalysen Blicke in die Zukunft zu werfen.

Einem solchen Ansatz lässt sich ein gewisser Charme nicht absprechen. Die Festlegung eines konkreten Wohlfahrtsziels und das Vertrauen auf die Messbarkeit der Zielerreichung versprechen Objektivität bei der Regelsetzung und Entscheidungsfindung. Wenn man das Ziel der Wettbewerbspolitik klar umreißen und quantifizieren könnte, ließe sich daraus eine in sich schlüssige Wettbewerbspolitik entwickeln. Selbst die Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden ließen sich am gewählten Wohlfahrtsstandard daraufhin überprüfen, ob sie „richtig“ sind. Doch darf man die konzeptionellen Defizite nicht übersehen.

Grenzen und Bedeutung der Wirtschaftswissenschaften

Eine an konkreten Wohlfahrtszielen ausgerichtete Wettbewerbspolitik ist darauf angewiesen, dass die Auswirkungen eines bestimmten Verhaltens messbar und gegebenenfalls vorhersagbar sind. Das Wohlfahrtsziel – und damit zugleich das Ziel der Wettbewerbspolitik – muss von vornherein so definiert werden, dass die Zielerreichung mit gängigen und belastbaren Methoden überprüft werden kann. Die Grenzen eines solchen Ansatzes ergeben sich somit aus den zur Verfügung stehenden wirtschaftswissenschaftlichen Methoden.

Die Möglichkeiten der quantitativ-ökonomischen Analyse wettbewerblicher Prozesse sind eingeschränkt. Damit lässt sich nur erfassen, was in Zahlen messbar ist. Nicht gelungen ist es bisher, dynamische Wettbewerbseffekte in verlässlicher Weise in die Analyse einzubeziehen. Die ökonomischen Instrumente reichen zudem nicht aus für eine Beurteilung mittel- bis langfristiger Auswirkungen auf die Wohlfahrt. Eine an der Erreichung konkret definierter Wohlfahrtsziele orientierte Wettbewerbspolitik hat damit zwangsläufig nur einen überschaubaren Zeithorizont vor Augen. Mit einseitigem Abstellen auf kurzfristige Preis- und Mengeneffekte läuft die Wettbewerbspolitik jedoch Gefahr, wichtige Funktionen des Wettbewerbs schutzlos zu stellen.

In einer „ökonomisierten“ Debatte um die Ausrichtung der Wettbewerbspolitik droht auch der freiheitssichernde Aspekt einer wettbewerblich organisierten Marktwirtschaft, in den Hintergrund zu geraten. Mit dem Freiheitsgedanken wird die gesellschaftspolitisch relevante, entmachtende Funktion des Wettbewerbs verbunden. Wettbewerbspolitik soll neben der individuellen auch die politische Freiheit schützen. Dieses Verständnis spielte im deutschen und amerikanischen Kartellrecht einmal eine große Rolle, wird aber heute in den Diskussionen, insbesondere im angloamerikanischen Raum, kaum mehr hervorgehoben. Es bleibt zu hoffen, dass dieser Aspekt, der in Deutschland in jüngster Zeit auch auf verfassungsrechtlicher Grundlage wieder etwas betont wurde, nicht außen vor bleibt.

Wer sich in der aktuellen Debatte gegen eine Reduzierung der Ziele der Wettbewerbspolitik auf die Konsumentenwohlfahrt wendet, dem wird vorgehalten, er spreche sich gegen mehr ökonomischen Sachverstand in der Kartellrechtsanwendung aus. Einem solchen Eindruck kann nicht entschieden genug entgegengetreten werden. Die Leistungen der modernen Wirtschaftswissenschaft, namentlich der Industrieökonomie und der Ökonometrie, sind außerordentlich wichtig. Sie vermitteln ein vertieftes Verständnis für die Abläufe von Wettbewerbsprozessen. Dabei stellen sie der praktischen Wettbewerbspolitik uner-

lässliche und immer besser entwickelte Hilfsmittel zur Erfassung und Bewertung wettbewerbslich relevanter Sachverhalte zur Verfügung. Ihr Einsatz vermag es, die Rationalität der Normsetzung und der Entscheidung im Einzelfall erheblich zu befördern. Neue ökonomische Methoden und Erkenntnisse finden daher unabhängig von der Zielsetzung Berücksichtigung. In der Fallbearbeitung geht es insoweit vornehmlich um graduelle Fragen. Hinsichtlich der Nachweistiefe setzt sich der Streit um die Ziele der Wettbewerbspolitik fort.

Probleme bei der praktischen Umsetzung

Eine Wettbewerbspolitik, die auf die Konsumentenwohlfahrt ausgerichtet ist, muss die nachteiligen Auswirkungen eines bestimmten unternehmerischen Verhaltens auf die Verbraucher in den Blick nehmen. Diese Auswirkungen in einer belastbaren Weise nachzuweisen, ist sowohl aufseiten der Kartellbehörden als auch aufseiten der an einem Kartellverfahren beteiligten Unternehmen mit erheblichem und bisweilen unververtretbarem Aufwand verbunden. Ein streng wirkungsorientierter Ansatz verlangt den Einsatz quantitativ-ökonomischer Methoden. Ohne aufwendige Analysen dürften sich die Auswirkungen nicht mit hinreichender Sicherheit nachweisen lassen. Verfahren drohten, in Gutachter-schlachten auszuarten. Rechtssicherheit ist gegen Einzelfallgerechtigkeit abzuwägen. Die Puristen fordern umfassende Wirkungsanalysen in jedem Einzelfall. Doch wirft das aus Sicht des Praktikers viele Umsetzungsfragen auf, sodass die Pragmatiker das Bedürfnis nach verlässlichen Regeln anerkennen.

■ Das zeigt sich etwa bei der Frage, ob auf wahrscheinliche oder tatsächliche Auswirkungen abzustellen ist. Das ist praktisch bedeutsam, denn tatsächliche Auswirkungen zeigen sich erst, wenn der Schaden für die Verbraucher bereits eingetreten ist. Wahrscheinliche Auswirkungen sollten daher ausreichen. Doch wie wahrscheinlich sollten sie sein?

■ Ein weiterer Diskussionspunkt sind Effizienzen der Unternehmen. Sind sie bei einem festgestellten Missbrauch überhaupt zu berücksichtigen? Können Effizienzen die dauerhafte Verschlechterung der Marktstruktur durch missbräuchliches Verhalten rechtfertigen? Sind sie zumindest im Rahmen der objektiven Rechtfertigung bei einer Interessenabwägung zu berücksichtigen?

■ Bedeutsam sind ferner Fragen nach der Verteilung der Beweislast und nach den generellen Anforderungen an den Nachweis der vermuteten Auswirkungen. Diese Fragen stellen sich auch vor dem Hintergrund einer organischen Weiterentwicklung des traditionellen offenen Verständnisses von Wettbewerb. Hier zeigt sich wieder einmal: Je pragmatischer die Herangehensweise, umso mehr verlieren die dogmatischen Gegensätze Bedeutung. In grober Vereinfachung geht es letztlich darum, den richtigen Maßstab für eine „angemessene Ökonomisierung“ zu finden.

Maßvolle Ökonomisierung des Wettbewerbsrechts

In der Auseinandersetzung über den anzustrebenden Grad der „Ökonomisierung“ bei der konkreten Kartellrechtsanwendung sind Überlegungen zu den Folgen kartellrechtlicher Fehlentscheidungen notwendig. Zwei Arten von Fehlentscheidungen werden dabei unterschieden: Erstens können Wettbewerbsbehörden bestimmte Sachverhalte fälschlich als wettbewerbs-schädlich ansehen und damit zulässigen und wünschenswert intensiven Wettbewerb unterbinden (Typ-I-Fehler); zweitens könnten die Wettbewerbsbehörden einen an sich ge-

botenen kartellrechtlichen Eingriff unterlassen (Typ-II-Fehler). Ziel ist es, Fehlentscheidungen zu minimieren – dies allerdings unter der Nebenbedingung eines möglichst niedrigen administrativen Aufwands.

In den Positionen über das richtige Maß der Ökonomisierung der Kartellrechtsanwendung spiegeln sich letztendlich unterschiedliche Gewichtungen des Risikos und der Folgen von Typ-I- und Typ-II-Fehlern wider. Für den Bereich der Missbrauchsaufsicht gilt meines Erachtens: Angesichts der in Deutschland und Europa relativ geringen Fallzahl im Missbrauchsbereich dürfte ein Übergewicht des Risikos von Typ-I-Fehlern empirisch schwer nachweisbar sein. Die starke Betonung des Nachweises von Verlusten für die Konsumentenwohl­f­ahrt und die damit einhergehenden hohen Nachweisanforderungen dürften vielmehr das Risiko von Typ-II-Fehlern ansteigen lassen – und dies in Verbindung mit stark erhöhtem administrativen Aufwand.

Die Debatten um den „more economic approach“ haben viele Früchte hervorgebracht, die zu einer Fortentwicklung der europäischen Wettbewerbspolitik beitragen werden. Doch erscheint es weder erforderlich noch ratsam, die Konsumentenwohl­f­ahrt zum absoluten Maßstab zu erklären. Dies gilt umso mehr angesichts der zu beobachtenden Beschränkung auf die (messbaren) Effekte auf die kurz- bis mittelfristige Konsumentenwohl­f­ahrt. Wichtige Funktionen des Wettbewerbs – nicht zuletzt seine freiheitliche Dimension – geraten damit aus dem Blick. Auch ist der praktische Nutzen des angestrebten Kurswechsels begrenzt. Mit der strengen Ausrichtung auf die Konsumentenwohl­f­ahrt läuft die Wettbewerbspolitik Gefahr, durch übertriebene Anforderungen an den Nachweis einer Wettbewerbsbeschränkung praktische Wirksamkeit zu verlieren. Eine solche Entwicklung ist kaum wünschenswert. ■



Wettbewerbspolitik zwischen Effizienzabwägung und Ordnungspolitik

RA Niels Lau

Leiter der Abteilung Wettbewerbspolitik, Öffentliches Auftragswesen, Security & Defence beim Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI) e. V., Berlin

■ Seit einiger Zeit lässt sich eine Ausrichtung der Wettbewerbspolitik beobachten, durch die sie ihre Funktion als Korrektiv – vor allem der Industriepolitik – zu verlieren droht. So hat die EU-Kommission zum Beispiel in ihrer Mitteilung „Eine proaktive Wettbewerbspolitik für ein wettbewerbsfähiges Europa“ von 2004 angekündigt, Effizienzgesichtspunkte bei der Beurteilung von kartellrechtlich relevanten Unternehmensaktivitäten stärker zu berücksichtigen. Damit soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die nationalen Märkte für die Unternehmen zunehmend an Bedeutung verlieren und deshalb als Bewertungsmaßstab zu eng gefasst seien. Wettbewerbsbehörden und Gerichte sollen vor allem in fusionskontrollrechtlichen Verfahren Effizienzeinwände von Unternehmen als Rechtfertigung für einen Zusammenschluss zulassen, auch wenn er nach traditioneller Sicht als wettbewerbsbeschränkend eingestuft worden wäre.

Ähnliche Verschiebungen des wettbewerbstheoretischen Ansatzes werden derzeit unter dem Stichwort Konsumentenwohlfahrt diskutiert. Gemeint ist die Abkehr der Wettbewerbspolitik vom Ziel der Stärkung des Gemeinwohls durch den Schutz des Wettbewerbs an sich und die Hinwendung zum – alleinigen – Ziel des Endverbraucherwohlstands. Die Monopolkommission weist in ihrem Hauptgutachten von 2004 auf die Gefahr hin, dass dieser Ansatz die Grundlage für ein Primat der Industriepolitik gegenüber der Wettbewerbspolitik schaffen könnte.

Grundgesetz der Sozialen Marktwirtschaft

Nach dem Ersten Weltkrieg war Deutschland zu einem Land der Kartelle geworden. Dem trug die Kartellverordnung aus dem Jahr 1923 Rechnung, die Kartelle als grundsätzlich nützlich beurteilte und sie daher lediglich einer staatlichen Missbrauchsaufsicht unterwarf. Nach 1945 sollte die deutsche Wirtschaft nach dem Vorbild des US-amerikanischen Antitrust-Rechts dekartelliert werden. Die westlichen Besatzungsmächte erließen ein grundsätzliches Kartellverbot und ordneten Zerschlagungen und Dezentralisierungen von Konzernen an.

In den ersten zehn Jahren nach Ende des Zweiten Weltkriegs hatten sich die deutschen Wirtschaftsvertreter ausdrücklich gegen ein umfassendes Kartellgesetz ausgesprochen. Der Verabschiedung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) im Jahr 1957 waren jahrelange Auseinandersetzungen zwischen der Industrie und Bundeswirtschaftsminister *Ludwig Erhard* vorangegangen. Die Auseinandersetzung bezog sich im Wesentlichen darauf, ob ein prinzipielles Kartellverbot angestrebt oder – nach dem Muster der Kartellverordnung von 1923 – lediglich eine Missbrauchsregelung vorgesehen werden sollte. Der Gesetzgeber entschied sich schließlich für ein Kartellverbot; das GWB galt fortan als Grundgesetz der Sozialen Marktwirtschaft.

Seit der letzten Novelle des GWB sind eine Reihe europäischer Vorgaben in das Kartellgesetz übernommen worden. Zugleich sind sektorale Besonderheiten aus dem GWB verschwunden. Insbesondere die netzgebundenen Infrastrukturmärkte unterliegen nun der spezifischen Marktöffnungsregulierung. Angesichts tatsächlichen oder vermeintlichen Marktversagens sind aber Tendenzen erkennbar, sektorale Besonderheiten wieder im Kartellrecht regeln zu wollen. So ist das Missbrauchsinstrumentarium für die Strom- und Gasmärkte verschärft worden. Das Kartellrecht taugt aber nicht als Reparaturhebel für fehlgeleitete Entwicklungen auf Märkten, deren Ursachen nicht in der Wettbewerbsordnung liegen. Es verwundert nicht, dass sich deshalb sowohl der wissenschaftliche Beirat beim Bundeswirtschaftsministerium als auch die Monopolkommission entschieden gegen derartige Änderungen im Ordnungsrahmen ausgesprochen haben.

Neuausrichtung des Wettbewerbsrechts

Seit etwa zehn Jahren verfolgt die Europäische Kommission den Ansatz des sogenannten „more economic approach“, der eine stärkere Berücksichtigung ökonomischer Tatbestände und Theorien bei der Prüfung wettbewerbspolitisch und kartellrechtlich relevanter Konstellationen zum Ziel hat. Dieser Ansatz ist das Ergebnis des bisher tief greifendsten Reformprozesses in der EU-Wettbewerbspolitik, der mit der Vorlage eines entsprechenden Grünbuchs im Jahr 2001 eingeleitet wurde. Dabei wird eine zwangsläufig damit einhergehen-

de Tendenz deutlich: Der Wettbewerb wird nicht mehr als gesellschaftspolitisches Ziel mit eigener Tragkraft angestrebt, sondern dient als Mittel zum Zweck der Steigerung von Konsumentenwohlfahrt und Effizienz. Das ist ein hoher Anspruch. Immerhin geht es um die möglichst exakte Ermittlung der – kurzfristig – erzielbaren Wohlfahrtseffekte sowie darum, abzuwägen, ob Eingriffe in das Marktgeschehen und damit in die unternehmerische Freiheit weniger schwer wiegen als die etwaige Beschränkung des Wettbewerbs durch die Unternehmen.

Methodisch stellt der „more economic approach“ folgende Anforderungen an den Nachweis eines Wettbewerbsverstößes: Die Umstände des Einzelfalls sind verstärkt zu beachten; Effizienzeinwände von Unternehmen sind zu akzeptieren; die Sichtweise der Unternehmen wird durch Beteiligung von ökonomischen Sachverständigen sowie umfangreicher Datensammlung und -analyse berücksichtigt.

Im rechtlichen Ordnungsrahmen niedergeschlagen hat sich der „more economic approach“ zum Beispiel in Bezug auf das Vorgehen gegen vertikale Unternehmenszusammenschlüsse. Bei der Fusionskontrolle ist der „Significant Impediment to Effective Competition-Test“ (SIEC) eingeführt worden, der auf die signifikante Behinderung effektiven Wettbewerbs abstellt und den vormals anzuwendenden Marktbeherrschungstest abgelöst hat. Danach können bei der Beurteilung fusionsrechtlicher Vorhaben die Auswirkungen eines Zusammenschlusses im relevanten Markt noch stärker in den Blick genommen werden. Es kommt nicht mehr entscheidend auf die Schaffung oder Stärkung einer marktbeherrschenden Stellung an. Leitlinien zur Beurteilung horizontaler Fusionen sollen der Konkretisierung des SIEC-Tests dienen und einen „soliden wirtschaftlichen Rahmen“ für deren Beurteilung bieten.

Institutionell wurde im Zuge des „more economic approach“ im Jahr 2003 bei der Generaldirektion Wettbewerb die Position eines Chefökonomien geschaffen, dem ein Team zugeordnet wurde. Diese Expertengruppe soll die EU-Kommission bei der Ausarbeitung von Verordnungen, Leitlinien und Richtlinien beraten sowie bei der Bearbeitung von Fällen mit ökonomisch komplexen Problemstellungen mitwirken.

Rechtssicherheit und Entscheidungsqualität

Die wahrscheinlich wichtigsten und folgenreichsten wettbewerbspolitischen Reformvorhaben vor dem Hintergrund des „more economic approach“ sind:

- Die Missbrauchsaufsicht wird modernisiert, speziell beim Behinderungsmissbrauch in Form von gezielten illegitimen Maßnahmen gegen direkten Wettbewerb. Bisher wurde im Rahmen des Artikel 82 EG-Vertrag ein regelorientiertes Vorgehen befürwortet. So waren zum Beispiel Treuerabatte stets verboten, Mengenrabatte jedoch stets erlaubt. Dagegen werden nun neue Ansätze bei Kampfpreisunterbietung, Rabatten und Kopplungsgeschäften verfolgt, die Effizienzerwägungen umfassen. Zudem sollen Unternehmen neue Verteidigungsmöglichkeiten in Form der Effizienzeinrede erhalten.

- Die Beihilfenkontrolle, in der die Europäische Kommission die Zuwendung staatlicher Mittel für Unternehmen auf Wettbewerbsverzerrungen hin untersucht, wird überprüft. Der Fokus soll stärker auf die Korrektur von Marktversagen gerichtet werden. Damit soll die Möglichkeit der Abwägung von positiven und negativen Effekten von Beihilfen gewährleistet sein.

■ Schließlich sollen im Bereich der Fusionskontrolle neue Leitlinien zu vertikalen und konglomeraten Zusammenschlüssen die Anwendung ökonomischer Maßstäbe betonen. Insbesondere soll stärker berücksichtigt werden, dass vertikale Zusammenschlüsse aus ökonomischer Sicht grundsätzlich weit weniger wettbewerbsschädlich sind als horizontale. Hierin liegt auch der Schwerpunkt der rechtlich gewährten Effizienzeinrede.

Hauptkritikpunkt am „more economic approach“ ist, dass die Notwendigkeit einer verstärkten Einzelfallprüfung zu erheblichen Rechtsunsicherheiten führen könnte. Auch die angestrebte Verbesserung der Entscheidungsqualität ist anzweifelbar, da fraglich ist, ob ökonomische Theorien tatsächlich Ergebnisse eines dynamischen Wettbewerbs vorhersagen können. Zudem ist ein tendenziell hoher Verfahrensaufwand zu befürchten. Die Herausforderung der Wettbewerbspolitik liegt also darin, für den durchaus sinnvollen sowie unternehmerischem Handeln und volkswirtschaftlichen Realitäten näher kommenden „more economic approach“ allgemeingültige wie verlässliche Formeln und Normen zu finden.

Ordnungspolitik ist die beste Industriepolitik

In letzter Zeit sind politische Einflüsse auf dem Vormarsch, die eine Neuausrichtung des Wettbewerbsrechts zum Ziel haben. Zum einen soll Wettbewerb als Instrument zur Erreichung anderer Ziele diesen untergeordnet werden. Weiterhin wird für neue Lösungsansätze geworben, die zum Ziel haben, die Effizienz der wettbewerbspolitischen oder – enger betrachtet – der kartellrechtlichen Beurteilung zu steigern. Das sind zwei Paradigmenwechsel.

Hinzu kommt, dass im künftigen Reformvertrag der Europäischen Union das Bekenntnis zu einem „Binnenmarkt mit freiem und unverfälschtem Wettbewerb“ im Vertragstext selbst nicht mehr auftaucht und damit nicht mehr als Ziel der Europäischen Union gelten kann. Lediglich in einer Protokollnotiz findet sich ein Bekenntnis zu einem System, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt. Selbst wenn diese Protokollnotiz Teil des Vertrags und damit völkerrechtlich verbindlich ist, bedeutet die Änderung des Vertragstextes eine Abwertung des Wettbewerbsprinzips.

Wettbewerbspolitik muss aber ein vordringliches Ziel verfolgen: Sie soll ein Umfeld ermöglichen, in dem sich die Marktkräfte frei entfalten können. Wenn sich Wettbewerbspolitik letztlich nicht mehr als Ordnungspolitik versteht, sondern sich zumindest auch anderen Zielen verpflichtet fühlt, gerät sie in einen gefährlichen Spagat. Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs herzustellen und zu sichern, ist gute Wettbewerbspolitik – und damit auch die beste Industriepolitik. ■



Irrtümer über die Ökonomisierung des Wettbewerbsrechts

*Prof. Dr. Justus Haucap
Professor für Wirtschaftspolitik an der Universität Erlangen-Nürnberg
und Mitglied der Monopolkommission*

■ Zwischen Ökonomen und Juristen kommt es leicht zu Missverständnissen. Dies gilt auch im Fall des sogenannten „more economic approach“, also des stärker ökonomisch fundierten Ansatzes in der Wettbewerbspolitik. Besonders problematisch ist, dass selbst innerhalb der beiden Disziplinen keine Einigkeit zu herrschen scheint, was unter „more economic approach“ zu verstehen ist und welche Ziele damit verfolgt werden. Der vorliegende Beitrag versucht, einige dieser Missverständnisse auszuräumen und zu einer Versachlichung der vor allem in Deutschland zum Teil sehr hitzig geführten Debatte beizutragen.

Sowohl unter Ökonomen als auch unter Juristen ist unbestritten, dass gesicherte ökonomische Erkenntnisse über Wettbewerbszusammenhänge, Unternehmensstrategien sowie deren Auswirkungen auf den Wettbewerb und die Marktteilnehmer in die Wettbewerbspolitik einfließen sollten. Klar ist auch, dass nicht jede neue Erkenntnis sofort und unmittelbar zu einer Gesetzesänderung führen sollte, welche die bestehende Rechtsprechung ungültig werden lässt und somit Rechtsunsicherheit schafft. Bei der Frage, wann neue ökonomische Erkenntnisse in die Wettbewerbspolitik einfließen sollten, ist also zwischen dem Verlust von Rechtssicherheit einerseits und der Verbesserung der Entscheidungsqualität andererseits abzuwägen.

Einzelfallprüfungen versus Per-se-Verbote

Verbesserung der Entscheidungsqualität bedeutet, dass die Wettbewerbsbehörden seltener Fehlurteile treffen, bei denen sie entweder wettbewerbskonformes Verhalten als wettbewerbswidrig oder wettbewerbswidriges Verhalten als wettbewerbskonform einstufen. Das verbesserte Abwägen zwischen den beiden möglichen Fehlern ist meines Erachtens der wichtigste Aspekt des „more economic approach“. Das heißt, es geht um die Frage, wie viele Informationen von den Wettbewerbsbehörden berücksichtigt werden sollten, um einen konkreten Sachverhalt beurteilen zu können.

Grund für die Forderung vieler Ökonomen nach stärkerer Berücksichtigung zusätzlicher Informationen ist die ökonomische Erkenntnis, dass viele unternehmerische Praktiken mal positive und mal negative Auswirkungen auf den Wettbewerb, die gesamtwirtschaftliche Wohlfahrt oder die Verbraucher haben. Während zum Beispiel traditionell die Auffassung herrschte, dass sich vertikale Preisbindungen negativ auf den Wettbewerb auswirken, belegen heute zahlreiche Modelle, dass sich vertikale Preisbindungen auch positiv auswirken können. Somit stellt sich die Frage, ob eine Praxis, die positive Auswirkungen auf den Wettbewerb, die Wohlfahrt und die Verbraucher haben kann, per se untersagt werden sollte.

An dieser Stelle machen viele Ökonomen den Fehler, die Frage zu verneinen. Wenn die Auswirkungen unternehmerischen Handelns ambivalent sind, so die Argumentation, müsse man eine Einzelfallprüfung vornehmen („Rule of Rea-

son“). Diese Argumentation greift allerdings zu kurz.¹ Der Übergang zu einem „Rule of Reason“-Standard ist nicht automatisch sinnvoll. Angenommen, eine bestimmte Handlung habe in 99,9 Prozent aller Fälle negative Auswirkungen auf den Wettbewerb, die Wohlfahrt und die Verbraucher. Rechtfertigen die sehr wenigen positiven Fälle (0,1 Prozent) den Aufwand einer Einzelfallprüfung auch aller anderen Fälle? Ökonomisch betrachtet nicht: Auch wenn es in 0,1 Prozent aller Fälle zu Fehlurteilen kommt, ist das Verfahren noch effizient, da Informations- und Transaktionskosten reduziert werden und Rechtssicherheit gewährleistet ist. Per-se-Verbote lassen sich also gut begründen.

Was aber, wenn es nicht nur sehr wenige Fälle sind, in denen eine bestimmte Handlung positive Wettbewerbswirkungen entfaltet, sondern in zehn, 20, 30 oder 40 Prozent der Fälle? An welchem Punkt sollte von einer Per-se-Regel zu einer Einzelfallprüfung übergegangen werden? Die Frage ist nicht leicht zu beantworten. Klar ist jedoch, dass irgendwo der Punkt erreicht ist, an dem ein Festhalten an einem Per-se-Verbot ineffizient ist – auch wenn durch eine stärkere Einzelfallprüfung gewisse Rechtsunsicherheit entsteht –, ebenso wie es ineffizient ist, prinzipiell eine Einzelfallprüfung vorzunehmen.

Effizienz im Dienste der Verbraucher

Warum fordert die EU-Kommission aber dann die Einzelfallprüfung aller potenziellen Wettbewerbsverstöße und verlangt auch noch eine Umkehr der Beweislast, sodass die Kartellbehörden den Nachweis führen müssen, dass ein Nachteil für die Verbraucher entsteht? Die Antwort ist: Das tut sie nicht! Dies ist, wie mir scheint, einer der durchaus verbreiteten Irrtümer über den „more economic approach“. Ein solches Vorgehen wäre in der Tat ein Suizidversuch der Generaldirektion Wettbewerb der EU-Kommission.²

Betrachtet man zum Beispiel die vom „more economic approach“ geprägten Richtlinien der EU-Kommission zu horizontalen Fusionen, stellt man fest, dass Fusionen nun untersagt werden sollen, wenn sie zu einer nennenswerten Reduktion effektiven Wettbewerbs führen. Um dies beurteilen zu können, verwendet die EU-Kommission eine ganze Reihe von Indikatoren (Konzentrationsmaße, Markteintrittsbarrieren etc.). Eine Fusion, die eine marktbeherrschende Stellung verstärkt, wird nach wie vor untersagt werden, ohne dass die Kommission im Einzelfall den Schaden für die Verbraucher oder die Wohlfahrt nachweisen muss. Hier gilt nach wie vor die Generalvermutung, dass eine Fusion, die effektiven Wettbewerb hemmt, schlecht für die Verbraucher und die Wohlfahrt ist.

Allerdings werden die fusionierenden Unternehmen nun in die Lage versetzt, diese Generalvermutung zu entkräften und das Gegenteil zu beweisen. In den neuen Fusionsrichtlinien gibt es einen wichtigen Unterschied zu den früheren Leitlinien: die sogenannte Effizienzverteidigung. Hier ist jedoch gerade die Beweislast – aus gutem Grund – umgekehrt. Nicht die EU-Kommission muss beweisen, dass eine Fusion, die den effektiven Wettbewerb maßgeblich reduziert, ineffizient ist. Im Gegenteil: Die fusionierenden Parteien müssen die Effizienzgewinne darlegen. Und die Hürde für den Beweis dieser Effizienzen ist dabei von der EU-Kommission sehr hoch gelegt worden. Es reicht nicht aus, einfach

¹ Vgl. Michael D. Whinston, Lectures on Antitrust Economics, MIT Press, Cambridge, MA 2006, Seite 19.

² Vgl. Ingo Schmidt, More Economic Approach: Ein wettbewerbspolitischer Fortschritt? in: Ingo Brinker/Dieter H. Scheuing/Kurt Stockmann (Hrsg.), Recht und Wettbewerb: Festschrift für Rainer Bechthold zum 65. Geburtstag, C.H. Beck, München 2006, Seiten 409-418.

positive Wohlfahrtswirkungen einer Fusion zu demonstrieren. Die Effizienzen müssen so ausgeprägt sein, dass die Verbraucher davon profitieren. Zudem müssen die Effizienzen fusionsspezifisch sein, das heißt, sie dürfen sich nicht durch andere Formen der Kooperation ähnlich erreichen lassen.

Es gibt gute Gründe, die Effizienzverteidigung für fusionierende Unternehmen schwieriger zu gestalten und die Hürden zu erhöhen. Fusionierende Parteien haben höhere Anreize, ihre Effizienzgewinne darzulegen und zu übertreiben, als es Anreize für Verbraucher gibt, genau dies zu entkräften.³ Da die Kartellbehörden zudem nur beschränkt über Informationen verfügen, ist ein sehr strenger Test zu verwenden, um eine Effizienzverteidigung zuzulassen.

Genau das wird aber durch den Verbraucherstandard erreicht: Die Effizienzgewinne müssen so hoch sein, dass sogar die Verbraucher davon profitieren. Nicht die Kartellbehörden müssen den Schaden für die Verbraucher belegen. Im Gegenteil: Die Unternehmen müssen den Vorteil für den Verbraucher überzeugend belegen, um eine ansonsten wettbewerbshemmende Fusion ausnahmsweise zu genehmigen. Ähnliches gilt für Kartelle bzw. andere Kooperationsvereinbarungen zwischen Unternehmen und für Praktiken, die im Verdacht stehen, eine marktbeherrschende Stellung zu missbrauchen.

Wettbewerbsfreiheit als Ziel?

Fusionen sind weder per se verboten noch per se erlaubt. Stattdessen gibt es ausdifferenzierte Prüfkriterien, anhand derer Fusionen verboten werden oder nicht. Die stärkere Ausdifferenzierung von Regeln führt noch nicht zu einer Prüfung eines jeden Einzelfalls, auch wenn gegebenenfalls mehr Fusionen einzeln geprüft werden. Dies ist aber nicht zwangsläufig ineffizient, sondern der ökonomischen Erkenntnis geschuldet, dass in Ausnahmefällen selbst Fusionen, die den Wettbewerb reduzieren, gut für Produzenten und Verbraucher sein können. Zu fragen ist nur, wie ausdifferenziert die Normen sein sollten.

Parallel dazu stellt sich die Frage, was das Ziel der Wettbewerbspolitik sein sollte. In Deutschland wird insbesondere von Juristen die Wettbewerbsfreiheit hoch gehalten; der Wettbewerb sei als Institution zu schützen. Als Ökonom muss man akzeptieren, dass sich die Rechtsprechung in Deutschland so entwickelt hat, dass der Schutz einer unklar definierten Wettbewerbsfreiheit Ziel des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ist und dass diese Freiheit gegebenenfalls sogar in den Fällen zu schützen ist, in denen der Wettbewerb den Verbrauchern schadet. Welche Freiheit hier geschützt wird, ist allerdings unklar. So hat *Carl Christian von Weizsäcker* jüngst darauf hingewiesen, dass es die eine Wettbewerbsfreiheit schon theoretisch gar nicht geben kann.⁴ Das Untersagen einer bestimmten Handlung heißt immer, dass die Wettbewerbsfreiheit eines oder mehrerer Marktteilnehmer zugunsten der Wettbewerbsfreiheit eines oder mehrerer anderer Marktteilnehmer beschnitten wird. Ein Abwägen ist also in jedem Fall erforderlich, und für ein solches Abwägen werden Kriterien benötigt.

3 Vgl. Damien Neven/Lars-Hendrik Röller, Consumer Surplus vs. Welfare Standard in a Political Economy Model of Merger Control, *International Journal of Industrial Organization* 23, 2005, Seiten 829-848; Johan Lagerlöf/Paul Heidhues, On the Desirability of an Efficiency Defense in Merger Control, *International Journal of Industrial Organization* 23, 2005, Seiten 803-827.

4 Vgl. Carl Christian von Weizsäcker, Konsumentenwohlfaht und Wettbewerbsfreiheit: Über den tiefen Sinn des „Economic Approach“, *Wirtschaft und Wettbewerb* 57, 2007, Seiten 1078-1084.

Interessant ist in diesem Kontext die Gesetzesbegründung zur Einführung des GWB von 1955.⁵ Gleich zu Beginn heißt es dort: „Das ‚Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen‘ stellt eine der wichtigsten Grundlagen zur Förderung und Erhaltung der Marktwirtschaft dar. Es soll die Freiheit des Wettbewerbs sicherstellen und wirtschaftliche Macht da beseitigen, wo sie die Wirksamkeit des Wettbewerbs und die ihm innewohnenden Tendenzen zur Leistungssteigerung beeinträchtigt und die bestmögliche Versorgung der Verbraucher infrage stellt.“ Wettbewerbsfreiheit ist also nicht immer und überall zu gewährleisten, sondern nur dort, wo es eben auch effizient ist.

Die Rede ist zudem auch von der „Erkenntnis, dass die freie Unternehmergebiet, die Freiheit der Konsumwahl und die freie Preisbildung das leistungsfähigste und der allgemeinen Wohlfahrtsförderung am ehesten dienende Wirtschaftssystem ist“. Wirtschaftliche Macht hingegen berge die „Gefahr der Übervorteilung des Verbrauchers, die Gefahr volkswirtschaftlicher Fehlinvestitionen und die Möglichkeit der Beeinträchtigung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts“.

Allein der Ausdruck „wirksamer Wettbewerb“ suggeriert, dass es um Wirkungen von Wettbewerb gehen muss. Dazu passt auch, was in der Gesetzesbegründung im Abschnitt über Marktaufsicht bei unvollständigem Wettbewerb zu lesen ist: „In einer Reihe von Märkten ist aus verschiedenen Gründen (...) die Marktform des vollständigen Wettbewerbs nicht herzustellen. Da der Wettbewerb nicht Selbstzweck, sondern Mittel zur Leistungssteigerung und Fortschrittsförderung ist, würde sich der Gesetzgeber der Gefahr eines wirklichkeitsfremden Schematismus aussetzen und schwere wirtschaftliche Schäden heraufbeschwören, wenn er eines theoretischen Prinzips wegen auf diesen Märkten den vollständigen Wettbewerb wieder herstellen wollte.“

Und im Abschnitt über Wirtschaftsbereiche mit unvollständigem Wettbewerb heißt es: „Weiterhin müssen grundsätzlich diejenigen gemeinsamen Marktmaßnahmen statthaft sein, die durch Beschränkung des Wettbewerbs erst die Voraussetzungen für eine Leistungssteigerung und verbesserte Versorgung der Verbraucher bewirken (Rationalisierung).“

In der Bundestagsdebatte zur Einführung des GWB schließlich hat *Ludwig Erhard* 1952 erklärt: „Denn gerade dieses Gesetz wird dafür Sorge tragen, dass der Drang und Zwang zur Leistung in der deutschen Wirtschaft lebendig bleiben und dass diese Vorteile (...) dann auch tatsächlich dem gesamten Volk, dem Verbraucher, zugute kommen. Das ist der Sinn dieses Gesetzes.“⁶

Wettbewerbspolitik: Besser mehr als weniger ökonomisch fundiert

Dies alles hat vermutlich keine besondere Relevanz, da – wenn ich als Ökonom die Rechtsprechung richtig verstehe – Wettbewerb entgegen dem, was wörtlich in der Gesetzesbegründung steht, nach der heutigen Rechtsauslegung eben doch Selbstzweck ist und nur indirekt ein Mittel zur Leistungssteigerung und Fortschrittsförderung. Dennoch ist schwer nachzuvollziehen, wie der von der EU-Kommission favorisierte „more economic approach“ zum Teil verteuert wird. Ziel des stärker ökonomisch fundierten Ansatzes ist meines Erachtens,

⁵ Vgl. im Folgenden Deutscher Bundestag, Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Drucksache 1158, 1955, Seiten 21 f.

⁶ Deutscher Bundestag, Sitzungsprotokoll 220, Sitzung am 26. Juni 1952, Seite 9750.

Auswirkungen unternehmerischen Handelns besser zu verstehen und zusätzliche Informationen bei der Beurteilung und möglichen Untersagung unternehmerischer Handlungen einzubeziehen. Dies hat nichts mit Industriepolitik zu tun und widerspricht nicht einem liberalen Wettbewerbsverständnis.

Das Argument, aufgrund der mangelnden Prognostizierbarkeit wettbewerblicher Prozesse sei der „more economic approach“ abzulehnen, vermag nicht zu überzeugen. Auch ein weniger ökonomisch fundierter Ansatz geht von bestimmten Wirkungszusammenhängen aus, ansonsten wäre der Begriff des wirksamen Wettbewerbs sinnlos. Vielmehr aber ist zu bedenken, dass unter dem heute praktizierten weniger ökonomisch fundierten Ansatz einige unternehmerische Praktiken per se staatlich untersagt werden, um die sogenannte Wettbewerbsfreiheit selbst auf Kosten der Verbraucher zu schützen – gemeint ist hier wohl die Freiheit der Wettbewerber.

Wenn sich Wettbewerbsprozesse nicht prognostizieren ließen, wäre die Frage zu stellen, wie sich das staatliche Untersagen bestimmter privater Verträge überhaupt rechtfertigen ließe. In diesem Fall wäre wohl eher der vollständige Verzicht auf staatliches Eingreifen und damit das Ende der Wettbewerbspolitik angezeigt. Wenn sich bestimmte Wirkungszusammenhänge mit hinreichender Sicherheit feststellen lassen und die Erkenntnis gereift ist, dass sich diese Wirkungszusammenhänge nicht so einfach darstellen, wie lange geglaubt wurde, so sollten moderne ökonomische Methoden benutzt werden, um zusätzliche Erkenntnisse über einen Fall zu gewinnen. Effizienzverteidigungen für Ausnahmefälle sollten ebenfalls zugelassen werden. Ein so verstandener „more economic approach“ kann dazu beitragen, zwischen der Einschränkung verschiedener Wettbewerbsfreiheiten abzuwägen. Und er steht auch nicht im Widerspruch zu den ursprünglichen Zielen des GWB. ■