

Budzinski, Oliver; Haucap, Justus

Working Paper

Kartellrecht und Ökonomik: Institutions matter!

DICE Ordnungspolitische Perspektiven, No. 102

Provided in Cooperation with:

Düsseldorf Institute for Competition Economics (DICE), Heinrich Heine University Düsseldorf

Suggested Citation: Budzinski, Oliver; Haucap, Justus (2019) : Kartellrecht und Ökonomik: Institutions matter!, DICE Ordnungspolitische Perspektiven, No. 102, ISBN 978-3-86304-702-3, Heinrich Heine University Düsseldorf, Düsseldorf Institute for Competition Economics (DICE), Düsseldorf

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/203153>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

ORDNUNGSPOLITISCHE PERSPEKTIVEN

Nr 102

**Kartellrecht und Ökonomik:
Institutions matter!**

Oliver Budzinski,
Justus Haucap

September 2019

IMPRESSUM

DICE ORDNUNGSPOLITISCHE PERSPEKTIVEN

Veröffentlicht durch:

düsseldorf university press (dup) im Auftrag der
Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf, Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät,
Düsseldorf Institute for Competition Economics (DICE), Universitätsstraße 1,
40225 Düsseldorf, Deutschland
www.dice.hhu.de

Herausgeber:

Prof. Dr. Justus Haucap
Düsseldorfer Institut für Wettbewerbsökonomie (DICE)
Tel: +49(0) 211-81-15125, E-Mail: haucap@dice.hhu.de

DICE ORDNUNGSPOLITISCHE PERSPEKTIVEN

Alle Rechte vorbehalten. Düsseldorf 2019

ISSN 2190-992X (online) - ISBN 978-3-86304-702-3

1. Einleitung

Das Kartellrecht dürfte neben dem Haftungsrecht wohl das Rechtsgebiet sein, welches sehr früh einer ökonomischen Analyse des Rechts unterzogen wurde. Zwar gilt die ökonomische Analyse von Eigentums- und Haftungsrechten seit den bahnbrechenden Beiträgen von Coase (1960) und Calabresi (1961) als der eigentliche Ursprung der „Law and Economics“-Forschung (vgl. auch Cooter und Ulen, 2012, Baumann, 2019), doch ist das Kartellrecht schon von jeher ökonomischen Analysen unterzogen worden, eigentlich bereits bevor es „Law and Economics“ als Forschungsrichtung gab. Adam Smiths Ausführungen zu Kartellen sind bestens bekannt und illustrativ mag auch sein, dass Aaron Director, der 1958 das Journal of Law and Economics gründete, Antitrust an der University of Chicago Law School unterrichtete. Überhaupt zeigt die enge Verbindung zwischen der Chicago School of Economics und der Entwicklung von Law and Economics als Teil der Ökonomik die Bedeutung von Wettbewerbsfragen – dem Kernthema der Chicago School of Economics – für die Entwicklung der ökonomischen Analyse des Rechts. Nochmals gestärkt wurde die Verknüpfung von Kartellrecht und Ökonomik vor allem in Europa durch die Einführung eines „More Economic Approach“ in der europäischen Kartellrechtsanwendung seit 2003¹, auch wenn Lars-Hendrik Röller, der erste Chefökonom der Generaldirektion Wettbewerb in der Europäischen Kommission einmal folgendes gesagt hat: *“The question for effective enforcement is not one of ‘more’ or ‘less’ economics but rather what kind of economics and especially how the economic analysis is used – or indeed sometimes may be abused – in the context of guidelines or cases”* (Röller, 2005. S. 13). Gleichwohl dürfte das Kartellrecht heute eines der Rechtsgebiete sein, das am stärksten den Einflüssen der Ökonomik unterliegt.

¹ Zum „More Economic Approach“ siehe beispielsweise Röller (2005), Christiansen (2006, 2010), Neven (2006), Röller & Stehmann (2006), Witt (2016) sowie die Beiträge in Drexl, Kerber & Podszun (2011).

Ein Großteil der frühen ökonomischen Analyse des Kartellrechts war normativ angelegt und drehte sich um materielle Fragen des Rechts wie etwa die Frage, welche Standards zur Identifikation von Verdrängungspreisen gelten sollten (vgl. Areeda & Turner, 1975, Williamson, 1977, Joskow & Klevorick, 1979, Baumol, 1979, Easterbrook, 1981, Bolton, Brodley & Riordan, 2000, Haucap & Kruse, 2004), wie Produktbündel und Kopplungsverträge rechtlich gewertet werden sollten (vgl. McAfee, McMillan & Whinston, 1989, Carlton & Waldman, 2002, Nalebuff, 2004, Evans & Salinger, 2005, Evans, 2006, Gans & King, 2006), welche Arten von Vertikalbeschränkungen einer wie gearteten Kartellrechtskontrolle unterliegen sollten (vgl. Williamson, 1979, Rey & Vergé, 2008) oder wie vertikale Integrationen in der Fusionskontrolle behandelt werden sollten (vgl. Riordan, 2008, Salinger, 2015). Andere wesentliche Beiträge waren etwa der Beitrag von Williamson (1968), der zeigte, dass ein Effizienzeinwand in der Fusionskontrolle prinzipiell sinnvoll sein kann, wenn hinreichend hohe produktive Effizienzgewinne – etwa durch Synergien – bei einer Fusion zu erwarten sind. Der Einfluss von Ökonomen auf das Kartellrecht war also schon immer stark. Man denke etwa an die Harvard School, dann die Chicago School und auch die Transaktionskostenökonomik und die Spieltheorie.

In Europa war der Einfluss der Ökonomik zwar lange weniger stark ausgeprägt, obwohl bei Einführung des GWB in Deutschland ökonomische Theorien eine bedeutende Rolle in der öffentlichen Diskussion spielten. In der „Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen“ heißt es etwa gleich im zweiten Absatz: „Das Gesetz geht von der durch die wirtschaftswissenschaftliche Forschung erhärteten wirtschaftspolitischen Erfahrung aus, dass die Wettbewerbswirtschaft die ökonomischste und zugleich demokratischste Form der Wirtschaftsordnung ist.“ Bereits 1948 gründeten der Ökonom Walter Eucken und der Jurist Franz Böhm die Fachzeitschrift „ORDO – Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft“, welche in der damals jungen Tradition des Ordoliberalismus und der Ordnungsökonomik stand und als ein zentrales Element die Verbindung von Recht und Ökonomik betrieb (vgl. Eucken, 1949, Böhm, 1950). So ist das ordnungsökonomische Konzept der Wettbewerbsordnung auch weniger als ökonomische Theorie der Wettbewerbswirkungen zu verstehen, sondern als eine Theorie der Umsetzung der Wettbewerbswirkungstheorien (bspw. der Industrieökonomik) in die Wettbewerbspolitik, also mithin ein Ansatz, welcher die institutionelle Ausgestaltung der Wettbewerbspolitik thematisiert. Als solcher baut er

jeweils auf dem aktuellen Stand der wettbewerbsökonomischen Forschung auf, so wie es bspw. Eucken (1952) macht: Er nimmt den wettbewerbstheoretischen Stand seiner Zeit und setzt ihn unter Beachtung umsetzungsrelevanter Aspekte in ein institutionelles Konzept (die Wettbewerbsordnung) um. Und selbstverständlich muss eine moderne ordnungsökonomische bzw. institutionenökonomische Analyse auf den heute aktuellen Theorien der Wettbewerbswirkungen auf, mithin der modernen Wettbewerbs- und Industrieökonomik aufbauen (vgl. Budzinski, 2013a).

In Europa hat der Einfluss der Ökonomik wie oben bereits erwähnt im sog. „More Economic Approach“ ihren Niederschlag gefunden, dessen Kern die ökonomische Analyse von Unternehmensstrategien und die normative Analyse dessen, wie Kartellrecht diesbezüglich ausgelegt werden sollte, sind. Auf Ebene der EU-Mitgliedstaaten haben ökonomische Theorien und Methoden hingegen in sehr unterschiedlichem Ausmaß Eingang in die behördliche Kartellrechtsanwendung gefunden.

Positive Analysen des Kartellrechts sind – im Gegensatz zu anderen Bereichen der Literatur im Bereich der ökonomischen Analyse des Rechts – weitaus seltener als normative Modelle. Es gibt zwar eine Reihe von empirischen Studien zur Evaluation von Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, also den ökonomischen Konsequenzen des Rechts (vgl. etwa Bergman, 2008, Buccirossi et al., 2011, 2013, Duso, Gugler & Szücs, 2013, Aguzzoni et al., 2016), doch die theoretische Beiträge zur positiven Analyse des Kartellrechts sind ausgesprochen rar – anders als etwa im Bereich der ökonomischen Theorie der Regulierung, wo eine breite Literatur etwa zur politischen Ökonomik der Regulierung existiert. Zu nennen sind hier insbesondere die sog. Virginia School, welche die Eigeninteressen von Regulierungsbehörden analysiert, sowie die Chicago School, welche die Lobbyanstrengungen von Interessengruppen und die damit zusammenhängende Gefahr des „Regulatory Capture“ betrachtet (vgl. Baldwin, Cave & Lodge, 2011). Politökonomische Analysen der Kartellrechtsdurchsetzung fehlen hingegen mit weniger Ausnahmen (bspw. Budzinski & Christiansen 2005 zur Kompetenzverteilung der Wettbewerbsbehörden innerhalb der EU) fast völlig. Der typische industrieökonomische Beitrag geht noch immer von einer wohlinformierten und wohlmeinenden Kartellbehörde ohne Eigeninteressen in einem sozialen Vakuum aus. Eine von Public Choice-Ansätzen geleitete Theorie der

Kartellrechtsdurchsetzung ist nahezu nicht existent, die Beiträge von Tollison (1983) und Shughart & McChesney (2010) sind hier bemerkenswerte Ausnahmen.

Gegenstand einer dezidierten Rechtsfolgenanalyse ist in jüngerer Zeit vor allem die sog. Kronzeugenregel geworden (vgl. etwa Motta & Polo, 2003, Chen & Rey, 2013). Darüber hinaus sind aber Analysen zu prozeduralen und institutionellen Aspekten des Kartellrechts ausgesprochen selten, von wenigen Ausnahmen abgesehen. Literatur zur optimalen Ausgestaltung von Kartellbehörden etwa existiert nur in geringem Umfang, obwohl aus institutionenökonomischer Perspektive völlig klar ist, dass auch die Ausgestaltung der prozeduralen Regeln zur Kartellrechtsdurchsetzung sowie das Design der Institutionen eine erhebliche Rolle auf die praktische Kartellrechtsdurchsetzung und somit auch auf die Marktergebnisse haben wird. Von wenigen Beiträgen wie etwa Weingast & Moran (1983), Hyman & Kovacic (2013), Kovacic (2012a) sowie Cooper & Kovacic, (2012a, 2012b) abgesehen klafft hier eine erhebliche Forschungslücke in der Literatur. In dem vorliegenden Beitrag sollen daher Ansätze zu einer institutionenökonomischen Analyse der Kartellrechtsdurchsetzung geliefert werden.

2. Elemente einer positiven institutionenökonomischen Theorie der Kartellrechtsdurchsetzung

2.1 Informationsökonomische Aspekte

Weite Teile insbesondere der industrieökonomischen Literatur abstrahieren sowohl von Informationsdefiziten auf Seiten der Kartellbehörden als auch von politökonomischen Aspekten. Dass Informationsprobleme und Durchsetzungskosten auf behördlicher Seite von der industrieökonomischen Literatur weitgehend ignoriert werden, hat schon Michael Whinston (2006) vor mehr als zehn Jahren recht klar kritisiert; wenn er schreibt: "It is common for a journal article that shows that a particular practice could either raise or lower welfare to conclude that this implies that the practice should be accorded to a rule of reason standard. (...) such a conclusion makes little sense" (Whinston, 2006, S. 19).

Warum ist diese Schlussfolgerung wenig sinnvoll, warum ist der Übergang zu einem "Rule of Reason"-Standard dann nicht geboten? Die Antwort ist simpel: Gehen wir einmal davon aus, eine bestimmte unternehmerische Praktik habe in 99,9% aller

Fälle negative Auswirkungen für Wettbewerb, Wohlfahrt und Verbraucher, auch wenn sie in sehr wenigen Fällen (nämlich in 0,1% aller Fälle) positiv wirkt. Rechtfertigen die sehr wenigen und sehr speziellen positiven Fälle (0,1%) den Aufwand einer Einzelfallprüfung auch aller anderen 99,9% der Fälle? Informationsökonomisch oder transaktionskostenökonomisch betrachtet sicher nicht, sofern nicht die Wohlfahrtsverluste in just diesen 0,1% aller Fälle sehr, sehr hoch sind. Ansonsten ist es ökonomisch gesehen effizient, dass es in 0,1% aller Fälle zu Fehlurteilen kommt, weil so Informations- und Transaktionskosten reduziert werden und mehr Rechtssicherheit geschaffen wird. Schon George Stigler hat dies 1952 auf den Punkt gebracht: „Economic policy must be contrived with a view to the typical rather than the exceptional.“ (Stigler, 1952, S. 158). Die Tatsache, dass einige Autofahrer möglicherweise auch mit 70 km/h sicher in der Innenstadt fahren können, rechtfertigt noch lange nicht das Abweichen von dem Per-se-Verbot, in der Innenstadt über 50 km/h zu fahren, unabhängig von den individuellen Fähigkeiten. Aus informations- oder institutionenökonomischer Sicht lassen sich also Per-se-Verbote gut begründen. Ohne Informationskosten wären individuelle, den Künsten des einzelnen Fahrers in jeweiliger Tagesform maßgeschneiderte Tempolimits effizient, praktikabel ist dies beim offenkundigen Vorliegen von Informationskosten jedoch eindeutig nicht.

Sehr ähnliche Überlegungen bildeten im Übrigen auch den Kern der Argumentation von Richter Stephen Breyer in seinem Minderheitenvotum, in der 5:4-Entscheidung des US Supreme Courts im prominenten Fall *Leegin vs. PSKS*, in welchem das 96 Jahre währende Per-se-Verbot vertikaler Preisbindungen aufgehoben wurde.² Als einer der Vorreiter einer stärkeren ökonomischen Fundierung des Wettbewerbsrechts stützte Stephen Breyer sein Minderheitsvotum und seine ablehnende Haltung nicht darauf, dass in dem speziellen verhandelten Fall eine vertikale Preisbindung negative Wettbewerbs und/oder Wohlfahrtswirkungen entfalten würde. Kern seiner Bedenken war vielmehr, dass eine klare (Per-se)-Regel zu Gunsten einer Einzelfallprüfung aufgegeben werde, ohne dass die Transaktionskosten der zukünftigen Einzelfallprüfungen und die Folgen einer höheren Rechtsunsicherheit den möglichen Vorteilen einer stärkeren Einzelfallgerechtigkeit gegenüber gestellt worden wären.

² *Leegin Creative Leather Products vs. PSKS* 551 U.S. ____ (2007), online unter: <http://supreme.justia.com/us/new-cases/06-480.pdf>. Vgl. weiterhin auch den in diesem Kontext entstandenen Beitrag von Breyer (2009).

Was aber nun, wenn es nicht nur sehr wenige Fälle (wie 0,1%) sind, in denen die Wirkung einer bestimmten Praktik positiv ist, sondern deutlich mehr? Was, wenn eine Praktik in 10% der Fälle positive Wettbewerbswirkungen entfaltet oder in 20% oder 30% oder 40%? An welchem Punkt sollte von einer Per-se-Regel abgewichen werden? Und sollte dann sofort auf eine Einzelfallprüfung umgestellt werden oder sind strukturierte, fallklassenbezogene Regeln vorzuziehen (vgl. Christiansen und Kerber 2006). Die Frage ist nicht leicht zu beantworten. Klar ist jedoch, dass irgendwo der Punkt erreicht ist, an dem ein dogmatisches Festhalten an einem Per-se-Verbot klar ineffizient ist (auch wenn durch eine stärkere Einzelfallprüfung oder das Bilden von Fallgruppen eine gewisse Rechtsunsicherheit entsteht), ebenso wie es ineffizient ist, prinzipiell eine Einzelfallprüfung aller Fälle für alle Praktiken vorzunehmen.

Bei Berücksichtigung der Informationskosten auf behördlicher Seite und der Lobbyanreize auf Seiten der direkt und indirekt betroffenen Parteien ergeben sich auch andere Schlussfolgerungen in Bezug auf die behördlichen Prüfmaßstäbe und Beurteilungskriterien als bei Missachtung dieser praktischen Probleme, wenn also eine perfekt, fehlerfrei und kostenlos arbeitende Kartellbehörde unterstellt wird. So haben etwa Neven und Röller (2005) sowie Lagerlöf und Heidhues (2005) sehr überzeugend dargelegt, dass es aufgrund der Problematik kollektiven Handelns die Anreize der fusionierenden Parteien, ihre Effizienzgewinne (a) darzulegen und (b) zu übertreiben, signifikant höher sind als die Anreize für Verbraucher, genau dies zu entkräften. Der Grund liegt zum einen darin, dass die Nachfrageseite des Marktes oftmals deutlich zersplitterter ist als die Angebotsseite und somit die Anreize für jeden einzelnen Nachfrager auch geringer sind, bei den Kartellbehörden vorstellig zu werden und Zeit und andere Ressourcen zu opfern, um zu einem – aus Sicht der Nachfrageseite – öffentlichen Gut – nämlich der Sicherung wirksamen Wettbewerbs – beizutragen (vgl. Olson 1977). Zum anderen sind auch die Informationskosten für die Nachfrager hinsichtlich der Auswirkungen eines Fusionsvorhabens regelmäßig höher als die der beteiligten Parteien.

Vor dem Hintergrund dieser unvermeidbaren Informations- und Anreizasymmetrie zu Lasten der Nachfrager ist dann ein sehr strenger Test zu verwenden, um eine Effizienzverteidigung zuzulassen. Genau das wird durch die Anwendung eines Verbraucherstandards statt eines allgemeinen Wohlfahrtstandards erreicht, denn nun

müssen die belegbaren Effizienzgewinne so hoch sein, dass sogar die Konsumentenrente steigt, d.h. dass sogar die Verbraucher davon profitieren. Es ist also nicht so, dass die Kartellbehörden den Schaden für die Verbraucher belegen müssen. Im Gegenteil, die fraglichen Unternehmen müssen den Vorteil für den Verbraucher überzeugend belegen, um eine ansonsten wettbewerbshemmende Fusion *ausnahmsweise* zu genehmigen. Genauso fordert es die europäische Fusionskontrollverordnung ein und ähnlich auch §3 GWB. Und ähnliches gilt für Kartelle bzw. andere Kooperationsvereinbarungen zwischen Unternehmen nach §2 GWB sowie nach §18 GWB ebenso für Praktiken, die im Verdacht stehen, Ausdruck eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung zu sein.

Im Prinzip beobachten wir hier genau das, was Christiansen und Kerber (2006) als eine weitere Ausdifferenzierung von Regeln bezeichnet haben. Ob diese momentan auf europäischer und auf deutscher Ebene optimal ist, sei dahingestellt. Es ist aber festzustellen, dass weder Fusionen per se verboten noch per se erlaubt sind. Dasselbe gilt für Vertikalbeschränkungen, bei denen ein ausdifferenziertes System von Verboten, Freistellungen und Beweislastverteilungen ihre Zulässigkeit regelt. Statt dezidierter Einzelfallprüfungen aller Fälle gibt es ausdifferenzierte Prüfkriterien, anhand derer Fusionen oder Vertikalbeschränkungen untersagt werden oder auch nicht. Die stärkere Ausdifferenzierung von Regeln führt noch nicht zu einer Detailprüfung eines jeden Einzelfalls, auch wenn ggf. *mehr* Fusionen einzeln geprüft werden. Dies ist keineswegs zwangsläufig ineffizient, sondern der ökonomischen Erkenntnis geschuldet, dass *in Ausnahmefällen* selbst Fusionen, die den Wettbewerb reduzieren, gut für Produzenten *und* Verbraucher sein können. Der oftmals aufgebaute Kontrast zwischen einer wirkungsbasierten und einer normbasierten Prüfung ist daher auch überzogen, da auch bei normbezogenen Prüfungen stets zu fragen ist, ob ein Sachverhalt unter eine Norm subsumiert werden kann (vgl. Whinston, 2006, Hellwig, 2007). Bei einer sehr differenzierten Ausgestaltung der Normen läuft auch ein normbasierter Ansatz auf eine Einzelfallprüfung heraus. Zu fragen ist also im Grunde, wie ausdifferenziert die Normen sein sollten.

Zudem weisen diese Überlegungen exemplarisch auch darauf hin, dass das Zusammenspiel von Ökonomik und Recht über die institutionellen Bedingungen wettbewerbspolitischer Verfahren erhebliche Implikationen für wettbewerbspolitische Entscheidungen und damit für die ökonomischen Wirkungen der Wettbewerbspolitik

selbst hat. So können beispielsweise Erklärungen dafür, dass moderne und hochwertige wirtschaftswissenschaftliche Instrumente wie ökonomische Modelle, ökonometrische Methoden oder Simulationsmodelle und die mit ihrer Hilfe produzierte Evidenz in manchen wettbewerbpolitischen Fällen wirkungslos bleiben (und somit aus der Sicht eines wirkungsbasierten Ansatzes defiziente oder falsche Entscheidungen gefällt werden), gerade in einem mangelnden „Fit“ dieser Instrumente zu der institutionellen Ausgestaltung der rechtlichen Durchsetzung liegen (vgl. Budzinski & Ruhmer, 2010, Budzinski, 2010). Institutionelle Aspekte wie die Allokation der Beweislast oder die Ausgestaltung und (auch implizite) „Höhe“ von Beweisstandards können de facto darüber entscheiden, ob nach besten wissenschaftlichen Standards ermittelte ökonomische Effekte auch entscheidungswirksam werden (vgl. Budzinski, 2010, S. 458-465). Die erstinstanzliche Entscheidung zum Verbotantrag des US Department of Justice zum geplanten Zusammenschluss von AT&T und Time Warner liefert hierzu ein aktuelles Beispiel, wenn man auf die Argumentationsmuster schaut, mit denen der Richter die ökonomische Argumentation des Industrieökonomen Carl Shapiro zu zukünftigen (post-Fusion) Handlungsanreizen im Markt zugunsten von ökonomisch fragwürdigen Erfahrungsberichten von Industrieinsidern zu bisherigen (prä-Fusion) wahrgenommenen Handlungsanreizen verwirft.³ Auch in dem Zusammenschlussfall Oracle-PeopleSoft konnte sich ökonomische Evidenz nicht durchsetzen, weil die probabilistische Natur ökonomischer Analyse *zukünftiger* Fusionswirkungen auf einen angewendeten Beweisstandard traf, der sich am Nachweis vergangener Tatbestände orientierte: die Prognosen eines Fusionssimulationsmodell können aber naturgemäß nicht die Wahrscheinlichkeit eines genetischen Fingerabdrucks erreichen (vgl. Budzinski & Christiansen, 2007). Ein weiteres Beispiel wäre, dass sich die Akkuranz der Marktabgrenzung auch in solchen Fällen einer hohen Bedeutung

³ Vgl. United States District Court for the District of Columbia, United States of America (Plaintiff) – AT&T Inc., et al. (Defendants), Civil Case No. 17-2511 (RJL), Memorandum Opinion, by Richard J. Leon (United States District Judge), June 12th 2018. „Generic statements that vertical integration ‘can’ allow the integrated entity to gain an ‘unfair advantage over its rivals’ (...) do not come close to answering the question (...) whether the Government has carried its Section 7 burden to show, through proof in trial, that Time Warner *will* gain increased bargaining leverage in affiliate negotiations on account of the proposed merger” (S. 83; Hervorhebung d.d. Verf.). “(...) [T]he Government has failed to provide sufficient evidentiary support to show the Nash bargaining theory accurately reflects post-merger affiliate negotiations or the proffered bargaining model (...) the experiences of individuals who have negotiated on behalf of vertically integrated entities all fail to support the Government’s increased-leverage theory (...)” (S. 84-85).

für die wettbewerbspolitische Entscheidung erfreut, wo sie für die ökonomischen Effekte wenig relevant ist (wie in heterogenen und/oder innovationsdynamischen Märkten).

2.2 Verhaltensökonomische Aspekte

Neben strikten Informationsasymmetrien im klassischen Sinne sind Menschen oftmals auch durch sog. Verhaltensanomalien gekennzeichnet – dies ist der Forschungsbereich der sog. Verhaltensökonomik. Während ein Großteil der modernen Verbraucherforschung das Menschenbild des (nur) beschränkt rationalen Individuums bereits verinnerlicht hat, spielt es in der Wettbewerbsökonomik bisher nur eine untergeordnete Rolle, von einigen wenigen Ausnahmen abgesehen. In der theoretischen Wettbewerbsforschung wird zwar heute bereits oft von einem beschränkt rationalen Verbraucher mit all seinen Verhaltensanomalien ausgegangen (vgl. Spiegler, 2011, für ein Lehrbuch, sowie exemplarisch Piccione & Spiegler, 2012), andererseits aber auch ein sehr rationales Verhalten von Behördenmitarbeiter unterstellt, d.h. dass die Mitarbeiter im Grunde bei Betreten der Behörde von beschränkt rationalen Verbrauchern zu perfekt rationalen Kartellrechtsdurchsetzern mutieren. Dieselben Annahmen gelten prinzipiell auch für Richter in gerichtlichen Kartellrechtsverfahren.

Realistischer ist jedoch ein Menschenbild, das auch Behördenmitarbeitern (vgl. Kovacic, 2012b) und Richtern (vgl. Steinbeck & Lachenmaier, 2014) eingeschränkte Rationalität unterstellt. Dies gilt umso mehr, weil Behörden und ihre Mitarbeiter im Gegensatz zu privaten Unternehmen nicht im Wettbewerb „aussortiert“ werden. Einen Wettbewerb der Kartellbehörden mit „Marktaustritt“ von ineffizienten oder falsch entscheidenden Behörden gibt es bekanntlich nicht. Daher ist davon auszugehen, dass Verhaltensanomalien in Behörden eher noch weniger korrigiert werden als in privaten Unternehmen, sodass entsprechende interne Kontroll- und Korrekturmechanismen in Behörden noch wichtiger sind als in privaten Unternehmen (vgl. Cooper & Kovacic, 2012a, 2012b). Im Folgenden soll daher einmal beleuchtet werden, welche Auswirkungen verzerrte Wahrnehmungen und sogenannte Verhaltensanomalien in Wettbewerbsbehörden haben können.

Repräsentationsheuristik

Ein aus der Verhaltensökonomik bekanntes Problem besteht darin, dass Individuen oftmals aus *typischem* Verhalten auf auch nicht-bedingte Wahrscheinlichkeiten schließen. Dies ist die sog. Repräsentationsheuristik („representativeness bias“), bei der eine singuläre Information als repräsentativ oder typisch für etwas angesehen wird, sodass bei Auftreten des typischen Verhaltens auf eine Wahrscheinlichkeit geschlossen wird. Stellen wir uns dazu in Abwandlung eines berühmten Beispiels von Kahneman und Tversky (1982) vor, dass die Fallbearbeiter einer Kartellbehörde in 80% aller Fälle richtig zwischen wettbewerbswidrigen und wettbewerbskonformen Vertikalbeschränkungen unterscheiden, aber in 20% aller Fälle auch falsch liegen. Nehmen wir auch an, dass eine bestimmte Vertikalbeschränkung oder eine bestimmte Preisstrategie in 15% aller Fälle wettbewerbshemmend wirkt, aber in 85% aller Fälle wettbewerbsfördernd ist. Wie hoch ist nun die Wahrscheinlichkeit, dass eine vom Fallbearbeiter als wettbewerbswidrig eingestufte Beschränkung wirklich wettbewerbsbeschränkend ist? Im Experiment von Tversky und Kahneman (1982) stufen die allermeisten Teilnehmer die Wahrscheinlichkeit bei über 50% ein, nicht wenige sogar deutlich höher. In Wahrheit aber ist die Wahrscheinlichkeit, dass eine als wettbewerbswidrig eingestufte Vertikalbeschränkung bzw. Preisstrategie wirklich wettbewerbswidrig ist, nur 41%. Warum? Mit einer Wahrscheinlichkeit von 12% (80% korrekt identifiziert von 15% in der Tat wettbewerbshemmenden Praktiken) wird eine wettbewerbswidrige Verhaltensweise korrekt identifiziert. Jedoch wird mit einer Wahrscheinlichkeit von 17% (20% falsch identifiziert von 85% tatsächlich wettbewerbskonformen Praktiken) auch eine wettbewerbskonforme Verhaltensweise irrtümlich als wettbewerbswidrig eingestuft. Somit wird eine gegebene Praxis in 29% aller Fälle als wettbewerbswidrig identifiziert. Beurteilt nun ein Fallbearbeiter eine Praxis als wettbewerbswidrig, so liegt er nur mit einer Wahrscheinlichkeit von 41% richtig (nämlich in 12 von 29 Fällen). Dass er typischerweise richtig liegt (mit einer Wahrscheinlichkeit von 80%), stimmt zwar, lässt aber isoliert (ohne Berücksichtigung der bedingten Wahrscheinlichkeiten) keine Aussage über die Richtigkeit der Einschätzung im Einzelfall zu. Im hier konstruierten Beispiel würde nämlich eine wettbewerbskonforme Praxis in 96% aller Fälle (in 68 von 71 Fällen) auch richtig als eine solche eingestuft, sodass die Sachbearbeiter in der Tat dann in 80% aller Fälle richtig liegen – bei wettbewerbskonformen Praktiken fast immer (96%), aber bei wettbewerbswidrigen eben nicht so oft (41%).

Für den Fall der Wettbewerbspolitik dürfte diese Repräsentationsheuristik z. B. zu fehlerhaften Einschätzungen von Vertikalbeschränkungen und Unter-Kosten-Preisen führen, unter der Annahme, dass diese oftmals nicht wettbewerbsschädlich sind. Wenn z. B. auf wettbewerbsarmen Märkten in 80% der Fälle Vertikalbeschränkungen oder Unter-Kosten-Preise eingesetzt werden, während dies in wettbewerbsintensiven Branchen nur in 20% aller Fälle passiert, zugleich aber nur 15% alle Märkte wettbewerbsarm sind, dann ist eine etwaige Pauschalvermutung, dass diese Praktiken ein Indikator für Wettbewerbsdefizite sind, eben von vornherein falsch. Wie oben erläutert, deutet dann eben nur in der Minderheit der Fälle (nämlich 41%) die Vertikalbeschränkung auf Wettbewerbsdefizite hin. Die Gefahr besteht daher, die Wahrscheinlichkeit zu unterschätzen, dass bestimmte Geschäftspraktiken in wettbewerbsintensiven Branchen anzufinden sind, weil sie eben gerade für Branchen mit eingeschränktem Wettbewerb typisch sind. In diesem Zahlen-Beispiel wäre die Beobachtung, dass eine Vertikalbeschränkung oder ein Unter-Kosten-Preis vorliegt, kein besonders guter Hinweis auf Wettbewerbsdefizite. Besonders ein sehr formalistisch geprägter Ansatz der Kartellrechtsdurchsetzung ist hier anfällig für Fehler.

Status Quo-Bias

Ein weiteres Problem resultiert aus dem menschlichen Hang zum Status Quo („status quo bias“) und dem sog. Bestätigungsfehler („confirmation bias“). Mit letzterem ist die Tendenz von Individuen gemeint, nach solchen Informationen zu suchen und diese so zu interpretieren, dass die eigenen Erwartungen oder Vermutungen bestätigt werden. Informationen, welche den eigenen Erwartungen widersprechen, werden hingegen tendenziell ausgeblendet oder weniger stark gewichtet. Damit nicht unverwandt wird als Hang zum Status Quo eine verzerrte Wahrnehmung bezeichnet, die in einer übermäßigen Bevorzugung des Status Quo gegenüber Veränderungen resultiert. Kahneman, Knetsch und Thaler (1991) führen die Vorliebe für den Status Quo auf eine Kombination aus Verlustaversion („loss aversion“) und Besitztumseffekt („endowment effect“) zurück. Auf eine Verzerrung zugunsten des Status Quo in der behördlichen Entscheidungspraxis im Kartellrecht verweist im Übrigen schon Neven (2006).

Der Hang zum Status Quo kann dazu führen, dass bestehende Strukturen, Verfahren und Analysemuster in Kartellbehörden per se eine Beharrungstendenz aufweisen, auch wenn sich die Realität der Märkte schon weiter entwickelt. Dabei kann der Status-Quo-Bias grundsätzlich durch das Festhalten an bewährten Praktiken und Mustern auch positiv wirken, indem er davor schützt, dass neue aber noch nicht zuverlässig getestete ökonomische Theorien in die Fallpraxis dringen oder vorübergehende Modeerscheinungen handlungsleitend werden. Offensichtlich führt er aber auch zu einer verzögerten und schleppenden Adaption überlegender neuer Methoden und Theorien. Dies ist insbesondere dann problematisch, wenn es um Märkte geht, die gerade einem besonders dynamischen Wandel unterworfen sind. Hier fehlt beispielweise auch Forschung dazu, wann ein sinnvolles Beharren auf Bewährtem (also Bewährtes nicht übereilt zu verwerfen) in ein ineffizientes Festhalten an überkommenen Konzepten und Praktiken übergeht.

Der Status Quo-Bias wird noch verstärkt durch die inhärente juristische Neigung zur Präzedenz, also der Kontinuität aktueller Entscheidungen zu vergangenen Entscheidungen ein hohes Gewicht beizumessen. Diese hat zweifellos positive Wirkungen auf Rechtssicherheit und Kohärenz der Rechtspraxis, kann aber bei sich verändernden Marktbedingungen und -phänomenen die Neigung von Behörden und Gerichten verstärken, mögliche disruptive Wirkungen aktueller und absehbarer Entwicklungen zu vernachlässigen.

Die von der Monopolkommission (2009, 2011) wiederholt kritisierte Fusionskontrollpraxis des Bundeskartellamtes im Bereich der Kabel-TV-Märkte ist ein Beispiel für praktische Auswirkungen des Status Quo-Bias, da das Bundeskartellamt – obgleich die Fusionskontrolle ja zukunftsgerichtet ist – die Konvergenz von Medien- und Telekommunikationsmärkten lange weitgehend ausgeblendet hat ebenso wie das Zusammenwachsen von Sprach- und Datenkommunikation im Telekommunikationsbereich. Einen ähnlich gelagerten Fall stellt das Festhalten am Fokus auf ein (angeblich) nicht-bestreitbares Duopol auf dem Fernsehwerbemarkt als Maßlinie für Entscheidungen über Video-on-Demand-Märkte noch in den 2010er Jahren (Amazonas-Fall) dar (vgl. Budzinski & Lindstädt-Dreusicke, 2018).

Hyperbolisches Diskontieren & Verfügbarkeitsheuristik

Eine weitere Verhaltensanomalie besteht im sogenannten hyperbolischen Diskontieren, einer besonderen Form zeitinkonsistenter Entscheidungen, bei der Individuen mit der Zeit zunehmend geduldiger würden. Während für die Gegenwart mit hohen Zinssätzen diskontiert wird (welches die Ungeduld ausdrückt), werden mit zunehmendem Zeitablauf geringere Zinssätze verwendet (vgl. dazu Laibson 1997). So werden z. B. Kosten in die Zukunft verlagert, aber Gewinne heute realisiert. Heutiger Nutzen wird somit tendenziell zu hoch bewertet und zukünftige Kosten zu gering. Zudem führt ein hyperbolisches Diskontieren dazu, dass kurzfristige Auswirkungen und statische Effizienz mehr Gewicht bekommen als langfristige Auswirkungen und dynamische Effizienz.

Als letztes sei die sogenannte Verfügbarkeitsheuristik („availability bias“) genannt. Danach halten Individuen einen Sachverhalt für wahrscheinlicher, wenn sie sich an passende Beispiele erinnern. Zwei häufige Ursachen dafür, dass jemandem schnell geeignete Beispiele einfallen, die dann zu einer Überschätzung der Häufigkeit der Ereignisse führen, sind eigene Erlebnisse sowie Berichte in den Medien.

2.3 Politökonomische Aspekte

Aus dem Bereich der politischen Ökonomik und der Public Choice-Theorie ist vor allem die ökonomische Theorie der Bürokratie (Niskanen 1968) hilfreich, um das Verhalten von Kartellbehörden und ihrer Mitarbeiter zu verstehen. Ein Kernelement der ökonomischen Theorie der Bürokratie ist die Erkenntnis, dass auch Behörden und ihre Mitarbeiter Eigeninteressen verfolgen. Hierzu gehören insbesondere Wachstums- und Reputationseffekte.

Erstens ist davon auszugehen, dass auch Kartellbehörden durchaus (Budget-) Wachstumsziele verfolgen und tendenziell lieber einen Stellenzuwachs als einen Stellenabbau sehen. Dies impliziert, dass Kartellbehörden – genau wie andere Behörden auch – dazu neigen ihren Aufgabenbereich und ihren Instrumentenkasten ausdehnen zu wollen, da so weitere Mitarbeiterstellen generiert werden können. Zu nennen sind etwa die Ansiedlung von Vergabekammern beim Bundeskartellamt, die Markttransparenzstellen für Kraftstoffe und für Energie sowie jüngst die neuen Zuständigkeiten im Bereich des Verbraucherschutzes. Neben der Ausweitung der Aufgaben ist auch der Nachweis einer intensiven Tätigkeit innerhalb des Aufgabenspektrums hilfreich, um Budgetwachstum zu begründen. Daher unterliegen

Wettbewerbsbehörden Anreize, möglichst viele Fälle aufzunehmen und zu entscheiden, um umfassende Auslastung zu demonstrieren. Zudem ist es unter Umständen interessanter, viele eingreifende Entscheidungen (Interventionen) zu treffen als Freigaben, da mit ersteren mehr Aktivität der Wettbewerbsbehörde einhergeht. Besonders attraktiv dürften dabei (komplexe) Auflagenlösungen sein, da diese zusätzliche Überwachungsaufgaben nach sich ziehen.

Zweitens kann auch einer Kartellbehörde ihre eigene Reputation naheliegenderweise nicht egal sein. Reputationsgewinne dürften dabei vor allem mit erfolgreich abgeschlossenen Verfahren einhergehen, während verlorene Verfahren – beispielsweise Niederlagen vor (Berufungs-, Revisions-) Gerichten – Reputationsverluste bewirken dürften. Die Stärke der Effekte hängt dabei in beide Richtungen vermutlich einerseits von der Frequenz der Erfolge/Misserfolge und andererseits von der Prominenz der Fälle (bspw. dem Medienecho oder der politischen Bedeutung) ab.

Dabei lassen sich zwei unterschiedliche Reputationseffekte identifizieren. Zum einen beeinflusst die Reputation einer Wettbewerbsbehörde die Abschreckungswirkung auf die Normadressaten: eine Wettbewerbsbehörde, die in dem Ruf steht, ihre Fälle stets zu gewinnen, wird Versuche der Unternehmen, die Wettbewerbsregeln zu umgehen oder großzügig auszulegen eher frustrieren und somit den Wettbewerbsschutz über ihre Entscheidungen hinaus auch durch eine effektive Abschreckung fördern („deterrence effect“). Verliert die Wettbewerbsbehörde ihre Fälle hingegen des Öfteren, so werden es die Unternehmen eher „darauf ankommen lassen“ und die Grenzen des Möglichen austesten, da sie darauf hoffen können, gegen die als schwach wahrgenommene Wettbewerbsbehörde ein eventuelles Verfahren zu gewinnen. Insofern beeinflusst die Reputation einer Wettbewerbsbehörde also direkt den Schutz des Wettbewerbs.

Zum anderen beeinflusst das Streben nach Reputation aber auch die Auswahl der Fälle und die Fallentscheidungen. Es ist für Wettbewerbsbehörden und ihre Mitarbeiter rational, eher „einfache“ Standardfälle auszuwählen, die möglichst gerichtsfest sind, und weniger „innovative Fälle“ anzugehen, die eher auch vor Gericht verloren gehen können. Damit entsteht bereits beim Aufgreifen der Fälle und der Frage, welche näher verfolgt werden sollen, ein gewisser Bias. Dieser führt dazu, dass – aus volkswirtschaftlicher Perspektive – zu viele einfache Standardverfahren

geführt werden, die einen schnellen Erfolg versprechen, und zu wenig neue, komplexe und langwierige Verfahren mit unsicherem Ausgang, was besonders dann problematisch ist, wenn letztere Verfahren für die Volkswirtschaft (aufgrund der durch die Wettbewerbsverzerrungen entstehenden Wohlfahrtsverluste) wichtiger wären als die einfachen und kurzen Verfahren.

In ähnlicher Weise existieren Anreize für die Wettbewerbsbehörde, Entscheidungen so zu treffen, dass die Wahrscheinlichkeit einer Niederlage vor Gericht möglichst gering ist. Verboten eine Wettbewerbsbehörde wie die Europäische Kommission oder das Bundeskartellamt einen Zusammenschluss oder spricht sie gegen einen vermeintlichen Marktmissbrauch eine Strafe aus, so ist die Wahrscheinlichkeit, dass die betroffenen Parteien (Unternehmen) vor Gericht (Berufung, Revision) gehen, im Allgemeinen deutlich höher, als dass die Konkurrenten dies im Falle einer Freigabe bzw. fehlenden Sanktionierung tun. Somit ist es in solchen Fällen aus Sicht der Behördenmitarbeiter rational, eher zurückhaltend zu agieren und nur bei eindeutiger Beweislage eine intervenierende Entscheidung zu treffen bzw. im Zweifelsfall lieber eine Freigabe oder den Verzicht auf eine Strafe anzustreben.⁴ Dies gilt insbesondere dann, wenn erst kürzlich Rückschläge in Form von Niederlagen vor Gericht hingenommen werden müssten. So machen beispielsweise einige Autoren die Niederlagenserie der Europäischen Fusionskontrolle vor dem Europäischen Gerichten im Jahr 2002 (Airtours/First Choice, Schneider/Legrand, Tetra Laval/Sidel) mit dafür verantwortlich, dass danach für etliche Jahre ein deutlicher Rückgang von konzentrationsbeschränkenden Fusionskontrollentscheidungen (insbesondere von Verboten) festzustellen war (vgl. Maier-Rigaud & Parplies, 2009, Budzinski, 2010).⁵

Zu beachten ist freilich auch, dass die Prominenz der Fälle ebenso eine Rolle spielt. Geht ein Fall mit einem überdurchschnittlichen Medienecho oder einer besonderen politisch-gesellschaftlichen Beachtung einher, kann sich die Wettbewerbsbehörde

⁴ Dies gilt noch stärker in einem System wie jenem der USA, in welchem die Wettbewerbsbehörden intervenierende Entscheidungen stets vor Gericht durchsetzen müssen, während sie Freigaben de facto selbst treffen können. Eine Entscheidung pro Eingriff gegen eine potenziell wettbewerbswidrige Handlung birgt also stets das Reputationsrisiko eines verlorenen Gerichtsverfahrens – im Gegensatz zu einer Entscheidung contra Eingriff. Aus politökonomischer Sicht wäre es regelrecht überraschend, wenn eine solche Asymmetrie keinen Einfluss auf die Entscheidungspraxis hätte.

⁵ Für die US-amerikanische Fusionskontrolle diskutieren unter anderem Baker & Shapiro (2008a, 2008b), Harkrider (2008), Kirkwood & Zerbe (2009) und Grimes (2010) ähnliche Effekte nach einer Reihe von prominenten Gerichtsniederlagen der Wettbewerbsbehörden in den frühen 2000er-Jahren.

besondere Meriten verdienen, wenn sie diesen Fall aufgreift. Somit besteht auch ein Reputationsanreiz, besonders prominente Fälle aufzugreifen. Allerdings dürfte hier die Art der Prominenz von besonderer Bedeutung sein, denn der besondere Aufmerksamkeitsbonus im Erfolgsfall geht mit einem auch besonders starken Reputationsverlust im Fall einer Niederlage bzw. eines Scheiterns des Falles einher. Insofern unterliegt eine Wettbewerbsbehörde Anreize, eher solche prominenten Fälle aufzugreifen, bei der die betroffenen Unternehmen auch in der öffentlichen Meinung nicht so gut dastehen, als solche gegen besonders beliebte oder politisch besonders protegierte Fälle – jeweils trotzdem natürlich auch abhängig von der oben diskutierten Erfolgswahrscheinlichkeit.

Insgesamt scheint die Aussicht von (Berufungs- und Revisions-) Gerichtsverfahren für Wettbewerbsbehörden besonders unangenehm zu sein, so dass Anreize bestehen, diese zu vermeiden. Dies gilt umso mehr, wenn in öffentlichen Gerichtsverfahren Verfahrensmängel der Kartellbehörden offengelegt werden, wie dies z.B. im Fall des Wurstkartells der Fall war (vgl. Bender, 2018, Brück & Schumacher, 2018). Ein Instrument, welches sich in dieser Hinsicht steigender Beliebtheit erfreut, sind sogenannte konsensuale Verhandlungslösungen („settlements“), in welchen in zum Teil vielfachen Verhandlungsrunden mit den betroffenen Unternehmen sowie u.U. betroffenen Wettbewerbern oder vor- und nachgelagerten Unternehmen Lösungen für Wettbewerbsfälle regelrecht ausgehandelt werden.⁶ Da – im Erfolgsfall – alle betroffenen Parteien dem Ergebnis zustimmen, sinkt durch den Konsensprozess in erheblicher Weise die Wahrscheinlichkeit gerichtlicher Auseinandersetzungen über die kartellrechtliche Entscheidung (vgl. auch Dertwinkel-Kalt & Wey, 2016).

In der Kartellpolitik setzt die Europäische Kommission beispielsweise Abkommen oder Arrangements mit den (geständigen oder überführten) Kartellanten ein (vgl. Dekeyser & Roques, 2010, Schinkel, 2011, Wils, 2015).⁷ Im Zuge bilateraler Konsultationen soll dabei eine gemeinsame Sicht der Kommission und der

⁶ Eine abgeschwächte Form stellen außergerichtliche Einigungen dar, die ein bereits laufendes Gerichtsverfahren ohne richterliches Ergebnis beenden.

⁷ Die sogenannte *Settlement Package* besteht aus drei Dokumenten: erstens der Regulierung 622/2008, welche die Regulierung 773/2004 ändert und mit Art. 10a formell das Settlementinstrument einführt, zweitens die *Settlement Notice*, welche die Änderungen interpretiert und schließlich drittens ein informelles Memorandum, welches weitere Interpretationen und Hinweise zu Verfahrensabläufen liefert (vgl. Dekeyser & Roques, 2010, S. 825).

Kartellanten über die Fakten des Falls hergestellt werden, welche dann darin mündet, dass die Unternehmen jene Fakten anerkennen und die Kommission im Gegenzug eine zehnpromzentige Verminderung der Strafhöhe gewährt, wobei im Wesentlichen die Strafhöhe selbst Gegenstand des konsensualen Abkommens ist (vgl. Dekeyser & Roques, 2010, S. 829). Mit der Anerkennung der Fakten verzichten die Kartellanten zwar nicht de jure aber doch wohl de facto auf eine Berufung gegen die Kommissionsentscheidung. Im Zentrum der Motivation der Kommission steht somit klar eine Verhinderung von kostenträchtigen Berufungsverfahren gegen Kartellentscheidungen angesichts der Tatsache, dass zuvor etwa 90% der von der Kommission verhängten Kartellstrafen vor Gericht angefochten wurden (vgl. Dekeyser & Roques, 2010, S. 820 f.).

Im Rahmen der Fusionskontrolle zeigen Phase-II-Entscheidungen des Typs „Genehmigung unter Auflagen“ der letzten gut 10 Jahre deutlich, dass die verhängten Auflagen wesentlich auf einem Aushandlungsprozess zwischen der Europäischen Kommission und den fusionierenden Unternehmen beruhen. Die Vorgehensweise ist dabei typischerweise so, dass die Kommission Vorschläge für Abhilfemaßnahmen von den fusionierenden Unternehmen einholt und diese dann einem sogenannten „Markttest“ unterzieht. Die Resultate des Tests werden den fusionierenden Unternehmen dann in zum Teil sehr intensiven Diskussionsrunden zurückgekoppelt, woraufhin die Fusionspartner die Gelegenheit erhalten, modifizierte Abhilfemaßnahmen vorzuschlagen. Der Aushandlungsprozess kann sich über mehrere Runden hinziehen; bei den Fällen Inco/Falconbridge, Universal/BMG, SFR/Tele 2 und Lufthansa/Austrian Airlines hat es beispielsweise je vier solchen Verhandlungsrunden nach jeweils modifizierten Neusubmissionen von Abhilfemaßnahmevorschlägen seitens der Unternehmen gegeben. Im Zusammenhang von Phase II-Freigabeentscheidungen unter Auflagen bzw. Zusagen greift die Kommission – gemeinsam und in Absprache mit den Marktakteuren – dann nicht selten in erheblicher Weise gestalterisch in die Marktstruktur der betroffenen Märkte ein (so beispielsweise in den Fällen Gaz de France/Suez, ABF/GBI, Friesland/Campina oder Lufthansa/Austrian Airlines). Im Fall Thomson/Reuters konstruierte die Kommission gemeinsam mit den Zusammenschlussparteien komplexe und eingriffsintensive Abhilfemaßnahmen, die dazu führen sollten, dass jene Wettbewerbssituation, wie sie vor der Fusion bestand, durch neue Wettbewerber wiederhergestellt werden sollte. In ähnlicher Weise sollte durch

umfangreiche und eingriffsintensive Abhilfemaßnahmen im Fall ABF/GBI die vor der Fusion bestehende Dreier-Oligopolstruktur wiederhergestellt werden.⁸ Hier ergänzen sich der Anreiz, durch konsensuale Entscheidungen Berufungsgerichtsverfahren zu vermeiden und der Anreiz zu komplexen Lösungen als Tätigkeitsnachweis und Ressourcenargument (s.o.).

Eine ähnliche Entwicklung ist im Bereich der Verstöße gegen das Missbrauchsverbot (Art. 102 TFEU) zu beobachten. Hinzu kommt häufig ein kooperatives Monitoring dieser (Selbst-) Verpflichtungen (vgl. Edwards & Padilla, 2010, Schweitzer, 2010, Wils, 2015). Allerdings ist hier in den letzten Jahren – beispielsweise im Kontext der Google-Fälle – eine wieder wachsende Bereitschaft zu potenziell kontroversen Entscheidungen zu beobachten.

Aus ökonomischer Sicht sind mit konsensualen Verhandlungslösungen eine Reihe von Nachteilen für den Schutz des Wettbewerbs verbunden (vgl. Budzinski & Kuchinke, 2012):

- Vereinbarungen zu Lasten Dritter: die Konsumenten sitzen ebenso wenig direkt mit am Verhandlungstisch (die Wettbewerbsbehörde als deren eigentlicher Agent kann Eigeninteressen verfolgen) wie kleinere Wettbewerber sowie potenzielle zukünftige Wettbewerber.
- Informationsreduktion: in Fällen von Kartellsettlements werden zum einen Verhandlungsdetails nicht publiziert, zum anderen werden erheblich weniger Details über das Kartell selbst veröffentlicht (inklusive Informationen über die schädlichen Effekte des Kartells oder die angefallenen Wohlfahrtsverluste). Gemäß Dekeyser & Roques (2010, S. 830-831, 838) stellt dies einen nicht unwichtigen Teil der Anreize für Unternehmen dar, sich an den Settlements zu beteiligen. Die Verringerung der öffentlichen Information schwächt dabei auch die Möglichkeiten privater Schadenersatzklagen.
- Letzteres schwächt die Abschreckungskraft der Wettbewerbspolitik ebenso wie die Verringerung der Verlässlichkeit und Antizipierbarkeit wettbewerbspolitischer Entscheidungen. Dies führt zu einer sinkenden Akzeptanz der Wettbewerbsregeln und der allgemeinen Wettbewerbspolitik: müssen

⁸ Es muss hier die Frage erlaubt sein, ob sich eine Wiederherstellung – bzw. Bewahrung – der strukturellen Wettbewerbssituation vor der Fusion nicht durch ein Zusammenschlussverbot effizienter, effektiver und mit geringerer Interventionsintensität im Detail bewirken ließe.

antikompetitiv agierende Unternehmen nicht mit großer Wahrscheinlichkeit mit einem Verbot und Bestrafung rechnen, sondern können realistischerweise auf einen Deal hoffen, so wächst der Anreiz für die Unternehmen, solche antikompetitiven Verhaltensweisen zu riskieren und auszutesten. Dabei gilt: je größer und wichtiger ein Unternehmen ist, umso eher kann es auf einen vorteilhaften Deal hoffen.

- Partners in crime: in den Verhandlungen entwickeln Unternehmen und Wettbewerbsbehörde eine gemeinsame Sichtweise – womöglich jene der (Groß-)Unternehmen (Übernahme der Interessen „ihrer“ marktführenden Unternehmen durch die Wettbewerbsbehörde inklusive u.U. protektionistischer Züge).

Neben Behörden und ihren Mitarbeitern unterliegen auch Richter politökonomischen Anreizen und haben Interesse an ihrer Reputation (vgl. Budzinski, 2010, S. 463-464). So haben naturgemäß auch Richter ein Interesse daran, nicht für „falsche“ Entscheidungen verantwortlich (im Sinne von Reputationseffekten) gemacht werden zu können. Die US-amerikanische Richterin und Rechtswissenschaftlerin Diane Wood verweist in diesem Zusammenhang darauf, dass ein hoher und einseitiger Beweisstandard (bspw. „beyond reasonable doubt“) eher mit generalisierten (d.h. über viele Rechtsgebiete richtenden) Richtern kompatibel ist, während insbesondere die Abwägung von gegenläufigen Effekten, wie sie für Wettbewerbsfälle typisch ist, besser zu spezialisierten, in dem betroffenen Rechtsgebiet besonders geschulten Richtern passt (vgl. Wood, 2009). Wenn nun ein Gericht einen Eingriff der Wettbewerbsbehörde aus Mangel an Beweisen zurückweist, so trifft der Reputationsverlust eher die Wettbewerbsbehörde, die – selbst falls sie mit ihrer Einschätzung richtig liegen sollte – es versäumt hat, hinreichende Beweise vorzulegen. Wenn sich jedoch ein Urteil auf eine explizite Abwägung der Pros und Cons stützt („balance of probabilities“) fällt ein eventuelles Fehlurteil stärker auf die Kompetenz und Reputation des Richters zurück. Daher, so die Argumentation, hätten generalisierte Richter mehr Anreize dazu, die Beweishürden für die Wettbewerbsbehörden implizit besonders hoch zu schrauben als spezialisierte Richter. Insbesondere für die US-amerikanische Wettbewerbspolitik, in welcher die Wettbewerbsbehörden jeden Eingriff vor Gericht und in eigener Beweisspflicht durchsetzen müssen, könnte das eine erhebliche Rolle spielen.

Abschließend ist freilich auch festzuhalten, dass politökonomische Anreize nicht automatisch und nicht permanent die eigentlichen Ziele von Behörden dominieren. Vielmehr ist davon auszugehen, dass Wettbewerbsbehörden und ihre Mitarbeiter sowohl Gemeininteressen als auch Eigeninteressen verfolgen. In Abwandlung des sog. Thomas-Becket-Effekts ist davon auszugehen, dass die Ziele der Wettbewerbsbehörde – Schutz des Wettbewerbs – auch einen hohen Stellenwert in den Nutzenfunktionen der meisten (leitenden, entscheidungsrelevanten) Mitarbeiter einnehmen. Insoweit – und auch in weiterer Hinsicht – laufen Gemein- und Eigeninteressen in die gleiche Richtung. Zu optimistisch wäre allerdings die Vermutung, dass die Nutzenfunktion der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter völlig deckungsgleich mit der Zielfunktion des Gesetzgebers ist.⁹ Wenn es aber zu einem Konflikt zwischen Gemein- und Eigeninteressen kommt, dann beeinflusst die institutionelle Ausgestaltung in erheblicher Weise, welche Interessen sich durchsetzen (vgl. dazu auch Kovacic, 2012a, Hyman & Kovacic, 2013). Auch hierzu besteht weiterer Forschungsbedarf. Erschwerend kommt hinzu, dass oftmals multiple Zielvorgaben (z. B. Effizienz, Verbraucherschutz, Wettbewerbsfreiheit, Schutz kleiner und mittlerer Unternehmen, Schutz von Landwirten uvm.) implementiert werden, damit ein Gesetz überhaupt eine parlamentarische Mehrheit findet (vgl. dazu auch Haucap, Lange & Wey, 2013).

3. Elemente einer normativen institutionenökonomischen Theorie der Kartellrechtsdurchsetzung

Es stellt sich nun die Frage, ob das Verwenden von Heuristiken, Verhaltensanomalien und verzerrte Wahrnehmungen der Individuen in Kartellbehörden sowie die aus der politischen Ökonomik bekannten Anreize von Kartellbehörden auch langfristig ein Problem darstellen. Die Antwort dürfte – leider – positiv sein. Während Verbraucherinnen und Verbraucher ebenso wie Unternehmen über kurz oder lang unter den negativen Folgen ihrer Entscheidung leiden, gilt dies kaum für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter von Behörden, da Behörden regelmäßig nicht im Wettbewerb stehen und daher für schlechte Entscheidungen auch nicht

⁹ Es wird oft auf eine gewisse intrinsische Motivation verwiesen, die bei Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern im öffentlichen Dienst eventuell besonders ausgeprägt sein könnte. Gleichwohl zeigt Prendergast (2007), dass eine optimale Auswahl nach ihrer intrinsischen Motivation nicht zu erwarten ist.

durch Wettbewerbsmechanismen bestraft werden. Zudem trifft Behördenmitarbeiter die Konsequenz einer schlechten Entscheidung selten selbst. Bei Unternehmen und Verbrauchern ist dies anders, da diese selbst den Konsequenzen ihrer Entscheidungen ausgesetzt sind.¹⁰ Daher haben diese auch klare Anreize, etwaigen negativen Konsequenzen entgegenzuwirken. Für Vertreter von Regulierungs- und Wettbewerbsinstitutionen gilt dies nicht, da der Wettbewerb als wirksamer Feedback-mechanismus fehlt, der zu nötigen Anpassungs- und Lernprozessen führen könnte.

Dasselbe gilt für ein ineffizientes Behördenwachstum. Während Unternehmen, die ihr Angebotspektrum immer mehr erweitern, für ineffizientes Wachstum vom Markt abgestraft werden (sofern Wettbewerb besteht), gilt dies für Behörden nicht. Deren ineffizientes Wachstum kann nur durch andere Mechanismen begrenzt werden.

Somit stellt sich daher die Frage, wie dieser Problematik entgegengewirkt werden kann. Auf den ersten Blick lassen sich keine einfachen Lösungen finden. Ein zentraler Grund dafür liegt in dem Umstand, dass Regulierungs- und Wettbewerbsinstitutionen oft ein sehr hohes Maß an Unabhängigkeit genießen. Bei näherer Betrachtung gibt es jedoch Möglichkeiten, die Abhilfe schaffen könnten. Ein Ansatz besteht darin, die Governance- und Verfahrensregeln anzupassen. So wäre es beispielsweise möglich, intern einen *Advocatus Diaboli* oder ein Chief Economist Team, das sich in jeden Fall einschalten kann, einzuführen, um den negativen Folgen der verschiedenen Heuristiken zu begegnen.

Eine weitere Option besteht in der regelmäßigen Evaluation der Wettbewerbspolitik durch externe Experten beispielsweise im Rahmen von Ex-Post-Evaluationen vergangener Fallentscheidungen (vgl. Kovacic, 2006, Ashenfelter & Hosken, 2010, Budzinski, 2013b, Kwoka, 2015, Hosken, Miller & Weinberg, 2017, Budzinski & Stöhr, 2018). Solche Evaluationen können unter anderem durch unabhängige Wissenschaftler durchgeführt werden oder es wird eine spezielle Organisation bzw. Kommission hierfür eingesetzt. In Deutschland gibt es mit der Monopolkommission, die als unabhängiges Beratungsgremium in ihren Haupt- und Sondergutachten die Amtspraxis des Bundeskartellamts und auch der Bundesnetzagentur würdigt, eine solche Institution, die bereits vor oder während Sektoruntersuchungen und eines Fusionskontrollverfahrens bzw. bei anderen kartellrechtlichen Verfahren konsultiert

¹⁰ Und dort, wo dieser Mechanismus versagt (Bankmanager, Topmanager in der Diesellaffäre, generell: Probleme um den „goldenen Handschlag“ herum), wird dies zu recht kritisiert.

werden könnte und welche in wichtigen Verfahren die Amtspraxis des Kartellamtes würdigt bzw. evaluiert, wie man heute wohl sagen würde.

Entscheidend für eine sinnvolle Evaluation ist, dass dem Gremium die sachgemäße Würdigung durch eine Einsicht in die notwendigen Unterlagen und eine Überprüfung der Befunde auch möglich ist – aktuell ist dies in Deutschland allerdings praktisch nicht der Fall, da das Bundeskartellamt der Monopolkommission inzwischen regelmäßig die Überprüfung der eigenen Befunde verwehrt oder erheblich erschwert. Politökonomisch ist dies sehr verständlich, da keine Behörde ein großes Interesse hat, durch unabhängige Instanzen evaluiert zu werden.

Auf europäischer Ebene fehlt eine solche externe Instanz zur regelmäßigen Evaluation der Wettbewerbspolitik bzw. der Amtspraxis der Kommission fast vollständig. Daher haben Haucap und Kühling (2010) vorgeschlagen, eine Europäische Monopolkommission nach deutschem Vorbild in Brüssel einzurichten, um die Amtspraxis der Generaldirektion Wettbewerb zu evaluieren. Allerdings hat die Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission ein deutlich elaborierteres System interner Kontrollen als etwa das Bundeskartellamt. So werden etwa die Befunde der Fallbearbeiter in der Europäischen Kommission immer von anderen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern und oft auch dem Chief Economist Team kritisch geprüft und hinterfragt, die Fallbearbeiter gewissermaßen „gegrillt“, um die Robustheit der Analyse zu überprüfen. Ähnliche Verfahren fehlen im Bundeskartellamt, das noch immer einen relativ formalistischen Ansatz verfolgt und bei dem die ökonomische Grundsatzabteilung eine wesentlich geringere Rolle spielt als das Chief Economist Team bei der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission.

Möglich wäre auch innerhalb der Behörde eine systematische Trennung zwischen den Mitarbeitern, welche die Sachverhalte aufklären, einerseits und den späteren Entscheidungsträgern andererseits oder gar eine institutionelle Trennung zwischen ermittelnden Wettbewerbsbehörden und entscheidenden Kartellgerichten, also eine klare Trennung zwischen Exekutiver und Jurisprudenz, wie es in anderen Staaten auch üblich ist. Dewatripont und Tirole (1999) verweisen in einem ähnlichen Kontext auf die Vorteilhaftigkeit von kontradiktorischen Verfahren („adversarial proceedings“) im Vergleich zu inquisitorischen Verfahren, da sich auch die Art der Informationssuche und der Sachverhaltsermittlung auf behördlicher Seite ändert,

wenn die ermittelnde Institution nicht selbst entscheiden kann, sondern die Vorwürfe in einem Anhörungsverfahren einer dritten Instanz wie etwa einem Kartellgericht vorzutragen und zu substantieren hat. Andererseits unterliegen – wie oben ausgeführt – auch Gerichte je nach institutioneller Ausgestaltung defizienten Anreizen.

Ein ganz anderer Vorschlag besteht darin, dass Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in Regulierungs- und Wettbewerbsinstitutionen stärker anhand von Marktergebnissen beurteilt werden sollten und weniger anhand von formellen Outputs wie die Zahl der erledigten Akten oder getroffenen Entscheidungen (vgl. Kovacic, 2012a, Cooper & Kovacic 2012a).

Unterschiede in der Kartellrechtsdurchsetzung dürften nicht zuletzt auch dadurch entstehen, ob Behörden als Kommissionen mit einer Reihe von weitgehend gleichberechtigten Kommissionsmitgliedern geführt werden oder von einem Präsidenten. Während etwa in Präsidialsystemen eine einzige Person relativ großen Einfluss auf die Kartellrechtsdurchsetzung – wenn auch möglicherweise nur indirekt über Versetzungen, Beförderungen und Ressourcenzuweisungen – nehmen kann, ist dies in Kommissionen für Einzelpersonen schwieriger. Damit verbunden kann im Präsidialsystem bei Wechsel des Präsidenten auch ein deutlicher Politikwechsel erfolgen, während Kommissionen eine höhere Persistenz ihrer Politik aufweisen sollten, vor allem wenn der Wechsel von Kommissionsmitgliedern zeitversetzt stattfindet.

Allgemein lässt sich konstatieren, dass zur Frage des optimalen institutionellen Designs von Kartell- und Regulierungsbehörden unter Berücksichtigung politökonomischer, verhaltensökonomischer und institutionenökonomischer Erkenntnisse weiter großer Forschungsbedarf besteht.

4. Soziologische Aspekte

Noch weniger als die bisher diskutierten institutionenökonomischen Aspekte der Kartellrechtsdurchsetzung spielen bislang soziologische Elemente eine Rolle. Dabei dürfte sowohl die Kultur in einer Behörde eine Rolle spielen für deren optimale Organisation als auch der Status der Mitarbeiter und ihr Rollenverständnis.

Zudem wird bisher zu wenig von soziologischen Theorien Gebrauch gemacht, um das Verhalten auf Märkten zu verstehen. Ein erheblicher Teil der industrieökonomischen Literatur etwa untersucht Kartelle zwischen Unternehmen. Faktisch werden Kartelle jedoch nicht von Unternehmen in toto (als Black Box) eingegangen, sondern zwischen Menschen, z. B. den ganz konkreten Produktmanagern. Hier spielt – da Kartelle typischerweise illegal sind – persönliches Vertrauen eine erhebliche Rolle. Welche Faktoren etwa das interpersonale Vertrauen zwischen „Kartellbrüdern“ beeinflussen, ist bisher kaum erforscht worden. Nicht zufällig suggeriert anekdotische Evidenz, dass Kartelle teilweise auch dann zusammenbrechen, wenn ein Produktmanager wechselt, selbst wenn sich an den Marktbedingungen für das Kartell – welche regelmäßig in der industrieökonomischen Literatur thematisiert werden (Produktthomogenität, Nachfrageelastizitäten, etc.) – gar nichts verändert hatten. Natürlich spielen diese industrieökonomischen Fakten auch eine wichtige Rolle, doch dürften soziologische Theorien zum interpersonalen Vertrauen hier komplementäre Einsichten liefern. Auch in der wirtschaftssoziologischen Literatur findet sich zum Thema Kartellbildung erstaunlich wenig, Ausnahmen sind die beiden Beiträge von Jaspers (2017, 2018).

Denkbar ist etwa, dass eine nicht-intendierte Konsequenz einer zunehmenden Diversität von Vorständen und Management darin liegt, dass die Kartellierung erschwert wird, da Heterogenität typischerweise weniger förderlich ist für die Vertrauensbildung als Homogenität. Nicht umsonst wird nicht selten von „Old Boys“ Networks gesprochen.

Ein weiterer wenig beachteter Aspekt besteht darin, dass durch Institutionen wie die Kronzeugenregelung sich die Struktur und Organisation von Kartellen verändern dürfte. Auch dies wird bisher kaum berücksichtigt. Um es etwa potenziellen Kronzeugen zu erschweren von einer Kronzeugenregelung Gebrauch zu machen, scheint es vorteilhaft zu sein, Kartelle so zu organisieren, dass jedes einzelne Kartellmitglied möglichst wenig verwertbare Informationen erhält. Zu erwarten ist auch, dass sich neue Formen der gegenseitigen Absicherung ergeben. So wurde etwa 2012 publik, dass die sog. „Schienenfreunde“, also die Mitglieder des Bahnschienenkartells, nach den illegalen Preisabsprachen regelmäßig gemeinsam Bordelle besuchten (vgl. etwa Murphy, 2012). Ökonomisch ist dies interessant, weil etwa Kartellbehörden einen Kronzeugen zwar von Bußgeldern befreien können, nicht

aber vor dem Ruin seiner Ehe oder Beziehung und dem Verlust des Ansehens bei seinen sozialen Bezugsgruppen (Nachbarschaft, Rotary Club etc.). Zu erwarten ist, dass sich angesichts der Kronzeugenregelung neue Formen des gegenseitigen Commitments einstellen, so wie die gemeinsamen Bordellbesuche der „Schienenfreunde“, um Kartelle zu stabilisieren, denn der öffentliche Gesichtsverlust der Kartellmitglieder kann durch Kronzeugenregeln nicht wirksam adressiert werden. Auch diese Aspekte sind bisher in der wettbewerbsökonomischen Forschung kaum adressiert worden.

5. Fazit

Im Gegensatz zu anderen Bereichen der ökonomischen Analyse des Rechts sind positive Analysen des Kartellrechts weitaus seltener als normative Modelle. Der typische industrieökonomische Beitrag geht noch immer von einer wohlinformierten und wohlmeinenden Kartellbehörde ohne Eigeninteressen in einem sozialen Vakuum aus. Politökonomische Theorien der Kartellrechtsdurchsetzung sind fast nicht existent. Ganz allgemein sind aber ökonomische Analysen zu prozeduralen und institutionellen Aspekten des Kartellrechts ausgesprochen selten, von wenigen Ausnahmen abgesehen, sodass hier eine erhebliche Forschungslücke klafft. In dem vorliegenden Beitrag wurden daher Ansätze zu einer institutionenökonomischen Analyse der Kartellrechtsdurchsetzung geliefert, die sich auf verhaltensökonomische, politökonomische und institutionenökonomische Erkenntnisse stützt. Der vorliegende Beitrag hat somit einen stark explorativen Charakter und weist auf zahlreiche offene Fragen für das optimale Institutionendesign bei der Kartellrechtsdurchsetzung hin.

Darüber hinaus regt der Beitrag an, auch soziologische Erkenntnisse stärker als bisher zu berücksichtigen. Dabei werden sowohl die Kultur einer Behörde als auch der Status der Mitarbeiter und ihr Rollenverständnis eine Rolle spielen für deren optimale Organisation. Zugleich wird zu wenig von soziologischen Theorien Gebrauch gemacht, um das Verhalten auf Märkten zu verstehen. Die industrieökonomische Literatur etwa untersucht Kartelle zwischen Unternehmen (als Black Box), ohne auf die Menschen und ihre Anreize einzugehen, die diese Kartelle schließen, aufrechterhalten – und brechen. Bei illegalen Kartellen spielt persönliches Vertrauen zwischen „Kartellbrüdern“ eine erhebliche Rolle. Welche Faktoren allerdings dieses interpersonale Vertrauen beeinflussen, ist bisher kaum erforscht

worden. Der Beitrag identifiziert daher insgesamt zahlreiche offene Forschungsfragen für die institutionenökonomische Wettbewerbsforschung.

Literatur

- Aguzzoni, L., E. Argentesi, L. Ciari, T. Duso & M. Tognoni (2016), Ex Post Merger Evaluation in the U.K. Retail Market for Books, *Journal of Industrial Economics*, Vol. 64, S. 170-200.
- Areeda, P.E. & Turner, D. (1975), Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act, *Harvard Law Review*, Vol. 88, S. 697-733.
- Ashenfelter, O. & D. Hosken (2010), The Effects of Mergers on Consumer Prices: Evidence from Five Selected Case Studies, *Journal of Law and Economics*, Vol. 53, S. 417-466.
- Baker, J. B. & C. Shapiro (2008a), Detecting and Reversing the Decline in Horizontal Merger Enforcement, *Antitrust*, Vol. 22 (3), S. 29-36.
- Baker, J. B. & C. Shapiro (2008b), Reinvigorating Horizontal Merger Enforcement, in: Robert Pitofsky (Hrsg.), *How the Chicago School Overshot the Mark*, Oxford: Oxford University Press, S. 235-291.
- Baldwin, R., M. Cave & M. Lodge (2011), *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, 2. Auflage, Oxford: Oxford University Press.
- Baumann, F. (2019), Recht und Ökonomie aus Sicht der Wirtschaftswissenschaften, in: J. Haucap & O. Budzinski (Hrsg.), *Recht und Ökonomie*, Baden-Baden: Nomos, im Druck.
- Baumol, W. (1979), Quasi-permanence of Price Reductions: A Policy for Prevention of Predatory Pricing, *Yale Law Journal*, Vol. 89, S. 1-26.
- Bender, H. (2018), Wurstkartell-Prozess findet ein erstes Ende: Verfahren gegen Heidemark Mästerkreis eingestellt - Kein "Grundverständnis" nachgewiesen - Eklatante Verfahrensmängel, *LebensmittelZeitung* vom 16.03.2018, S. 30.
- Bergman, M. A. (2008), Quis Custodiet Ipsos Custodes or Measuring and Evaluating the Effectiveness of Competition Enforcement, *De Economist*, Vol. 156, S. 387-409.
- Böhm, F. (1950), Die Idee des Ordo im Denken Walter Euckens, *ORDO – Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, Bd. 3, S.15-64.
- Bolton, P., Brodley, J.F. & Riordan, M.H. (2000), Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy, *Georgetown Law Review*, Vol. 88, S. 2239-2330.
- Breyer, S. (2009), Economic Reasoning and Judicial Review, *The Economic Journal* 119, S. F123-F135.
- Brück, M. & H. Schumacher (2018), Wurstkartell: Grobe Fehler beschädigen das Image des Kartellamts, *Wirtschaftswoche* vom 3.4.2018.
- Buccirossi, P., L. Ciari, T. Duso, G. Spagnolo & C. Vitale (2011), Measuring the Deterrence Properties of Competition Policy: the Competition Policy Indexes, *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 7, S. 165-204.

- Buccirosi, P., L. Ciari, T. Duso, G. Spagnolo & C. Vitale (2013), Competition Policy and Productivity Growth: An Empirical Assessment, *Review of Economics and Statistics*, Vol. 95, S. 1324-1336.
- Budzinski, O. (2010), An Institutional Analysis of the Enforcement Problems in Merger Control, *European Competition Journal*, Vol. 6, S. 445-474.
- Budzinski, O. (2013a), Zur Bedeutung der Ordnungsökonomik für eine moderne, ökonomiebasierte Wettbewerbspolitik, in: I. Pies (Hrsg.), *Das weite Feld der Ökonomik, Festschrift zu Ehren von Prof. Dr. Karl-Hans Hartwig*, Stuttgart: Lucius & Lucius, S. 145-167.
- Budzinski, O. (2013b), Impact Evaluation of Merger Control Decisions, *European Competition Journal*, Vol. 9, S. 199-224.
- Budzinski, O. & A. Christiansen (2005), Competence Allocation in EU Competition Policy as an Interest-Driven Process, *Journal of Public Policy*, Vol. 25, S. 313-337.
- Budzinski, O. & A. Christiansen (2007), The Oracle/PeopleSoft Case: Unilateral Effects, Simulation Models and Econometrics in Contemporary Merger Control, *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 34, S. 133-166.
- Budzinski, O. & B. A. Kuchinke (2012), Deal or no Deal: Consensual Arrangements as an Instrument of European Competition Policy?, *Review of Economics*, Vol. 63, S. 265-292.
- Budzinski, O. & N. Lindstädt-Dreusicke (2018), The New Media Economics of Video-on-Demand Markets: Lessons for Competition Policy, *Ilmenau Economics Discussion Papers* 116.
- Budzinski, O. & I. Ruhmer (2010), Merger Simulation in Competition Policy: A Survey, *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 6, S. 277-320.
- Budzinski, O. & A. Stöhr (2018), Towards a Systematic Controlling of Antitrust Decisions, *CPI Antitrust Chronicle*, 2018 (2), S. 45-49.
- Calabresi, G. (1961), Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, *Yale Law Journal*, Vol. 70, S. 499-553.
- Carlton, D. W. & Waldman (2002), The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries, *Rand Journal of Economics*, Vol. 33(2), S. 194-220.
- Chen, Z & P. Rey (2013), On the Design of Leniency Programs, *Journal of Law & Economics*, Vol. 56, S. 917-957.
- Christiansen, A. (2006), The More-Economic Approach in EU Merger Control, *CESifo Forum*, Vol. 7 (1), S. 34-39.
- Christiansen, A. (2010), *Der More Economic Approach in der EU-Fusionskontrolle: Entwicklung, konzeptionelle Grundlagen und kritische Analyse*, Frankfurt a.M.: Lang.
- Christiansen, A. & W. Kerber (2006), Competition Policy with Optimally Differentiated Rules Instead of "Per se Rules vs. Rule of Reason", *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 2, S. 215-244.
- Coase, R.H. (1960), The Problem of Social Cost, *Journal of Law and Economics*, Vol. 3, S. 1-44.

- Cooper, J.C. & W. E. Kovacic (2012a), Behavioral Economics and its Meaning for Antitrust Agency Decision Making, *Journal of Law, Economics & Policy*, Vol. 8, S. 779-800.
- Cooper, J.C. & W.E. Kovacic (2012b), Behavioral Economics: Implications for Regulatory Behavior, *Journal of Regulatory Economics*, Vol. 41, S. 41-58,
- Cooter, R.D. & T. Ulen (2012), *Law and Economics*, 6. Auflage, Pearson: Essex.
- Dekeyser, K. & C. Roques (2010), The European Commission's Settlement Procedure in Cartel Cases, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 55, S. 819-842.
- Dertwinkel-Kalt, M. & C. Wey (2016), Evidence Production in Merger Control: The Role of Remedies, DICE Discussion Paper No 217.
- Dewatripont, M. & J. Tirole (1999), Advocates, *Journal of Political Economy*, Vol. 107, S. 1-39.
- Drexl, J., W. Kerber & R. Podszun (2011; Hrsg.), *Competition Policy and the Economic Approach*, Edward Elgar: Cheltenham.
- Duso, T., K. Gugler & F. Szücs (2013), An Empirical Assessment of the 2004 EU Merger Policy Reform, *The Economic Journal*, Vol. 123, S. F596–F619.
- Easterbrook, F. (1981), Predatory Strategies and Counterstrategies, *University of Chicago Law Review*, Vol. 48, S. 263-337.
- Edwards, K. & A.J. Padilla (2010), Antitrust Settlements in the EU: Private Incentives and Enforcement Policy, in: C.-D. Ehlermann & M. Marquis (Hrsg.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements under EC Competition Law*, Hart: Oxford, S. 661-676.
- Eucken, W. (1949), Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung, in: *ORDO – Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, Bd. 2, S. 1-99.
- Eucken, W. (1952), *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Evans, D. (2006), Tying: The Poster Child for Antitrust Modernization, in: R. Hahn (Hrsg.), *Antitrust Policy and Vertical Restraints*, AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, Brookings. Washington, D.C., S. 65-86.
- Evans, D.S & M. Salinger (2005), Why Do Firms Bundle and Tie? Evidence from Competitive Markets and Implications for Tying Law, *Yale Journal on Regulation*, Vol. 22, S. 37-89.
- Gans, J. S. & S. P. King (2006), Paying for Loyalty: Product Bundling in Oligopoly, *Journal of Industrial Economics*, Vol. 54, S. 43–62.
- Grimes, W.S. (2010), Fifteen Years of Supreme Court Antitrust Jurisprudence: The Defendant Always Wins, in: R. Zäch, A. Heinemann & A. Kellerhals (Hrsg.), *The Development of Competition Law – Global Perspectives*, Edward Elgar: Cheltenham, S. 29-60.
- Harkrider, J. D. (2008), Antitrust Enforcement during the Bush Administration: An Economic Estimation, *Antitrust*, Vol. 22 (2), S. 43-49.
- Haucap, J. & J. Kühling (2010), Europa braucht eine Monopolkommission!, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* Nr. 186/2010, 13.08.2010, S. 12.
- Haucap, J. & J. Kruse (2004), Verdrängungspreise auf Telekommunikationsmärkten?, *Perspektiven der Wirtschaftspolitik*, Bd. 5, S. 337-361.

- Haucap, J., M.R.J. Lange & C. Wey (2013), Nemo Omnibus Placet: Exzessive Regulierung und staatliche Willkür, in: T. Theurl (Hrsg.), *Akzeptanzprobleme der Marktwirtschaft: Ursachen und wirtschaftspolitische Konsequenzen*, Duncker & Humblot: Berlin, S. 145-168.
- Hellwig, M. (2007): „Wirtschaftspolitik als Rechtsdurchsetzung: Zum Verhältnis von Jurisprudenz und Ökonomie in der Wettbewerbspolitik“, Walter-Adolf-Jöhr-Vorlesung 2007, Universität St. Gallen.
- Hosken, D., Miller, N. & Weinberg, M. (2017), Ex Post Merger Evaluation: How Does it Help Ex Ante?, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 8, S. 41-46.
- Hyman, D.A. & W. E. Kovacic (2013), Institutional Design, Agency Life Cycle, and the Goals of Competition Law, *Fordham Law Review*, Vol 81, S. 2163-2174.
- Jaspers, J. D. (2017), Managing Cartels: How Cartel Participants Create Stability in the Absence of Law, *European Journal on Criminal Policy and Research*, Vol. 23, S. 319-335.
- Jaspers, J. D. (2018), Business Cartels and Organised Crime: Exclusive and Inclusive Systems of Collusion, erscheint in: *Trends in Organized Crime*.
- Joskow, P.L. & Klevorick, A.R. (1979), A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy, *Yale Law Journal*, Vol. 89, S. 213-270.
- Kahneman, D., Knetsch, J.L. & R.H. Thaler (1991), Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 5 (1), S. 193-206.
- Kirkwood, J. B. & R. O. Zerbe Jr. (2009), The Path to Profitability: Reinvigorating the Neglected Phase of Merger Analysis, *George Mason Law Review*, Vol. 17, S. 39-117.
- Kovacic, W.E. (2006), Using Ex Post Evaluations to Improve the Performance of Competition Policy Authorities, *The Journal of Corporation Law*, Vol. 31, S. 503-547.
- Kovacic, W.E. (2012a), The Institutions of Antitrust Law: How Structure Shapes Substance, *Michigan Law Review* Vol. 110, S. 1019-1044.
- Kovacic, W.E. (2012b), Behavioral Economics and its Meaning for Antitrust Agency Decision Making, *Journal of Law, Economics and Policy*, Vol. 8, S. 779-800.
- Kwoka, J. (2015), *Mergers, Merger Control, and Remedies: A Retrospective Analysis of U.S. Policy*, MIT Press: Boston, MA.
- Lagerlöf, J. & P. Heidhues (2005), On the Desirability of an Efficiency Defense in Merger Control, *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 23, S. 803-827.
- Laibson, D. (1997), Golden Eggs and Hyperbolic Discounting, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 112, S. 443-478.
- Maier-Rigaud, F. & K. Parplies (2009), EU Merger Control Five Years after the Introduction of the SIEC Test: What Explains the Drop in Enforcement Activity, *European Competition Law Review*, Vol. 30, S. 565-579.
- McAfee, R. P., J. McMillan & M. D. Whinston (1989), Multiproduct Monopoly, Commodity Bundling, and Correlation of Values, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 104: S. 371–383.

- Monopolkommission (2009), *Telekommunikation 2009: Klaren Wettbewerbskurs halten*, Sondergutachten 56, Nomos Verlag: Baden-Baden.
- Monopolkommission (2011), *Telekommunikation 2011: Investitionsanreize stärken, Wettbewerb sichern*, Sondergutachten 61, Nomos Verlag: Baden-Baden.
- Motta, M. & M. Polo (2003), Leniency Programs and Cartel Prosecution, *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 21, S. 347-379.
- Murphy, M. (2012), Unerlaubte Preisabsprache „Schienenfreunde“ trafen sich auch im Bordell, *Wirtschaftswoche* vom 10. September 2012.
- Nalebuff, B. (2004), Bundling as an Entry Barrier, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 119, S. 159-187.
- Neven, D. J. (2006), Competition Economics and Antitrust in Europe, *Economic Policy*, Vol. 21, S. 742-791.
- Neven, D. & L.-H. Röller (2005), Consumer Surplus vs. Welfare Standard in a Political Economy Model of Merger Control, *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 23, S. 829-848.
- Niskanen, W. A. (1968), The Peculiar Economics of Bureaucracy, *American Economic Review*, Vol. 58, S. 293-305.
- Olson, M. (1977), *The Logic of Collective Action – Public Goods and the Theory of Groups*, Cambridge.
- Piccione, M. & R. Spiegler (2012), Price Competition under Limited Comparability, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 127, S. 97-135.
- Prendergast, C. (2007), The Motivation and Bias of Bureaucrats, *American Economic Review*, Vol. 97, S. 180-196.
- Rey, P. & T. Vergé (2008), Economics of Vertical Restraints, in: P. Buccirossi (Hrsg.), *Handbook of Antitrust Economics*, MIT Press: Cambridge, MA, S. 353-390.
- Riordan, M. H. (2008), Competitive Effects of Vertical Integration, in: P. Buccirossi (Hrsg.), *Handbook of Antitrust Economics*, MIT Press: Cambridge, MA, S. 145-182.
- Röller, L.-H. (2005), Economic Analysis and Competition Policy Enforcement in Europe, in: P.A.G. van Bergeijk & E. Kloosterhuis (Hrsg.), *Modelling European Mergers*, Cheltenham: Elgar, S. 13-26.
- Röller, L.-H. & O. Stehmann (2006), The Year 2005 at DG Competition: The Trend towards a More Effects-Based Approach, *Review of Industrial Organization*, Vol. 29, S. 281-304.
- Salinger, M. (2015), Vertical Mergers, in: R. D. Blair & D. D. Sokol (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Vol. 1, Cambridge: Cambridge University Press, S. 551-586.
- Schinkel, M. P. (2011), Bargaining in the Shadow of the European Settlement Procedure for Cartels, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 56, S. 461-481.
- Schweitzer, H. (2010), Commitment Decisions under Article 9 of Regulation 1/2003: The Developing EC Practice and Case Law, in: C.-D. Ehlermann & M. Marquis (Hrsg.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements under EC Competition Law*, Oxford: Hart, S. 547-579.

- Shughart, W.F. & F. S. McChesney (2010), Public Choice Theory and Antitrust Policy, *Public Choice*, Vol. 142, 385-406.
- Spiegler, R. (2011), *Bounded Rationality and Industrial Organization*. Oxford University Press: Oxford.
- Steinbeck, A & A. Lachenmaier (2014), Verhaltensökonomik im Gerichtssaal, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Nr. 29/2014, S. 2086- 2091.
- Stigler, G. (1952), The Case Against Big Business, *Fortune Magazine*, Issue 45 (Mai), S. 158.
- Tollison, R. D. (1983). Antitrust in the Reagan Administration: A Report from the Belly of the Beast, *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 1, S. 211–221.
- Tversky, A. & D. Kahneman (1982), Evidential Impact of Base Rates, in: D. Kahneman, P. Slovic & A. Tversky (Hrsg.), *Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge University Press: Cambridge, S. 153-160.
- Weingast, B. R., & M. J. Moran (1983), Bureaucratic Discretion or Congressional Control? Regulatory Policymaking by the Federal Trade Commission, *Journal of Political Economy*, Vol. 91, S. 765-800.
- Whinston, M. D. (2006): *Lectures on Antitrust Economics*, MIT Press: Cambridge, MA.
- Williamson, O.E. (1968), Economics as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs. *American Economic Review*, Vol. 58, S. 18-36.
- Williamson, O.E. (1977), Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis, *Yale Law Journal*, Vol. 87, S. 284-340.
- Williamson, O. E. (1979), Assessing Vertical Market Restrictions: Antitrust Ramifications of the Transaction Cost Approach, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 127, S. 953-993.
- Wils, W. P. J. (2015), Ten Years of Commitment Decisions under Article 9 of Regulation 1/2003: Too Much of a Good Thing?, *Concurrences: Competition Law Review* 4-2015.
- Witt, A. C. (2016), *The More Economic Approach to EU Antitrust Law*, Oxford: Hart Publishing.
- Wood, D. P. (2009), Square Pegs in Round Holes: The Interaction between Judges and Economic Evidence, *Competition Policy International*, Vol. 5 (1), S. 50-64.

BISHER ERSCHIENEN

- 102 Budzinski, Oliver und Haucap, Justus, Kartellrecht und Ökonomik: Institutions matter!, September 2019.
- 101 Steinbach, Armin und Valta, Matthias, CO₂-orientierte Bepreisung der Energieträger – Handlungsoptionen, Kompensationsmöglichkeiten und ihre rechtlichen Rahmenbedingungen, August 2019.
- 100 Schwarzbauer, Wolfgang, Thomas, Tobias und Wagner, Gert.G., Eine Netzwerkanalyse von Ökonomen und Wissenschaftlern anderer Disziplinen auf Basis eines Surveys unter Abgeordneten und Ministerialbeamten, April 2019.
Erschienen in: Wirtschaftsdienst, 99 (2019), S. 278-285.
- 99 Haucap, Justus und Coenen, Michael, Wettbewerbsökonomische Überlegungen zu den Regelungen zu medizinischen Versorgungszentren im TSVG, Dezember 2018.
- 98 Strohner, Ludwig, Berger, Johannes und Thomas, Tobias, Sekt oder Selters? Ökonomische Folgen der Reformzurückhaltung bei der Beendigung des Solidaritätszuschlags, August 2018.
Erschienen in: Perspektiven der Wirtschaftspolitik, 19 (2019), S. 313-330.
- 97 Neyer, Ulrike, Die Unabhängigkeit der Europäischen Zentralbank, Juni 2018.
- 96 Haucap, Justus, Big Data aus wettbewerbs- und ordnungspolitischer Perspektive, März 2018.
Erschienen in: K. Morik, und W. Krämer (Hrsg.), Daten – wem gehören sie, wer speichert sie, wer darf auf sie zugreifen?, Verlag Ferdinand Schöningh: Paderborn 2018, S. 95-142.
- 95 Haucap, Justus, Liberalisierung und Regulierung des Postmarktes: Gestern, heute und morgen, März 2018.
Erschienen in: B. Holznagel (Hrsg.), 20 Jahre Verantwortung für Netze: Bestandsaufnahme und Perspektiven, Festschrift Bundesnetzagentur, Verlag C.H. Beck: München 2018, S. 319-345.
- 94 Haucap, Justus und Kehder, Christiane, Welchen Ordnungsrahmen braucht die Sharing Economy?, Februar 2018.
Erschienen in: J. Dörr, N. Goldschmidt & F. Schorkopf (Hrsg.), Share Economy: Institutionelle Grundlagen und gesellschaftspolitische Rahmenbedingen, Mohr Siebeck: Tübingen 2018, S. 39-75.
- 93 Haucap, Justus und Loebert, Ina, Wettbewerbssituation auf dem Markt für Wetterdienstleistungen, Januar 2018.
- 92 Coppik, Jürgen, Auswirkungen einer allgemeinen Diensteanbieterverpflichtung im Mobilfunk, Dezember 2017.
- 91 Haucap, Justus, Heimeshoff, Ulrich, Kehder, Christiane, Odenkirchen, Johannes und Thorwarth, Susanne, Auswirkungen der Markttransparenzstelle für Kraftstoffe (MTS-K): Änderungen im Anbieter- und Nachfragerverhalten, August 2017.
Erschienen in: Wirtschaftsdienst, 97 (2017), S. 721-726.
- 90 Haucap, Justus und Heimeshoff, Ulrich, Ordnungspolitik in der digitalen Welt, Juni 2017.
Erschienen in: J. Thieme & J. Haucap (Hrsg.), Wirtschaftspolitik im Wandel: Ordnungsdefizite und Lösungsansätze, De Gruyter Oldenbourg: Berlin 2018, S. 79-132.

- 89 Südekum, Jens, Dauth, Wolfgang und Findeisen, Sebastian, Verlierer-(regionen) der Globalisierung in Deutschland: Wer? Warum? Was tun?, Dezember 2016.
Erschienen in: Wirtschaftsdienst, 97 (2017), S. 24-31.
- 88 Wey, Christian, Verhandlungsmacht und Gewerkschaftswettbewerb, August 2016.
Erschienen in: Sozialer Fortschritt, 65 (2016), S. 247-253.
- 87 Haucap, Justus, Warum erlahmt die Innovationsdynamik in Deutschland? Was ist zu tun?, Juli 2016.
Erschienen in: Walter-Raymond-Stiftung (Hrsg.), Digitalisierung von Wirtschaft und Gesellschaft: Die technologische Zukunftsfähigkeit Deutschlands auf dem Prüfstand, GDA Verlag: Berlin 2016, S. 7-18.
- 86 Haucap, Justus, Loebert Ina, Spindler, Gerald und Thorwarth, Susanne, Ökonomische Auswirkungen einer Bildungs- und Wissenschaftsschranke im Urheberrecht, Juli 2016.
- 85 Böckers, Veit, Hardorp, Lilian, Haucap, Justus, Heimeshoff, Ulrich, Gösler, Niklas und Thorwarth, Susanne, Wettbewerb in der Restmüllfassung: Eine empirische Analyse der Anbieterstruktur, Juli 2016.
Erschienen in: List-Forum für Wirtschafts- und Finanzpolitik, 42 (2016), S. 423-440.
- 84 Haucap, Justus, Heimeshoff, Ulrich und Lange, Mirjam, Gutachten zum Serious Doubts Letter der Europäischen Kommission zur Vectoring-Entscheidung der Bundesnetzagentur, Juni 2016.
- 83 Hottenrott, Moritz, Thorwarth, Susanne und Wey, Christian, Gegenstandsbereiche der Normung, März 2016.
- 82 Coenen, Michael und Watanabe, Kou, Institutionelle Ergänzungen für die wirtschaftspolitische Beratung, Februar 2016.
Erschienen in: ZPB Zeitschrift für Politikberatung, 7 (2015), S. 91-99.
- 81 Coenen, Michael, Haucap, Justus und Hottenrott, Moritz, Wettbewerb in der ambulanten onkologischen Versorgung – Analyse und Reformansätze, Januar 2016.

Ältere Ordnungspolitische Perspektiven finden Sie hier:
<https://ideas.repec.org/s/zbw/diceop.html>

Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

**Düsseldorfer Institut für
Wettbewerbsökonomie (DICE)**

Universitätsstraße 1_ 40225 Düsseldorf
www.dice.hhu.de