

Schmidtchen, Dieter

**Working Paper**

## Der "more economic approach" in der Wettbewerbspolitik

CSLE Discussion Paper, No. 2005-04

**Provided in Cooperation with:**

Saarland University, CSLE - Center for the Study of Law and Economics

*Suggested Citation:* Schmidtchen, Dieter (2005) : Der "more economic approach" in der Wettbewerbspolitik, CSLE Discussion Paper, No. 2005-04, Universität des Saarlandes, Center for the Study of Law and Economics (CSLE), Saarbrücken

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/23075>

**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.*

**Der „more economic approach“  
in der Wettbewerbspolitik**

von  
Prof. Dr. Dieter Schmidtchen

**Abstract: The „more economic approach” in the application of antitrust rules**

This article argues that it is time for antitrust policy to move beyond structural understandings of competition (“preserving competition”) and into the realm of explicit welfare analysis. A “more economic approach” should reflect current economic thinking about competition, incentives and efficiency. Competition is defined in the paper as a process of creating and appropriating value (social surplus). Allocative, technical and innovative inefficiencies are viewed as fundamentally due to failures of capturing value. The paper argues that antitrust laws should recognize a defence for all private acts that restrain “competition” under the traditional antitrust analysis but advance total welfare. The proposed efficiency defense is, however, limited to intra-market second-best tradeoffs, i.e. tradeoffs involving market failures in the relevant market. The antitrust authorities should accept the defense if, first, the conduct will not substantially impair the ability of public or private actors subsequently to ameliorate the effects of the market failure; and if, second, there is no less restrictive alternative consistent with the antitrust laws that could achieve similar welfare gains. The paper also assesses the costs and benefits of implementing an intra-market second-best defense and argues that this approach provides better criteria for a workable antitrust policy than an antitrust standard based on protecting “competition”.

**Der „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik**

Die jüngsten, einem „more economic approach“ verpflichteten Reformen im europäischen Wettbewerbsrecht geben Anlaß, sich verstärkt mit der ökonomischen Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik zu befassen. In diesem Beitrag wird in Übereinstimmung mit der überwiegenden Praxis in der Ökonomie die gesellschaftliche Wohlfahrt (sozialer Überschuß) im relevanten Markt als Effizienzmaß verwendet. Konkret wird vorgeschlagen, daß Wettbewerbsbehörden und Gerichte in allen Verfahren gegen Unternehmen und Unternehmensgruppen einen überzeugend begründeten Effizienzeinwand als Rechtfertigung für ein beanstandetes Verhalten zulassen. Dieser Einwand muß sich auf die ökonomische Theorie des „second-best“ im relevanten Markt stützen. Das bedeutet: Die Beschuldigten haben die Pflicht (Beweislast), überzeugend nachzuweisen, daß die Schaffung oder Vergrößerung von Marktmacht geeignet ist, eine aus Marktversagen resultierende Ineffizienz im relevanten Markt zu verringern, oder daß schädliche Wirkungen der Marktmacht durch angebotsseitige oder nachfrageseitige Effizienzgewinne überkompensiert werden. Die Kartellbehörden hätten die Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit des inkriminierten Verhaltens zu prüfen. Diesem, Neue Wettbewerbspolitik genannten, Konzept liegt ein Wettbewerbsbegriff zugrunde, bei dem Wettbewerb als Prozeß der Wertschöpfung bei gleichzeitiger Rivalität um möglichst große Anteile am sozialen Überschuß begriffen wird. Als Wettbewerbsbeschränkung gelten alle strukturellen und verhaltensmäßigen Faktoren, die die Wertschöpfung im relevanten Markt verringern. Der Beitrag diskutiert die Herausforderungen eines „more economic approach“ für die traditionelle Wettbewerbspolitik und er enthält einen Leitfaden für dessen Implementierung. Es zeigt sich, daß die Neue Wettbewerbspolitik, was die Operationalität der Begriffe und die Rechtssicherheit anlangt, der traditionellen Wettbewerbspolitik nicht unterlegen ist.

**JEL class.:** L40

**Encyclopedia of Law and Economics:** 5300

**Key words:** more economic approach, second-best tradeoff, Williamson-tradeoff, “Post Chicago” antitrust policy, efficiency defense, property rights, transaction costs, perfect competition as full appropriation.

---

\* Prof. Dr. Dieter Schmidtchen, Center for the Study of Law and Economics, Universität des Saarlandes, Bldg. 31, PO Box 151 150, Postfach 151 150, 66041 Saarbrücken, Germany. Phone ++681/302-2132, email:

## I. Einleitung

Die jüngsten Reformen im europäischen Wettbewerbsrecht geben Anlaß, sich verstärkt mit der Bedeutung der ökonomischen Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik zu befassen. Im Antitrust-Zeitalter, das man Post-Chicago nennt, holt Europa das nach, was in anderen Teilen der Welt etwa in den Vereinigten Staaten, Kanada, Australien und Neuseeland seit einiger Zeit praktiziert wird – eine Wettbewerbspolitik, die sich am Ziel der Effizienz orientiert (oder dies doch in höherem Maße tut, als dies früher der Fall war). Sie sei zwecks Unterscheidung von der traditionellen Wettbewerbspolitik Neue Wettbewerbspolitik genannt. Wie nicht anders zu erwarten, stößt die wettbewerbspolitische Wende auf Widerstände. Es fällt nicht leicht, sich von liebgewonnenen Ideen zu verabschieden und eingespielte Denkmuster aufzugeben. Dennoch: Eine wirksame Wettbewerbspolitik verlangt nach einer Gesetzgebung, Verwaltungspraxis und Judikatur, die den aktuellen Stand ökonomischer Forschung über Wettbewerb und Wettbewerbspolitik reflektiert. „Post-Chicago“-Wettbewerbspolitik erfordert mehr als bloß kosmetische Korrekturen an der traditionellen, einem Strukturansatz verpflichteten Wettbewerbspolitik. Daß die zuständigen Stellen auch über eine hinreichende Professionalität und personelle Ausstattung verfügen müssen, um komplexer werdende Fragestellungen dem Stand der Wissenschaft entsprechend zu entscheiden, versteht sich von selbst. Es ist der Zweck der folgenden Ausführungen, die Strukturen eines „more economic approach“ zu entwerfen, in dem Effizienz zum Leitbild der Wettbewerbspolitik erhoben wird.<sup>1)</sup> Dabei muß berücksichtigt werden, daß wir in der Wettbewerbspolitik nicht vor einer tabula rasa stehen. Deshalb ist Pfadabhängigkeiten, die aus etablierten rechtlichen Begriffen, Konzepten und Judikaten resultieren, bei Entwurf und Implementation eines „more economic approach“ gebührend Rechnung zu tragen.

Konkret wird in diesem Beitrag folgendes vorgeschlagen: Wettbewerbsbehörden und Gerichte sollten in allen Verfahren gegen Unternehmen und Unternehmensgruppen einen überzeugend begründeten Effizienzeinwand als Rechtfertigung für ein beanstandetes Verhalten zulassen.<sup>2)</sup>

---

[csle@rz.uni-sb.de](mailto:csle@rz.uni-sb.de), <http://www.uni-sb.de/csle>

1) Zur Einschätzung eines „more economic approach“ durch das Bundeskartellamt siehe Böge, Der „more economic approach“ und die deutsche Wettbewerbspolitik, in: WuW, 7. u. 8. 2004, S. 726 – 733.

2) Grundsätzlich gibt es zwei Wege, den Effizienzgedanken im Wettbewerbsrecht zu verankern: 1. Man läßt eine Effizienzeinrede seitens der Unternehmen zu. 2. Die Kartellbehörden verfolgen einen sogenannten integrativen Ansatz, bei dem sie von sich aus durch geeignete Interpretation der Begriffe und Auslegung der Sachverhalte Effizienzüberlegungen (mehr?) Raum geben. In diesem Beitrag wird die zuerst genannte Variante behandelt, aber es sei sofort hinzugefügt, daß sich unbeschadet verfahrensrechtlicher Unterschiede alle inhaltlichen Vorschläge auch mit Hilfe des integrativen Ansatzes verwirklichen lassen. Im übrigen sollte man auch die Trennschärfe der Unterscheidung nicht überschätzen. Tatsächlich dürfte es sich um zwei Extremfälle handeln, zwischen denen eine Fülle von Mischungen denkbar ist.

Allerdings ist dabei eine wichtige Restriktion zu beachten: Der Effizienzeinwand muß auf die ökonomische Theorie des „second best“ gestützt werden. Das bedeutet: Die beschuldigten Unternehmen oder Unternehmensgruppen haben die Pflicht (Beweislast), überzeugend nachzuweisen, daß das inkriminierte marktmachtbegründende oder verstärkende Verhalten geeignet ist, eine aus Marktversagen resultierende Ineffizienz zu verringern, oder daß eine allokativen Ineffizienz aufgrund des Entstehens oder der Vergrößerung von Marktmacht wohlfahrtsmäßig durch (statische oder dynamische) angebotsseitige oder nachfrageseitige Effizienzgewinne überkompensiert wird. Die Kartellbehörden hätten die Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit des inkriminierten Verhaltens zu prüfen. Ein Verhalten, das im konkreten Fall diesen „second-best“-Test besteht, ist gesellschaftlich wünschenswert und sollte von der Rechtsordnung anerkannt werden. Ein Verhalten, das diesen Test nicht besteht, ist gesellschaftlich nicht wünschenswert und sollte untersagt werden. Beide Forderungen beruhen auf der Idee, daß die Rechtsordnung das gesellschaftliche Wohl fördern und nicht schädigen sollte.

Aus Sicht eines demokratischen Rechtsstaates muß jedes Maß für das gesellschaftliche Wohl zwei Bedingungen genügen:

1. Alle Gesellschaftsmitglieder müssen erfasst, keines darf diskriminiert werden. Zur Gesellschaft zählen deshalb nicht nur die Konsumenten, sondern auch die Anbieter von produktiven Leistungen (Arbeitskraft, Kapital und Boden) sowie die Unternehmen als Organisatoren der Produktionsprozesse.
2. Das Maß muß Präferenzautonomie und Vertragsfreiheit implizieren.

Ein beide Bedingungen erfüllendes Maß stellt die Ökonomie mit dem Konzept des sozialen Überschusses zur Verfügung. Als sozialer Überschuß wird die Summe aus Konsumentenrente und Produzentenrente bezeichnet. Die Konsumentenrente ist ein Maß für den Vorteil der Konsumenten aus der Teilnahme am Markt; die Produzentenrente mißt den Vorteil für die Anbieter (sie entspricht dem Gewinn vor Abzug der fixen Kosten). Es handelt sich bei dem sozialen Überschuß um ein theoretisch und empirisch bewährtes Maß für die Größe und Änderung der gesellschaftlichen Wohlfahrt, das in der Industrieökonomik, auf die sich ein „more economic approach“ auch stützen muß, (aber nicht nur dort) dominiert.<sup>3)</sup>

Der soziale Überschuß ist ein partialanalytisches Konzept; deshalb ist auch der „second-best“-Test partialanalytisch anzulegen. Das bedeutet, daß das durch das beanstandete Verhalten zu korrigierende Marktversagen im relevanten Markt vorliegen muß, und eine durch das be-

---

3) Daß die Existenz von Einkommenseffekten, Kreuzpreiseffekten, economies of scope und anderen Faktoren gegen eine Verwendung dieses Konzeptes angeführt werden kann, sei zugestanden. Aber es wäre töricht, das

treffende Verhalten erzeugte Outputreduktion (allokative Ineffizienz) durch eine angebots- oder nachfrageseitige Effizienz im selben Markt überkompensiert werden muß. Wir bezeichnen deshalb diesen „second-best“-Test als Intra-Markt-Test.<sup>4)</sup> Er vereinigt in sich Merkmale der Struktur-, Verhaltens- und Ergebnistests mit Schwergewicht auf dem Marktergebnis. Als Intra-Markt-Test unterliegt er nicht der Kritik, die an der „second-best“-Theorie als Bestandteil der Wohlfahrtsökonomik auf Grundlage der allgemeinen Gleichgewichtstheorie geübt wurde.

Der Beitrag ist wie folgt aufgebaut: Kapitel II liefert eine Definition der Begriffe Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung, auf denen ein „more economic approach“ aufbauen kann. Wettbewerb wird als Prozeß der Wertschöpfung bei gleichzeitiger Rivalität um möglichst große Anteile am sozialen Überschuß begriffen. Wettbewerbsbeschränkungen bewirken, daß die Wertschöpfung kleiner ist als sie sein könnte. In Kapitel III wird der Grundgedanke einer Wettbewerbspolitik des „second best“ dargestellt und anhand des „Williamson trade-off“ erläutert. Kapitel IV befaßt sich mit den Herausforderungen, die ein „more economic approach“ für die Wettbewerbspolitik erzeugt. Kapitel V beschreibt den „second-best“-Test in Form von Anforderungen an die Beweislast, die den beschuldigten Unternehmen im „more economic approach“ auferlegt wird. Das Prüfschema wird verdeutlichen, daß ein „more economic approach“ keineswegs zu einer permissiven Wettbewerbspolitik führt. Kapitel VI schließt den Beitrag ab.<sup>5)</sup>

## II. Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung

Ein Wettbewerbsmodell, das praktisch verwertbare Ergebnisse liefern soll, muß mehreren Kriterien genügen: Es muß das reale Phänomen adäquat theoretisch abbilden, es muß operationale Begriffe und Konzepte liefern, es muß empirisch überprüfbar und an moderne Entwicklungen der Ökonomie anschlussfähig sein.

---

Kind mit dem Bade auszuschütten. Die genannten Faktoren sprechen gegen einen leichtfertigen Umgang mit dem Konzept. Im konkreten Fall wäre die empirische Relevanz der Kritikpunkte zu prüfen.

4) Siehe *Hammer*, Antitrust Beyond Competition: Market Failures, Total Welfare, and the Challenge of Intra-market Second-best Tradeoffs, in: *Michigan Law Review*, 98 2001, S.849 - 925.

5) Der Beitrag basiert in Teilen auf *Schmidtchen*, Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik: Für einen „more economic approach“, in: *Oberender*, Effizienz und Wettbewerb, Berlin 2005, S. 9 – 41.

## ***1. Wettbewerb als Prozeß***

Da das reale Phänomen dynamischer Natur<sup>6)</sup> ist, muß ein Wettbewerbsmodell Wettbewerb als Prozeß erfassen. Vermutlich trifft eine Definition des Begriffs Wettbewerb auf allgemeine Zustimmung, die sich in den „merger guidelines“ der englischen Wettbewerbskommission findet: „The Commission sees competition as a process of rivalry between firms or other suppliers ... seeking to win customers' business over time”.<sup>7)</sup> Diese Rivalität vollzieht sich in verschiedenen Formen. Auch diesbezüglich ist ein Bezug auf die englische Wettbewerbskommission erhellend: „In some cases the emphasis will be on achieving the lowest level of costs and prices in order to undercut competitors. In other cases, firms may go well beyond this, using entrepreneurial and innovative skills to develop new products and services, exploit particular strengths, abilities or other advantages held by a firm and, by these means, meet consumer needs more effectively than competitors. Where these factors are important, competition will often be characterised by uncertainty, turbulence and change. Amongst other things, therefore, this process of rivalry may be illustrated by changes in market structure, the pattern of pricing over time or the extent of product innovation, for example. Whatever forms the process of rivalry takes, the Commission will consider its effects over time and how it may be expected to develop”.<sup>8)</sup>

Aus der Rivalität erwachsen zahlreiche ökonomische Vorteile:<sup>9)</sup> Preise und Kosten werden nach unten getrieben; die Qualität der Produkte verbessert sich; die Produktpalette paßt sich spezifischen Bedürfnissen der Verbraucher an (die Zahl der Produktvarianten wächst); die Firmen erhalten Informationen, wie sie den Produktionsfaktoreinsatz umstrukturieren sollten, um gegenwärtige und künftige Bedürfnisse der Nachfrager besser zu befriedigen; es erfolgen technische und organisatorische Innovationen.

Die genannten ökonomischen Vorteile lassen sich unter einem einzigen ökonomischen Begriff subsumieren: Vergrößerung der Wertschöpfung. Daß Wettbewerb die Wertschöpfung steigert, erhellt daraus, daß der Prozeß der Rivalität sich aus dem Streben nach dem Abschluß von Markttransaktionen speist. Eine Markttransaktion kommt aber nur zustande, wenn sich

---

6) Siehe auch *von Hayek*, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, in: *von Hayek*, Freiburger Studien, 1969, Tübingen, S. 349 – 365.

7) Competition Commission 2003: Textziffer 1.20, S. 10.

8) Vgl. Tz. 1.20, S. 10, a.a.O. (Fn. 7)

9) Vgl. Tz. 1.21, S. 10, a.a.O. (Fn. 7)

die daran beteiligten Parteien (typischerweise Vertragsparteien) einen Mehrwert im Vergleich zur besten alternativen Transaktion versprechen. Die Summe dieser Mehrwerte aber stellt die durch eine Transaktion verwirklichte Wertschöpfung dar. Man bezeichnet sie auch als Kooperationsrente. Ihre Größe entspricht der Differenz zwischen maximaler Zahlungsbereitschaft des Käufers (Beschaffungspreisobergrenze) und dem Preis, den der Verkäufer mindestens erhalten muß, um das Gut zu veräußern (Abgabepreisuntergrenze). Die Summe aller Kooperationsrenten in einem Markt bildet den sozialen Überschuß. Er ist gleich der Summe der Tauschgewinne aller Marktteilnehmer.

Zur Illustration betrachte man die folgende Abbildung, in der das Angebot in einem Markt durch die steigenden Kurven und die Nachfrage durch die fallenden Kurven dargestellt sind.<sup>10)</sup>

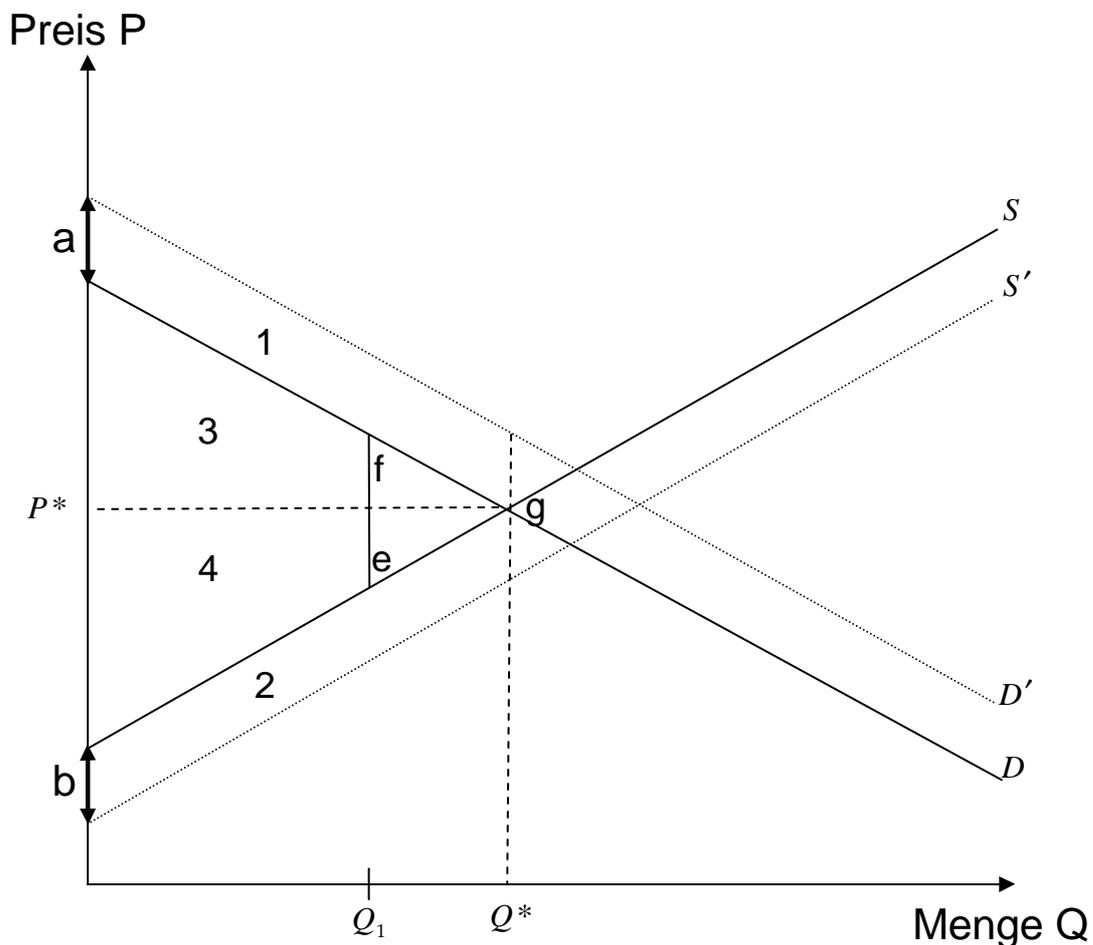


Abb. 1: Schaffung von Werten

Die gestrichelte Nachfragekurve ( $D'$ ) repräsentiert die Nachfrage unter der Annahme, daß die Nachfrager keine Transaktionskosten zu tragen haben (potentielle Nachfragekurve); die durchgezogene Kurve ( $D$ ) stellt die effektive Nachfragekurve dar, wenn die Transaktionskosten der Nachfrager „a“ betragen. Analog ist die gestrichelte Angebotskurve ( $S'$ ) als potentielle Angebotskurve (ohne Transaktionskosten in Höhe von „b“) zu interpretieren und die durchgezogene Kurve ( $S$ ) als effektive Angebotskurve. Das Gebiet unter der potentiellen Nachfragekurve  $D'$  bis zur Menge  $Q^*$  enthält vier Flächen: Die zwei Parallelogramme repräsentieren die Nachfragertransaktionskosten (1) und die Anbietertransaktionskosten (2). Dazwischen befinden sich zwei Dreiecke, die die Konsumentenrente (3) bzw. die Produzentenrente (4) messen.

Wettbewerb als Prozeß der Wertschöpfung kann unter zweierlei Gesichtspunkten betrachtet werden: Einmal als ein Prozeß, der ein gegebenes Wertschöpfungspotential verwirklicht; zum anderen als Prozeß, der das Potential vergrößert und zugleich ausschöpft.

Zum ersten Gesichtspunkt: Man betrachte die Marktlage, wie sie durch die effektiven Kurven dargestellt ist. Die gesamte potentielle Wertschöpfung in der Industrie entspricht in der Ausgangslage der Summe beider Dreiecke (3 + 4). Sei  $Q = Q_1$ , dann ist der soziale Überschuß um den Flächeninhalt des Dreiecks e, f, g kleiner als er sein könnte. Preiswettbewerb wird den Preis  $P^*$  herbeiführen und die umgesetzte Menge auf  $Q^*$  erhöhen. Das Potential an Wertschöpfung wird vollständig genutzt.

Zum zweiten Gesichtspunkt: Es gibt vier Möglichkeiten, in der Industrie die Wertschöpfung zu erhöhen:<sup>11)</sup>

1. Die Unternehmen senken die Produktionskosten oder die Produzententransaktionskosten, so daß die effektive Angebotskurve nach rechts verschoben wird.
2. Die Unternehmen ergreifen Maßnahmen zur Senkung der Nachfragertransaktionskosten, so daß die effektive Nachfragekurve nach oben verschoben wird.
3. Die Unternehmen versuchen die effektive und potentielle Nachfragekurve nach oben zu verschieben, indem sie andere als transaktionssenkende Maßnahmen ergreifen. Denkbar sind: Verbesserung der erwarteten Qualität, Veränderung der Preise von komplementären oder substitutiven Gütern.
4. Die Unternehmen kreieren neue Produkte oder Dienstleistungen, was der Schaffung einer neuen Abbildung gleichkommt.

Um Gewinne zu erzielen, reicht es aber nicht aus, die Wertschöpfung zu erhöhen, die Unternehmen müssen sich zumindest einen Teil geschaffener Werte auch aneignen können. Ohne

---

10) Siehe *Brickley, Smith, Zimmerman*, *Managerial Economics and Organizational Architecture*, 2001, S. 180.

diese Erwartung verschwindet nämlich der Anreiz zur Schaffung von Werten. Wettbewerb kann deshalb als ein Spiel definiert werden, in dem es um die Schaffung von Werten und deren Aneignung geht.<sup>12)</sup> Diese Definition trifft den Kern dessen, was seit den Klassikern unter Wettbewerb verstanden wurde. Die im Laufe der Zeit entwickelten und verfeinerten Wettbewerbskonzepte akzeptieren diese Idee und unterscheiden sich lediglich hinsichtlich der Voraussetzungen (Bedingungen), insbesondere bezüglich der Marktstruktur und der rechtlichen Rahmenbedingungen, unter denen Rivalität zu dieser Wertschöpfung führt.

Wettbewerb ist kein Konstantsummenspiel, bei dem die Interessen der Spieler nur gegensätzlich sind, sondern ein Variabelsummenspiel, bei dem sich gegensätzliche und parallel laufende Interessen untrennbar miteinander verknüpfen. Die Spieler sind die Unternehmen und Konsumenten. Die Auszahlungen der Spieler im Wettbewerbsspiel bestehen in Anteilen an der Kooperationsrente. Rationale Spieler streben danach, möglichst große Anteile an der Rente bzw. an dem sozialen Überschuß zu erhalten. Deshalb läßt sich individuell maximierendes Verhalten im Wettbewerb auch als rentensuchendes Verhalten bezeichnen. Das gilt für Anbieter wie für Nachfrager.

Im hier skizzierten Konzept des Wettbewerbs ist dieser ein dynamischer Wettbewerb. Wenn er den maximal möglichen sozialen Überschuß verwirklicht, sei er dynamischer perfekter Wettbewerb genannt. Wird das Maximum des sozialen Überschusses verfehlt, dann heißt er dynamischer imperfekter Wettbewerb.<sup>13)</sup>

Eine Wettbewerbstheorie, die Wertschöpfung und die Aneignung von Werten fokussiert, ist empirisch überprüfbar, weil die Begriffe Wert, Wertschöpfung, Produzentenrente und Konsumentenrente operational definiert werden können und die unternehmerischen Rechenwerke sowie Markt- und Preisstatistiken die zur Berechnung erforderlichen Zahlen zur Verfügung stellen. Empirische Überprüfung kann auch im Wege von Experimenten erfolgen. So konnte etwa das Konzept des Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren experimentell dargestellt werden<sup>14)</sup>. Wie sich zeigen läßt (siehe *Schmidtchen* 2005), ist eine die Wertschöpfung und die Aneignung von Werten fokussierende Wettbewerbstheorie auch anschlussfähig an neuere Entwicklungen der Ökonomie namentlich die neo-österreichische Wettbewerbstheorie sowie die

---

11) Siehe Brickley, Smith, Zimmerman S. 181 ff., a. a. O. (Fn 10).

12) Ein Spiel ist vollständig beschrieben durch die Spielform und Auszahlungsmengen. Eine Spielform ist durch die Menge der Spieler, die Menge der Strategiekombinationen und die Menge der Ergebnisse, die der Menge der Strategiekombinationen zugeordnet ist, charakterisiert. Spielformen definieren Spielregeln. Fügt man die Bewertung der Ergebnisse durch die Spieler hinzu, dann erhält man ein Spiel. Wettbewerbspolitik besteht in der Gestaltung von Spielformen.

13) Siehe dazu *Makowski/Ostroy*, Journal of Economic Literature, Vol. 39, 2001, S. 479 – 535; *Schmidtchen*, a.a.O. (Fn. 5).

14) Zu einer Diskussion siehe *Kirstein, Schmidtchen*, ORDO, Bd. 53, 2002, S. 227 – 240; *Helmstädter*, ORDO, Bd. 54, 2003, S. 319 - 326 und *Kirstein, Schmidtchen*, ORDO, Bd. 54, 2003, S. 327 - 330.

ökonomische Vertragstheorie, die „property rights“-Theorie und die Transaktionskosten-ökonomik, die zusammen die Neue Institutionenökonomik bilden.<sup>15)</sup>

## **2. Wettbewerbsbeschränkung**

Im Konzept dynamischen perfekten Wettbewerbs bietet sich eine natürliche Definition des Begriffs Wettbewerbsbeschränkung an: Wettbewerbsbeschränkungen sind solche Maßnahmen oder Zustände, die bewirken, daß die Wertschöpfung kleiner ist als sie sein könnte. Wettbewerbsbeschränkungen bewirken dynamisch imperfekten Wettbewerb. Mögliche Ursachen sind: klassische (stationäre) Monopolstellungen, nacktes Preiskartell, Markteintrittsbarrieren, vertikale Restriktionen, asymmetrische Information, externe Effekte. Allokationstheoretisch handelt es sich um Fälle des Marktversagens. Spieltheoretisch gesehen, sind es Defekte in den Spielregeln (was auch die Möglichkeit zu ungeahndeten Rechtsverstößen einschließt) oder der Informationsstruktur eines Spieles. Mit Bezug auf Marktzutrittsbarrieren fügt sich C. C. von Weizsäckers Definition nahtlos in das hier vorgeschlagene Konzept von Wettbewerbsbeschränkungen ein: „Barriers to entry into a market can be defined to be socially undesirable limitations to entry of resources which are due to protection of resource owners already in the market“.<sup>16)</sup> Dies läßt sich verallgemeinern: „restraints of competition can be defined to be socially undesirable limitations to the allocation of resources“. Anstelle von „limitations“ kann man auch von Kosten sprechen. Diese sind gesellschaftlich unerwünscht, wenn durch ihre Existenz der soziale Überschuß kleiner ist als er sein könnte. Konkret: Die Kosten verhindern allokativen, produktions-technische oder innovative Effizienz.

## **III. Neue Wettbewerbspolitik**

Im Konzept dynamischen perfekten Wettbewerbs hat die Wettbewerbspolitik drei Aufgaben zu erfüllen:

- Verhinderung von Nullsummenspielen, weil bei diesen lediglich eine Umverteilung gegebener Werte, aber keine Wertschöpfung stattfindet.

---

15) Zur Neuen Institutionenökonomik des Antitrust siehe *Williamson*, Antitrust Economics: Mergers, Contracting and Strategic Behavior, 1987; *Schmidtchen*, JITE, 147. Jg. 1991, S. 31 – 37; *Bickenbach, Kumkar, Soltwedel*, The New Institutional Economics of Antitrust and Regulation, Working Paper, Kiel, 1999; *Schmidtchen*, Wettbewerb und Kooperation (Co-opetition): Neues Paradigma für Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik; in *Zentes*: Kooperationen, Allianzen, Netzwerke, Wiesbaden 2003, S. 66 – 92.

- Verhinderung von Variabelsummenspielen, bei denen Werte vernichtet werden (destruktiver Wettbewerb).
- Förderung von Variabelsummenspielen, in denen es zur Wertschöpfung kommt.

Dabei sind zwei Restriktionen zu beachten: Die Wettbewerbspolitik muß mit anderen Bereichen der Wirtschaftspolitik abgestimmt werden, die aus Gründen der gesellschaftlichen Wohlfahrtsförderung ähnliche Aufgaben zu erfüllen haben (Prinzip der Arbeitsteilung in der Wirtschaftspolitik nach komparativen Vorteilen). Zweitens sollte die Wettbewerbspolitik die Lehren der Theorie des „second-best“ beherzigen. Die Theorie des „second best“ besagt im Kern, daß eine Marktstruktur oder ein Marktverhalten, das „an sich“ die Wohlfahrt einer Gesellschaft verringert, nämlich dann, wenn alle Bedingungen für ein Wohlfahrtsmaximum erfüllt sind, dann die Wohlfahrt der Gesellschaft verbessern kann, wenn eine oder mehrere dieser Bedingungen unabdingbar verletzt sind. Zwei Beispiele aus dem nicht-ökonomischen Bereich und zwei aus dem ökonomischen Bereich mögen den Grundgedanken verdeutlichen: Ein Mittel, das einen gesunden Menschen töten würde, kann als Gegengift einen kranken Menschen vor dem Tode bewahren. Ein moderner Hi-Fi Plattenspieler liefert höchsten Musikgenuß, wenn man eine Vinyl-Platte auflegt. Wenn man dagegen nur über Schellackplatten verfügt, dann empfiehlt es sich, auf den „an sich“ besten Tonabnehmer zu verzichten und statt dessen einen überkommenen, zum Abspielen von Schellackplatten geeigneten Plattenspieler zu nehmen.

Nun zur Ökonomie: An sich maximieren Preise in Höhe der Grenzkosten den sozialen Überschuß in einem Markt. Wenn dagegen Marktunvollkommenheiten existieren sollten, die etwa auf nicht zu vermeidende Transaktionskosten zurückzuführen sind, dann kann die Zulassung von Verhaltensweisen und Marktstrukturen, die in einer Welt ohne Marktunvollkommenheiten den sozialen Überschuß verringern würden, per Saldo zu einer Wohlfahrtssteigerung führen.

Wir wollen diesen Gedanken anhand von zwei Beispielen verdeutlichen. Obwohl negative externe Effekte kein für die Wettbewerbspolitik typisches Problem darstellen – die Steuerpolitik und ex ante Regulierung sind einschlägiger –, kann man an ihnen die Grundidee des „second-best“-Denkens schön veranschaulichen. Angenommen, zwei Unternehmen, deren Produktion zu einer Luftverschmutzung führt, schließen sich zusammen und bilden ein Monopol<sup>17</sup>). Die Monopolstellung erlaubt es ihnen, den Preis zu erhöhen mit der Folge, daß Nach-

---

16) von *Weizsäcker*, *Barriers to Entry. A Theoretical Treatment*, Berlin, 1980, S. 13; vgl. auch McAfee, Mialon, Williams, *What Is a Barrier to Entry?*, in: *The American Economic Review, Papers and Proceedings*, May 2004, S. 461ff.

17) Siehe zu diesem Beispiel Hammer S. 861ff, a. a. O. (Fn. 4).

frage und Produktion sinken. Es ist denkbar, daß die durch den Produktionsrückgang vermiedenen externen Kosten größer sind als die sozialen Kosten des Unternehmenszusammenschlusses (in Form des toten Wohlfahrtsverlustes). Die Herbeiführung einer Monopolstellung, die für sich genommen die Wohlfahrt schädigt, kann im Falle negativer externer Effekte also wohlfahrtssteigernd sein. Um Mißverständnisse zu vermeiden: Eine solche Veränderung der Marktstruktur wäre nur empfehlenswert, wenn auf andere Weise das Externalitätenproblem nicht kostengünstiger gelöst werden könnte.

Das traditionelle „second-best“-Denken kreist um die Frage, wie man allokativer Effizienz (im Sinne einer bestmöglichen Lösung) herstellen (bzw. allokativer Ineffizienz vermeiden) kann, wenn einige Bedingungen für eine erstbeste Lösung (Pareto-Optimum) nicht erfüllt werden können. Es geht dabei immer um Abwägungen: Die Verringerung allokativer Ineffizienz an einer Stelle geht einher mit der Vergrößerung an anderer Stelle. Solange der Saldo positiv ist, gewinnt die Gesellschaft. Das „second-best“-Denken besteht im Abwägen von Kosten und Nutzen aus Sicht der Gesellschaft und nicht aus Sicht eines einzelnen oder einer Gruppe von Gesellschaftsmitgliedern. Wir wollen aber nicht nur die Entscheidung (statischer) allokativer „trade-offs“ („intramarket second best trade-offs“ im engeren Sinne) als „second-best“-Problem auffassen, sondern wegen ihrer analytischen Isomorphie auch die Entscheidung von „trade-offs“ zwischen allokativer und produktionstechnischer oder innovativer Effizienz dazu zählen. Wer will, mag dies als eine „second-best“-Konzeption im „weiteren“ Sinne interpretieren.<sup>18)</sup> Als Beispiel für eine solche weite Fassung mag der berühmte Williamson-Trade-Off dienen.

Beim Williamson-Trade-Off ist produktionstechnische Effizienz (Kostensenkung) nur um den Preis allokativer Ineffizienz als Folge einer Vermachtung des Marktes zu haben.<sup>19)</sup> Zur Illustration des Grundgedankens sei auf Abbildung 1 zurückgegriffen. In der Ausgangssituation bieten zwei Unternehmen in diesem Markt ein Produkt an. Es herrscht Wettbewerb und der Preis liegt auf Höhe der Grenzkosten (das Preis-Grenzkosten Verhältnis ist eins). Der soziale Überschuß ist maximal, er besteht aus Konsumentenrente (3) und Produzentenrente (4). Die beiden Unternehmen schließen sich nun zusammen, und es entsteht ein Monopol. Zwei Effekte treten dabei auf: 1. Marktmachteeffekt: das Preis-Grenzkosten Verhältnis wird größer als eins (der Preis steigt sogar im Vergleich zur Ausgangssituation), und das Angebot geht zurück auf  $Q_1$ . Der soziale Überschuß verringert sich um das Dreieck e, f, g. 2. Die Produk-

---

18) „Intramarket second-best analysis ... is concerned not with the implication of market power for productive efficiency, but with the effects of market structure on allocative efficiency. Analytically, second-best concerns are the flip side of the same coin as Williamson's productive efficiency defense, and both fit comfortably within a total welfare orientation", siehe *Hammer*, S. 879, a. a. O. (Fn. 4).

19) Siehe *Williamson*, *American Economic Review*, LVIII, 1968, S. 18 -36.

tionskosten sinken auf das Niveau der Kurve  $S'$ . Der soziale Überschuß steigt für die Menge  $Q_1$  um den Teil des Parallelogramms (2) von Null bis zur Produktionsmenge  $Q_1$ . Ist der zweite Effekt auf den sozialen Überschuß stärker als der erste, dann erhöht sich per Saldo der soziale Überschuß im Vergleich zur Ausgangssituation.<sup>20)</sup> Die Wertschöpfung nimmt zu. Allerdings geht dies wegen des gestiegenen Preises zu Lasten der Konsumentenrente. Die Produzentenrente steigt nicht nur absolut, auch ihr Anteil am sozialen Überschuß nimmt zu. Es sei hinzugefügt, daß der Williamson-Trade-Off ein Abwägungsproblem verdeutlicht, das nicht nur bei Unternehmenszusammenschlüssen, sondern bei allen Formen (für sich) antiwettbewerblichen Verhaltens auftaucht.<sup>21)</sup>

„Second-best“-Denken ist dem Antitrust nicht fremd.<sup>22)</sup> Hier seien einige Beispiele genannt:<sup>23)</sup>

- Übergang von einer per-se Regel zur „rule of reason“ bei der wettbewerbspolitischen Beurteilung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen.
- Die Zulassung von Restriktionen im „intra-brand“ Wettbewerb, um „inter-brand“ Wettbewerb zu stärken.
- Zulassung exklusiver Territorien, um Trittbrettfahrerverhalten zu verhindern.
- Die Erteilung von temporären Monopolstellungen durch Patente – und damit die Akzeptanz allokativer Ineffizienz –, um innovative Effizienz zu gewährleisten.
- Die Zulassung von Gemeinschaftsunternehmen, z. B. zum Zwecke von Forschung und Entwicklung.
- Die Zulassung von Wettbewerbsbeschränkungen, um Rentendissipation zu vermeiden. Beispiel: Kollektive Werbebeschränkungen im Oligopol.
- In der novellierten europäischen Fusionskontrollverordnung (FKVO) wird in Erwägungsgrund 29 dem Williamson-Trade-Off Rechnung getragen.

---

20) Siehe zu einer ausführlichen Darstellung *Schmidtchen* 2005. a. a. O. (Fn.5).

21) Siehe *Shugart II*, *The Organization of Industry*, 1997, S. 8 ff.

22) Siehe *Hammer*, S. 879 ff., a.a.O. (Fn.4).

23) Kürzlich hat sich C. C. von Weizsäcker mit der Frage beschäftigt, ob Erfinderpatente, Kundentreue und Substitutionskosten Marktzutrittsschranken darstellen. Er zeigt, daß die Antwort auf diese Frage vom zugrundegelegten Leitbild für den Wettbewerb abhängt: „Die Wahl des Leitbildes ist aber selbst abhängig von der ökonomischen Theoriebildung“, vgl. *von Weizsäcker*, *Marktzutrittsschranken*, in: *Schriften des Vereins für Socialpolitik*, Band 306, 2005, S. 43 - 63. Nach der von ihm benutzten Wettbewerbstheorie sollte man Erfinderpatente, Kundentreue und Substitutionskosten nicht als Marktzutrittsschranken betrachten, wohl aber diese Möglichkeit für Fusionskontrollen einräumt (siehe ebenda). Diese Schlußfolgerungen stehen im Einklang mit dem hier vertretenen „second-best“ Denken (siehe auch *Schmidtchen*, *Property Rights, Freiheit und Wettbewerbspolitik*, Tübingen 1983). Das von Kantzenbach entwickelte Konzept von der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs ist ebenfalls Ausdruck des „second best“-Denkens (siehe *Kantzenbach*, *Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs*, 1966).

## IV. Herausforderungen für die Wettbewerbspolitik

Das vorgestellte wettbewerbspolitische Leitbild stellt für die traditionelle Wettbewerbspolitik auf zwei Ebenen eine Herausforderung dar: einmal konzeptionell, zum anderen praktisch.

### 1. Konzeptionelle Ebene

Auf der konzeptionellen Ebene geht es um die Leitidee, um das Ziel: Soll Wettbewerbspolitik den Wettbewerb schützen oder die gesellschaftliche Wohlfahrt maximieren? Begreift man Wettbewerb als dynamischen perfekten Wettbewerb, dann fallen beide Ziele zusammen. Es gilt die altbekannte Non-dilemma-These: Eine Politik, die den Wettbewerb schützt, maximiert zugleich die gesellschaftliche Wohlfahrt. Auch wer Wettbewerb um seiner selbst willen schützt, realisiert im Erfolgsfalle als Nebenprodukt ein gesellschaftliches Wohlfahrtsmaximum. Es scheint die Vermutung nicht ganz abwegig zu sein, daß der in der Wettbewerbspolitik vorfindbare Rekurs auf marktstrukturelle Merkmale der Überlegung entsprang, daß man bei deren Realisierung als Beiprodukt die Wohlfahrt der Gesellschaft maximiert (ohne diese direkt als Maßstab verwenden zu müssen). Tatsächlich findet man in der Literatur Beiträge, in denen die Förderung der totalen Wohlfahrt (sozialer Überschuß) als pro-wettbewerblich bezeichnet wird.<sup>24)</sup>

Umstritten ist, ob sich die Wettbewerbspolitik am Ziel der Förderung der Konsumentenwohlfahrt oder der gesamten Wohlfahrt orientieren soll. Die gesamte Wohlfahrt, also der soziale Überschuß, ist das Standardkonzept, das in der Ökonomik benutzt wird.<sup>25)</sup> Der Rückgriff auf den sozialen Überschuß ist sinnvoll, wenn man an der Effizienz der Wettbewerbspolitik interessiert ist; auch besteht die Gesellschaft nicht nur aus Konsumenten. Artikel 81 (3) des EG-Vertrages hebt dagegen auf die Konsumentenwohlfahrt ab. Nach ihm sind an sich verbotene Vereinbarungen, Beschlüsse oder abgestimmte Verhaltensweisen erlaubt, „die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder –verteilung oder zur Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen a) Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder b) Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.“ Auch Artikel 2.1 der Fusionskontrollverordnung akzeptiert im Prinzip eine Effi-

---

24) Siehe dazu *Hammer*, S.879 ff., a.a.o. (Fn. 4).

25) Siehe auch *Motta*, *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge 2004, S.18.

zienzeinrede, vorausgesetzt die Konsumenten haben einen Nutzen davon. Vermutlich wird in beiden Fällen an die Konsumentenrente im relevanten Markt gedacht (enger Begriff der Vorteile für den Verbraucher). Aber der Kreis der Verbraucher, die Vorteile erhalten müssen, könnte auch weiter gezogen werden. Es gehörten dann auch solche Verbraucher dazu, die ein im relevanten Markt angebotenes Gut nicht nachfragen. Wenn man in der Tradition der Ökonomie argumentiert, für die die Konsumenten die Eigentümer von Unternehmen und Monopolen sind, dann sind „consumer welfare“ und „total welfare“ identisch<sup>26)</sup>. Denn die Produzentenrente fließt den Eigentümern der Unternehmen zu. Auch wenn die in einem Markt erzielten Gewinne nicht ausgeschüttet, sondern investiert werden, profitieren letztendlich die Konsumenten. Dafür ist nicht erforderlich, daß die Gewinne in dem Markt investiert werden, in dem sie entstanden sind. Der Rekurs auf „consumer welfare“ ist vermutlich ein Relikt aus der Zeit, als die Harvard-Schule die theoretischen Grundlagen des Antitrust lieferte.<sup>27)</sup>

In vielen, wenn auch nicht in allen Fällen, reduzieren Praktiken, die den sozialen Überschuß verringern zugleich auch die Konsumentenrente und umgekehrt.<sup>28)</sup> In Fällen nackter Wettbewerbsbeschränkungen z. B. führt der Rekurs auf „consumer welfare“ zu dem gleichen Ergebnis, wie wenn die Veränderung der „aggregate welfare“ als Kriterium benutzt wird. Aber spätestens seit Williamsons Artikel von 1968 sollte klar sein, daß ein dichotomisches Schwarz-Weiß Denken die ökonomische Realität verfehlt, weshalb eine Orientierung an „consumer welfare“ das Gemeinwohl schädigen kann (nämlich in jenen Fällen, wo traditionell als Wettbewerbsbeschränkungen begriffene und deshalb unterbundene Verhaltensweisen den sozialen Überschuß vergrößern). Im übrigen könnte man an der „total welfare“ festhalten und den Tauschgewinnen der Konsumenten ein größeres Gewicht als denen der Produzenten einräumen.

Wer für einen „consumer welfare“ Standard im engeren Sinne plädiert oder den Tauschgewinnen der Konsumenten ein größeres Gewicht im Vergleich zu denen der Produzenten einräumt, sollte bedenken, daß er sich für die Installation einer Wertschöpfungsbremse einsetzt. Denn Effizienzen können sich nur dann positiv auf eine behördliche Entscheidung z. B. über einen Unternehmenszusammenschluß auswirken, wenn man mit hinreichender Wahrscheinlichkeit erwarten kann, daß durch die Effizienzgewinne die Rivalität im Markt gestärkt

---

26) Diesen weiten Begriff der Konsumentenwohlfaht muß man unterstellen, wenn man die Effizienzeinrede auf Fälle bezieht, bei denen marktmachtbedingte Wohlfahrtsverluste mit Effizienzvorteilen zu vergleichen sind. Denn marktmachtbedingte Wohlfahrtsverluste können nur entstehen, wenn der Preis steigt, also die Konsumentenrente sinkt.

27) Siehe dazu *Schmidtchen*, Antitrust zwischen Marktmachtphobie und Effizienzeuphorie: Alte Themen – neue Ansätze, in: *Möschel*, Marktwirtschaft und Rechtsordnung, Festschrift zum 70. Geburtstag von Erich Hoppmann, 1994, S. 143 ff.

28) Siehe auch *Motta*, S.19, a. a. O. (Fn. 25).

wird.<sup>29)</sup> Dies läßt sich sehr schön am Williamson-Trade-Off verdeutlichen. Hier würde der Unternehmenszusammenschluß nur dann genehmigt werden, wenn damit kein Preisanstieg verbunden wäre.<sup>30)</sup> Damit würde die zusätzliche Wertschöpfung nur bei außerordentlich hohen Kostensenkungen verwirklicht werden<sup>31)</sup>. Letztlich geht es hier um Verteilungsfragen, und man kann füglich bezweifeln, ob man solche Fragen mit den Mitteln des Wettbewerbsrechts beantworten sollte.<sup>32)</sup>

Man könnte einwenden, daß die Vergrößerung des sozialen Überschusses (oder die Verhinderung einer Schrumpfung) schon immer Ziel der Wettbewerbspolitik war, aber ein Ziel, das nicht um jeden Preis verwirklicht werden sollte. So werde Wettbewerb auch um seiner selbst willen gewünscht, weil in ihm die Privatautonomie zum Ausdruck komme und er ein Garant der Freiheit sei. Es dürfte klar sein, daß das Konzept dynamischen perfekten Wettbewerbs sowohl auf der Präferenzautonomie wie der Vertragsfreiheit aufbaut. Beides gehört zu den definierenden Merkmalen des Wettbewerbsspiels. Die Definition des Begriffs Kooperationsrente (sozialer Überschuß) beruht auf dem Konzept der Präferenzautonomie, die in der Bestimmung der Reservationspreise ihren numerischen Ausdruck findet. Der Vertragsinhalt ist im Konzept dynamischen perfekten Wettbewerbs Verhandlungssache. Aber selbst für das Monopol, das unsere Lehrbücher bevölkert, läßt sich zeigen, daß Privatautonomie und Vertragsfreiheit nicht verletzt sind.<sup>33)</sup>

Der Hauptvorteil des hier entwickelten „more economic approach“ besteht darin, daß er mit der Wohlfahrtsmaximierung den Kartellbehörden und Gerichten ein Entscheidungskriterium an die Hand gibt, das

- a) theoretisch sauber ausgearbeitet ist,
- b) bei allen Formen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens angewendet werden kann,
- c) rationale Entscheidungen erlaubt<sup>34)</sup>.

---

29) Vgl. *Strohm*, „Effizienzgesichtspunkte“ und Europäische Wettbewerbspolitik, in: *Oberender*, Effizienz und Wettbewerb, 2005, S. 117.

30) Ein solcher Standard bedeutet, den Konsumenten ein „property right“ an der Differenz zwischen ihrem Reservationspreis und dem Wettbewerbspreis einzuräumen. Eine Umverteilung des sozialen Überschusses zu ihren Lasten wäre verboten. Solche Fragen sind in Deutschland im Zusammenhang mit dem sogenannten Preishöhenmißbrauch diskutiert worden. Zu einer „property-rights“-theoretischen Analyse siehe *Schmidtchen* 1983, S. 32 ff., a. a. O. (Fn. 23); *Schmidtchen*, in: *Röper*, Die Missbrauchsaufsicht vor dem Hintergrund der Entwicklungen der neueren Wettbewerbstheorie, 1982, S. 13 – 43.

31) Siehe dazu *Schwalbe*, Die Berücksichtigung von Effizienzgewinnen in der Fusionskontrolle – Ökonomische Aspekte, in: *Oberender*, Effizienz und Wettbewerb, 2005, S. 63 - 95.

32) Siehe dazu *Kaplow, Shavell*, Fairness versus Welfare, Cambridge 2002.

33) Siehe *Schmidtchen* 1983, S. 38 ff., a.a.o. (Fn. 23).

34) Teil des gesellschaftlichen Wohlfahrtsmaßes ist die Konsumentenrente. Es sollte nicht verschwiegen werden, daß dieses Konzept in der ökonomischen Literatur Kritik auf sich gezogen hat, so daß man die Konsumentenrente nicht als einen präzisen monetären Ausdruck für die Vorteile einer Beteiligung am Markt interpretieren sollte, sondern als eine ungefähre Schätzung. Die Kritikpunkte lauten: Monetäre Größen könnten nur beschränkt als Maß für den Nutzen aus Verbrauch interpretiert werden; nicht jeder Verbraucher ordnete demselben Geldbetrag

Interessanterweise kann auch derjenige einen Rückgriff auf ein Effizienzkriterium nicht vermeiden, für den Schutz der Wettbewerbsfreiheit Hauptanliegen etwa des GWB darstellt. Denn Wettbewerbsfreiheit läßt sich als institutionelles und unteilbares Rechtsgut nur dadurch schützen, daß man allen Teilnehmern am Wettbewerbsspiel individuelle Handlungsrechte, „property rights“, zuteilt. Die „property rights“ definieren die Grenzen, innerhalb derer der Inhaber des Rechts tun und lassen kann, was er will. Wettbewerbspolitik tut genau dies: Sie definiert die Grenzen der Vertragsfreiheit. Sie schränkt etwa in der Fusionskontrolle die Abschlußfreiheit ein, und sie beschränkt, was etwa die Preissetzung anlangt, die Inhaltsfreiheit.<sup>35)</sup> Wie aus der ökonomischen Analyse des Rechts bekannt ist, sind „property rights“ in Situationen erforderlich, in denen Handlungen verschiedener Akteure miteinander in Konflikt geraten können. In solchen Situationen aber bedeutet die Schwächung der Rechtsposition des einen die reziproke Stärkung der Rechtsposition des anderen (Implikation des Faktums des Handlungskonflikts). Wir haben es mit einem Problem reziproker Natur zu tun, das alle Charakteristiken aufweist, die Coase in seinem berühmten Artikel behandelt hat.<sup>36)</sup> Die Entscheidung des Handlungskonflikts durch Zuteilung von „property rights“ bedeutet zugleich eine Definition der individuellen Handlungsfreiheiten. Für diese Definition kann aber aus logischen Gründen weder eine der individuellen Handlungsfreiheiten selbst noch etwa beide zusammen benutzt werden. Wie will man das Mehr an Handlungsfreiheit des einen mit dem unabdingbar damit verbundenen Weniger an Handlungsfreiheit des anderen saldieren? Wer aus dem Ziel Schutz der Wettbewerbsfreiheit (oder der Festlegung „des“ Wettbewerbs als Schutzobjekt) Kriterien für die Abgrenzung individueller Handlungsrechte ableiten will, der muß entweder einen von den individuellen Freiheiten abgesonderten Meta-Freiheitsbegriff einführen oder aber eine Leerformel benutzen. Der vielzitierte Satz: „Die Freiheit des einzelnen endet dort, wo sie die Freiheit der anderen beeinträchtigt“ entpuppt sich als Leerformel, wenn man als Abgrenzungskriterium Freiheit selbst verwendet. Will man die Leerformel mit Inhalt füllen, dann bietet sich folgendes Kriterium an: „Dem einzelnen sind solche Handlungen nicht er-

---

den gleichen Nutzen zu; Einkommenseffekte veränderten die maximale Zahlungsbereitschaft und verschoben die Nachfragekurve. Wie immer man die praktische Relevanz dieser Argumente beurteilt – so kann man etwa das Problem der Einkommenseffekte dadurch eliminieren, daß man die kompensierte Nachfrage betrachtet –, sie treffen nicht nur die hier vertretene wettbewerbspolitische Konzeption, sondern sind in gleichem Maße relevant für eine an der „consumer welfare“ ausgerichtete Wettbewerbspolitik.

35) Zu einer „property rights“-theoretischen Interpretation der Wettbewerbspolitik siehe *Schmidtchen* 1983, a. a. O. (Fn. 23).

36) Siehe *Coase*, The Problem of Social Cost, in: *Journal of Law and Economics* 3, 1960, S. 1 – 44. Dieser Artikel ist für die Wettbewerbspolitik von größter Bedeutung, weil all das, was traditionell als Wettbewerbsbeschränkung verstanden wird, nichts anderes ist als ein Ausfluß positiver Transaktionskosten; siehe dazu bereits *Schmidtchen* 1983, a. a. O. (Fn. 23).

laubt, die anderen mehr Schaden zufügen als sie ihm Nutzen stiften“<sup>37)</sup>. In dieser Maxime aber scheint das Effizienzkriterium auf, für dessen Erfüllung nach Ansicht von Coase und v. Hayek z. B. das „Common Law“ sorgt.<sup>38)</sup>

## 2. Praktikabilität

Auf der praktischen Ebene geht es um die Frage, ob Kartellbehörden und Gerichte die Fähigkeiten besitzen, ein wohlfahrtsorientiertes Wettbewerbskonzept zu akzeptablen Verwaltungs- und Irrtumskosten in die Praxis umzusetzen – und zusätzlich Rechtssicherheit zu gewährleisten.

Die hier in den Grundzügen skizzierte Wettbewerbspolitik des „second-best“ stellt keine geringen Anforderungen an den Wissensstand und die analytischen Fähigkeiten der Wettbewerbsbehörden und Gerichte. Aber diesen Anforderungen kann genügt werden. Eine Behörde, die z. B. den SSNIP-Test zur Abgrenzung des relevanten Marktes beherrscht und praktiziert, besitzt alle Informationen, die auch für die Praktizierung des „more economic approach“ erforderlich sind<sup>39)</sup>. Es sind dies: das Ausmaß nachfrageseitiger und angebotsseitiger Substitution; die Veränderung der Kosten als Folge von Output-Änderungen; die Profitmarge und deren Änderung bei Output-Änderungen; Art und Ausmaß von Marktzutrittsbarrieren; Größe der Überkapazitäten; Reaktionen von Kunden, Wettbewerbern sowie interessierten informierten Dritten auf Fragen bezüglich Konsumentenverhalten und SSNIP-Test; Größe monetärer und nicht monetärer „switching costs“; die Geschichte des Marktes bezüglich Struktur, Verhalten und Marktergebnisse; Ergebnisse ökonomischer Studien bzgl. Preis- und Ein-

---

37) von Weizsäcker, ORDO Bd. 54, 2003, S. 335 – 339; siehe auch Schmidtchen, ORDO, Bd. 55, 2004, S. 127 – 151; Schmidtchen 2005, a. a. O. (Fn. 5).

38) Die in der juristischen Literatur vertretene These, dass die Allokationsfunktion des Marktes dem Prinzip der Freiheitsverwirklichung unter allgemeinen Gesetzen (Privatautonomie) nachgelagert sei und sich zur Letztbegründung von Rechtsregeln nicht eigne (siehe Mestmäcker, Recht und ökonomisches Gesetz, 2. Aufl., 1984; Köhler, Das angeborene Recht ist nur ein „einziges“, in: Schmidt, Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung?, 1994, S. 61ff.), ist verfehlt. Bei Transaktionskosten von Null kann die Erstallokation von „property rights“ „beliebig“ sein; der Markt sorgt dafür, dass die Recht dorthin wandern, wo sie – gemessen an der Zahlungsbereitschaft – am höchsten bewertet werden. Dies Beispiel zeigt, dass die Betrachtung des Marktes als ein Koordinationsmechanismus, in dem Pläne mit den Mitteln des Vertragsrechts verwirklicht werden, und die Interpretation als Mechanismus zur effizienten Allokation knapper Güter zwei Seiten einer Medaille sind. Die von Mestmäcker und Köhler vertretene These mag zutreffen, wenn man die Wohlfahrtsökonomik mit dem Utilitarismus gleichsetzt. Dies muß man aber nicht tun. In diesem Beitrag wird eine Allokationstheorie verwendet, in der die privatautonom bestimmten Zahlungsbereitschaften der Individuen die Allokation in Richtung Maximierung der Wertschöpfung („wealth maximization“) steuern.

39) Bei dem SSNIP-Test wird gefragt, ob ein hypothetischer Monopolist eines Produkts oder einer Gruppe von Produkten, die einen Markt konstituieren könnten, mit Gewinn eine Preiserhöhung vornehmen könnte („small but significant non-transitory increase in price“). Der Test beruht auf dem Gedanken, daß das Angebot eines Produkts oder einer Produktgruppe hypothetisch mit Gewinn monopolisiert werden könnte. Typischerweise wird eine Preiserhöhung von fünf bis zehn Prozent über dem gegenwärtigen Preisniveau unterstellt, die etwa ein Jahr durchgehalten wird.

kommenselastizitäten; Informationen, die die betroffenen Unternehmen und Dritte benutzt hatten (oder hätten benutzen können), um vergangene oder zukünftige unternehmerische Entscheidungen zu fällen; Ergebnisse von Simulationen und Vergleichsstudien.<sup>40)</sup> In der Praxis sind die Faktoren, die bei der Abgrenzung des relevanten Marktes eine Rolle spielen, zugleich die, die auch bei der Wettbewerbsanalyse relevant sind.<sup>41)</sup> Was das Wissen um die Effizienzwirkungen etwa von Unternehmenszusammenschlüssen anlangt, so ergeben sich keine größeren Identifikationsprobleme als etwa bei dem Ansatz, den die britische Wettbewerbskommission zu verfolgen hat. Diese muß bei Unternehmenszusammenschlüssen prüfen, ob eine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs (SLC-Test) mit Vorteilen für Kunden (customer benefits) einhergehen<sup>42)</sup>. Offensichtlich wird der Kommission zugetraut, einen trade-off zwischen Wettbewerbsbeschränkung und Kundenvorteilen zu entscheiden.<sup>43)</sup> Wohlfahrtsmaximierung als Richtschnur für das Handeln von Kartellbehörden und die Entscheidung von Gerichten ist eine operationale Zielvorgabe. Die Anforderungsprofile bezüglich des Humankapitals werden sich allerdings ein bißchen verändern müssen. In manchen Fällen mag sich auch die gegenwärtige Praxis mit einer expliziten Wohlfahrtsanalyse überschneiden. Wenn Kartellbehörden und Gerichte pro- und antiwettbewerbliche Wirkungen gegeneinander abwägen, dann betreiben sie häufig implizit eine Wohlfahrtsanalyse. Die in der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis entwickelten Begriffe und Konzepte werden als „proxies“ für explizite Wohlfahrtskategorien verwendet.

Wenn man die Wohlfahrtsmaximierung zum Ziel der Wettbewerbspolitik erhebt, müssen die wettbewerbspolitischen Entscheidungen explizit auf Prognosen über Wirkungen, letztlich auf Kosten-Nutzen Analysen, gestützt werden (Performance-Test). Was ist, wenn man sich irrt? Dies ist zweifellos eine sehr berechtigte Frage, die man aber auch an die orthodoxe Wettbewerbspolitik richten muß. Auch sie ist auf Prognosen angewiesen. Beide können sich irren; beide können den Fehler 1. Ordnung und den Fehler 2. Ordnung begehen, also ein zulässiges Handeln untersagen (Fehler 1. Ordnung) und ein unzulässiges Handeln nicht verfolgen (Fehler 2. Ordnung). Die entscheidende Frage lautet deshalb: Bei welchem Typ von Wettbewerbs-

---

40) Siehe zu einem solchen Katalog von Informationen auch Competition Commission, 2003: Textziffern 2.12 ff, a. a. O. (Fn. 7).

41) Siehe Competition Commission 2003: Textziffer 1.25, a. a. O. (Fn.7). Die Einsicht, daß Marktabgrenzung und Wettbewerbsanalyse zwei Seiten einer Medaille sind, ist der deutschen theoretischen Wettbewerbspolitik seit langem vertraut.

42) Siehe Competition Commission 2003: Textziffern 4.34 ff, a.a.o. (Fn.7)

43) Allerdings bleibt man auf halbem Wege stehen: Produktionskostensenkungen müssen trotz Verringerung der Rivalität zu Preissenkungen führen. Qualitätsbedingte Preiserhöhungen wären aber wohl zulässig. Es ist schwer, sich vorzustellen, wie z. B. eine Verringerung der Rivalität bei Preisen zu Preissenkungen führen kann.

politik sind die Fehlerwahrscheinlichkeiten höher und wie sehen die Kosten von Entscheidungsfehlern aus – gemessen an verlorener Wohlfahrt.

Performance-Tests sind gewiß nicht einfach, und es ist aus verschiedenerlei Gründen verständlich, daß Kartellbehörden und Gerichte Struktur- und Verhaltenstests bevorzugen. Doch wäre es eine Illusion zu glauben, daß man mit Struktur- und Verhaltenstests die Probleme von Performance-Tests vermeiden könne. Während bei Performance-Tests im Einzelfall Nutzen und Kosten unternehmerischen Verhaltens und von Marktstrukturen prognostiziert und verglichen werden müssen, ist ein solcher Nutzen- und Kostenvergleich bereits angestellt worden, um die Struktur- und Verhaltensnormen eines Tests zu bestimmen. Struktur- und Verhaltenstests basieren also auf generalisierenden Nutzen-Kosten Vermutungen. Abgesehen von „nackten“ Preiskartellen finden diese Generalisierungen aber keine Unterstützung mehr in der modernen Ökonomie. Die Zeit der wettbewerbspolitischen Schnellschüsse aus der Hüfte ist seit längerem vorbei. Das Verhalten von Unternehmen sollte deshalb aufgrund seiner Effekte auf den Markt und nur in wohlbegründeten Fällen aufgrund seiner Form beurteilt werden: One size does not fit it all. Auch sollte man sehr zurückhaltend sein bezüglich der Akzeptanz von Beschwerden, daß ein Verhalten Rivalen schädigt oder „den“ Wettbewerb in einem abstrakten Sinne.

## V. Ein Leitfaden

Es wäre töricht, den historisch überlieferten Körper des Wettbewerbsrechts mit der Konzipierung der Neuen Wettbewerbspolitik über Bord zu werfen, denn es gehört zu den Aufgaben des Rechts, eine Beständigkeit in der Zeit zu bewahren. Die Herausforderung besteht deshalb darin, neue ökonomische Einsichten mit der Rechtstradition sinnvoll zu verknüpfen.

Unterstellt, die gegenwärtige Antitrust-Gesetzgebung bleibt erhalten. Gegen ein Unternehmen (oder eine Gruppe von Unternehmen) wird ein Verfahren wegen Verstoßes gegen die Wettbewerbsgesetzgebung eröffnet. Um die Anschuldigungen zu entkräften, sollten die Beschuldigten zweierlei nachweisen:<sup>44)</sup>

- Das beanstandete Verhalten ist eine Reaktion auf ein identifizierbares allokatives Marktversagen oder produktive oder dynamische (Neuerungen betreffende) Ineffizienz.

---

44) Dieser Prüfkatalog orientiert sich an Hammer, S.851, a.a.O. (Fn. 4). Dieser fokussiert allerdings nur allokativen Ineffizienz, während hier auch die Beseitigung produktiver und innovativer Ineffizienz als Effizienzeinrede zugelassen wird. Auch erscheinen die von Hammer benutzten Begriffe statische und dynamische Effizienz in diesem Kontext nicht besonders glücklich.

- Das beanstandete Verhalten steigert per Saldo die Wohlfahrt.

Die Kartellbehörden hätten zwei Dinge zu prüfen:

- Verhindert das beanstandete Verhalten in wesentlicher Weise spätere private oder staatliche Versuche, die Gründe für das Marktversagen, die produktive oder dynamische Ineffizienz zu beseitigen?
- Gibt es weniger stark gegen die Antitrust-Gesetze verstoßende Maßnahmen zur Erreichung derselben Wohlfahrtssteigerung?

Wenn die Unternehmen ihre Argumente überzeugen dargelegt und die Kartellbehörden die beiden Fragen mit „Nein“ beantwortet haben, dann sollte das Verfahren gegen die Unternehmen eingestellt werden. Kurzum: Wenn das inkriminierte Verhalten zur Wohlfahrtssteigerung geeignet, erforderlich und verhältnismäßig ist, sollte es nicht untersagt werden.

Einige Erläuterungen zu diesem Prüfschema erscheinen angebracht.

#### *Der Inhalt der Effizienzeinrede.*

Unkontrovers sind Verbesserungen der Effizienz, die zugleich die Rivalität im Markt fördern, so daß der Marktpreis konstant bleibt oder gar sinkt. Dazu gehören: Erhöhung der Kostenheterogenität, so daß die Wahrscheinlichkeit koordinierter Effekte sinkt; Kostensenkungen etwa durch Unternehmenszusammenschlüsse, die die Wettbewerbsposition von kleinen Unternehmen gegenüber größeren Rivalen verbessern; Nutzung von economies of scale und economies of scope; kostengünstigere Organisation des Einkaufs; Verhinderung von destruktivem Wettbewerb (Rosinenpicken); Erzeugung von Netzwerkeffekten (Standardisierung) oder Ausnutzung von nachfrageseitigen Komplementaritäten; Verbesserung des Technologietransfers; Schaffung neuer Produktvarianten; Verbesserung der Qualität der Produkte. Diese Faktoren sollten auch berücksichtigt werden, wenn sie von einem Steigen des Marktpreises begleitet sein sollten. Hier sind dann die positiven und die negativen Wohlfahrtswirkungen gegeneinander abzuwägen. M. a. W.: Es ist zu prüfen, ob die Effizienzsteigerung ausreicht, um den negativen Wohlfahrtseffekt aufgrund einer vergrößerten Preis-Grenzkosten Relation zu kompensieren.

Unser Ansatz vermeidet ein Problem, mit dem der „consumer-welfare“ Ansatz konfrontiert ist: Dieser fokussiert Grenzkostensenkungen und schließt im allgemeinen Kostensenkungen bei den Gemeinkosten oder den fixen Kosten aus der Betrachtung aus: „In general, efficiencies that can be shown to reduce marginal (as opposed to fixed) costs are treated more sympathetically as it is more probable that part of any reduction gets passed on to consumers as lower prices. This may be the case even in monopoly situations, although pass-through of cost

reduction is generally higher the more rivalry is higher".<sup>45)</sup> Die Nichtberücksichtigung von fixen Kosten bei Effizienzeinreden ist nur dann korrekt, wenn es sich um nicht-vermeidbare fixe Kosten handelt. Wenn alle fixen Kosten (oder ein Teil) dagegen vermeidbar sind, dann sind sie wohlfahrtsrelevant. Dieser Umstand lässt sich dadurch erfassen, daß man die Produzentenrente definiert als Gesamterlös im Markt minus Summe aus gesamten variablen Kosten plus vermeidbaren fixen Kosten.<sup>46)</sup>

*Der Effizienzvorteil muß mit einer hinreichend großen Wahrscheinlichkeit realisiert werden.*

Die Unternehmen sollten nachweisen, welche Anreize sie haben trotz vergrößerter Marktmacht, die Effizienzgewinne zu realisieren.

Kostensenkungen, die z. B. bei einer geringeren Vermachtung des Marktes (größere Rivalität) vom Wettbewerb erzwungen werden, mögen bei vergrößerter Marktmacht unterbleiben. Dieses Argument ist im Ansatz richtig. Aber man darf nicht vergessen, daß die Anreize zur Kostensenkung aus mehreren Quellen gespeist werden: Wenn die Absatzmärkte als Quelle versiegen, dann bleiben immer noch die Kapitalmärkte, die Arbeitsmärkte für Manager und unternehmensinterne Mechanismen, die an den Entlohnungsfunktionen und an Monitoring-Verfahren ansetzen.

Effizienzgewinne müssen hinreichend groß sein, um nicht nur die möglicherweise negativen allokativen Effekte einer vergrößerten Preis-Grenzkosten Relation zu kompensieren, sondern auch die Unsicherheit bezüglich ihrer tatsächlichen Verwirklichung. Je niedriger die Wahrscheinlichkeit des Eintretens der Effizienzgewinne und je höher die Wahrscheinlichkeit einer übermäßigen Vergrößerung der Preis-Grenzkosten Relation, desto größer muß der mögliche Effizienzgewinn sein. Gleiches gilt, wenn der Marktmachteffekt sofort eintritt, aber der Effizienzgewinn erst in der Zukunft.

*Die Unternehmen haben die Beweislast.*

Die Effizienzvorteile müssen von den Unternehmen überzeugend begründet werden (verifizierbar) und hinreichend wahrscheinlich sein. Sie müssen substantiell und spezifisch (signifikant) auf das inkriminierte Verhalten zurückführbar sein. Auch müssen die Vorteile im relevanten Markt auftreten. Diese Anforderungen entsprechen z. T. denen, die von der Europäischen Kommission bei der Praktizierung der FKVO gesetzt werden.<sup>47)</sup> Die Vorteile müssen quantifiziert werden, um eine Erfolgskontrolle durchführen zu können. Auch muß ein

---

45) Siehe etwa die Competition Authority Ireland, Notice in Respect Of Guidelines For Merger Analysis, Decision No. N/02/004, 2002, Textziffer 5.12 und 5.13, S. 25.

46) Siehe dazu Kreps, Microeconomics for Managers, 2004, S. 294 ff.

Zeitrahmen für die Verwirklichung der Vorteile angegeben werden. Nackte Wettbewerbsbeschränkungen (z. B. reine Preiskartelle, Behinderungsmissbrauch, Ausbeutungsmissbrauch) können den Test niemals bestehen, weil die Wohlfahrtssteigerung nicht nachgewiesen werden kann. Ihre Bekämpfung bleibt selbstverständlich weiterhin zentrale Aufgabe der Wettbewerbspolitik.

*Eine Erfolgskontrolle ist erforderlich.*

Die Unternehmen müssen die tatsächliche Verwirklichung der Effizienzvorteile nachweisen. Wenn diese nicht eingetreten sein sollten, dann wird das inkriminierte Verhalten untersagt. Die durch dieses Verhalten erzielten Mehrgewinne werden der Staatskasse (den Kartellbehörden?) zugeführt. Bei Unternehmenszusammenschlüssen wird eine Entflechtung angeordnet, wenn dies eine effiziente Maßnahme darstellt. Eine glaubwürdige Entflechtungsdrohung wirkt abschreckend auf leichtfertige Unternehmenszusammenschlüsse. Auf Einsichten der ökonomischen Analyse des Rechts bezüglich der Abschreckungswirkung von Sanktionen sei hingewiesen.

*Die Effizienzeinrede sollte für alle Formen von wettbewerbsrechtlich bedenklichem Handeln zugelassen werden.*

Wenn man sich schon auf Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik einläßt, dann sollte man konsequenterweise den Weg auch zu Ende gehen. Es ist kein Grund dafür erkennbar, die Effizienzeinrede nur bei Unternehmenszusammenschlüssen zuzulassen.

## **VI. Schluß**

Das Umschalten der Wettbewerbspolitik vom strukturorientierten Ansatz eines Schutzes „des“ Wettbewerbs (Zentralbegriff: „marktbeherrschende Stellung“) auf die explizite Förderung der gesellschaftlichen Wohlfahrt kann Widerstände hervorrufen. Manche mögen argumentieren, dieses Umschalten sei rechtlich gar nicht zulässig – aber warum sollten Rechtsregeln im Lichte neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse nicht reformuliert werden können? Andere mögen vorbringen, daß Effizienz niemals die Norm der Wettbewerbspolitik sein kann – aber warum eigentlich? Schließlich mögen Sympathisanten eines „more economic approach“ gleichwohl von dessen Einführung abraten, weil sie bezweifeln, daß Kartellbehörden

---

47) Siehe auch Competition Authority Ireland, 2002, Textziffer 5.16, S. 26, a. a. O (Fn. 46).

und Gerichte die Fähigkeiten besitzen, einen solchen Ansatz wirkungsvoll zu praktizieren. Aber auch dieser Einwand ist letztlich nicht überzeugend.

Die Wettbewerbspolitik wird sich stärker in Richtung Mißbrauchskontrolle bewegen. Das, was mit der Reform von Art. 81 (3) EG-Vertrag begann, wird in andere Bereiche ausstrahlen. Die Behörden sind durchaus in der Lage, eine Mißbrauchskontrolle durchzuführen<sup>48</sup>). Der Einwand etwa, daß das bei Unternehmenszusammenschlüssen nicht machbar sei, ist durch die Auflagenpolitik des Kartellamtes entkräftet worden, die eine laufende Verhaltenskontrolle impliziert. Im übrigen ist darauf zu verweisen, daß die Mißbrauchskontrolle und nicht die Regulierung (etwa in Form von Genehmigungen) den ersten Kandidaten für eine unternehmerische Verhaltenskontrolle im freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat darstellt.

Gegen die Neue Wettbewerbspolitik könnte man einwenden, daß sie Meßprobleme aufwerfe, es an der Operationalität ihrer Begriffe mangle und sie Rechtsunsicherheit erzeuge. Selbst wenn diese und andere Kritikpunkte zutreffend sein sollten, so ist ihre Bedeutung dennoch vom modernen methodologischen Standpunkt aus zu relativieren. Denn dieselbe Kritik kann an der orthodoxen Wettbewerbspolitik geübt werden. Vergleicht man einen Politiktyp, d. h. eine Institution der Lebenswirklichkeit, mit einem Ideal, dann hat die reale Institution immer schlechte Karten. Doch diese Art von Vergleich ist seit langem als „Nirvana-Fallacy“ (Demsetz) geächtet. Tatsächlich geht es stets nur darum, unvollkommene Institutionen hinsichtlich ihrer Kosten und Vorteile miteinander zu vergleichen und diejenige Institution zu identifizieren und zu implementieren, die am wenigsten unvollkommen ist. Diese Suche nach dem Bestmöglichen kennzeichnet den von der Neuen Institutionenökonomik empfohlenen vergleichenden Institutionenansatz, der die bereits von Voltaire notierte Warnung ernst nimmt, daß das Perfekte der Feind des Guten sei (Grundgedanke der Theorie des „second-best“). Wer diese Warnung beachtet, muß nicht darauf verzichten, nach Verbesserungsmöglichkeiten existierender Institutionen zu suchen, denn oft ist das Bessere der Feind des noch Besseren (John Dewey). Folgt man dem vergleichenden Institutionenansatz, dann ist zu fragen, ob die traditionelle Wettbewerbspolitik weniger Meßprobleme aufwirft, bessere operationale Begriffe bereithält, weniger Unsicherheit erzeugt und weniger Fehler begeht. Erst wenn man diese Prüfung vorgenommen hat, kann man ein abschließendes Urteil fällen. Auch die traditionelle Wettbewerbspolitik kann den Fehler 1. und 2. Ordnung begehen und ihre konzeptionelle Klarheit ist alles andere als gegeben, wenn man z. B. den Begriff des Wettbewerbs, der Wettbewerbsbeschränkung, der marktbeherrschenden Stellung oder der Abwesenheit „wesentli-

---

48) Man kann diese unter Umständen auch effektiver gestalten, indem man die Möglichkeiten und die Anreize von Privatklagen verbessert (siehe dazu auch das Sondergutachten der Monopolkommission zur 7. Kartellrechts-

chen Wettbewerbs“ betrachtet. Auch ist fraglich, ob eine auf solch auslegungsbedürftigen Begriffen aufbauende Wettbewerbspolitik bessere Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit erzeugt als eine auf den Effizienzbegriff fokussierte Politik. Im übrigen erscheint es nicht sinnvoll, das Ziel Rechtssicherheit absolut zu setzen. Gewiß, Rechtssicherheit ist ein hohes Gut, aber wieviel ist es wert, wenn ineffiziente Regeln mit Gewißheit angewendet werden?

### ***Literaturverzeichnis***

- Bickenbach, F., L. Kumkar, R. Soltwedel (1999), The New Institutional Economics of Antitrust and Regulation, Working Paper Nr. 961, Kiel.
- Böge, U. (2004), Der „more economic approach“ und die deutsche Wettbewerbspolitik, in: WuW, 7 u. 8/2004: 726-733.
- Brickley, J., C. Smith, J. Zimmerman (2001), Managerial Economics and Organizational Architecture, sec. ed., Boston et al. [McGraw-Hill, Irvin].
- Coase, R. (1960), The Problem of Social Cost, in: Journal of Law and Economics (3): 1 – 44.
- Competition Authority, Ireland (2002), Notice in Respect of Guidelines for Merger Analysis, Decision No. N/02/004.
- Competition Commission (2003), [www.competition-commission.org.uk](http://www.competition-commission.org.uk).
- von Hayek, F. A. (1969), Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, in: Hayek, F. A.: Freiburger Studien: 349 - 365 (Tübingen).
- Hammer, P. (2001), Antitrust Beyond Competition: Market Failures, Total Welfare, and the Challenge of Intramarket Second-best Tradeoffs, in: Michigan Law Review, 98: 849 – 925.
- Helmstädter, E. (2003), Anmerkungen zu “Eigennutz als Triebfeder des Wohlstands – die invisible hand im Hörsaal-Experiment sichtbar gemacht”, in: ORDO, Bd. 54: 319 – 326.
- Kantzenbach, E. (1967), Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2. Aufl., Göttingen.
- Kaplow, L., St. Shavell, (2002), Fairness versus Welfare, Cambridge, Mass. [Harvard University Press].
- Kirstein, R., D. Schmidtchen (2002), Eigennutz als Triebfeder des Wohlstands – die invisible hand im Hörsaal-Experiment sichtbar gemacht, in: ORDO, Bd. 53: 227 – 240.
- Kirstein, R., D. Schmidtchen (2003), Replik auf Ernst Helmstädter, in ORDO, Bd. 54: 327 – 330.
- Köhler, M. (1994), Das angeborene Recht ist nur ein „einziges“, in: Schmidt, K. (Hrsg.), Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung?, Berlin: 61 ff.
- Kreps, D. (1990), A Course in Microeconomic Theory, New York u. a. [Harvester Wheatsheaf].
- Makowski, L., J. Ostroy (2001), Perfect Competition and Creativity of the Market, in: Journal of Economic Literature, June, Vol. XXXIX, No. 2: 479 - 535.
- McAfee, P., H. Mialon, M. Williams (2004), When Are Sunk Costs Barriers to Entry? Entry Barriers in Economic and Antitrust Analysis, in: The American Economic Review, Papers and Proceedings, May: 461 – 465.
- Mestmäcker, E.-J. (1984), Mehrheitsglück und Minderheitenherrschaft, in: ders. Recht und ökonomisches Gesetz, 2. Aufl., Baden-Baden: 158 ff.

---

novelle, 2004). Im Zweifel müßte die personelle Ausstattung der Kartellbehörden verbessert werden. Warum sollten sie sich nicht selbst finanzieren können?

- Monopolkommission (2004), Das Allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle, Bonn.
- Motta, G. (2004), Competition Policy. Theory and Practice, Cambridge.
- Schmidtchen, D. (1982), Property rights, Freiheitsschutz und die Logik staatlicher Preisinterventionen: Kritische Analyse der theoretischen Grundlagen einer freiheitsgefährdenden Wettbewerbspolitik, in: Röper, B. (Hrsg.), Die Mißbrauchsaufsicht vor dem Hintergrund der Entwicklungen der neueren Wettbewerbstheorie, Berlin: 13 – 43.
- Schmidtchen, D. (1983), Property rights, Freiheit und Wettbewerbspolitik, Tübingen.
- Schmidtchen, D. (1991), The Goals of Antitrust Revisited. Comment, in: Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE), 147. Jg, Nr. 1: 31 - 37.
- Schmidtchen, D. (1994), Antitrust zwischen Marktmachtphorie und Effizienzeuphorie: Alte Themen – neue Ansätze, in: Möschel, W. u. a. (Hrsg.): Marktwirtschaft und Rechtsordnung. Festschrift zum 70. Geburtstag von Erich Hoppmann, Baden-Baden.
- Schmidtchen, D. (2003), Wettbewerb und Kooperation (Co-opetition): Neues Paradigma für Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik?, in: Zentes, J. u. a. (Hrsg.): Kooperationen, Allianzen und Netzwerke, Wiesbaden: 66 - 92.
- Schmidtchen, D. (2004), Recht, Eigentum und Effizienz: Zu F. A. v. Hayeks Verfassung der Freiheit, Discussion Paper, Center for the Study of Law and Economics, Universität des Saarlandes, Saarbrücken.
- Schmidtchen, D. (2005), Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik: Für einen „more economic approach“, in: Oberender, P. (Hrsg.), Effizienz und Wettbewerb, Berlin: 9 – 41.
- Schmidtchen, D., R. Kirstein (2003), Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, in: ORDO, Bd. 54: 75 - 92.
- Schwalbe, U. (2004), Die europäische Fusionskontrolle aus ökonomischer Sicht, in: Oberender, P. (Hrsg.), Effizienz und Wettbewerb, Berlin: 63 - 95.
- Shugart, II, W. (1997), The Organization of Industry, Houston Tx.
- Strohm, P. (2005), “Effizienzgesichtspunkte” und Europäische Wettbewerbspolitik, in: Oberender, P. (Hrsg.), Effizienz und Wettbewerb, Berlin: 117 – 129.
- von Weizsäcker, C. C. (1980), Barriers to Entry. A Theoretical Treatment, Berlin u. a.
- von Weizsäcker, C. C. (2003), Hayeks Aufsätze zur Ordnungsökonomik sowie zur politischen Philosophie und Theorie. Besprechung zweier Bände aus Hayeks gesammelten Schriften, in: ORDO, Bd. 54: 335 - 339.
- von Weizsäcker, C. C. (2004), Marktzutrittsschranken, in: Oberender, P. (Hrsg.), Effizienz und Wettbewerb, Berlin: 43 – 63.
- Williamson, O. (1968), Economics as an Antitrust Defense: The Welfare Trade-Offs, in: American Economic Review, LVIII (März): 18 - 36 (wieder abgedruckt in Williamson 1987: 3 – 23).
- Williamson, O. (1987), Antitrust Economics: Mergers, Contracting and Strategic Behavior, Oxford [Basil Blackwell].