

## **Kernpunkte des Referates zum More Economic Approach: Theoretisches Modell oder Verbesserung der Rechtspraxis?**

In der europäischen Wettbewerbspolitik soll an die Stelle eines formal-juristischen Ansatzes in Zukunft ein sog. more economic approach treten, der im Interesse einer Steigerung der **Konsumentenwohlfahrt** als letztem Ziel eine bessere wirtschaftstheoretische Fundierung der Wettbewerbspolitik anstrebt. Dabei soll in jedem Einzelfall (Art. 81 und 82 EGV sowie FKVO) eine Abwägung zwischen Wettbewerbsbeschränkung und Effizienz vorgenommen werden, womit ein **genereller Zielkonflikt** zwischen Wettbewerb (definiert und gemessen durch Struktur und Verhalten) und Effizienz (als performance-Merkmal) unterstellt wird. Durch diese verstärkte ökonomische Absicherung kartellrechtlicher Entscheidungen sollen die Interessen der Verbraucher besser berücksichtigt und geschützt werden.

Die Forderung nach einem more economic approach erscheint auf den ersten Blick ökonomisch vernünftig, da Kartellrecht - wenn man gesellschaftspolitische Zielsetzungen und die Adäquanz von politischer und wirtschaftlicher Ordnung ausklammert- als institutionalisierte Wettbewerbspolitik begriffen werden kann. Jedoch ergeben sich im Hinblick auf die Gerechtigkeit, die Zweckmäßigkeit (Justitiabilität) und die Rechtssicherheit für die Unternehmen erhebliche Schranken für einen solchen einseitig an der Einzelfallgerechtigkeit orientierten Ansatz (sog. Trias der Rechtsidee).

Im folgenden soll daher untersucht werden, ob sich die Verwendung von performance-Normen (Effizienz) ökonomisch-theoretisch rechtfertigen läßt, ob performance-Normen das Erfordernis der Operationalität bzw. Justitiabilität im kartellrechtlichen Verfahren und der Rechtssicherheit für die Unternehmen im Hinblick auf die zivilrechtliche Wirksamkeit und bußgeldrechtliche Sanktionen erfüllen.

### **1. Dynamische versus statische Effizienz**

Die EK geht - insofern in Einklang mit der h. M. in der Wettbewerbstheorie - in ihren Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse zwar von einem dynamischen Wettbewerbsbegriff aus, jedoch ist der Effizienzvergleich zwischen zwei Zeitpunkten (vor und nach der Fusion oder der Kartellbildung) komparativ-statischer Natur. Damit wird von der dynamischen Effizienz i. S. von Produkt- und Prozeßinnovationen abstrahiert. Der methodische Ansatz ist insofern widersprüchlich. Bei dem unterstellten trade-off zwischen produktiver Effizienz und allokativer Ineffizienz (vgl. Oliver Williamson) wird die dynamische Effizienz in Gestalt von Produkt- und Prozeßinnovationen ausgeklammert. Da jedoch dynamische Effizienz als unverzichtbar für eine moderne Wirtschaft

angesehen wird, ist ein komparativ-statischer Ansatz, der eben von diesem Aspekt abstrahiert, wettbewerbspolitisch ungeeignet.

Angesichts des Fehlens einer dynamischen Theorie läßt sich dynamische Effizienz nur durch die Anwendung der **strukturellen Methode**, d. h. Aufrechterhaltung wirksamen Wettbewerbsdruckes, im Rahmen eines ergebnisoffenen Prozesses sichern. Dabei handelt es sich um eine pattern prediction i. S. von v. Hayek, da wir nicht genau messen können, wie gut oder schlecht die performance auf einem Markt ist.

Das trade-off-Modell geht von der Möglichkeit aus, dass sich mit der Entstehung von Marktbeherrschung zwar die allokativen Effizienz verschlechtert und die Konsumentenrente sinkt, diese Wohlfahrtseinbußen jedoch durch produktive Effizienzgewinne (z. B. aufgrund von economies of scale or scope) überkompensiert werden würden. Dementsprechend geht die EK geht in ihren Leitlinien zu horizontalen Zusammenschlüssen von der Möglichkeit aus,

"daß die durch eine Fusion entstehenden Effizienzvorteile die Auswirkungen auf den Wettbewerb und insbesondere potenzielle Nachteile für Verbraucher ausgleichen, die die Fusion sonst haben könnte.....

(Allerdings müssen die) Effizienzvorteile .....den Verbrauchern zugute kommen, fusionsspezifisch und überprüfbar sein, damit die Kommission geltend gemachte Effizienzvorteile bei der Beurteilung eines Zusammenschlusses berücksichtigen .... kann."

Dieser theoretisch denkbare Fall, dass durch eine **drastische Kostensenkung** die Nachteile einer Verschlechterung der allokativen Effizienz überkompensiert werden, dürfte in der Realität jedoch kaum auftreten. So hat sich Schwalbe unlängst mit den von der EK explizit verlangten Anforderungen an die Berücksichtigungsfähigkeit von Effizienzgewinnen (insbesondere i. S. von economies of scale und scope) kritisch auseinandergesetzt und ist dabei unter Berufung auf zwei Studien von Froeb und Werden, zwei Mitarbeitern der Antitrust Division, zu folgendem Ergebnis im Hinblick auf den von der EK beabsichtigten trade-off zwischen Wettbewerb und Effizienzgewinnen gekommen:

Effizienzgewinne "sind entweder nicht fusionsspezifisch, nicht geeignet, können nicht genau prognostiziert werden, treten erst spät auf oder sind nur schwer zu quantifizieren. Selbst wenn all diese Kriterien erfüllt wären, müßten die Effizienzgewinne, um an die Konsumenten in Form von Preissenkungen weitergegeben zu werden, so groß sein, daß dies nur in seltenen Fällen auftreten wird."

## **2. Die mangelnde Eignung von performance-Normen für die Wettbewerbspolitik**

Die efficiency defense (als Teil der performance) soll gleichermaßen für die Art. 81 und 82 EGV sowie die Fusionskontrolle gelten. Im Falle der Art. 81 und 82 EGV soll die Beweislast für die Effizienzeinrede allerdings bei den Unternehmen liegen, während sich bei der Fusionskontrolle die Europäische Kommission (EK) diese Beweislast quasi selbst auferlegt hat, indem sie von Amts

wegen den Effizienzeinwand berücksichtigen will. Dagegen muß die Wettbewerbsbeeinträchtigung in allen Fällen von der EK nachgewiesen werden.

In der Wettbewerbstheorie besteht insofern weitgehend Einigkeit, als eine möglichst eingehende Analyse von Marktstruktur und Marktverhalten notwendig und wünschenswert ist, dagegen performance-Kriterien mangels Operationalität nicht für den Wettbewerbsschutz im gerichtlichen Verfahren geeignet sind.

Die schlechten Erfahrungen mit der **Preismißbrauchsaufsicht** über die Öl- und Pharmaindustrie nach § 22 (heute 19) GWB haben gezeigt, dass den begrenzten ökonomischen Erkenntnismöglichkeiten im gerichtlichen Beschwerdeverfahren hohe Beweisanforderungen gegenüberstehen. Diese von der Rechtsprechung im Hinblick auf einen Mißbrauch geforderte Wahrscheinlichkeit ist jedoch von der ökonomischen Theorie derzeit nicht zu erbringen. Daran scheitert eine wirksame performance-Kontrolle. Die Erfahrungen mit der **ex ante-Regulierung** bestimmter Branchen, die zwangsläufig eine performance-Kontrolle ist, sind ein weiterer Beleg für die mangelnde Eignung von performance-Normen für Zwecke der Wettbewerbspolitik.

Mason, der Begründer der modernen Industrieökonomie, hat 1965 daher die Forderung nach der Verwendung von performance-Normen als eine "**invitation to nonenforcement**" charakterisiert.<sup>1</sup> An dieser Erkenntnis hat sich in den letzten 40 Jahren nicht nur nichts geändert, sondern sie ist durch die negativen Erfahrungen mit der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen i. S. des § 19 GWB bzw. Art. 82 EGV und die Erfahrungen mit der ex ante-Kontrolle regulierter Wirtschaftsbereiche voll und ganz bestätigt worden.

Der wohlfahrtökonomische Ansatz der EK im Einzelfall baut auf den Thesen der Chicago School of Antitrust Analysis auf, die in den 70er Jahren entwickelt worden sind. Danach ist einziges Ziel der Wettbewerbspolitik die Maximierung der Konsumentenwohlfahrt. Dieses Paradigma steht in grundsätzlichem Widerspruch zur Harvard School, wonach es Aufgabe der Wettbewerbspolitik ist, kompetitive Marktstrukturen aufrechtzuerhalten und zu sichern, da dadurch zumindest im Regelfall die ökonomische performance (=Wohlfahrt) verbessert wird

Eine performance-Prognose im Einzelfall ist dann zumindest in der Regel überflüssig, da der Wettbewerbsmechanismus diese Funktionen besser und zuverlässiger bewirkt.

### **3. Cui bono more economic approach?**

Der more economic approach nützt unmittelbar großen Anwaltskanzleien, Wirtschaftsberatungsunternehmen und den von ihnen beauftragten Gutachtern sowie großen Unternehmen, die mit Hilfe ihrer Rechtsabteilung und Gutachtern sich der Anwendung des Kartellgesetzes entziehen können. Leidtragende sind kleine und mittlere Unternehmen, die nicht über die notwendigen

personellen und finanziellen Ressourcen verfügen, sowie das Schutzobjekt Wettbewerb, was zu Lasten der Verbraucher geht. Der beste Verbraucherschutz ist und bleibt die Aufrechterhaltung und Sicherung wirksamen Wettbewerbs. Der viel beschworenen Konsumentenwohlfahrt wird damit am besten Genüge getan.

Der bisher in erster Linie an der Aufrechterhaltung und Sicherung einer kompetitiven Marktstruktur orientierte wettbewerbspolitische Ansatz soll durch einen **nicht operablen bzw. justitiablen performance-Ansatz** ersetzt bzw. ergänzt werden, wie wir ihn nach geltendem Recht in Art. 82 EGV bzw. § 19 GWB im Hinblick auf die Erfassung des Ausbeutungsmißbrauches finden. Die Erfahrungen mit jeglicher Form der Preismißbrauchsaufsicht sprechen allerdings gegen den Versuch, den wohlfahrtsökonomischen (performance-) Ansatz für die Einzelfallbehandlung zu übernehmen.

Selbst Professor Richard Posner<sup>2</sup>, der führende Repräsentant der Chicago School, welcher jahrzehntlang in Wort und Schrift die Konsumentenwohlfahrt im Einzelfall als alleiniges Ziel der Antitrustpolitik propagiert hat, ist zu dieser Einsicht gekommen, wenn er in 2001 sagt, dass

"(e)fficiency is the **ultimate goal** of antitrust, but **competition a mediate goal** that will often be close enough to the ultimate goal to allow to look no further".

Diese Kehrtwendung geht offenbar auf seine Erfahrungen als Richter an einem Court of Appeal zurück. Das Argument, dass der more economic approach einer Maximierung der Konsumentenwohlfahrt als letztem Ziel der Wettbewerbspolitik diene, ist offensichtlich politisch-taktischer Natur und soll die politisch gewollte Abschwächung der Wettbewerbspolitik bemänteln. Das läuft jedoch auf eine Täuschung der Verbraucher hinaus, welche die Hintergründe und Schwächen der Argumentation nicht sehen (können).

Die **Leitlinien der EK**, die nur die Rechtsauffassung der EK wiedergeben und insofern die Verwaltung binden, stellen weder primäres (der EG-Vertrag) noch sekundäres Recht (z. B. die FKVO) dar und sollten daher revidiert werden, um die aufgezeigten handwerklichen Fehler zu beseitigen. Wenn die Maximierung der Konsumentenwohlfahrt als letztes Ziel Ernst gemeint sein sollte, dann könnte in den zu ändernden Leitlinien im Hinblick auf die Feststellung, ob wirksamer Wettbewerb vorliegt oder nicht, auf die Existenz "ausreichender und zumutbarer Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen" (vgl. § 20 II S. 1 GWB) bzw. von "Wahlmöglichkeiten der Lieferanten und Abnehmer" (vgl. Art. 2 I S.2 lit. b FKVO) abgestellt werden. Dieses sog.

---

<sup>1</sup> Vgl. Mason, in: Vorwort zu Kaysen/Turner, Antitrust Policy: An Economic and Legal Analysis, Cambridge, Mass. 1965, S. XVIII.

<sup>2</sup> Posner, Richard A., Antitrust Law, 2. Aufl., Chicago, Ill. 2001, S. 29 (Hervorhebung durch Verf.).

**Alternativenkonzept** ist justitiabel und dient damit dem Schutz der Verbraucher vor Wettbewerbsbeschränkungen und zugleich der Förderung der Konsumentenwohlfaht.

Abschließend soll im Hinblick auf die Fragestellung meines Themas festgehalten werden, daß es sich bei dem more economic approach um ein statisches Gedankenmodell handelt, das die dynamische Effizienz ausklammert. Die europäische Wettbewerbspolitik ist charakterisiert durch eine deutliche Akzentverschiebung von marktstrukturellen hin zu Marktergebniserwägungen. Die Rechtsanwendung und damit der Wettbewerbsschutz werden mangels Operationalität der Kriterien und damit fehlende Justitiabilität im Kartellverfahren erheblich erschwert.

#### **4. Zielkonflikte zwischen Einzelfallgerechtigkeit, Rechtssicherheit und Justitiabilität**

Größere **Einzelfallgerechtigkeit** i. S. des more economic approach ist zwar ein wünschenswertes Ziel, jedoch aufgrund einer unzureichenden theoretischen Basis (Fehlen einer exakten Theorie, die dynamische performance-Größen erklären kann), fehlender Daten und mangelnder Operationalität bzw. Justitiabilität der ökonomischen Kriterien im kartellrechtlichen Verfahren nicht erreichbar.

Wie auch in anderen Bereichen der Wirtschaftspolitik besteht ein Zielkonflikt zwischen der wünschenswerten Einzelfallgerechtigkeit und der Operationalität der Kriterien. So werden z. B. in der Steuerpolitik bei der Schaffung von Steuerklassen, der Inanspruchnahme von Subventionen oder Abschreibungsmöglichkeiten bzw. in der Sozialpolitik bei Hartz IV oder in der Familienpolitik nur wenige, dafür aber operationale Kriterien verwendet, um die Vorschriften anwendbar zu machen.

Diese Beispiele aus der Steuer-, Sozial- oder Familienpolitik ließen sich durch Beispiele aus anderen Politikbereichen beliebig vermehren. Überall ist man gezwungen, im Interesse der Justitiabilität vereinfachte, dafür aber handhabbare Kriterien zu verwenden; das kann im Einzelfall dazu führen, daß zuviel oder zuwenig getan wird. Insofern ist die Einzelfallgerechtigkeit zwangsläufig eingeschränkt.

Grundsätzlich gilt, daß eine Verletzung der Einzelfallgerechtigkeit durch Nichtberücksichtigung aller Faktoren und Einzelumstände im Interesse einer **normativen Pauschalierung** bewußt in Kauf genommen werden muß. Wettbewerbspolitik sollte sich an typischen und nicht an exzeptionellen Verhaltensweisen orientieren. Es besteht ein Unterschied zwischen dem, was vielleicht in 1 % der Fälle **möglich**, und dem, was in 99 % der Fälle **wahrscheinlich** ist. George Stigler hat dieser Erkenntnis wie folgt Ausdruck gegeben:<sup>3</sup>

"Economic policy must be contrived with a view to the typical rather than the exceptional.

---

<sup>3</sup> Stigler, George, The case against big business, in: Fortune Magazine May 1952.

"That some drivers can safely proceed at eighty miles per hour is no objection to a maximum speed law."

Der more economic approach bedeutet für die Unternehmen eine sehr stark eingeschränkte **Rechtssicherheit** im Hinblick auf die zivilrechtliche Wirksamkeit von Verträgen und die Bußgeldandrohung. Die Leitsätze der EK vermögen dieses Problem nur zu reduzieren, dagegen nicht zu beseitigen.

Das Fehlen einer exakten dynamischen Theorie und operationaler ökonomischer Kriterien muß im kartellrechtlichen Verfahren angesichts der hohen Beweisanforderungen wegen mangelnder **Justitiabilität** zu einer Nicht-Anwendung der Kartellgesetze und damit einem weitgehend fehlenden Wettbewerbsschutz führen.